

**C.M. Callow Inc.** *Appellant*

v.

**Tammy Zollinger,  
Condominium Management Group,  
Carleton Condominium Corporation No. 703,  
Carleton Condominium Corporation No. 726,  
Carleton Condominium Corporation No. 742,  
Carleton Condominium Corporation No. 765,  
Carleton Condominium Corporation No. 783,  
Carleton Condominium Corporation No. 791,  
Carleton Condominium Corporation No. 806,  
Carleton Condominium Corporation No. 826,  
Carleton Condominium Corporation No. 839  
and  
Carleton Condominium Corporation No. 877**  
*Respondents*

and

**Canadian Federation of Independent  
Business and  
Canadian Chamber of Commerce**  
*Intervenors*

**INDEXED AS: C.M. CALLOW INC. v. ZOLLINGER**

**2020 SCC 45**

File No.: 38463.

2019: December 6; 2020: December 18.

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

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

*Contracts — Breach — Performance — Duty of honest  
performance — Clause in winter maintenance agree-  
ment permitting unilateral termination of contract without  
cause upon 10 days' notice — Contract terminated by  
condominium corporations with required notice to con-  
tractor — Contractor suing for breach of contract — Trial  
judge finding that statements and conduct by condominium*

**C.M. Callow Inc.** *Appelante*

c.

**Tammy Zollinger,  
Condominium Management Group,  
Carleton Condominium Corporation No. 703,  
Carleton Condominium Corporation No. 726,  
Carleton Condominium Corporation No. 742,  
Carleton Condominium Corporation No. 765,  
Carleton Condominium Corporation No. 783,  
Carleton Condominium Corporation No. 791,  
Carleton Condominium Corporation No. 806,  
Carleton Condominium Corporation No. 826,  
Carleton Condominium Corporation No. 839  
et  
Carleton Condominium Corporation No. 877**  
*Intimées*

et

**Fédération canadienne de l'entreprise  
indépendante et  
Chambre de commerce du Canada**  
*Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : C.M. CALLOW INC. c.  
ZOLLINGER**

**2020 CSC 45**

N° du greffe : 38463.

2019 : 6 décembre; 2020 : 18 décembre.

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

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

*Contrats — Violation — Exécution — Obligation d'exé-  
cution honnête — Clause d'un contrat d'entretien hivernal  
permettant la résiliation unilatérale du contrat sans motif  
moyennant un préavis de 10 jours — Résiliation du contrat  
par des associations condominiales avec remise du pré-  
avis requis à l'entrepreneur — Poursuite pour violation  
de contrat par l'entrepreneur — Conclusion de la juge*

*corporations actively deceived contractor and led it to believe contract would not be terminated — Trial judge awarding damages for breach of contract — Whether exercise of termination clause constituted breach of duty of honest performance.*

In 2012, a group of condominium corporations (“Baycrest”) entered into a two-year winter maintenance contract and into a separate summer maintenance contract with C.M. Callow Inc. (“Callow”). Pursuant to clause 9 of the winter maintenance contract, Baycrest was entitled to terminate that agreement if Callow failed to give satisfactory service in accordance with its terms. Clause 9 also provided that if, for any other reason, Callow’s services were no longer required, Baycrest could terminate the contract upon giving 10 days’ written notice.

In early 2013, Baycrest decided to terminate the winter maintenance agreement but chose not to inform Callow of its decision at that time. Throughout the spring and summer of 2013, Callow had discussions with Baycrest regarding a renewal of the winter maintenance agreement. Following those discussions, Callow thought that it was likely to get a two-year renewal of the winter maintenance contract and that Baycrest was satisfied with its services. During the summer of 2013, Callow performed work above and beyond the summer maintenance contract at no charge, which it hoped would act as an incentive for Baycrest to renew the winter maintenance agreement.

Baycrest informed Callow of its decision to terminate the winter maintenance agreement in September 2013. Callow filed a statement of claim for breach of contract, alleging that Baycrest acted in bad faith. The trial judge held that the organizing principle of good faith performance and the duty of honest performance were engaged. She was satisfied that Baycrest actively deceived Callow from the time the termination decision was made to September 2013, and found that Baycrest acted in bad faith by withholding that information to ensure Callow performed the summer maintenance contract and by continuing to represent that the contract was not in danger despite knowing that Callow was taking on extra tasks to bolster the chances of the winter maintenance contract being renewed. She awarded damages to Callow in order to place it in the same position as if the breach had not occurred. The Court of Appeal set aside the judgment at first instance, holding that the trial judge erred by improperly expanding the duty of honest performance beyond the

*de première instance portant que les déclarations et la conduite des associations condominiales ont activement induit l’entrepreneur en erreur et l’ont amené à croire que le contrat ne serait pas résilié — Dommages-intérêts octroyés par la juge du procès pour violation de contrat — Le recours à la clause de résiliation a-t-il constitué un manquement à l’obligation d’exécution honnête?*

En 2012, un groupe d’associations condominiales (« Baycrest ») a conclu un contrat d’entretien hivernal de deux ans et un contrat distinct d’entretien estival avec C.M. Callow Inc. (« Callow »). En vertu de la clause 9 du contrat d’entretien hivernal, Baycrest avait le droit de résilier ce contrat si Callow ne rendait pas un service satisfaisant, conformément aux dispositions du contrat. La clause 9 prévoyait également que si, pour quelque autre raison que ce soit, les services de Callow n’étaient plus requis, Baycrest pouvait résilier le contrat en donnant un préavis écrit de 10 jours.

Au début de 2013, Baycrest a décidé de résilier le contrat d’entretien hivernal, mais a choisi de ne pas informer Callow de sa décision à ce moment-là. Au cours du printemps et de l’été 2013, Callow a eu des discussions avec Baycrest sur le renouvellement du contrat d’entretien hivernal. À la suite de ces discussions, Callow croyait qu’elle allait probablement obtenir un renouvellement de deux ans du contrat d’entretien hivernal et que Baycrest était satisfaite de ses services. Pendant l’été 2013, Callow a exécuté des travaux à titre gratuit qui dépassaient ce qui était prévu dans le contrat d’entretien estival, et qui, souhaitait-elle, inciteraient Baycrest à renouveler le contrat d’entretien hivernal.

Baycrest a informé Callow de sa décision de résilier le contrat d’entretien hivernal en septembre 2013. Callow a déposé une déclaration alléguant une violation de contrat, soutenant que Baycrest avait agi de mauvaise foi. La juge de première instance a statué que le principe directeur d’exécution de bonne foi et l’obligation d’exécution honnête étaient en jeu. Elle était convaincue que Baycrest avait activement trompé Callow à compter du moment où la décision de résilier le contrat avait été prise jusqu’en septembre 2013. Elle a en outre conclu que Baycrest avait agi de mauvaise foi en retenant cette information pour faire en sorte que Callow exécute le contrat d’entretien estival et en continuant de laisser entendre que le contrat n’était pas en péril, même en sachant que Callow assumait des tâches additionnelles pour accroître ses chances d’obtenir le renouvellement du contrat d’entretien hivernal. La juge a accordé des dommages-intérêts à Callow, afin de la placer dans la même situation que si le manquement n’avait pas eu lieu. La Cour d’appel a annulé le jugement de première

terms of the winter maintenance agreement. Further, it held that any deception in the communications during the summer of 2013 related to a new contract not yet in existence, namely the renewal that Callow hoped to negotiate, and therefore was not directly linked to the performance of the winter contract.

*Held* (Côté J. dissenting): The appeal should be allowed and the judgment of the trial judge reinstated.

*Per* Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Martin and Kasirer J.J. : The duty to act honestly in the performance of the contract precluded the active deception by Baycrest by which it knowingly misled Callow into believing that the winter maintenance agreement would not be terminated. By exercising the termination clause dishonestly, it breached the duty of honesty on a matter directly linked to the performance of the contract, even if the 10-day notice period was satisfied. Accordingly, the Court of Appeal should not have interfered with the conclusions of the trial judge.

The duty of honest performance in contract, formulated in *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, applies to all contracts and requires that parties must not lie or otherwise knowingly mislead each other about matters directly linked to the performance of the contract. In determining whether dishonesty is connected to a given contract, the relevant question is whether a right under that contract was exercised, or an obligation under that contract was performed, dishonestly. While the duty of honest performance is not to be equated with a positive obligation of disclosure, in circumstances where a contracting party lies to or knowingly misleads another, a lack of a positive obligation of disclosure does not preclude an obligation to correct a false impression created through that party's own actions.

The organizing principle of good faith recognized in *Bhasin* is not a free-standing rule, but instead manifests itself through existing good faith doctrines. While the duty of honest performance and the duty to exercise discretionary powers in good faith are distinct, like each of the different manifestations of the organizing principle, they should not be thought of as disconnected from one another. The duty of honest performance shares a common

instance, statuant que la juge de première instance avait commis une erreur en élargissant à tort l'obligation d'exécution honnête d'une manière qui dépassait le libellé du contrat d'entretien hivernal. Par ailleurs, la Cour d'appel a statué que toute tromperie dans les communications au cours de l'été 2013 avait trait à un nouveau contrat qui n'existait pas encore, soit le renouvellement que Callow espérait négocier, de sorte qu'elle n'était pas directement liée à l'exécution du contrat d'entretien hivernal.

*Arrêt* (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est accueilli et le jugement de la juge de première instance est rétabli.

*Le* juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis, Martin et Kasirer : L'obligation d'agir honnêtement dans l'exécution du contrat empêchait Baycrest de se livrer à une tromperie active par laquelle elle a intentionnellement induit Callow en erreur, l'amenant ainsi à croire que le contrat d'entretien hivernal ne serait pas résilié. En se prévalant malhonnêtement de la clause de résiliation, elle a manqué à l'obligation d'honnêteté au sujet d'une question directement liée à l'exécution du contrat, même si le délai de préavis de 10 jours a été respecté. Par conséquent, la Cour d'appel n'aurait pas dû modifier les conclusions de la juge de première instance.

L'obligation d'exécution honnête des contrats, énoncée dans l'arrêt *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, s'applique à tous les contrats et oblige les parties à ne pas se mentir ni autrement s'induire intentionnellement en erreur au sujet de questions directement liées à l'exécution du contrat. Lorsqu'il s'agit de décider si la malhonnêteté est liée à un contrat en particulier, la question pertinente est de savoir si un droit prévu au contrat a été exercé, ou si une obligation qui y est décrite a été exécutée de manière malhonnête. Bien qu'il ne faille pas assimiler l'obligation d'exécution honnête à une obligation positive de divulgation, dans une situation où une partie contractante ment ou induit intentionnellement l'autre partie en erreur, l'absence d'obligation positive de divulgation ne fait pas obstacle à une obligation pour la première de corriger une fausse impression créée par ses propres gestes.

Le principe directeur de bonne foi reconnu dans l'arrêt *Bhasin* n'est pas une règle autonome, mais il se manifeste plutôt par les doctrines existantes en matière de bonne foi. Bien que l'obligation d'exécution honnête et l'obligation d'exercer des pouvoirs discrectionnaires de bonne foi soient distinctes, à l'instar de chacune des diverses manifestations du principe directeur, elles ne doivent pas être considérées comme étant déconnectées l'une de l'autre. L'obligation

methodology with the duty to exercise contractual discretionary powers in good faith by fixing on the wrongful exercise of a contractual prerogative. Each of the specific legal doctrines derived from the organizing principle rest on a requirement of justice that a contracting party have appropriate regard to the legitimate contractual interests of their counterparty. They need not subvert their own interests to those of the counterparty by acting as a fiduciary or in a selfless manner. This requirement of justice reflects the notion that the bargain, the rights and obligations agreed to, is the first source of fairness between parties to a contract. Those rights and obligations must be exercised and performed honestly and reasonably and not capriciously or arbitrarily where recognized by law.

The duty of honesty as contractual doctrine has a limiting function on the exercise of an otherwise complete and clear right since the duty, irrespective of the intention of the parties, applies to the performance of all contracts, and by extension, to all contractual obligations and rights. Instead of constraining the decision to terminate in and of itself, the duty of honest performance attracts damages where the manner in which the right was exercised was dishonest. This focus on the manner in which the termination right was exercised should not be confused with whether the right could be exercised. No contractual right, including a termination right, can be exercised dishonestly and, as such, contrary to the requirements of good faith.

The requirements of honesty in performance can go further than prohibiting outright lies. Whether or not a party has knowingly misled its counterparty is a highly fact-specific determination, and can include lies, half-truths, omissions, and even silence, depending on the circumstances. One can mislead through action, by saying something directly to its counterparty, or through inaction, by failing to correct a misapprehension caused by one's own misleading conduct.

The duty of honest performance is a contract law doctrine, not a tort and therefore a nexus with the contractual relationship is required. A breach must be directly linked to the performance of the contract. The framework for abuse of rights in Quebec is useful to illustrate the required direct link between dishonesty and performance from *Bhasin*. Authorities from Quebec serve as persuasive authority and comparison between the common law and civil law as they evolve in Canada is a particularly useful

d'exécution honnête partage une méthodologie avec l'obligation d'exercer les pouvoirs discrétionnaires de nature contractuelle de bonne foi en se concentrant sur l'exercice fautif d'une prérogative contractuelle. Chacune des règles de droit particulières tirées du principe directeur repose sur une exigence de justice voulant qu'une partie contractante prenne en compte comme il se doit les intérêts contractuels légitimes de son cocontractant. Elle n'a pas à subordonner ses propres intérêts à ceux du cocontractant en agissant comme un fiduciaire ou d'une manière altruiste. Cette exigence de justice est le reflet de la notion selon laquelle le marché conclu — les droits et les obligations convenus — est la source première d'équité entre les parties à un contrat. Ces droits et obligations doivent être exercés et exécutés de manière honnête et raisonnable, et non de façon abusive ou arbitraire.

L'obligation d'honnêteté, en tant que doctrine du droit des contrats, a une fonction restrictive sur l'exercice d'un droit par ailleurs complet et clair. Il en est ainsi puisque l'obligation, sans égard à l'intention des parties, s'applique à l'exécution de tous les contrats et, par extension, à toutes les obligations et à tous les droits contractuels. Plutôt que de restreindre la décision de résilier en soi, l'obligation d'exécution honnête donne lieu à des dommages-intérêts lorsque le droit a été exercé de manière malhonnête. Il ne faut pas confondre cette attention portée sur la manière dont le droit de résiliation a été exercé avec la question de savoir si le droit pouvait être exercé. Aucun droit contractuel, y compris un droit de résilier, ne peut être exercé malhonnêtement et, de par le fait même, contrairement aux exigences de la bonne foi.

Les exigences d'honnêteté dans l'exécution du contrat peuvent aller plus loin que l'interdiction de mensonges éhontés. Répondre à la question de savoir si une partie a intentionnellement induit en erreur son cocontractant est une décision éminemment factuelle et peut comprendre des mensonges, des demi-vérités, des omissions et même du silence, selon les circonstances. On peut induire en erreur activement, en disant quelque chose directement à son cocontractant, ou passivement, en omettant de corriger une méprise causée par sa propre conduite trompeuse.

L'obligation d'exécution honnête est une doctrine du droit des contrats, y manquer ne constitue pas un délit civil et, par conséquent, il doit y avoir un lien avec la relation contractuelle. Un manquement doit être directement lié à l'exécution du contrat. Le cadre d'analyse de l'abus de droit au Québec est utile afin d'illustrer le lien direct exigé entre la malhonnêteté et l'exécution dont il est question dans l'arrêt *Bhasin*. Les sources québécoises servent d'autorités persuasives et la comparaison entre la common

and familiar exercise for the Court. Like in the Quebec civil law, no contractual right may be exercised dishonestly and therefore contrary to the requirements of good faith. The direct link exists when the party performs their obligation or exercises their right under the contract dishonestly. While the duty of honest performance has similarities with civil fraud and estoppel, it is not subsumed by them. Unlike estoppel and civil fraud, the duty of honest performance does not require a defendant to intend that the plaintiff rely on their representation or false statement.

The duty of honest performance attracts damages according to the ordinary contractual measure. The ordinary approach is to award contractual damages corresponding to the expectation interest. That is, damages should put the injured party in the position that it would have been in had the duty been performed. Although reliance damages, which are the ordinary measure of damages in tort, and expectation damages will be the same in many if not most cases, they are conceptually distinct, and there is no basis to hold that a breach of the duty of honest performance should in general be compensated by way of reliance damages.

In the instant case, Baycrest knowingly misled Callow in the manner in which it exercised clause 9 of the winter maintenance agreement and this wrongful exercise of the termination clause amounts to a breach of contract. Even though Baycrest had what was, on its face, an unfettered right to terminate the winter maintenance agreement on 10 days' notice, the right had to be exercised in keeping with the duty to act honestly. Baycrest's deception was directly linked to this contract, because its exercise of the termination clause was dishonest. It may not have had a free-standing obligation to disclose its intention to terminate, but it nonetheless had an obligation to refrain from misleading Callow in the exercise of that clause. Baycrest had to refrain from false representations in anticipation of the notice period. If someone is led to believe that their counterparty is content with their work and their ongoing contract is likely to be renewed, it is reasonable for that person to infer that the ongoing contract is in good standing and will not be terminated early. Having failed to correct Callow's misapprehension that arose due to these

law et le droit civil, au fil de leur évolution au Canada, est un exercice qui est particulièrement utile pour la Cour et qu'elle connaît bien. Tout comme en droit civil québécois, aucun droit contractuel ne peut être exercé malhonnêtement, ce qui reviendrait à contrevenir aux exigences de la bonne foi. Le lien direct existe lorsqu'une partie s'acquitte de son obligation ou exerce son droit prévu au contrat de façon malhonnête. L'obligation d'exécution honnête offre des similitudes avec la fraude civile et la préclusion, sans toutefois être subsumée sous ces notions. Contrairement à la préclusion et à la fraude civile, l'obligation d'exécution honnête ne requiert pas qu'un défendeur ait l'intention que le demandeur s'appuie sur ses assertions ou fausses déclarations.

L'obligation d'exécution honnête donne lieu à des dommages-intérêts suivant ce qui est habituellement accordé en matière contractuelle. D'ordinaire, on accorde en matière contractuelle des dommages-intérêts correspondant à la perte du profit escompté. Cela signifie que les dommages-intérêts doivent placer la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée s'il avait été satisfait à l'obligation. Même si les dommages-intérêts fondés sur la confiance, qui sont habituellement accordés en matière délictuelle, et les dommages-intérêts fondés sur l'attente seront les mêmes dans plusieurs circonstances, voire toutes, ils sont distincts sur le plan conceptuel, et il n'y a aucune raison justifiant de conclure qu'un manquement à l'obligation d'exécution honnête devrait généralement être réparé au moyen de dommages-intérêts fondés sur la confiance.

En l'espèce, Baycrest a sciemment induit Callow en erreur dans la manière dont elle a eu recours à la clause 9 du contrat d'entretien hivernal et ce recours fautif à la clause de résiliation équivaut à une violation de contrat. Même si Baycrest avait ce qui était, à première vue, un droit absolu de résilier le contrat d'entretien hivernal moyennant un préavis de 10 jours, ce droit devait être exercé dans le respect de l'obligation d'agir honnêtement. La tromperie de Baycrest était directement liée à ce contrat, parce que son recours à la clause de résiliation a été malhonnête. Elle n'avait peut-être pas d'obligation autonome de divulguer son intention de résilier, elle avait néanmoins l'obligation de ne pas induire Callow en erreur dans le recours à cette clause. Baycrest devait s'abstenir de faire de fausses représentations en prévision de la période de préavis. Si on fait croire à quelqu'un que son cocontractant est satisfait de son travail et que son contrat en vigueur va vraisemblablement être renouvelé, il est raisonnable que cette personne en déduise que le contrat en vigueur n'est pas en péril et qu'il ne sera pas résilié

false representations, Baycrest breached its duty of good faith in the exercise of its right of termination. Damages thus flow for the consequential loss of opportunity. While damages are to be measured against a defendant's least onerous means of performance, the least onerous means of performance in this case would have been to correct the misrepresentation once Baycrest knew Callow had drawn a false inference. Had it done so, Callow would have had the opportunity to secure another contract for the upcoming winter.

*Per* Moldaver, Brown and Rowe JJ.: As a universally applicable minimum standard, all contracts must be performed honestly. Contracting parties may therefore not lie to, or otherwise knowingly mislead, each other about matters directly linked to performance. If a plaintiff suffers loss in reliance on its counterparty's misleading conduct, the duty of honest performance serves to make the plaintiff whole. It does not, however, impose a duty of loyalty or of disclosure or require a party to forego advantages flowing from the contract. The dividing line between (1) actively misleading conduct, and (2) permissible non-disclosure has been clearly demarcated by cases addressing misrepresentation and the same settled principles apply to the duty of honest performance, although it also applies (unlike misrepresentation) to representations made after contract formation.

There is, in the context of misrepresentation, a rich law accepting that sometimes silence or half-truths amount to a statement. Although contracting parties have no duty to disclose material information, a contracting party may not create a misleading picture about its contractual performance by relying on half-truths or partial disclosure. Representations need not take the form of an express statement. So long as it is clearly communicated, it may comprise other acts or conduct on the part of the defendant. The entire context, which includes the nature of the parties' relationship, is to be considered in determining, objectively, whether the defendant made a representation to the plaintiff. The question is whether the defendant's active conduct contributed to a misapprehension that could be corrected only by disclosing additional information. Contracting parties are required to correct representations that are subsequently rendered false, or which the representor later discovers were erroneous. The question of whether a representation has been made is a question

hâtivement. Puisqu'elle a omis de corriger la méprise de Callow engendré par ses fausses représentations, Baycrest a manqué à son obligation d'agir de bonne foi dans l'exercice de son droit de résiliation. La perte d'occasion qui en a résulté donne donc droit à des dommages-intérêts. Bien que ceux-ci doivent être calculés en fonction du mode d'exécution le moins onéreux pour le défendeur, ce mode en l'espèce aurait consisté à corriger la méprise dès que Baycrest a su que Callow avait tiré une déduction erronée. Si elle l'avait fait, Callow aurait eu l'occasion de conclure un autre contrat pour l'hiver qui s'en venait.

*Les* juges Moldaver, Brown et Rowe : Selon la norme minimale universelle applicable, tous les contrats doivent être exécutés de manière honnête. Les parties contractantes ne doivent donc pas se mentir ni autrement s'induire intentionnellement en erreur au sujet de questions directement liées à l'exécution du contrat. Si le demandeur subit une perte parce qu'il a fait confiance à la conduite trompeuse de l'autre partie, l'obligation d'exécution honnête sert à rétablir la situation du demandeur. Toutefois, cette obligation n'impose pas un devoir de loyauté ou de divulgation ni n'exige d'une partie qu'elle renonce à des avantages découlant du contrat. La ligne de démarcation entre (1) une conduite activement trompeuse et (2) une non-divulgation permise a été clairement démarquée dans les cas portant sur des déclarations inexactes, et les mêmes principes établis s'appliquent à l'obligation d'exécution honnête, même si elle s'applique aussi (contrairement à la doctrine des déclarations inexactes) aux déclarations faites après la conclusion du contrat.

Il existe, dans le contexte des déclarations inexactes, une jurisprudence riche qui accepte que, parfois, le silence ou des demi-vérités constituent une déclaration. Même si les parties contractantes ne sont pas tenues de divulguer des renseignements importants, une partie contractante ne peut pas dresser un portrait trompeur de l'exécution de ses obligations contractuelles en se fondant sur des demi-vérités ou sur une divulgation partielle. Il n'est pas nécessaire que la déclaration prenne la forme d'une déclaration expresse. Tant qu'elle est communiquée clairement, elle peut prendre la forme d'autres actes ou conduites de la part du défendeur. Le contexte dans son entièreté — ce qui inclut la nature de la relation entre les parties — doit être pris en considération pour déterminer objectivement si le défendeur a fait une déclaration au demandeur. La question est de savoir si la conduite active du défendeur a contribué à une méprise qui ne peut être corrigée que par la divulgation de renseignements supplémentaires. Les parties contractantes sont tenues de corriger les déclarations

of mixed fact and law, subject to appellate review only for palpable and overriding error.

The legal aim in remedying a breach of contract is to give the innocent party the full benefit of the bargain by placing it in the position it would have occupied had the contract been performed. But the justification for awarding expectation damages does not apply to breach of the duty of honest performance. In such cases, the issue is not that the defendant has failed to perform the contract, thereby defeating the plaintiff's expectations. It is, rather, that the defendant has performed the contract, but has also caused the plaintiff loss by making dishonest extra-contractual misrepresentations concerning that performance, upon which the plaintiff relied to its detriment. The plaintiff's complaint is not lost value of performance, but detrimental reliance on dishonest misrepresentations. The interest being protected is not an expectation interest, but a reliance interest. And just as these are unrelated interests, an expectation measure of damage is unrelated to the breach of the duty of honest performance.

Much like estoppel and civil fraud, the duty of honest performance vindicates the plaintiff's reliance interest. A contracting party that breaches this duty will be liable to compensate its counterparty for any foreseeable losses suffered in reliance on the misleading representations. The duty of honest performance is not subsumed by estoppel and civil fraud; rather, it protects the reliance interest in a distinct and broader manner since the defendant may be held liable even where it does not intend for the plaintiff to rely on the misleading representation. Irrespective of the defendant's intention, all a plaintiff need show is that, but for its reliance on the misleading representation, it would not have sustained the loss.

Disposing of the present case is a simple matter of applying the Court's decision in *Bhasin*; Callow's claim should be resolved by applying only the duty of honest performance. There is no basis for disturbing the trial judge's conclusions. Baycrest's conduct did not fall on the side of innocent non-disclosure. The trial judge found that active communications between the parties deceived

qui se révèlent subséquentement fausses ou dont l'auteur se rend compte plus tard qu'elles étaient erronées. La question de savoir si une déclaration a été faite est une question mixte de fait et de droit susceptible de révision en appel seulement en cas d'erreur manifeste et déterminante.

La réparation d'une violation de contrat a pour objectif en droit que la partie innocente puisse jouir de tous les avantages que lui confère le marché conclu, en la mettant dans la position où elle se serait trouvée si le contrat avait été exécuté. Cependant, la justification de l'attribution de dommages-intérêts fondés sur l'attente ne s'applique pas au manquement à l'obligation d'exécution honnête. Dans de tels cas, ce qui est en cause, ce n'est pas le fait que le défendeur a omis d'exécuter le contrat, frustrant ainsi les attentes du demandeur; c'est plutôt le fait que le défendeur a exécuté le contrat, mais a aussi causé la perte subie par le demandeur par ses déclarations extracontractuelles malhonnêtes et inexactes concernant cette exécution et auxquelles s'est fié le demandeur, à son détriment. Sa demande n'est pas fondée sur la perte de la valeur de l'exécution, mais plutôt sur la confiance préjudiciable qu'il a accordée aux déclarations inexactes et malhonnêtes. L'intérêt qui est protégé n'est pas un intérêt lié à l'attente, mais bien un intérêt lié à la confiance. De la même façon que ces intérêts ne sont pas liés, un montant de dommages-intérêts fondés sur l'attente n'est pas lié au manquement à l'obligation d'exécution honnête.

À l'instar de la préclusion et de la fraude civile, l'obligation d'exécution honnête protège l'intérêt du demandeur lié à la confiance. Une partie contractante qui manque à cette obligation doit indemniser son cocontractant des pertes prévisibles subies du fait de la confiance que ce dernier a accordée aux affirmations trompeuses. L'obligation d'exécution honnête n'est pas subsumée sous la préclusion et la fraude civile; elle protège plutôt l'intérêt lié à la confiance d'une manière distincte et plus large puisque le défendeur peut être tenu responsable même lorsqu'il n'a pas l'intention que le demandeur s'appuie sur l'affirmation trompeuse. Peu importe l'intention du défendeur, un demandeur n'a qu'à établir que, n'eût été la confiance qu'il a accordée à l'affirmation trompeuse, il n'aurait pas subi la perte.

Pour disposer du présent pourvoi, il suffit d'appliquer l'arrêt *Bhasin* de la Cour; la demande de Callow devrait être résolue en appliquant uniquement l'obligation d'exécution honnête. Il n'y a aucune raison de modifier les conclusions de la juge de première instance. La conduite de Baycrest ne relevait pas de la non-divulgarion innocente. La juge de première instance a conclu que les

Callow. Baycrest identifies no palpable and overriding error to justify overturning these conclusions. The proper measure of damages represents the loss Callow suffered in reliance on Baycrest's misleading representations.

The majority relies on the civilian concept of "abuse of rights" in its analysis. In so doing, it departs from the Court's accepted practice in respect of comparative legal analysis. The principles that apply to this appeal are determinative and settled. Canada's common law and civil law systems have adopted very different approaches to the place of good faith in contract law. The majority's reliance on the civilian doctrine of abuse of a right distorts the analysis in *Bhasin* and elides the distinction between honest performance and good faith in the exercise of a contractual discretion.

Courts should draw on external legal concepts only where domestic law does not provide an answer or where it is necessary to modify or otherwise develop an existing legal rule. Courts may also look to the experience of other legal systems in considering whether a potential solution to a legal problem will result in negative consequences, or to observe that a domestic legal concept mirrors one found in another system. Even where comparative analysis is appropriate, it must be undertaken with care and circumspection. The golden rule in using concepts from one of Canada's legal systems to modify the other is that the proposed solution must be able to completely and coherently integrate into the adopting system's structure.

*Per Côté J. (dissenting):* The appeal should be dismissed. Callow's recourse cannot be based on a breach of the duty of honest performance. Although Baycrest's conduct may not be laudable, it does not fall within the category of active dishonesty prohibited by that duty.

The duty of honest performance is described in *Bhasin* as a simple requirement not to lie or knowingly mislead about matters directly linked to performance of the contract. The requirement that parties not lie is straightforward; however, the kind of conduct covered by the requirement that they not otherwise knowingly mislead each other is not. The law imposes neither a duty of loyalty

communications actives entre les parties ont induit Callow en erreur. Baycrest ne relève aucune erreur manifeste et déterminante justifiant que ces conclusions soient infirmées. Les dommages-intérêts appropriés représentent la perte subie par Callow du fait de la confiance qu'elle a accordée aux déclarations trompeuses de Baycrest.

Les juges majoritaires se fondent sur la notion civiliste d'« abus de droit » dans leur analyse. Or, ce faisant, ils s'écartent de la pratique acceptée de la Cour à l'égard de l'exercice de droit comparé. Les principes qui s'appliquent au présent pourvoi sont déterminants et bien établis. Les systèmes canadiens de common law et de droit civil ont adopté des approches très différentes à l'égard de la place de la bonne foi en droit des contrats. Le fait que les juges majoritaires se fondent sur la notion d'abus de droit en droit civil fausse l'analyse décrite dans l'arrêt *Bhasin* et gomme la distinction entre l'exécution honnête et la bonne foi dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire contractuel.

Les tribunaux devraient s'inspirer des notions juridiques externes seulement lorsque le droit interne ne fournit pas de réponse ou lorsque cela est nécessaire pour modifier ou autrement préciser une règle de droit existante. Les tribunaux peuvent également s'inspirer de l'expérience d'autres systèmes juridiques lorsqu'ils examinent la question de savoir si la solution éventuelle à une question juridique entraînera des conséquences néfastes, ou encore afin de noter qu'un concept juridique interne est à l'image d'un concept reconnu par un autre système. Même dans les situations où une analyse comparative est appropriée, cette dernière doit être entreprise avec soin et circonspection. Lorsqu'on a recours aux préceptes d'un des systèmes juridiques du Canada pour modifier l'autre, la règle d'or consiste en ce que la solution proposée doit être capable de s'intégrer complètement et de façon cohérente dans la structure du système qui les adopte.

*La juge Côté (dissidente) :* Le pourvoi devrait être rejeté. Le recours de Callow ne saurait être fondé sur un manquement à l'obligation d'exécution honnête. Même si la conduite de Baycrest n'était pas louable, elle ne tombe pas dans la catégorie de la conduite malhonnête prohibée par cette obligation.

L'obligation d'exécution honnête est décrite dans l'arrêt *Bhasin* comme une simple exigence de ne pas se mentir ni de s'induire intentionnellement en erreur sur des questions directement liées à l'exécution du contrat. L'obligation faite aux parties de ne pas se mentir ne nécessite aucun commentaire; toutefois, ce n'est pas le cas du type de conduite qui relève de l'obligation de ne pas

or of disclosure nor a requirement to forego advantages flowing from the contract on a contracting party. Absent a duty to disclose, it is far from obvious when exactly one's silence will knowingly mislead the other contracting party or at what point a permissible silence turns into a non-permissible silence that may constitute a breach of contract. In any event, the duty of honest performance should remain clear and easy to apply.

The obligations flowing from the duty of honest performance are negative obligations. Extending the duty beyond that scope would detract from certainty in commercial dealings. Therefore, silence cannot be considered dishonest within the meaning of *Bhasin* unless there is a positive obligation to speak. Such an obligation does not arise simply because a party to a contract realizes that his counterparty is operating under a mistaken belief. Absent a duty of disclosure, a party to a contract has no obligation to correct his counterparty's mistaken belief unless the party's active conduct has materially contributed to it. What constitutes a material contribution will obviously depend upon the context, which includes the nature of the parties' relationship as well as the relevant provisions of the contract. Parties that prefer not to disclose certain information — which they are entitled not to do — are not required to adopt a new line of conduct in their contractual relationship simply because they chose silence over speech.

In the context of a right to terminate a contract without cause, a party that intends to end an agreement does not have to convey hints in order to alert his counterparty that their business relationship is in danger. No obligation to speak arises when a party becomes aware of his counterparty's mistaken belief that the contract will not be terminated unless the party has taken positive action that materially contributed to that belief. If one party leads another to believe that their contract will be renewed, it follows that the other party can reasonably expect their business relationship to be extended rather than terminated. But an inference to that effect cannot be drawn in the abstract. In order to infer that one party, through discussions about renewal, led the other party to think that there was no risk their existing agreement would be terminated, the inference-drawing process must obviously take into account the nature of the risk at stake and what was actually communicated during those discussions. Otherwise,

s'induire intentionnellement en erreur. Le droit n'impose pas à une partie contractante de devoir de loyauté ou de divulgation ni d'obligation de renoncer à des avantages découlant du contrat. Étant donné l'absence d'une obligation de divulguer des renseignements, il est difficile de déterminer à partir de quand le silence d'une partie induira intentionnellement l'autre partie en erreur, ou à quel moment un silence acceptable se transforme en un silence inacceptable susceptible de constituer une violation de contrat. Quoi qu'il en soit, l'obligation d'exécution honnête doit demeurer claire et d'application simple.

Les obligations découlant de l'exécution honnête sont négatives. Étendre davantage la portée de l'obligation d'exécution honnête écarterait la stabilité des opérations commerciales. Par conséquent, le silence ne saurait être considéré comme malhonnête au sens de l'arrêt *Bhasin*, à moins qu'il n'y ait une obligation positive de parler. Une telle obligation ne naît pas du seul fait qu'une partie au contrat s'aperçoit que son cocontractant agit sur le fondement d'une croyance erronée. En l'absence d'une obligation de divulgation, une partie à un contrat ne saurait être tenue de corriger la croyance erronée de son cocontractant à moins d'y avoir contribué de façon significative par sa conduite. Pour déterminer si une contribution est significative, il faudra bien entendu examiner le contexte, y compris la nature de la relation entre les parties, de même que les dispositions contractuelles pertinentes. Les parties qui préfèrent ne pas divulguer certains renseignements — comme cela leur est permis — ne sont pas tenues d'adopter une nouvelle ligne de conduite dans leur relation contractuelle simplement parce que le silence leur a paru préférable à la parole.

Dans le contexte d'un droit contractuel de résilier un contrat sans motif, cela signifie qu'une partie désireuse de mettre fin à une entente n'a pas besoin de transmettre de signaux d'alerte pour amener son cocontractant à comprendre que leur relation d'affaires est en danger. Une obligation de divulgation ne naît pas lorsqu'une partie apprend que son cocontractant croit à tort que le contrat ne sera pas résilié, à moins que cette partie n'ait posé un acte concret qui a contribué à cette croyance de façon significative. Si une partie amène l'autre à croire que leur contrat sera renouvelé, il s'ensuit que cette dernière peut raisonnablement s'attendre à ce que leur relation d'affaires soit prolongée plutôt que résiliée. Toutefois, une inférence en ce sens ne peut être tirée dans l'abstrait. Pour conclure qu'une partie, par des discussions sur un renouvellement, a amené l'autre partie à penser qu'aucun risque de résiliation ne menaçait le contrat en vigueur, le processus inférentiel doit évidemment tenir compte de la nature du

the inference would entail a palpable and overriding error that would be subject to appellate review.

In the present case, Baycrest bargained for a right to terminate its winter agreement for any reason and at any time upon giving 10 days' notice. In her assessment of Baycrest's conduct, the trial judge did not ask herself if Baycrest lied or otherwise knowingly misled Callow about the exercise of its right to terminate the winter agreement for any other reason than unsatisfactory services. She wrongfully insisted on addressing alleged performance issues despite the fact that the winter agreement could be terminated even if Callow's services were satisfactory. The trial judge also did not consider that the active deception had to be directly linked to the performance of the contract. It is clear that the representations she found had been made by Baycrest were not directly linked to the performance of the winter agreement. The trial judge's misunderstanding of the applicable legal principles vitiated the fact-finding process.

### Cases Cited

By Kasirer J.

**Applied:** *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; **referred to:** *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3; *Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214; *Potter v. New Brunswick Legal Aid Services Commission*, 2015 SCC 10, [2015] 1 S.C.R. 500; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Churchill Falls (Labrador) Corp. v. Hydro-Québec*, 2018 SCC 46, [2018] 3 S.C.R. 101; *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122; *Mayor of Bradford v. Pickles*, [1895] A.C. 587; *Allen v. Flood*, [1898] A.C. 1; *United Roasters, Inc. v. Colgate-Palmolive Co.*, 649 F.2d 985 (4th Cir. 1981); *IFP Technologies (Canada) Inc. v. EnCana Midstream and Marketing*, 2017 ABCA 157, 53 Alta. L.R. (6th) 96; *Xerex Exploration Ltd. v. Petro-Canada*, 2005 ABCA 224, 47 Alta. L.R. (4th) 6; *Yam Seng Pte Ltd. v. International Trade Corp. Ltd.*, [2013] E.W.H.C. 111, [2013] 1 All E.R. (Comm.) 1321; *Dunning v. Royal Bank* (1996), 23

risque en jeu et de ce qui a été communiqué pendant ces discussions. Autrement, l'inférence donnerait lieu à une erreur manifeste et dominante qui serait susceptible de contrôle en appel.

En l'espèce, Baycrest a négocié un droit de résilier son contrat hivernal pour toute raison et à tout moment moyennant un préavis de 10 jours. Lors de son examen de la conduite de Baycrest, la juge de première instance n'a pas cherché à savoir si Baycrest avait menti à Callow ou l'avait autrement induit intentionnellement en erreur au sujet de l'exercice de son droit à la résiliation du contrat hivernal pour toute raison autre qu'une insatisfaction liée aux services rendus. Elle a insisté à tort sur la nécessité pour Baycrest d'aborder les problèmes de rendement allégués malgré le fait que le contrat hivernal pouvait être résilié même si les services rendus par Callow étaient satisfaisants. Aucune considération n'a été accordée au fait que la tromperie active devait être directement liée à l'exécution du contrat. Il est clair que les déclarations faites par Baycrest n'étaient pas directement liées à l'exécution du contrat hivernal. La compréhension erronée par la juge de première instance des principes juridiques applicables a vicié le processus d'appréciation des faits.

### Jurisprudence

Citée par le juge Kasirer

**Arrêt appliqué :** *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; **arrêts mentionnés :** *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855; *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; *Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214; *Potter c. Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick*, 2015 CSC 10, [2015] 1 R.C.S. 500; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46, [2018] 3 R.C.S. 101; *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Mayor of Bradford c. Pickles*, [1895] A.C. 587; *Allen c. Flood*, [1898] A.C. 1; *United Roasters, Inc. c. Colgate-Palmolive Co.*, 649 F.2d 985 (4th Cir. 1981); *IFP Technologies (Canada) Inc. c. EnCana Midstream and Marketing*, 2017 ABCA 157, 53 Alta. L.R. (6th) 96; *Xerex Exploration Ltd. c. Petro-Canada*, 2005 ABCA 224, 47 Alta. L.R. (4th) 6; *Yam Seng Pte Ltd. c. International Trade Corp. Ltd.*, [2013] E.W.H.C. 111, [2013] 1 All

C.C.E.L. (2d) 71; *Honda Canada Inc. v. Keays*, 2008 SCC 39, [2008] 2 S.C.R. 362; *Atlantic Lottery Corp. Inc. v. Babstock*, 2020 SCC 19, [2020] 2 S.C.R. 420; *PreMD Inc. v. Ogilvy Renault LLP*, 2013 ONCA 412, 309 O.A.C. 139; *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303; *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516.

By Brown J.

**Applied:** *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; **referred to:** *Alevizos v. Nirula*, 2003 MBCA 148, 180 Man. R. (2d) 186; *Xerex Exploration Ltd. v. Petro-Canada*, 2005 ABCA 224, 47 Alta. L.R. (4th) 6; *Opron Construction Co. v. Alberta* (1994), 151 A.R. 241; *Peek v. Gurney* (1873), L.R. 6 H.L. 377; *Outaouais Synergist Inc. v. Lang Michener LLP*, 2013 ONCA 526, 116 O.R. (3d) 742; *C.R.F. Holdings Ltd. v. Fundy Chemical International Ltd.* (1981), 33 B.C.L.R. 291; *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87; *Styles v. Alberta Investment Management Corp.*, 2017 ABCA 1, 44 Alta. L.R. (6th) 214; *Mohamed v. Information Systems Architects Inc.*, 2018 ONCA 428, 423 D.L.R. (4th) 174; *Greenberg v. Meffert* (1985), 50 O.R. (2d) 755; *Mesa Operating Ltd. Partnership v. Amoco Canada Resources Ltd.* (1994), 19 Alta. L.R. (3d) 38; *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2006 SCC 30, [2006] 2 S.C.R. 3; *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303; *Wood v. Grand Valley Rway. Co.* (1915), 51 S.C.R. 283; *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433; *Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 S.C.R. 995; *Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. v. Chambre des notaires du Québec*, 2004 SCC 53, [2004] 3 S.C.R. 95; *Moses v. Macferlan* (1760), 2 Burr. 1005, 97 E.R. 676; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214; *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543; *Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; *Sport Maska Inc. v. Zittner*, [1988] 1 S.C.R. 564; *Colonial Real Estate Co. v. La Communauté des Soeurs de la Charité de l'Hôpital Général de Montréal* (1918), 57 S.C.R. 585; *Birdair inc. v. Danny's Construction Co.*, 2013 QCCA 580; *Bhasin v. Hrynew*, 2011 ABQB 637, 526 A.R. 1;

E.R. (Comm.) 1321; *Dunning c. Royal Bank* (1996), 23 C.C.E.L. (2d) 71; *Honda Canada Inc. c. Keays*, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362; *Société des loteries de l'Atlantique c. Babstock*, 2020 CSC 19, [2020] 2 R.C.S. 420; *PreMD Inc. c. Ogilvy Renault LLP*, 2013 ONCA 412, 309 O.A.C. 139; *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303; *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516.

Citée par le juge Brown

**Arrêt appliqué :** *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; **arrêts mentionnés :** *Alevizos c. Nirula*, 2003 MBCA 148, 180 Man. R. (2d) 186; *Xerex Exploration Ltd. c. Petro-Canada*, 2005 ABCA 224, 47 Alta. L.R. (4th) 6; *Opron Construction Co. c. Alberta* (1994), 151 A.R. 241; *Peek c. Gurney* (1873), L.R. 6 H.L. 377; *Outaouais Synergist Inc. c. Lang Michener LLP*, 2013 ONCA 526, 116 O.R. (3d) 742; *C.R.F. Holdings Ltd. c. Fundy Chemical International Ltd.* (1981), 33 B.C.L.R. 291; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87; *Styles c. Alberta Investment Management Corp.*, 2017 ABCA 1, 44 Alta. L.R. (6th) 214; *Mohamed c. Information Systems Architects Inc.*, 2018 ONCA 428, 423 D.L.R. (4th) 174; *Greenberg c. Meffert* (1985), 50 O.R. (2d) 755; *Mesa Operating Ltd. Partnership c. Amoco Canada Resources Ltd.* (1994), 19 Alta. L.R. (3d) 38; *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, 2006 CSC 30, [2006] 2 R.C.S. 3; *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303; *Wood c. Grand Valley Rway. Co.* (1915), 51 R.C.S. 283; *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995; *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 53, [2004] 3 R.C.S. 95; *Moses c. Macferlan* (1760), 2 Burr. 1005, 97 E.R. 676; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214; *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543; *Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855; *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; *Sport Maska Inc. c. Zittner*, [1988] 1 R.C.S. 564; *Colonial Real Estate Co. c. La Communauté des Soeurs de la Charité de l'Hôpital Général de Montréal* (1918), 57 R.C.S. 585; *Birdair inc.*

*Atlantic Lottery Corp. Inc. v. Babstock*, 2020 SCC 19, [2020] 2 S.C.R. 420.

By Côté J. (dissenting)

*Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Québec*, arts. 6, 7, 1375.

### Authors Cited

Allard, France. *The Supreme Court of Canada and its Impact on the Expression of Bijuralism*. Ottawa: Department of Justice, 2001.

Atiyah's *Introduction to the Law of Contract*, 6th ed. by Stephen A. Smith. Oxford: Clarendon Press, 2006.

Bastarache, Michel. "Bijuralism in Canada", in *Bijuralism and Harmonization: Genesis*. Ottawa: Department of Justice, 2001.

Baudouin, Jean-Louis. "L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada" (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 715.

Baudouin, Jean-Louis. "Mixed Jurisdictions: A Model for the XXIst Century?" (2003), 63 *La. L. Rev.* 983.

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2013.

Benson, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2019.

Bridge, Michael. "The Exercise of Contractual Discretion" (2019), 135 *L.Q.R.* 227.

Brierley, John E. C. "Quebec's 'Common Laws' (*Droits Communs*): How Many Are There?", in Ernest Caparros et al., eds., *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 109.

Buckwold, Tamara. "The Enforceability of Agreements to Negotiate in Good Faith: The Impact of *Bhasin v. Hrynew* and the Organizing Principle of Good Faith in Common Law Canada" (2016), 58 *Can. Bus. L.J.* 1.

Courtney, Wayne. "Good Faith and Termination: The English and Australian Experience" (2019), 1 *Journal of Commonwealth Law* 185.

Dainow, Joseph. "The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison" (1967), 15 *Am. J. Comp. L.* 419.

Daly, Paul. "La bonne foi et la common law: l'arrêt *Bhasin c. Hrynew*", dans Jérémie Torres-Ceyte, Gabriel-Arnaud

*c. Danny's Construction Co.*, 2013 QCCA 580; *Bhasin c. Hrynew*, 2011 ABQB 637, 526 A.R. 1; *Société des loteries de l'Atlantique c. Babstock*, 2020 CSC 19, [2020] 2 R.C.S. 420.

Citée par la juge Côté (dissidente)

*Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, art. 6, 7, 1375.

### Doctrine et autres documents cités

Allard, France. *La Cour suprême du Canada et son impact sur l'articulation du bijuridisme*, Ottawa, Ministère de la Justice, 2001.

Atiyah's *Introduction to the Law of Contract*, 6th ed., by Stephen A. Smith, Oxford, Clarendon Press, 2006.

Bastarache, Michel. « Le bijuridisme au Canada », dans *Bijuridisme et harmonisation : Genèse*, Ottawa, Ministère de la Justice, 2001.

Baudouin, Jean-Louis. « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada » (1975), 53 *R. du B. can.* 715.

Baudouin, Jean-Louis. « Systèmes de Droit Mixte : un Modèle Pour le 21<sup>e</sup> Siècle? » (2003), 63 *La. L. Rev.* 993.

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.

Benson, Peter. *Justice in Transactions : A Theory of Contract Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2019.

Bridge, Michael. « The Exercise of Contractual Discretion » (2019), 135 *L.Q.R.* 227.

Brierley, John E. C. « Quebec's "Common Laws" (*Droits Communs*) : How Many Are There? », in Ernest Caparros et al., eds., *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 109.

Buckwold, Tamara. « The Enforceability of Agreements to Negotiate in Good Faith : The Impact of *Bhasin v. Hrynew* and the Organizing Principle of Good Faith in Common Law Canada » (2016), 58 *Rev. can. dr. comm.* 1.

Courtney, Wayne. « Good Faith and Termination : The English and Australian Experience » (2019), 1 *Journal of Commonwealth Law* 185.

Dainow, Joseph. « The Civil Law and the Common Law : Some Points of Comparison » (1967), 15 *Am. J. Comp. L.* 419.

Daly, Paul. « La bonne foi et la common law : l'arrêt *Bhasin c. Hrynew* », dans Jérémie Torres-Ceyte,

- Berthold et Charles-Antoine M. Péladeau, dir., *Le dialogue en droit civil*. Montréal: Thémis, 2018, 89.
- Dedek, Helge. “From Norms to Facts: The Realization of Rights in Common and Civil Private Law” (2010), 56 *McGill L.J.* 77.
- Fuller, L. L., and William R. Perdue Jr. “The Reliance Interest in Contract Damages” (1936), 46 *Yale L.J.* 52.
- Gardner, John. “Concerning Permissive Sources and Gaps” (1988), 8 *Oxford J. Leg. Stud.* 457.
- Gaudreault-DesBiens, Jean-François. *Les solitudes du bijuridisme au Canada*. Montréal: Thémis, 2007.
- Grégoire, Marie Annick. *Liberté, responsabilité et utilité: la bonne foi comme instrument de justice*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2010.
- Gutteridge, H. C. “Abuse of Rights” (1933), 5 *Cambridge L.J.* 22.
- Jukier, Rosalie. “The Legacy of Justice Louis LeBel: The Civilian Tradition and Procedural Law” (2015), 70 *S.C.L.R.* (2d) 27.
- Jukier, Rosalie. “Good Faith in Contract: A Judicial Dialogue Between Common Law Canada and Québec” (2019), 1 *Journal of Commonwealth Law* 83.
- Lawson, F. H. *Negligence in the Civil Law*. Oxford: Clarendon Press, 1950.
- LeBel, Louis. “Les cultures de la Cour suprême du Canada: vers l’émergence d’une culture dialogique?”, dans Jean-François Gaudreault-DesBiens et autres, dir., *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques*. Montréal: Thémis, 2009, 1.
- LeBel, Louis, et Pierre-Louis Le Saunier. “L’interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada” (2006), 47 *C. de D.* 179.
- Lundmark, Thomas. *Charting the Divide between Common and Civil Law*. New York: Oxford University Press, 2012.
- MacDougall, Bruce. *Misrepresentation*. Toronto: LexisNexis, 2016.
- Maharaj, Krish. “An Action on the Equities: Re-Characterizing *Bhasin* as Equitable Estoppel” (2017), 55 *Alta. L. Rev.* 199.
- 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.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2020.
- McInnes, Mitchell. “The Reason to Reverse: Unjust Factors and Juristic Reasons” (2012), 92 *B.U.L. Rev.* 1049.
- Moore, Benoît. “Brèves remarques spontanées sur l’arrêt *Bhasin c. Hrynew*”, dans Jérémie Torres-Ceyte, Gabriel-Arnaud Berthold et Charles-Antoine M. Péladeau, dir., *Le dialogue en droit civil*, Montréal, Thémis, 2018, 89.
- Dedek, Helge. « From Norms to Facts : The Realization of Rights in Common and Civil Private Law » (2010), 56 *R.D. McGill* 77.
- Fuller, L. L., and William R. Perdue Jr. « The Reliance Interest in Contract Damages » (1936), 46 *Yale L.J.* 52.
- Gardner, John. « Concerning Permissive Sources and Gaps » (1988), 8 *Oxford J. Leg. Stud.* 457.
- Gaudreault-DesBiens, Jean-François. *Les solitudes du bijuridisme au Canada*, Montréal, Thémis, 2007.
- Grégoire, Marie Annick. *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010.
- Gutteridge, H. C. « Abuse of Rights » (1933), 5 *Cambridge L.J.* 22.
- Jukier, Rosalie. « The Legacy of Justice Louis LeBel : The Civilian Tradition and Procedural Law » (2015), 70 *S.C.L.R.* (2d) 27.
- Jukier, Rosalie. « Good Faith in Contract : A Judicial Dialogue Between Common Law Canada and Québec » (2019), 1 *Journal of Commonwealth Law* 83.
- Lawson, F. H. *Negligence in the Civil Law*, Oxford, Clarendon Press, 1950.
- LeBel, Louis. « Les cultures de la Cour suprême du Canada : vers l’émergence d’une culture dialogique? », dans Jean-François Gaudreault-DesBiens et autres, dir., *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques*, Montréal, Thémis, 2009, 1.
- LeBel, Louis, et Pierre-Louis Le Saunier. « L’interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada » (2006), 47 *C. de D.* 179.
- Lundmark, Thomas. *Charting the Divide between Common and Civil Law*, New York, Oxford University Press, 2012.
- MacDougall, Bruce. *Misrepresentation*, Toronto, LexisNexis, 2016.
- Maharaj, Krish. « An Action on the Equities : Re-Characterizing *Bhasin* as Equitable Estoppel » (2017), 55 *Alta. L. Rev.* 199.
- 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.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2020.
- McInnes, Mitchell. « The Reason to Reverse : Unjust Factors and Juristic Reasons » (2012), 92 *B.U.L. Rev.* 1049.
- Moore, Benoît. « Brèves remarques spontanées sur l’arrêt *Bhasin c. Hrynew* », dans Jérémie Torres-Ceyte,

- Péladeau, dir., *Le dialogue en droit civil*. Montréal: Thémis, 2018, 81.
- Mummé, Claire. “*Bhasin v. Hrynew*: A New Era for Good Faith in Canadian Employment Law, or Just Tinkering at the Margins?” (2016), 32 *Intl J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.* 117.
- O’Byrne, Shannon, and Ronnie Cohen. “The Contractual Principle of Good Faith and the Duty of Honesty in *Bhasin v. Hrynew*” (2015), 53 *Alta. L.R.* 1.
- Pargendler, Mariana. “The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide” (2018), 43 *Yale J. Intl L.* 143.
- Peel, Edwin. *The Law of Contract*, 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 2020.
- 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.
- Samson, Mélanie. “Le droit civil québécois: exemple d’un droit à porosité variable” (2018-19), 50 *Ottawa L. Rev.* 257.
- Sharpe, Robert J. *Good Judgment: Making Judicial Decisions*. Toronto: University of Toronto Press, 2018.
- Swan, Angela. “The Obligation to Perform in Good Faith: Comment on *Bhasin v. Hrynew*” (2015), 56 *Can. Bus. L.J.* 395.
- Swan, Angela, Jakub Adamski and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
- Valcke, Catherine. “*Bhasin v Hrynew*: Why a General Duty of Good Faith Would Be Out of Place in English Canadian Contract Law” (2019), 1 *Journal of Commonwealth Law* 65.
- Waddams, S. M. “Breach of Contract and the Concept of Wrongdoing” (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 1.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 7th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2017.
- Waddams, S. M. “Unfairness and Good Faith in Contract Law: A New Approach” (2017), 80 *S.C.L.R.* (2d) 309.
- Zweigert, Konrad, and Hein Kötz. *Introduction to Comparative Law*, 3rd rev. ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- Gabriel-Arnaud Berthold et Charles-Antoine M. Péladeau, dir., *Le dialogue en droit civil*, Montréal, Thémis, 2018, 81.
- Mummé, Claire. « *Bhasin v. Hrynew* : A New Era for Good Faith in Canadian Employment Law, or Just Tinkering at the Margins? » (2016), 32 *Intl J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.* 117.
- O’Byrne, Shannon, and Ronnie Cohen. « The Contractual Principle of Good Faith and the Duty of Honesty in *Bhasin v. Hrynew* » (2015), 53 *Alta. L.R.* 1.
- Pargendler, Mariana. « The Role of the State in Contract Law : The Common-Civil Law Divide » (2018), 43 *Yale J. Intl L.* 143.
- Peel, Edwin. *The Law of Contract*, 15th ed., London, Sweet & Maxwell, 2020.
- Robertson, Joseph T. « Good Faith as an Organizing Principle in Contract Law : *Bhasin v Hrynew* — Two Steps Forward and One Look Back » (2015), 93 *du B. can.* 809.
- Samson, Mélanie. « Le droit civil québécois : exemple d’un droit à porosité variable » (2018-2019), 50 *R.D. Ottawa* 257.
- Sharpe, Robert J. *Good Judgment : Making Judicial Decisions*, Toronto, University of Toronto Press, 2018.
- Swan, Angela. « The Obligation to Perform in Good Faith : Comment on *Bhasin v. Hrynew* » (2015), 56 *Rev. can. dr. comm.* 395.
- Swan, Angela, Jakub Adamski and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
- Valcke, Catherine. « *Bhasin v Hrynew* : Why a General Duty of Good Faith Would Be Out of Place in English Canadian Contract Law » (2019), 1 *Journal of Commonwealth Law* 65.
- Waddams, S. M. « Breach of Contract and the Concept of Wrongdoing » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 1.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 7th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2017.
- Waddams, S. M. « Unfairness and Good Faith in Contract Law : A New Approach » (2017), 80 *S.C.L.R.* (2d) 309.
- Zweigert, Konrad, and Hein Kötz. *Introduction to Comparative Law*, 3rd rev. ed., Oxford, Clarendon Press, 1998.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Lauwers, Huscroft and Trotter JJ.A.), 2018 ONCA 896, 429 D.L.R. (4th) 704, 86 B.L.R. (5th) 53, [2018] O.J. No. 5855 (QL), 2018 CarswellOnt 18697 (WL Can.), setting aside a decision of O’Bonsawin J., 2017 ONSC 7095, [2017] O.J. No. 6176 (QL),

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Lauwers, Huscroft et Trotter), 2018 ONCA 896, 429 D.L.R. (4th) 704, 86 B.L.R. (5th) 53, [2018] O.J. No. 5855 (QL), 2018 CarswellOnt 18697 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge O’Bonsawin, 2017 ONSC 7095,

2017 CarswellOnt 18587 (WL Can.). Appeal allowed, Côté J. dissenting.

*Brandon Kain, Adam Goldenberg, Vivian Ntiri and Miriam Vale Peters*, for the appellant.

*Anne Tardif, Rodrigue Escayola and David Plotkin*, for the respondents.

*Catherine Beagan Flood and Nicole Henderson*, for the intervener the Canadian Federation of Independent Business.

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

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

KASIRER J. —

## I. Introduction

[1] This appeal concerns a clause in a commercial winter maintenance agreement that permitted the clients to terminate the contract unilaterally, without cause, upon giving the contractor 10 days' notice. The dispute does not turn on whether the clause represented a fair bargain between the parties. There is also no issue about the meaning of the termination clause. The dispute turns rather on the manner in which the respondents (collectively "Baycrest") exercised the termination clause. Acknowledging that 10 days' notice was given the appellant, C.M. Callow Inc. ("Callow"), argues that Baycrest exercised the termination clause contrary to the requirements of good faith set forth by this Court in *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, in particular the duty to perform the contract honestly.

[2] In *Bhasin*, Cromwell J. recognized a general organizing principle of good faith, which means that "parties generally must perform their contractual duties honestly and reasonably and not capriciously

[2017] O.J. No. 6176 (QL), 2017 CarswellOnt 18587 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente.

*Brandon Kain, Adam Goldenberg, Vivian Ntiri et Miriam Vale Peters*, pour l'appelante.

*Anne Tardif, Rodrigue Escayola et David Plotkin*, pour les intimées.

*Catherine Beagan Flood et Nicole Henderson*, pour l'intervenante la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante.

*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, Karakatsanis, Martin et Kasirer rendu par

LE JUGE KASIRER —

## I. Introduction

[1] Le présent pourvoi porte sur la clause d'un contrat commercial d'entretien hivernal qui permettait aux clients de résilier unilatéralement le contrat, sans motif, en donnant à l'entrepreneur un préavis de 10 jours. Il ne s'agit pas ici de savoir si la clause constituait un marché équitable entre les parties. Son sens n'est pas en cause non plus. Le débat porte plutôt sur la façon dont les intimés (collectivement « Baycrest ») ont exercé la clause de résiliation en question. Reconnaisant que le préavis de 10 jours a été donné, l'appelante, C.M. Callow Inc. (« Callow »), soutient que Baycrest se serait prévalu de la clause de résiliation contrairement aux exigences de la bonne foi établies par notre Cour dans l'arrêt *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, notamment à l'obligation d'exécution honnête du contrat.

[2] Dans l'arrêt *Bhasin*, le juge Cromwell a reconnu un principe directeur général de bonne foi, qui implique que « les parties doivent, de façon générale, exécuter leurs obligations contractuelles de manière

or arbitrarily” (para. 63). This organizing principle, he explained, “is not a free-standing rule, but rather a standard that underpins and is manifested in more specific legal doctrines and may be given different weight in different situations” (para. 64). The organizing principle of good faith manifests itself through “existing doctrines” addressing “the types of situations and relationships in which the law requires, in certain respects, honest, candid, forthright or reasonable contractual performance” (para. 66).

[3] In this appeal, the applicable good faith doctrine is the duty of honesty in contractual performance. As Cromwell J. explained in *Bhasin*, at para. 73, the duty of honesty applies to all contracts as a matter of contractual doctrine, and means “simply that parties must not lie or otherwise knowingly mislead each other about matters directly linked to the performance of the contract”. Callow says Baycrest’s failure to exercise its right to terminate in keeping with the mandatory duty of honest performance amounted to a breach of contract. It points to the trial judge’s findings that Baycrest withheld the information that the contract was in danger of termination. Baycrest then continued to represent that the contract was not in danger and knowingly declined to correct the false impression it had created and under which Callow was operating. This dishonesty continued for several months, “in anticipation of the notice period” wrote the trial judge and, claims Callow, resulted in it foregoing the opportunity to bid on other winter contracts and thereby justifies an award of damages (2017 ONSC 7095, at para. 67 (CanLII)).

[4] Baycrest, for its part, recalling that Cromwell J. explicitly stated in *Bhasin* that the duty of honest performance does not amount to a duty to disclose, argues that its silence did not constitute dishonesty. It also says the alleged dishonesty was not connected to the contract in place at the time because, in its

honnête et raisonnable, et non de façon abusive ou arbitraire » (par. 63). Ce principe directeur, a-t-il expliqué, « est [ . . . ] non pas une règle autonome, mais plutôt une norme qui sous-tend des règles de droit particulières, qui se manifeste dans ces règles et à laquelle on peut accorder plus ou moins d’importance selon chaque situation » (par. 64). 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 » (par. 66).

[3] Dans le présent pourvoi, la doctrine de la bonne foi applicable est celle de l’obligation d’honnêteté en matière d’exécution des contrats. Comme le juge Cromwell l’a expliqué au par. 73 de l’arrêt *Bhasin*, cette obligation s’applique à tous les contrats en tant que doctrine du droit des contrats, ce qui signifie « simplement que les parties ne doivent pas se mentir ni autrement s’induire intentionnellement en erreur au sujet de questions directement liées à l’exécution du contrat ». Callow affirme que le manquement par Baycrest à son obligation impérative d’exécution honnête dans son recours à la clause de résiliation équivalait à une violation de contrat. Elle invoque les conclusions de la juge de première instance selon lesquelles Baycrest a dissimulé que le contrat risquait d’être résilié. De fait, cette dernière a continué à affirmer que le contrat n’était pas en péril et a intentionnellement refusé de corriger la fausse impression qu’elle avait créée et en vertu de laquelle agissait Callow. Cette malhonnêteté a continué pendant plusieurs mois [TRADUCTION] « en prévision de la période de préavis », écrit la juge de première instance, ce qui, aux dires de Callow, l’a amené à renoncer à l’occasion de présenter des soumissions en vue d’obtenir d’autres contrats d’entretien hivernal, ce qui justifie l’octroi de dommages-intérêts (2017 ONCS 7095, par. 67 (CanLII)).

[4] Pour sa part, rappelant que le juge Cromwell a explicitement affirmé dans l’arrêt *Bhasin* que l’obligation d’exécution honnête n’équivaut pas à une obligation de divulgation, Baycrest soutient que son silence ne constituait pas de la malhonnêteté. Elle fait en outre valoir que la malhonnêteté alléguée

submission, the impugned communications related to the possibility of a future contract not yet executed. The Court of Appeal agreed and overturned the trial judge's decision (2018 ONCA 896, 429 D.L.R. (4th) 704).

[5] I respectfully disagree with the Court of Appeal on whether the manner in which the termination clause was exercised ran afoul of the minimum standard of honesty. The duty to act honestly in the performance of the contract precludes active deception. Baycrest breached its duty by knowingly misleading Callow into believing the winter maintenance agreement would not be terminated. By exercising the termination clause dishonestly, it breached the duty of honesty on a matter directly linked to the performance of the contract, even if the 10-day notice period was satisfied and irrespective of their motive for termination. For the reasons that follow, I would allow the appeal and restore the judgment of the Ontario Superior Court of Justice.

## II. Background

[6] Baycrest includes 10 condominium corporations managed by Condominium Management Group and a designated property manager. Each corporation has its own board of directors to manage its affairs and, collectively, they established a Joint Use Committee (“JUC”). The JUC makes decisions regarding the joint and shared assets of the condominiums. In 2010, the condominium corporations entered into a two-year winter maintenance agreement with Callow, a corporation owned and operated by Christopher Callow. Pursuant to the terms of the agreement, Callow provided winter services, including snow removal, to the condominium corporations.

[7] At the conclusion of the two-year term in 2012, the corporations entered into two new agreements with Callow. Joseph Peixoto — president of one of

n'était pas liée au contrat en vigueur à l'époque, car, selon ses prétentions, les communications en cause portaient sur la possibilité d'un contrat futur non encore conclu. La Cour d'appel a souscrit à ce point et a infirmé le jugement de première instance (2018 ONCA 896, 429 D.L.R. (4th) 704).

[5] Soit dit en tout respect, je suis en désaccord avec la Cour d'appel sur la question de savoir si la manière dont Baycrest s'est prévaluée de la clause de résiliation contrevenait à la norme minimale d'honnêteté. L'obligation d'agir honnêtement dans l'exécution du contrat empêche de se livrer à une tromperie active. Baycrest a manqué à son obligation en induisant intentionnellement Callow en erreur, l'amenant ainsi à croire que le contrat d'entretien hivernal ne serait pas résilié. En se prévalant malhonnêtement de la clause de résiliation, elle a manqué à l'obligation d'honnêteté au sujet d'une question directement liée à l'exécution du contrat, même si le délai de préavis de 10 jours a été respecté et sans égard aux raisons ayant motivé la résiliation. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de la Cour supérieure de justice de l'Ontario.

## II. Contexte

[6] Baycrest comprend 10 associations condominiales gérées par le Condominium Management Group et un gestionnaire immobilier désigné. Chaque association a son propre conseil d'administration chargé de gérer ses affaires et, collectivement, elles ont établi un comité d'utilisation conjointe (« CUC »). Le CUC prend des décisions concernant les avoirs communs et partagés des condominiums. En 2010, les associations condominiales ont conclu un contrat d'entretien hivernal d'une durée de deux ans avec Callow, une société exploitée par Christopher Callow, son propriétaire. Selon le contrat, Callow fournissait aux associations condominiales des services d'entretien hivernal, dont le déneigement.

[7] À l'arrivée du terme de deux ans en 2012, les associations ont conclu deux nouveaux contrats avec Callow. Joseph Peixoto — président d'une des

the condominium corporations, and representative on the JUC — negotiated the main pricing terms with Mr. Callow for the renewal of the winter maintenance contract, which also added a separate summer maintenance services contract.

[8] At issue in this appeal is the winter maintenance agreement, which had a new two-winter term from November 1, 2012 to April 30, 2014. Pursuant to clause 9, the corporations were entitled to terminate the winter maintenance agreement if Callow failed to give satisfactory service in accordance with the terms of this Agreement. Moreover, clause 9 provided that “if for any other reason [Callow’s] services are no longer required for the whole or part of the property covered by this Agreement, then the [condominium corporations] may terminate this contract upon giving ten (10) days’ notice in writing to [Callow]” (A.R., vol. III, at p. 10).

[9] During the first winter of the two-winter term, there were complaints from occupants of various condominiums, many of which related to snow removal from individual parking stalls. In January 2013, Mr. Callow attended a JUC meeting to address the concerns. The minutes reflected the positive nature of this meeting, recording that “[t]he Committee confirmed that [Callow] has been diligent in addressing this issue as best as could be expected considering the nature of the storms recently experienced” (A.R., vol. III, at p. 35). After the meeting, the property manager at the time also sent a follow-up email to the JUC members: “I know that your Board has been generally satisfied with the snow removal — so there is nothing outstanding to report here” (p. 39).

[10] A few months later — still in the first year of the agreement — respondent Tammy Zollinger became the property manager. About three weeks after Ms. Zollinger’s arrival, another JUC meeting was held, this time without Mr. Callow present. During the meeting, Ms. Zollinger advised the JUC to terminate the winter maintenance agreement with Callow

associations condominiales et un représentant du CUC — a négocié les principales conditions relatives au prix avec M. Callow pour le renouvellement du contrat d’entretien hivernal, auquel s’est ajouté un contrat distinct de services d’entretien estival.

[8] Dans le présent pourvoi, c’est le contrat d’entretien hivernal conclu pour un nouveau terme de deux hivers, du 1<sup>er</sup> novembre 2012 au 30 avril 2014, qui est en cause. En vertu de la clause 9, les associations avaient le droit de résilier ce contrat si Callow ne rendait pas un service satisfaisant, conformément aux dispositions du contrat. De plus, la clause 9 prévoyait que [TRADUCTION] « si, pour quelque autre raison que ce soit, les services [de Callow] n’étaient plus requis pour les immeubles visés par le contrat ou pour toute partie de ces immeubles, [les associations condominiales] p[ouvai]ent résilier le présent contrat en donnant à [Callow] un préavis écrit de dix (10) jours » (d.a., vol. III, p. 10).

[9] Au cours du premier des deux hivers visés par le contrat, des occupants de divers condominiums ont déposé des plaintes, dont plusieurs concernaient le déneigement de places de stationnement individuelles. En janvier 2013, M. Callow a assisté à une réunion du CUC pour dissiper les préoccupations. Il ressort du compte-rendu que cette réunion s’est déroulée positivement, puisqu’il consigne ceci : [TRADUCTION] « [l]e comité confirme que [Callow] s’est attaqué à ce problème avec toute la diligence à laquelle on pouvait s’attendre, vu la nature des tempêtes que nous avons connues récemment » (d.a., vol. III, p. 35). Après la réunion, la gestionnaire immobilière de l’époque a en outre envoyé un courriel de suivi aux membres du CUC : [TRADUCTION] « Je sais que votre comité s’est montré généralement satisfait du déneigement — il n’y a donc rien d’autre à signaler ici » (p. 39).

[10] Quelques mois plus tard — toujours durant la première année du contrat —, l’intimée Tammy Zollinger est devenue la gestionnaire immobilière. Environ trois semaines après le début de son mandat, le CUC a tenu une autre réunion, cette fois sans que M. Callow soit présent. Pendant la réunion, M<sup>me</sup> Zollinger a conseillé au CUC de résilier le

“due to poor workmanship in the 2012-13 winter” (A.R., vol. III, at p. 43). The minutes went on to indicate that Ms. Zollinger had reviewed the contract and advised the JUC members that they could terminate the contract with Callow with no financial penalty. Ms. Zollinger further advised that she would get quotes from other snow removal contractors. The JUC voted to terminate the winter maintenance agreement shortly thereafter, “in either March or April” of 2013 (trial reasons, at para. 51). Baycrest chose not to inform Mr. Callow of its decision to terminate the winter maintenance agreement at that time.

[11] Although only one winter of the two-winter term had been completed, Callow began discussions throughout the spring and summer of 2013 with Baycrest regarding a renewal of the winter maintenance agreement. Specifically, Mr. Callow had various exchanges with two condominium corporations’ board members, one of whom was Mr. Peixoto. Following these conversations, wrote the trial judge, “Mr. Callow thought that he was likely to get a two-year renewal of his winter maintenance services contract and they were satisfied with his services” (para. 41).

[12] Meanwhile, Callow continued to fulfill its obligations under the winter and summer maintenance agreements including, pursuant to the latter arrangement, finishing “spring cleanup”, cutting grass on a weekly basis and conducting garbage pick-up. Furthermore, during the summer of 2013, Callow “performed work above and beyond [its] summer maintenance services contract” (para. 42), even doing what Mr. Callow described as some “freebie” work, which he hoped would act as an incentive for Baycrest to renew the winter maintenance agreement at the end of the upcoming winter.

[13] Conversations between Callow and Mr. Peixoto continued into July 2013, at which time Callow decided to improve the appearance of two

contrat d’entretien hivernal avec Callow [TRADUCTION] « en raison de la piètre qualité du travail au cours de l’hiver 2012-2013 » (d.a., vol. III, p. 43). Il ressort ensuite du compte-rendu de la réunion que M<sup>me</sup> Zollinger avait examiné le contrat conclu avec Callow et informé les membres du CUC qu’ils pouvaient le résilier sans pénalité financière. De plus, M<sup>me</sup> Zollinger a dit qu’elle obtiendrait des soumissions d’autres entrepreneurs en déneigement. Le CUC a voté en faveur de la résiliation du contrat d’entretien hivernal peu de temps après, [TRADUCTION] « en mars ou en avril » 2013 (motifs de première instance, par. 51). Baycrest a choisi de ne pas informer M. Callow à ce moment-là de sa décision de résilier le contrat en question.

[11] Bien qu’un seul hiver sur deux du contrat se fût écoulé, Callow a entrepris des discussions avec Baycrest sur le renouvellement du contrat d’entretien hivernal au cours du printemps et de l’été 2013. Plus particulièrement, M. Callow a eu divers échanges avec des membres des conseils de deux associations condominiales, dont M. Peixoto. À la suite de ces conversations, a écrit la juge de première instance, [TRADUCTION] « M. Callow croyait qu’il allait probablement obtenir un renouvellement de deux ans de son contrat de services d’entretien hivernal et qu’ils étaient satisfaits de ses services » (par. 41).

[12] Entretemps, Callow a continué de s’acquitter des obligations qui lui incombait en application des contrats d’entretien hivernal et estival. En exécution de ce dernier contrat, elle a notamment terminé le [TRADUCTION] « ménage du printemps », et continué à tondre la pelouse une fois par semaine ainsi qu’à faire la cueillette des ordures. De plus, pendant l’été 2013, Callow [TRADUCTION] « a exécuté des travaux qui dépassaient ce qui était prévu dans [son] contrat de services d’entretien estival » (par. 42), effectuant même ce que M. Callow a décrit comme des travaux « en prime » qui, souhaitait-il, inciteraient Baycrest à renouveler le contrat d’entretien hivernal au terme de l’hiver qui s’en venait.

[13] Des conversations entre Callow et M. Peixoto se sont poursuivies jusqu’en juillet 2013, lorsque Callow a décidé d’embellir deux jardins. Dans un

gardens. In an email dated July 17, 2013, Mr. Peixoto wrote to another condominium corporation board member regarding this “freebie” work, writing in part: “It’s nice he’s doing it but I am sure it’s an attempt at us keeping him. Btw, I was talking to him last week as well and he is under the impression we’re keeping him for winter again. I didn’t say a word to him cuz I don’t wanna get involved but I did tell [Ms. Zollinger] that [Mr. Callow] thinks we’re keeping him for winter” (A.R., vol. III, at p. 73).

[14] Baycrest did not inform Callow about the decision to terminate the winter maintenance agreement until September 12, 2013. At that point, Ms. Zollinger advised Callow by way of email “that Baycrest will not be requiring your services for the winter contract for the 2013/2014 season, as per section 9 of the contract, Baycrest needs to provide the contractor with 10 days’ notice” (A.R., vol. III, at p. 49).

[15] Callow consequently filed a statement of claim for breach of contract, alleging that Baycrest acted in bad faith by accepting free services while knowing Callow was offering them in order to maintain their future contractual relationship. Moreover, Callow alleged that Baycrest knew or ought to have known that Callow would not seek other winter maintenance contracts in reliance on the representations that Callow was providing satisfactory service and the contract would not be prematurely terminated. Accordingly, “[a]s a result of these misrepresentations and/or bad faith conduct, [Mr. Callow on behalf of Callow] did not bid on other tenders for winter maintenance contracts. [Baycrest is] now liable for Callow’s damages for loss of opportunity” (A.R., vol. I, p. 45, at para. 30). Finally, Callow alleged that Baycrest was unjustly enriched by the free services it provided in the summer of 2013.

[16] Callow sought damages in the amount of \$81,383.68 for breach of contract, an amount equivalent to the one year remaining on the winter

courriel daté du 17 juillet 2013, M. Peixoto a écrit à un membre du conseil d’une autre association condominiale à propos de ces travaux « en prime », affirmant notamment : [TRADUCTION] « C’est bien qu’il fasse ça, mais je suis certain que c’est une tentative de faire en sorte qu’on le garde. Au fait, je lui ai aussi parlé la semaine dernière et il a l’impression que nous le gardons pour l’hiver encore une fois. Je ne lui ai pas dit un mot, parce que je ne veux pas m’en mêler, mais j’ai dit à [M<sup>me</sup> Zollinger] que [M. Callow] croit qu’on le garde pour l’hiver » (d.a., vol. III, p. 73).

[14] Ce n’est que le 12 septembre 2013 que Baycrest a informé Callow de la décision de résilier le contrat d’entretien hivernal. En effet, M<sup>me</sup> Zollinger a alors informé Callow par courriel [TRADUCTION] « que Baycrest ne fera pas appel à ses services pour le contrat hivernal de la saison 2013/2014, conformément à l’article 9 du contrat, Baycrest doit donner à l’entrepreneur un préavis de 10 jours » (d.a., vol. III, p. 49).

[15] Par la suite, Callow a déposé une déclaration alléguant une violation de contrat, soutenant que Baycrest avait agi de mauvaise foi en acceptant des services gratuits, tout en sachant que Callow les offrait pour maintenir leur relation contractuelle future. En outre, Callow a allégué que Baycrest savait ou aurait dû savoir qu’elle n’allait pas chercher à obtenir d’autres contrats d’entretien hivernal en s’appuyant sur les déclarations selon lesquelles elle offrait un service satisfaisant et le contrat ne serait pas résilié prématurément. Par conséquent, [TRADUCTION] « [e]n raison de ces déclarations inexactes ou de cette conduite de mauvaise foi, [M. Callow, au nom de Callow,] n’a pas répondu à d’autres appels d’offres de contrats d’entretien hivernal. Baycrest est maintenant responsable du préjudice subi par Callow au titre de la perte d’occasion » (d.a., vol. I, p. 45, par. 30). Enfin, Callow a allégué que Baycrest s’était injustement enrichie par suite des services gratuits qu’elle avait fournis au cours de l’été 2013.

[16] Callow a sollicité des dommages-intérêts de 81 383,68 \$ pour violation de contrat — un montant équivalent à l’année qui restait à courir sur le contrat

maintenance agreement, damages for intentional interference with contractual relations, inducing breach of contract, and negligent misrepresentation. It also asked for damages in the amount of \$5,000.00 for unjust enrichment, an amount equivalent to the “freebie” work, and pre- and post-judgment interest and costs on a substantial indemnity basis.

### III. Prior Decisions

#### A. *Ontario Superior Court of Justice (O’Bonsawin J.), 2017 ONSC 7095*

[17] In her review of the circumstances of the dispute, the trial judge commented on the testimony of several key witnesses, concluding that Mr. Callow was a credible witness. In contrast, she found that Baycrest’s witnesses — including a former property manager, as well as Ms. Zollinger and Mr. Peixoto — had “provided many exaggerations, over-statements and constantly provided comments contrary to the written evidence” (para. 11). The trial judge thus preferred Mr. Callow’s version of events to that of Baycrest.

[18] At trial, Baycrest advanced two main submissions. First, it argued that, as a matter of simple contractual interpretation, clause 9 clearly and unambiguously states that it could terminate the contract for any reason by providing Callow with 10 days’ notice in writing. Second, even though no cause had to be shown to invoke clause 9, Baycrest nonetheless argued that the evidence before the trial judge demonstrated that Callow’s level of service did not comply with the contractual specifications and was not to its complete satisfaction.

[19] The trial judge dismissed both arguments. First, she found that Callow’s work met the requisite standard. While there were complaints about Callow’s work, she observed that “a significant portion related to the clearing of parking stalls,

d’entretien hivernal —, des dommages-intérêts pour entrave intentionnelle aux relations contractuelles, incitation à violation de contrat et déclaration inexacte faite par négligence. Elle a aussi sollicité des dommages-intérêts de 5 000 \$ pour enrichissement injustifié — un montant équivalant aux travaux « en prime » —, l’intérêt antérieur et postérieur au jugement, ainsi que les dépens sur une base d’indemnisation substantielle.

### III. Décisions antérieures

#### A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario (la juge O’Bonsawin), 2017 ONSC 7095*

[17] Dans son examen des circonstances du litige, la juge de première instance a commenté les témoignages de plusieurs témoins clefs, concluant que M. Callow était un témoin crédible. En revanche, elle a jugé que les témoins de Baycrest — dont un ancien gestionnaire immobilier, ainsi que M<sup>me</sup> Zollinger et M. Peixoto — [TRADUCTION] « s’étaient livré à plusieurs exagérations et amplifications et [qu’ils] avaient constamment formulé des commentaires contraires à la preuve écrite » (par. 11). La juge de première instance a donc préféré la version des événements de M. Callow à celle de Baycrest.

[18] En première instance, Baycrest a fait valoir deux arguments principaux. D’abord, elle a soutenu que sur le plan de la simple interprétation contractuelle, la clause 9 prévoit clairement et sans équivoque qu’elle pouvait résilier le contrat pour n’importe quel motif en donnant à Callow un préavis écrit de 10 jours. Ensuite, même s’il n’était pas nécessaire d’établir un motif pour invoquer la clause 9, Baycrest a plaidé que la preuve dont disposait la juge de première instance démontrait que la qualité du service fourni par Callow ne respectait pas les spécifications contractuelles et n’était pas à son entière satisfaction.

[19] La juge de première instance a rejeté les deux arguments. Premièrement, elle a conclu que le travail de Callow répondait à la norme applicable. Bien que ce travail ait fait l’objet de plaintes, elle a observé que [TRADUCTION] « bon nombre d’entre elles

which was the fault of owners/tenants who did not move their vehicles”. “Was the quality of Callow’s work below standard?” asked the trial judge, “[t]he evidence leads me”, she wrote, “to answer no” (para. 55).

[20] Second, the trial judge held that this was not a simple contractual interpretation case. In her view, the organizing principle of good faith performance and the duty of honest performance were engaged. The trial judge explained that, as Cromwell J. noted in *Bhasin*, the duty of honest performance should not be confused with a duty of disclosure. “However,” she wrote, “contracting parties must be able to rely on a minimum standard of honesty” to ensure “that parties will have a fair opportunity to protect their interests if the contract does not work out” (para. 60, citing *Bhasin*, at para. 86). For the purposes of drawing a distinction between the failure to disclose a material fact and active dishonesty, the trial judge observed that “[u]nless there is active deception, there is no unilateral duty to disclose information before the notice period” (para. 61).

[21] The trial judge was satisfied that Baycrest “actively deceived” Callow from the time the termination decision was made in March or April 2013 to the time when notice was given on September 12, 2013. Specifically, she found that Baycrest “acted in bad faith by (1) withholding the information to ensure Callow performed the summer maintenance services contract; and (2) continuing to represent that the contract was not in danger despite [Baycrest’s] knowledge that Callow was taking on extra tasks to bolster the chances of renewing the winter maintenance services contract” (para. 65). Given the active communications between the parties during the summer of 2013, “which deceived Callow”, the trial judge “[did] not accept [Baycrest’s] argument that no duty was owed to disclose the decision to terminate the contract before the notice” (para. 66). “The minimum

concernaient le déneigement de places de stationnement, un problème causé par des propriétaires ou locataires qui ne déplaçaient pas leurs véhicules ». [TRADUCTION] « La qualité du travail de Callow était-elle en deçà de la norme? » a demandé la juge de première instance, à quoi elle a répondu : « La preuve m’amène à répondre à cette question par la négative » (par. 55).

[20] Deuxièmement, la juge de première instance a statué que la présente cause n’est pas une simple affaire d’interprétation contractuelle. À son avis, le principe directeur d’exécution de bonne foi et l’obligation d’exécution honnête étaient en jeu. La juge de première instance a expliqué que, comme le juge Cromwell l’avait noté dans l’arrêt *Bhasin*, il ne faut pas confondre l’obligation d’exécution honnête et une obligation de divulgation. [TRADUCTION] « Toutefois », a-t-elle écrit, « les parties contractantes doivent pouvoir s’attendre au respect d’une norme minimale d’honnêteté » pour qu’elles aient « l’assurance d’une possibilité raisonnable de protéger leurs intérêts s’il n’est pas donné suite au contrat » (par. 60, citant *Bhasin*, par. 86). Pour faire la distinction entre l’omission de révéler un fait important et la conduite malhonnête active, la juge de première instance a fait remarquer qu’à [TRADUCTION] « moins qu’il n’y ait tromperie active, il n’existe pas d’obligation unilatérale de divulgation de renseignements avant la période de préavis » (par. 61).

[21] La juge de première instance était convaincue que Baycrest a [TRADUCTION] « activement trompé » Callow à compter du moment où la décision de résilier a été prise en mars ou avril 2013 jusqu’au moment où l’avis a été donné le 12 septembre 2013. Plus particulièrement, elle a conclu que Baycrest [TRADUCTION] « a agi de mauvaise foi (1) en retenant l’information pour faire en sorte que Callow exécute le contrat de services d’entretien estival et (2) en continuant de laisser entendre que le contrat n’était pas en péril, même si [elle] savait que Callow assumait des tâches additionnelles pour accroître les chances de renouveler le contrat de services d’entretien hivernal » (par. 65). Compte tenu des communications actives entre les parties pendant l’été 2013 [TRADUCTION] « qui ont induit Callow en erreur », la juge de première instance « n’[a] pas [accepté]

standard of honesty”, she concluded, “would have been to address the alleged performance issues, to provide prompt notice, or to refrain from any representations in anticipation of the notice period” (para. 67).

[22] The trial judge tied Baycrest’s dishonesty to the way in which it delayed invocation of the 10-day notice period set out in clause 9, while it actively deceived Callow that the contract was not in jeopardy. Her reasons relied upon, by analogy, the law recognizing a duty to exercise good faith in the manner of dismissal when terminating an employee. She noted that Baycrest “intentionally withheld the information in bad faith” (para. 69). She expressly acknowledged that exercising a termination clause is not, in itself, evidence of a breach of good faith. However, in this case, Baycrest deliberately deceived Callow about termination, which was a breach of the duty of honest performance.

[23] By reason of this contractual breach, the trial judge awarded damages to Callow, in order to place it in the same position as if the breach had not occurred. These damages amounted to \$64,306.96, a sum equivalent to the value of the winter maintenance agreement for one year, minus expenses that Callow would typically incur; a further amount of \$14,835.14, representing the value of one year of a lease of equipment that Callow would not have leased if it had known the winter maintenance was to be terminated; and \$1,600.00 for the final invoice for the summer work, which Baycrest had failed to pay to Callow. Costs were awarded to Callow.

[24] The trial judge was also satisfied that Baycrest was unjustly enriched due to the “freebie” work performed by Callow during the summer of 2013. She declined, however, to award damages for the unjust

l’argument [de Baycrest] selon lequel il n’existait aucune obligation de divulguer la décision de résilier le contrat avant le préavis » (par. 66). [TRADUCTION] « La norme minimale d’honnêteté » a-t-elle conclu, « aurait été d’aborder les problèmes de rendement allégués, de donner un préavis dans les plus brefs délais ou de s’abstenir de faire des assertions en prévision de la période de préavis » (par. 67).

[22] La juge de première instance a lié la malhonnêteté de Baycrest à la façon dont elle a retardé le moment où elle a invoqué le délai de préavis de 10 jours prévu à la clause 9, pendant qu’elle induisait activement Callow à croire à tort que le contrat n’était pas en péril. Ses motifs s’appuyaient, par analogie, sur la règle de droit reconnaissant une obligation d’agir de bonne foi lors du congédiement d’un employé. Elle a noté que Baycrest [TRADUCTION] « avait intentionnellement retenu l’information de mauvaise foi » (par. 69). Elle a expressément reconnu que le recours à la clause de résiliation n’est pas, en soi, la preuve d’un manquement à la bonne foi. Cependant, elle a jugé que, en l’espèce, Baycrest avait induit intentionnellement Callow en erreur au sujet de la résiliation, ce qui constituait un manquement à l’obligation d’exécution honnête.

[23] En raison de ce manquement contractuel, la juge de première instance a accordé des dommages-intérêts à Callow, afin de la placer dans la même situation que si le manquement n’avait pas eu lieu. Ces dommages-intérêts s’élevaient à 64 306,96 \$, une somme équivalente à la valeur du contrat d’entretien hivernal pour un an, moins les dépenses que Callow aurait normalement engagées; un montant additionnel de 14 835,14 \$ représentant la valeur sur un an d’un bail d’équipement que Callow n’aurait pas loué si elle avait su que le contrat d’entretien hivernal allait être résilié; et 1 600 \$ au titre de la facture finale pour les travaux d’été que Baycrest n’avait pas payée à Callow. Les dépens ont été octroyés à Callow.

[24] La juge de première instance était également convaincue que Baycrest s’était injustement enrichie en raison des travaux exécutés « en prime » par Callow durant l’été 2013. Cependant, comme cette

enrichment since Callow failed to provide evidence of its expenses.

B. *Court of Appeal for Ontario (Lauwers, Huscroft and Trotter J.J.A.), 2018 ONCA 896, 429 D.L.R. (4th) 704*

[25] Baycrest appealed, arguing that the trial judge erred in two respects. First, it alleged she erred by improperly expanding the duty of honest performance beyond the terms of the winter maintenance agreement. Second, it argued the trial judge erred in assessing damages.

[26] The Court of Appeal unanimously agreed with Baycrest on the first point, and set aside the judgment at first instance. The Court of Appeal recognized, as the trial judge had found, that the “[d]irectors of two of the condominium corporations and members of the JUC were aware that Mr. Callow was performing ‘freebie’ work, and knew he was under the impression that the contracts were likely to be renewed” (para. 5). Nonetheless, the court stressed that *Bhasin* was a modest, incremental step, and good faith is to be applied in a manner so as to avoid commercial uncertainty. As such, the duty of honesty “does not impose a duty of loyalty or of disclosure or to require a party to forego advantages flowing from the contract” (para. 12, citing *Bhasin*, at para. 73).

[27] The Court of Appeal further emphasized that Callow had made two concessions in its factum. First, Callow acknowledged that Baycrest was not contractually required to disclose its decision to terminate the winter maintenance agreement prior to the 10-day notice period. Second, Callow acknowledged that the failure to provide notice on a more timely basis was not, in and of itself, evidence of bad faith. Because there is “no unilateral duty to disclose information relevant to termination”, the

dernière n’avait pas fourni de preuve de ses dépenses, la juge a refusé d’accorder des dommages-intérêts pour enrichissement injustifié.

B. *Cour d’appel de l’Ontario (les juges Lauwers, Huscroft et Trotter), 2018 ONCA 896, 429 D.L.R. (4th) 704*

[25] Baycrest a interjeté appel, soutenant que la juge de première instance s’était trompée à deux égards. D’abord, elle a allégué que la juge avait commis une erreur en élargissant à tort l’obligation d’exécution honnête d’une manière qui dépassait le libellé du contrat d’entretien hivernal. Ensuite, elle a plaidé que la juge de première instance s’était trompée dans l’évaluation des dommages-intérêts.

[26] À l’unanimité, la Cour d’appel a donné raison à Baycrest sur la première question et a annulé le jugement de première instance. Elle a reconnu, comme l’avait conclu la juge de première instance, que [TRADUCTION] « [l]es administrateurs de deux des associations condominiales et des membres du CUC savaient que M. Callow exécutait des travaux “en prime”, et qu’il avait l’impression que les contrats allaient vraisemblablement être renouvelés » (par. 5). Néanmoins, la cour a souligné que l’arrêt *Bhasin* représentait une étape modeste, élaborée de façon progressive, et qu’il y avait lieu d’appliquer la notion de bonne foi d’une manière qui permet d’éviter l’instabilité commerciale. Par conséquent, selon elle, l’obligation d’honnêteté [TRADUCTION] « n’impose pas de devoir de loyauté ou de divulgation ni n’exige d’une partie qu’elle renonce à des avantages découlant du contrat » (par. 12, citant *Bhasin*, par. 73).

[27] La Cour d’appel a souligné de plus que Callow a fait deux concessions dans son mémoire. Premièrement, elle a reconnu que Baycrest n’était pas contractuellement tenue de divulguer sa décision de résilier le contrat d’entretien hivernal avant la période de préavis de 10 jours. Deuxièmement, elle a reconnu que le fait que Baycrest n’ait pas donné de préavis en temps plus opportun n’était pas, en soi, une preuve de mauvaise foi. Puisqu’il n’existe [TRADUCTION] « aucun devoir unilatéral de divulguer des

court reasoned Baycrest “[was] free to terminate the winter contract with [Callow] provided only that [it] informed him of [its] intention to do so and gave the required notice. That is all that [Callow] bargained for, and all that he was entitled to” (para. 17). While the trial judge’s findings “may well suggest a failure to act honourably,” the Court of Appeal expressed its view that the findings “do not rise to the high level required to establish a breach of the duty of honest performance” (para. 16).

[28] In any event, the Court of Appeal said that any deception in the communications during the summer of 2013 related to a new contract not yet in existence, namely the renewal that Callow hoped to negotiate. Accordingly, in its view, any deception could not be said to be directly linked to the performance of the winter contract (para. 18).

[29] Given the Court of Appeal’s conclusion, it did not address damages.

#### IV. Analysis

##### A. *Overview of the Appeal*

[30] This appeal presents this Court with an opportunity to clarify what constitutes a breach of the duty of honest performance where it manifests itself in connection with the exercise of a seemingly unfettered, unilateral termination clause. Pointing to what it calls Baycrest’s active deception in the exercise of the clause, Callow says this conduct was a breach of the duty of honest performance recognized in *Bhasin*.

[31] Before this Court, Callow does not dispute the meaning of clause 9. Nor does Callow’s argument on appeal concern the adequacy of the bargain struck with Baycrest or whether the termination was unjustified. Callow is not saying, for instance, that it should have been afforded more notice because

renseignements ayant trait à la résiliation », la cour a raisonné qu’il était « loisible à Baycrest de résilier le contrat d’entretien hivernal conclu avec [Callow], à la seule condition qu’elle l’informe de [son] intention de le faire et qu’[elle] donne le préavis nécessaire. C’est tout ce que [Callow] a négocié, et c’est tout ce à quoi [elle] avait droit » (par. 17). Bien que les conclusions de la juge de première instance [TRANSDUCTION] « puissent très bien laisser entendre qu’il y a eu omission d’agir honorablement », la Cour d’appel s’est dite d’avis que les conclusions « ne sont pas suffisantes pour établir un manquement à l’obligation d’exécution honnête » (par. 16).

[28] Quoi qu’il en soit, la Cour d’appel a affirmé que toute tromperie dans les communications au cours de l’été 2013, le cas échéant, avait trait à un nouveau contrat qui n’existait pas encore, soit le renouvellement que Callow espérait négocier. Par conséquent, à son avis, on ne saurait dire que la tromperie, s’il en est, était directement liée à l’exécution du contrat d’entretien hivernal (par. 18).

[29] Vu la conclusion de la Cour d’appel, elle n’a pas traité de la question des dommages-intérêts.

#### IV. Analyse

##### A. *Survol du pourvoi*

[30] Le présent pourvoi offre à la Cour l’occasion de clarifier ce que constitue un manquement à l’obligation d’exécution honnête lorsqu’il se manifeste en lien avec une clause de résiliation accordant un droit unilatéral et apparemment absolu. Relevant ce qu’elle appelle la tromperie active de Baycrest dans son recours à la clause, Callow affirme que cette conduite était un manquement à l’obligation d’exécution honnête reconnue dans l’arrêt *Bhasin*.

[31] Devant notre Cour, Callow ne conteste pas le sens de la clause 9. Dans le présent pourvoi, elle ne plaide pas non plus que le marché conclu avec Baycrest était inadéquat et ne demande pas si la résiliation était injustifiée. Callow ne soutient pas, par exemple, qu’elle aurait dû bénéficier d’un délai

the 10-day period was unfair in the circumstances. I recognize that, at trial, there was some question as to whether the termination was fitting given Callow's work record. Indeed, the trial judge found in Callow's favour on this point, concluding that it had provided satisfactory services. But the suggestions that Callow was terminated for some improper purpose or motive, or even that the termination was unreasonable, need not be determined on this appeal. The narrow question addressed here is whether Baycrest failed to satisfy its duty not to lie or knowingly deceive Callow about matters directly linked to the performance of the winter maintenance agreement, specifically by exercising the termination clause as it did.

[32] In the present circumstances, Callow says Baycrest misled Mr. Callow about the possible renewal of the winter maintenance agreement and, as a result, it knowingly deceived him into thinking it was satisfied with Callow's performance of the agreement then in force for the upcoming winter season. Callow says it mistakenly inferred, as a consequence of this dishonesty, that there was no danger of the existing winter contract being terminated pursuant to clause 9 of the contract. This, Callow submits, was to the full knowledge of Baycrest, who failed to correct its false impression which amounted to a breach of the duty of honest performance. In short, Callow says this deceitful conduct meant the exercise of the termination clause was wrongful in that it was breached even if, strictly speaking, the required notice was given. This should give rise, claims Callow, to compensatory damages on the ordinary measure as the trial judge had ordered: damages for lost profits, wasted expenditures and an unpaid invoice.

[33] In addition to the duty of honest performance, Callow invokes a free-standing duty to exercise

de préavis plus long parce que la période de 10 jours était inéquitable dans les circonstances. Je reconnais qu'en première instance, on s'est demandé si la résiliation était appropriée, vu le dossier de travail de Callow. De fait, la juge de première instance a statué en faveur de Callow sur ce point, concluant que cette dernière avait fourni des services satisfaisants. Toutefois, dans le cadre du présent pourvoi, la Cour n'a pas à se prononcer sur la thèse selon laquelle Callow a vu son contrat résilié dans un but ou pour un motif illégitimes quelconques, voire que la résiliation était déraisonnable. La question précise en litige est de savoir si Baycrest a omis de s'acquitter de son obligation de ne pas mentir à Callow ou de ne pas l'induire intentionnellement en erreur sur des questions directement liées à l'exécution du contrat d'entretien hivernal, plus précisément en ayant recours à la clause de résiliation comme elle l'a fait.

[32] En l'espèce, Callow soutient en fait que Baycrest a induit M. Callow en erreur quant au renouvellement possible du contrat d'entretien hivernal et, en conséquence, qu'elle l'a intentionnellement amené à croire à tort qu'elle était satisfaite de la prestation par Callow du contrat alors en vigueur pour la saison hivernale à venir. Callow affirme avoir présumé à tort, en conséquence de cette malhonnêteté, qu'il n'y avait aucun risque que le contrat d'entretien hivernal en vigueur soit résilié en application de la clause 9 du contrat. Selon Callow, Baycrest était parfaitement consciente de cette méprise et elle ne l'a pas détrompé, ce qui équivalait à un manquement à l'obligation d'exécution honnête. Bref, selon Callow, cette conduite trompeuse signifiait que le recours à la clause de résiliation était fautif en ce qu'il avait fait l'objet d'un manquement, même si, à proprement parler, le préavis applicable avait été donné. Ainsi, à son avis, ce manquement devrait donner lieu aux dommages-intérêts compensatoires habituellement octroyés comme la juge de première instance l'a ordonné, à savoir des dommages-intérêts correspondants à la perte de profits, aux dépenses engagées inutilement et à une facture impayée.

[33] Outre l'obligation d'exécution honnête, Callow invoque une obligation indépendante

contractual discretionary powers in good faith, which, it argues, Cromwell J. also recognized in *Bhasin* and which would justify the same award in damages. Furthermore, in the event the Court disagrees that there has been a breach of one or another of those existing duties, Callow submits, alternatively, that this Court should recognize a new duty of good faith, which would prohibit “active non-disclosure”.

[34] In answer, Baycrest notes the concessions made by Callow before the Court of Appeal, specifically that clause 9 on its face did not require it to give more notice. Baycrest agrees with the Court of Appeal that whatever communications took place between the parties, those communications concerned a future contract and were not directly related to the performance of the winter contract then in force. The agreement granted Baycrest an unqualified right to terminate the contract on notice for any reason, which is precisely what occurred. Recalling that the duty to act honestly in performance is not a duty of disclosure and does not impose a duty of loyalty akin to that of a fiduciary, Baycrest says that Callow seeks to have it subvert its own interest by requiring it to inform Callow of its intention to end the winter maintenance agreement before the stipulated 10 days’ notice. The Court of Appeal was thus correct in concluding that the bargain struck by the parties entitled Baycrest to end the contract as it did. In a similar vein, with respect to the duty to exercise discretionary powers in good faith, Baycrest says that because it respected the terms of the contract, the issue of abuse of contractual discretion does not arise on the facts of this case.

[35] In any event, Baycrest emphasizes the conclusion reached by the Court of Appeal that any discussions in the spring and summer of 2013 that may have misled Callow were connected to pre-contractual

d’exercer les pouvoirs discrétionnaires de nature contractuelle de bonne foi, une obligation, soutient-elle, que le juge Cromwell a également reconnue dans l’arrêt *Bhasin* et qui justifierait le même octroi de dommages-intérêts. Qui plus est, advenant que la Cour ne souscrive pas à l’argument selon lequel il y a eu manquement à l’une ou l’autre de ces obligations existantes, Callow plaide, subsidiairement, que notre Cour devrait reconnaître une nouvelle obligation d’agir de bonne foi qui interdirait la [TRADUCTION] « non-divulgateur active ».

[34] En réponse, Baycrest souligne les concessions faites par Callow devant la Cour d’appel, en particulier que la clause 9, à première vue, ne l’obligeait pas à donner un préavis additionnel. Baycrest est d’accord avec la Cour d’appel pour dire que, quelles qu’aient pu être les communications entre les parties, elles portaient sur un contrat futur et n’étaient pas directement liées à l’exécution du contrat d’entretien hivernal alors en vigueur. Le contrat lui accordait un droit absolu de résilier le contrat pour n’importe quel motif moyennant un préavis, et c’est exactement ce qui s’est produit. Rappelant que l’obligation d’agir honnêtement dans l’exécution du contrat n’est pas un devoir de divulgation et n’impose pas de devoir de loyauté semblable à celui d’un fiduciaire, Baycrest affirme que Callow veut faire en sorte qu’elle subordonne son propre intérêt au sien en exigeant qu’elle l’informe de son intention de mettre fin au contrat d’entretien hivernal avant le délai de préavis stipulé de 10 jours. Selon elle, la Cour d’appel a ainsi eu raison de décider que le marché conclu par les parties lui donnait le droit de mettre fin au contrat comme elle l’a fait. Pareillement, en ce qui concerne l’obligation d’exercer des pouvoirs discrétionnaires de bonne foi, Baycrest affirme que, parce qu’elle a respecté les conditions du contrat, la question de l’exercice fautif du pouvoir discrétionnaire de nature contractuelle ne se pose pas compte tenu des faits l’espèce.

[35] Quoi qu’il en soit, Baycrest souligne la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle toutes les discussions qui ont eu lieu au printemps et à l’été 2013, et qui auraient pu induire Callow en erreur,

negotiations. Thus, any dishonesty cannot be said to be directly linked to the performance of the winter maintenance agreement.

[36] The appeal should be allowed. I respectfully disagree with the Court of Appeal on two main points.

[37] First, *Bhasin* is clear that even though Baycrest had what was, on its face, an unfettered right to terminate the winter maintenance agreement on 10 days' notice, the right had to be exercised in keeping with the duty to act honestly, i.e. Baycrest could not "lie or otherwise knowingly mislead" Callow "about matters directly linked to the performance of the contract". According to the Court of Appeal, any dishonesty was about a renewal, which was in turn connected to pre-contractual negotiations to which the duty as stated in *Bhasin* does not apply. I respectfully disagree. In my view, the Court of Appeal may have erroneously framed the trial judge's findings at para. 6, writing that she found that Baycrest had represented "that the winter contract was not in danger of non-renewal" (emphasis added). Referring instead to the ongoing winter services agreement, the trial judge had found Baycrest misrepresented "that the contract was not in danger despite [Baycrest's] knowledge that Callow was taking on extra tasks to bolster the chances of renewing the winter maintenance services contract" (para. 65). In determining whether dishonesty is connected to a given contract, the relevant question is generally whether a right under that contract was exercised, or an obligation under that contract was performed, dishonestly. As I understand it, the trial judge's finding was that the dishonesty in this case was related not to a future contract but to the termination of the winter maintenance agreement. If someone is led to believe that their counterparty is content with their work and their ongoing contract is likely to be renewed, it is reasonable for that person to infer that the ongoing contract is in good standing and will not be terminated early. This is what the trial judge found. Simply said, Baycrest's alleged deception was directly linked to

étaient liées à des négociations précontractuelles. Par conséquent, quand bien même il y aurait eu malhonnêteté, on ne saurait affirmer qu'elle était directement liée à l'exécution du contrat d'entretien hivernal.

[36] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. En tout respect, je suis en désaccord avec la Cour d'appel relativement à deux points principaux.

[37] En premier lieu, il ressort clairement de l'arrêt *Bhasin* que même si Baycrest avait ce qui était, à première vue, un droit absolu de résilier le contrat d'entretien hivernal moyennant un préavis de 10 jours, ce droit devait être exercé dans le respect de l'obligation d'agir honnêtement; cela signifie que Baycrest ne pouvait pas « mentir ni autrement [. . .] induire [Callow] intentionnellement en erreur au sujet de questions directement liées à l'exécution du contrat ». Selon la Cour d'appel, la malhonnêteté, s'il y a en a eu, avait pour objet un renouvellement qui était, à son tour, lié à des négociations précontractuelles auxquelles l'obligation telle qu'énoncée dans l'arrêt *Bhasin* ne s'applique pas. Soit dit respectueusement, je ne suis pas d'accord. À mon avis, il se peut que la Cour d'appel ait mal formulé les conclusions de la juge de première instance au par. 6, écrivant que celle-ci avait conclu que Baycrest avait déclaré [TRADUCTION] « que le contrat d'hiver ne risquait pas de ne pas être renouvelé » (je souligne). Parlant plutôt du contrat de services hivernaux en vigueur, la juge de première instance avait conclu que Baycrest avait faussement déclaré [TRADUCTION] « que le contrat n'était pas en péril, et ce, même si [elle] savait que Callow accomplissait des tâches supplémentaires pour accroître les chances de renouveler le contrat de services d'entretien hivernal » (par. 65). Lorsqu'il s'agit de décider si la malhonnêteté est liée à un contrat en particulier, la question pertinente est en général de savoir si un droit prévu au contrat a été exercé ou si une obligation qui y est décrite a été exécutée de manière malhonnête. Selon ma compréhension, la juge de première instance a conclu que la malhonnêteté en l'espèce était liée, non pas à un contrat futur, mais à la résiliation du contrat d'entretien hivernal. Si on fait croire à quelqu'un que son

this contract because its exercise of the termination clause in this contract was dishonest.

[38] Second, the Court of Appeal erred when it concluded that the trial judge’s findings did not amount to a breach of the duty of honest performance. While the duty of honest performance is not to be equated with a positive obligation of disclosure, this too does not exhaust the question as to whether Baycrest’s conduct constituted, as a breach of the duty of honesty, a wrongful exercise of the termination clause. Baycrest may not have had a free-standing obligation to disclose its intention to terminate the contract before the mandated 10 days’ notice, but it nonetheless had an obligation to refrain from misleading Callow in the exercise of that clause. In circumstances where a party lies to or knowingly misleads another, a lack of a positive obligation of disclosure does not preclude an obligation to correct the false impression created through its own actions.

[39] In light of these points, it is my view that this is not a simple contractual interpretation case bearing on the meaning to be given to clause 9. Nor is this a case involving passive failure to disclose a material fact. Instead, as recognized by the Court of Appeal, “[n]ot only did [Baycrest] fail to inform [Callow] of [its] decision to terminate, . . . [it] actively deceived Callow as to [its] intentions and accepted the ‘freebie’ work [it] performed, in the knowledge that this extra work was performed with the intention/hope of persuading [Baycrest] to award [Callow] additional contracts once the present contracts expired” (para. 15 (emphasis added)). While Baycrest was not required to subvert its legitimate contractual interests to those of Callow in respect of the existing

cocontractant est satisfait de son travail et que son contrat en vigueur va vraisemblablement être renouvelé, il est raisonnable que cette personne en déduise que le contrat en vigueur n’est pas en péril et qu’il ne sera pas résilié hâtivement. C’est ce qu’a conclu la juge de première instance. En termes simples, la tromperie alléguée de Baycrest était directement liée à ce contrat, parce que son recours à la clause de résiliation qui y était prévue a été malhonnête.

[38] En deuxième lieu, la Cour d’appel a commis une erreur lorsqu’elle a statué que les conclusions de la juge de première instance ne revenaient pas à dire qu’il y avait eu un manquement à l’obligation d’exécution honnête. Bien qu’il ne faille pas assimiler l’obligation d’exécution honnête à une obligation positive de divulgation, cela n’épuise pas non plus la question de savoir si la conduite de Baycrest constituait, en tant que manquement à l’obligation d’honnêteté, un recours fautif à la clause de résiliation. Baycrest n’avait peut-être pas d’obligation autonome de divulguer son intention de résilier le contrat avant le délai de préavis de 10 jours prescrit, elle avait néanmoins l’obligation de ne pas induire Callow en erreur dans le recours à cette clause. Dans une situation où une partie ment ou induit intentionnellement l’autre partie en erreur, l’absence d’obligation positive de divulgation ne fait pas obstacle à une obligation pour la première de corriger une fausse impression créée par ses propres gestes.

[39] À la lumière de ces points, j’estime que la présente affaire ne constitue ni une simple affaire d’interprétation contractuelle portant sur le sens à donner à la clause 9, ni une affaire où il y a eu omission passive de divulguer un fait important. En effet, comme l’a reconnu la Cour d’appel, [TRANSCRIPTION] « [n]on seulement [Baycrest] a-t-elle omis d’informer [Callow] de [sa] décision de résilier, [. . .] mais [elle] a activement induit Callow en erreur quant à [ses] intentions et accepté le travail qu’[elle] avait fourni “en prime”, sachant que ce travail supplémentaire était exécuté dans l’intention ou l’espoir de convaincre [Baycrest] d’attribuer des contrats additionnels à [Callow] lorsque les contrats en vigueur arriveraient à échéance » (par. 15 (je souligne)). Bien

winter services agreement, it could not, as it did, “undermine those interests in bad faith” (*Bhasin*, at para. 65).

[40] For the reasons that follow, this dispute can be resolved on the basis of the first ground of appeal relating to the duty of honest performance. Baycrest knowingly misled Callow in the manner in which it exercised clause 9 of the agreement and this wrongful exercise of the termination clause amounts to a breach of contract under *Bhasin*. In the circumstances, I find it unnecessary to answer Callow’s argument that, irrespective of the question of honesty, Baycrest breached a duty to exercise a discretionary power in good faith. Nor is it necessary to extend *Bhasin* to recognize a new duty of good faith relating to what Callow has described as “active non-disclosure” of information germane to performance.

#### B. *The Duty of Honest Performance*

##### (1) The Dishonesty Is Directly Linked to the Performance of the Contract

[41] I turn first to Callow’s submission that the Court of Appeal erred in concluding that the dishonesty was not connected to the contract “then in effect” (C.A. reasons, at para. 18). As I will endeavour to explain, while Baycrest had the right to terminate, it breached the duty of honest performance in exercising the right as it did.

[42] Callow relies on the duty of honest performance in contract formulated in *Bhasin*. This duty, which applies to all contracts, “requires the parties to be honest with each other in relation to the performance of their contractual obligations” (para. 93). While this formulation of the duty refers explicitly to the performance of contractual obligations, it

que Baycrest ne fût pas tenue de subordonner ses intérêts contractuels légitimes à ceux de Callow en ce qui concerne le contrat de services d’entretien hivernal en vigueur, elle ne pouvait pas, comme elle l’a fait, « de mauvaise foi [...] nuire [aux] intérêts » de Callow (*Bhasin*, par. 65).

[40] Pour les motifs qui suivent, le présent litige peut être réglé sur le fondement du premier moyen d’appel lié à l’obligation d’exécution honnête. Baycrest a intentionnellement induit Callow en erreur dans la manière dont elle a eu recours à la clause 9 du contrat et ce recours fautif à la clause de résiliation équivaut à une violation de contrat suivant l’arrêt *Bhasin*. Dans les circonstances, je conclus qu’il est inutile de répondre à l’argument de Callow selon lequel, sans égard à la question d’honnêteté, Baycrest a manqué à une obligation d’exercer un pouvoir discrétionnaire de bonne foi. Il n’est pas non plus nécessaire d’étendre la teneur de l’arrêt *Bhasin* pour reconnaître une nouvelle obligation d’agir de bonne foi liée à ce que Callow a décrit comme étant une « non-divulgence active » d’information ayant trait à l’exécution.

#### B. *L’obligation d’exécution honnête*

##### (1) La malhonnêteté est directement liée à l’exécution du contrat

[41] Je vais d’abord examiner l’argument de Callow selon lequel la Cour d’appel aurait eu tort de conclure que la malhonnêteté n’était pas liée au contrat [TRADUCTION] « alors en vigueur » (motifs de la C.A., par. 18). Comme je m’efforcerai de l’expliquer, bien que Baycrest ait eu le droit de résilier le contrat, elle a manqué à son obligation d’exécution honnête en ayant recours à ce droit comme elle l’a fait.

[42] Callow s’appuie sur l’obligation d’exécution honnête des contrats énoncée dans l’arrêt *Bhasin*. Cette obligation, qui s’applique à tous les contrats, « oblige les parties à faire preuve d’honnêteté l’une envers l’autre dans le cadre de l’exécution de leurs obligations contractuelles » (par. 93). Même si cette formulation de l’obligation renvoie explicitement

applies, of course, both to the performance of one's obligations and to the exercise of one's rights under the contract. Cromwell J. concluded, at paras. 94 and 103, that the finding that the non-renewal clause had been exercised dishonestly made out a breach of the duty:

The trial judge made a clear finding of fact that Can-Am “acted dishonestly toward Bhasin in exercising the non-renewal clause”: para. 261; see also para. 271. There is no basis to interfere with that finding on appeal. It follows that Can-Am breached its duty to perform the Agreement honestly.

...

As the trial judge found, this dishonesty on the part of Can-Am was directly and intimately connected to Can-Am's performance of the Agreement with Mr. Bhasin and its exercise of the non-renewal provision. I conclude that Can-Am breached the 1998 Agreement when it failed to act honestly with Mr. Bhasin in exercising the non-renewal clause. [Emphasis added.]

This same framework for analysis applies to this appeal. The trial judge here made a clear finding of fact that Baycrest acted dishonestly toward Callow by representing that the contract was not in danger even though a decision to terminate the contract had already been made (paras. 65 and 67). There is no basis to interfere with that finding on appeal. As I will explain, it follows that Baycrest deceived Callow and thereby breached its duty of honest performance.

[43] I begin by recognizing the debate as to the extent to which good faith, beyond the duty of honesty, should substantively constrain a right to terminate, in particular one found in a contract (see, e.g., W. Courtney, “Good Faith and Termination: The English and Australian Experience” (2019), 1 *Journal of Commonwealth Law* 185, at p. 189; M. Bridge, “The Exercise of Contractual Discretion” (2019), 135 *L.Q.R.* 227, at p. 247). For some, the right to terminate is in the nature of an “absolute

à l'exécution des obligations contractuelles, elle s'applique bien sûr tant à l'exécution des obligations qu'à l'exercice des droits prévus au contrat. Le juge Cromwell a statué, aux par. 94 et 103, que la conclusion selon laquelle le recours à la clause de non-renouvellement avait été malhonnête revenait à conclure à la violation de l'obligation :

La juge de première instance a tiré une conclusion de fait claire selon laquelle Can-Am [TRADUCTION] « a agi malhonnêtement envers M. Bhasin en recourant à la clause de non-renouvellement » : par. 261; voir également par. 271. Aucune raison ne permet de modifier cette conclusion en appel. Il s'ensuit que Can-Am a violé son obligation d'exécution honnête du contrat.

...

Ainsi que l'a conclu la juge de première instance, la malhonnêteté de Can-Am était directement et intimement liée à son exécution du contrat conclu avec M. Bhasin et au recours à la clause de non-renouvellement. Je conclus que Can-Am a rompu le contrat de 1998 lorsqu'elle n'a pas agi honnêtement envers M. Bhasin en recourant à la clause de non-renouvellement. [Je souligne.]

Ce même cadre d'analyse s'applique au présent pourvoi. En l'espèce, la juge de première instance a tiré une conclusion de fait claire selon laquelle Baycrest avait agi de manière malhonnête envers Callow en faisant des représentations selon lesquelles le contrat n'était pas en péril, même si la décision de résilier le contrat avait déjà été prise (par. 65 et 67). Rien ne justifie de modifier cette conclusion en appel. Comme je l'expliquerai, il s'ensuit que Baycrest a induit Callow en erreur et a ainsi manqué à son obligation d'exécution honnête.

[43] Je débute en reconnaissant l'existence d'un débat quant à la mesure dans laquelle la bonne foi, au-delà de l'obligation d'honnêteté, devrait limiter un droit de résiliation sur le plan substantiel, en particulier celui prévu dans un contrat (voir, p. ex., W. Courtney, « Good Faith and Termination : The English and Australian Experience » (2019), 1 *Journal of Commonwealth Law* 185, p. 189; M. Bridge, « The Exercise of Contractual Discretion » (2019), 135 *L.Q.R.* 227, p. 247). Pour certains, le droit de résilier

right” insulated from judicial oversight, unlike the exercise of contractual discretion (see E. Peel, *The Law of Contract* (15th ed. 2020), at para. 18-088). To this end, I recall that Cromwell J. observed that “[c]lassifying the decision not to renew the contract as a contractual discretion would constitute a significant expansion of the decided cases under that type of situation” (*Bhasin*, at para. 72). I need not and do not seek to resolve this debate in this case. I emphasize that Cromwell J. himself recognized that, regardless of this debate, the non-renewal clause could not be exercised dishonestly (para. 94). Whatever the full range of circumstances to which good faith is relevant to contract law in common law Canada, it is beyond question that the duty of honesty is germane to the performance of this contract, in particular to the way in which the unilateral right to terminate for convenience set forth in clause 9 was exercised.

[44] As a further preliminary matter, I recall that the organizing principle of good faith recognized by Cromwell J. is not a free-standing rule, but instead manifests itself through existing good faith doctrines, and that this list may be incrementally expanded where appropriate. In this case, Callow invokes two existing doctrines: the duty of honest performance and the duty to exercise discretionary powers in good faith. In my view, properly understood, the duty to act honestly about matters directly linked to the performance of the contract — the exercise of the termination clause — is sufficient to dispose of this appeal. No expansion of the law set forth in *Bhasin* is necessary to find in favour of Callow. Rather, this appeal provides an opportunity to illustrate this existing doctrine that, I say respectfully, was misconstrued by the Court of Appeal.

[45] While these two existing doctrines are indeed distinct, like each of the different manifestations of the organizing principle, they should not be thought of as disconnected from one another. Cromwell J.

est de la nature d’un « droit absolu » qui est à l’abri de tout contrôle judiciaire, contrairement à l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire de nature contractuelle (voir E. Peel, *The Law of Contract* (15<sup>e</sup> éd. 2020), par. 18-088). À cet égard, je rappelle que, selon le juge Cromwell, « [f]aire entrer la décision de ne pas renouveler le contrat dans la catégorie de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire de nature contractuelle aurait pour effet d’élargir sensiblement la jurisprudence applicable à ce type de situation » (*Bhasin*, par. 72). Je n’ai pas à régler ce débat en l’espèce, et je ne cherche pas à le faire. Je souligne plutôt que le juge Cromwell a lui-même reconnu que, sans égard à ce débat, la clause de non-renouvellement ne pouvait pas être exercée de façon malhonnête (par. 94). Quel que soit l’éventail complet des circonstances où la bonne foi est pertinente en droit des contrats dans les ressorts canadiens de common law, il ne fait aucun doute que l’obligation d’honnêteté est pertinente dans le contexte de l’exécution du contrat en cause ici, en particulier quant à la manière dont a été exercé le droit unilatéral de le résilier pour raisons de commodité prévu à la clause 9.

[44] Toujours à titre de commentaire préliminaire, je rappelle que le principe directeur de bonne foi reconnu par le juge Cromwell n’est pas une règle autonome, mais qu’il se manifeste plutôt par les doctrines existantes en matière de bonne foi, dont la liste peut être graduellement étendue s’il y a lieu. En l’espèce, Callow invoque deux règles existantes : l’obligation d’exécution honnête et l’obligation d’exercer des pouvoirs discrétionnaires de bonne foi. À mon avis, bien comprise, l’obligation d’agir honnêtement au sujet de questions directement liées à l’exécution du contrat — soit ici le recours à la clause de résiliation — suffit pour trancher le présent pourvoi. Il n’est pas nécessaire d’étendre la portée de la règle de droit énoncée dans l’arrêt *Bhasin* pour donner gain de cause à Callow. Le présent pourvoi offre plutôt l’occasion d’illustrer cette doctrine existante qui, je le dis respectueusement, a été mal interprétée par la Cour d’appel.

[45] Bien que ces deux règles existantes soient effectivement distinctes, à l’instar de chacune des diverses manifestations du principe directeur, elles ne doivent pas être considérées comme étant

explained that good faith contractual performance is a shared “requirement of justice” that underpins and informs the various rules recognized by the common law on obligations of good faith contractual performance (*Bhasin*, at para. 64). The organizing principle of good faith was intended to correct the “piecemeal” approach to good faith in the common law, which too often failed to take a consistent or principled approach to similar problems and, instead, develop the law in this area in a “coherent and principled way” (paras. 59 and 64).

[46] By insisting upon the thread that ties the good faith doctrines together — expressed through the organizing principle — courts will put an end to the very piecemeal and incoherent development of good faith doctrine in the common law against which Cromwell J. sought to guard. While the duty of honest performance might bear some resemblance to the law of misrepresentation, for example, in a way that good faith in other settings may not, *Bhasin* encourages us to examine how other existing good faith doctrines, distinct but nonetheless connected, can be used as helpful analytical tools in understanding how the relatively new duty of honest performance operates in practice.

[47] The specific legal doctrines derived from the organizing principle rest on a “requirement of justice” that a contracting party, like Baycrest here in respect of the contractual duty of honest performance, have appropriate regard to the legitimate contractual interests of their counterparty (*Bhasin*, at paras. 63-64). It need not, according to *Bhasin*, subvert its own interests to those of Callow by acting as a fiduciary or in a selfless manner that would confer a benefit on Callow. To be sure, this requirement of justice reflects the notion that the bargain, the rights and obligations agreed to, is the first source of fairness between parties to a contract. But by the same token, those rights and obligations must be exercised and performed, as stated by the organizing principle, honestly and reasonably and not capriciously or arbitrarily where recognized by law. This requirement of justice, rooted in a contractual ideal of corrective

déconnectées l’une de l’autre. Le juge Cromwell a expliqué que l’exécution contractuelle de bonne foi est une « exigence de justice » partagée, qui sous-tend et détermine les diverses règles reconnues par la common law portant sur des obligations d’exécuter les contrats de bonne foi (*Bhasin*, par. 64). Le principe directeur de bonne foi visait à corriger l’approche « fragmentaire » à l’égard de la bonne foi en common law — qui trop souvent ne permettait pas d’appliquer à des problèmes similaires une approche cohérente ou raisonnée —, et à plutôt élaborer le droit en cette matière « de façon cohérente et rationnelle » (par. 59 et 64).

[46] En insistant sur le fil qui relie en un tout les doctrines de la bonne foi — exprimé par le principe directeur —, les tribunaux mettront fin à l’élaboration fragmentaire et incohérente de la doctrine de la bonne foi en common law que le juge Cromwell voulait justement éviter. Bien que l’obligation d’exécution honnête puisse ressembler à certains égards au droit en matière de déclarations inexactes, par exemple, ce que la bonne foi peut ne pas faire dans d’autres contextes, l’arrêt *Bhasin* nous encourage à examiner comment d’autres règles relatives à la bonne foi existantes, distinctes, mais liées, peuvent être utilisées comme outils d’analyse utiles pour comprendre comment l’obligation d’exécution honnête, relativement nouvelle, s’applique en pratique.

[47] Les règles de droit particulières tirées du principe directeur reposent sur une « exigence de justice » voulant qu’une partie contractante — comme Baycrest en l’espèce relativement à l’obligation contractuelle d’exécution honnête — prenne en compte comme il se doit les intérêts contractuels légitimes de son cocontractant (*Bhasin*, par. 63-64). Selon l’arrêt *Bhasin*, elle n’a toutefois pas à subordonner ses propres intérêts à ceux de Callow en agissant comme un fiduciaire ou d’une manière altruiste qui conférerait un avantage à cette dernière. Certes, cette exigence de justice est le reflet de la notion selon laquelle le marché conclu — les droits et les obligations convenus — est la source première d’équité entre les parties à un contrat. Ces droits et obligations doivent tout de même être exercés et exécutés, comme le veut le principe directeur, de manière honnête et raisonnable, et non de façon abusive

justice, ties the existing doctrines of good faith, including the duty to act honestly, together. The duty of honest performance is but an exemplification of this ideal. Here, based on its failure to perform clause 9 honestly, Baycrest committed a breach of contract, a civil wrong, for which it has to answer.

[48] When, in *Bhasin*, Cromwell J. recognized a duty to act honestly in the performance of contracts, he explained that this duty “should not be thought of as an implied term, but a general doctrine of contract law that imposes as a contractual duty a minimum standard of honest contractual performance” (para. 74). Characterizing this new duty as a matter of contractual doctrine was appropriate, Cromwell J. wrote, “since parties will rarely expect that their contracts permit dishonest performance of their obligations” (para. 76). The duty therefore applies even where — as in our case — the parties have expressly provided for the modalities of termination given that the duty of good faith “operates irrespective of the intentions of the parties” (para. 74). No contractual right, including a termination right, can be exercised dishonestly and, as such, contrary to the requirements of good faith.

[49] Cromwell J.’s choice of language is telling. It is not enough to say that, temporally speaking, dishonesty occurred while both parties were performing their obligations under the contract; rather, the dishonest or misleading conduct must be directly linked to performance. Otherwise, there would simply be a duty not to tell a lie, with little to limit the potentially wide scope of liability.

[50] The duty of honest performance is a contract law doctrine, setting it apart from other areas of the law that address the legal consequences of deceit with which it may share certain similarities.

ou arbitraire. Cette exigence de justice — qui s’inscrit dans un idéal contractuel de justice corrective — relie entre elles les doctrines existantes relatives à la bonne foi, y compris l’obligation d’agir honnêtement. L’obligation d’exécution honnête n’est qu’une manifestation de cet idéal. En l’espèce, parce qu’elle n’a pas eu recours à la clause 9 de manière honnête, Baycrest a commis une violation de contrat — une faute civile — dont elle doit répondre.

[48] Lorsque, dans l’arrêt *Bhasin*, le juge Cromwell a reconnu une obligation d’agir honnêtement dans l’exécution des contrats, il a expliqué que cette obligation « devrait être considérée non pas comme une condition implicite, mais comme une doctrine générale du droit des contrats imposant, à titre d’obligation contractuelle, une norme minimale d’exécution honnête du contrat » (par. 74). Selon le juge Cromwell, il convenait de caractériser cette nouvelle obligation de doctrine du droit des contrats « puisque les parties ne s’attendent que très peu souvent à ce que leurs contrats les autorisent à exécuter leurs obligations de façon malhonnête » (par. 76). En conséquence, l’obligation s’applique même lorsque, comme en l’espèce, les parties ont expressément prévu les modalités de résiliation, puisque l’obligation d’agir de bonne foi « trouve application sans égard aux intentions des parties » (par. 74). Aucun droit contractuel, y compris un droit de résilier, ne peut être exercé malhonnêtement et, de par le fait même, contrairement aux exigences de la bonne foi.

[49] Le libellé choisi par le juge Cromwell est révélateur. Il ne suffit pas de conclure que, sur le plan chronologique, la malhonnêteté s’est produite alors que les deux parties exécutaient les obligations qui leur incombaient en vertu du contrat : la conduite malhonnête ou trompeuse doit plutôt être directement liée à l’exécution. Autrement, il y aurait simplement une obligation de ne pas mentir, avec peu pour limiter la grande étendue que pourrait avoir la responsabilité.

[50] L’obligation d’exécution honnête est une doctrine du droit des contrats, ce qui la place à part des autres domaines du droit relatif aux conséquences juridiques de la tromperie avec lesquels elle pourrait

One could imagine analyzing the facts giving rise to a duty of honest performance claim through the lens of other existing legal doctrines, such as fraudulent misrepresentation giving rise to rescission of the contract or the tort of civil fraud (see, e.g., B. MacDougall, *Misrepresentation* (2016), at §§ 1.144-1.145). However, in *Bhasin*, Cromwell J. wrote explicitly that while the duty of honest performance has similarities with civil fraud and estoppel “it is not subsumed by them” (para. 88). For instance, unlike estoppel and civil fraud, the duty of honest performance does not require a defendant to intend that the plaintiff rely on their representation or false statement. Cromwell J. explicitly defined the duty as a new and distinct doctrine of contract law, not giving rise to tort liability or tort damages but rather resulting in a breach of contract when violated (paras. 72-74, 90, 93 and 103). We are not asked by the parties to depart from this approach.

[51] In light of *Bhasin*, then, how is the duty of honest performance appropriately limited? The breach must be directly linked to the performance of the contract. Cromwell J. observed a contractual breach because Can-Am “acted dishonestly toward Bhasin in exercising the non-renewal clause” (para. 94). He pointed, in particular, to the trial judge’s conclusion that Can-Am “acted dishonestly with Mr. Bhasin throughout the period leading up to its exercise of the non-renewal clause” (para. 98; see also para. 103). Accordingly, it is a link to the performance of obligations under a contract, or to the exercise of rights set forth therein, that controls the scope of the duty. In a comment on *Bhasin*, Professor McCamus underscored this connection: “Cromwell J was of the view that the new duty of honesty could be breached in the context of the exercise of a right of non-renewal. That was the holding in *Bhasin*” (“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).

avoir certaines similarités. On pourrait imaginer analyser les faits donnant lieu à une demande fondée sur l’obligation d’exécution honnête à travers le prisme d’autres doctrines juridiques existantes, telles celles relatives aux déclarations inexactes frauduleuses donnant lieu à l’annulation du contrat ou aux délits de fraude civile (voir, p. ex., B. MacDougall, *Misrepresentation* (2016), §1.144-1.145). Toutefois, dans l’arrêt *Bhasin*, le juge Cromwell a précisé explicitement que l’obligation d’exécution honnête offre des similitudes avec la fraude civile et la préclusion, « sans toutefois être subsumée sous ces notions » (par. 88). À titre d’exemple, contrairement à la préclusion et à la fraude civile, l’obligation d’exécution honnête ne requiert pas qu’un défendeur ait l’intention que le demandeur s’appuie sur ses assertions ou fausses déclarations. Le juge Cromwell a explicitement défini l’obligation comme une doctrine du droit des contrats nouvelle et distincte ne donnant lieu ni à une responsabilité délictuelle ni à des dommages-intérêts en cette matière, mais entraînant plutôt une violation de contrat lorsque celui qui y est tenu ne s’en acquitte pas (par. 72-74, 90, 93 et 103). Les parties ne nous demandent pas de nous écarter de cette approche.

[51] À la lumière de l’arrêt *Bhasin*, comment alors l’obligation d’exécution honnête est-elle limitée de façon appropriée? Le manquement doit être directement lié à l’exécution du contrat. Le juge Cromwell a observé un manquement contractuel du fait que Can-Am avait « agi malhonnêtement envers M. Bhasin en recourant à la clause de non-renouvellement » (par. 94). Il a souligné tout particulièrement la conclusion de la juge de première instance selon laquelle Can-Am « avait agi malhonnêtement envers M. Bhasin pendant la période précédant le recours à la clause de non-renouvellement » (par. 98; voir aussi le par. 103). Par conséquent, c’est un lien avec l’exécution des obligations découlant d’un contrat ou avec l’exercice de droits qui y sont prévus dont dépend la portée de l’obligation. Dans un commentaire sur l’arrêt *Bhasin*, le professeur McCamus a souligné ce lien : [TRADUCTION] « Le juge Cromwell était d’avis que la nouvelle obligation d’honnêteté pouvait être violée dans le contexte de l’exercice d’un droit de non-renouvellement. Voilà ce qui a été jugé dans

While the abuse of discretion was not the basis of the damages awarded in *Bhasin*, the duty of honest performance shares a common methodology with the duty to exercise contractual discretionary powers in good faith by fixing, at least in circumstances like ours, on the wrongful exercise of a contractual prerogative.

[52] Importantly, Callow does not seek to bar Baycrest from exercising the termination clause here; like in *Bhasin*, it only seeks damages flowing from the fact that the clause was exercised dishonestly. In other words, Callow's argument, properly framed, is that Baycrest could not exercise clause 9 in a manner that breached the duty of honesty, however absolute that right appeared on its face.

[53] Good faith is thus not relied upon here to provide, by implication, a new contractual term or a guide to interpretation of language that was somehow an unclear statement of parties' intent. Instead, the duty of honesty as contractual doctrine has a limiting function on the exercise of an otherwise complete and clear right because the duty, irrespective of the intention of the parties, applies to the performance of all contracts and, by extension, to all contractual obligations and rights. This means, simply, that instead of constraining the decision to terminate in and of itself, the duty of honest performance attracts damages where the manner in which the right was exercised was dishonest.

[54] The issue, then, is not whether the clause was properly interpreted, or whether the bargain itself is inadequate. Moreover, what is important is not the failure to act honestly in the abstract but whether Baycrest failed to act honestly in exercising clause 9.

l'arrêt *Bhasin* » (« 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). Bien que les dommages-intérêts accordés dans cet arrêt n'aient pas eu pour fondement l'abus d'un pouvoir discrétionnaire, l'obligation d'exécution honnête partage une méthodologie avec l'obligation d'exercer les pouvoirs discrétionnaires de nature contractuelle de bonne foi en se concentrant, du moins dans les circonstances comme celles dont nous sommes saisies, sur l'exercice fautif d'une prérogative contractuelle.

[52] Fait important, Callow ne cherche pas à empêcher Baycrest de recourir à la clause de résiliation en l'espèce; comme dans l'arrêt *Bhasin*, elle ne cherche qu'à obtenir des dommages-intérêts découlant du fait que Baycrest a eu recours à la clause de façon malhonnête. Autrement dit, selon l'argument de Callow, formulé correctement, Baycrest ne pouvait pas avoir recours à la clause 9 d'une manière qui violait l'obligation d'honnêteté, aussi absolu ce droit apparût-il à première vue.

[53] La bonne foi n'est donc pas invoquée en l'espèce pour créer, implicitement, une nouvelle disposition contractuelle ou pour servir de guide d'interprétation du libellé de ce qui était en quelque sorte une affirmation ambiguë de l'intention des parties. L'obligation d'honnêteté, en tant que doctrine du droit des contrats, a plutôt une fonction restrictive sur l'exercice d'un droit par ailleurs complet et clair. Il en est ainsi puisque l'obligation, sans égard à l'intention des parties, s'applique à l'exécution de tous les contrats et, par extension, à toutes les obligations et à tous les droits contractuels. Ceci veut simplement dire que plutôt que de restreindre la décision de résilier en soi, l'obligation d'exécution honnête donne lieu à des dommages-intérêts lorsque le droit a été exercé de manière malhonnête.

[54] Ainsi, la question en litige n'est pas celle de savoir si la clause a été correctement interprétée ou si le marché lui-même est inadéquat. Qui plus est, ce qui importe, ce n'est pas l'omission d'avoir agi honnêtement dans l'abstrait, c'est plutôt de savoir

Stated simply, no contractual right can be exercised in a dishonest manner because, pursuant to *Bhasin*, that would be contrary to an imperative requirement of good faith, i.e. not to lie or knowingly deceive one's counterparty in a matter directly linked to the performance of the contract.

[55] This argument invites this Court to explain if and how Baycrest wrongfully exercised the termination clause, quite apart from any notice requirement. I would add that this focus on the *manner* in which the termination right was exercised should not be confused with *whether* the right could be exercised. Callow does not allege that Baycrest did not have the right to terminate the agreement — this entitlement to do so on 10 days' notice, pursuant to clause 9, is not at issue here. However, according to Callow, that right was exercised dishonestly, in breach of the duty in *Bhasin*, obliging Baycrest to pay damages as a consequence of its behaviour. Accordingly, I would draw the same distinction made by Cromwell J. in *Bhasin* regarding the exercise of the non-renewal clause at issue in that case: Can-Am acted dishonestly towards Mr. Bhasin in exercising the non-renewal clause as it did, and was liable for damages as a result, but it was not precluded from exercising its prerogative not to renew the contract.

[56] In service of its argument that Baycrest breached the duty of honest performance in its exercise of clause 9 of the contract, Callow points to references in *Bhasin* to Quebec law (at paras. 32, 35, 41, 44, 82 and 85) and in particular to Cromwell J.'s reference to the theory of the abuse of contractual rights set forth in arts. 6, 7 and 1375 of the *Civil Code of Québec* ("C.C.Q." or "*Civil Code*") (para. 83). Callow observes that the requirement not to abuse contractual rights is recognized as a feature of good

si Baycrest a omis d'agir avec honnêteté dans son recours à la clause 9. Pour dire les choses simplement, aucun droit contractuel ne peut être exercé de manière malhonnête, parce que, en application de l'arrêt *Bhasin*, cela serait contraire à une exigence impérative de bonne foi — soit celle de ne pas mentir à son cocontractant ni d'autrement l'induire intentionnellement en erreur au sujet de questions directement liées à l'exécution du contrat.

[55] Cet argument invite la Cour à expliquer si Baycrest a eu recours incorrectement à la clause de résiliation et comment, le cas échéant, indépendamment de toute obligation en matière de préavis. J'ajouterais qu'il ne faut pas confondre cette attention portée sur la *manière* dont le droit de résiliation a été exercé avec la question de savoir *si* le droit pouvait être exercé. Callow n'allègue pas que Baycrest n'avait pas le droit de résilier le contrat; ce droit de le faire moyennant un préavis de 10 jours, conformément à la clause 9, n'est pas en cause en l'espèce. Cependant, selon elle, ce droit a été exercé de façon malhonnête, en contravention de l'obligation reconnue dans l'arrêt *Bhasin*, ce qui oblige Baycrest à payer des dommages-intérêts par suite de son comportement. Ainsi, je ferais la même distinction que celle avancée par le juge Cromwell dans l'arrêt *Bhasin* en ce qui concerne l'exercice de la clause de non-renouvellement en cause dans cette dernière affaire : Can-Am a agi malhonnêtement envers M. Bhasin en ayant recours à la clause de non-renouvellement comme elle l'a fait et elle pouvait donc être tenue de verser des dommages-intérêts. Toutefois, rien ne l'empêchait d'exercer sa prérogative de ne pas renouveler le contrat.

[56] Au soutien de son argument selon lequel Baycrest aurait manqué à l'obligation d'exécution honnête dans son recours à la clause 9 du contrat, Callow invoque les références au droit québécois dans l'arrêt *Bhasin* (par. 32, 35, 41, 44, 82 et 85) et en particulier celle que fait le juge Cromwell à la théorie de l'abus de droits contractuels énoncée aux art. 6, 7 et 1375 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. » ou « *Code civil* ») (par. 83). Callow fait remarquer que l'obligation de ne pas recourir de façon abusive

faith performance in Quebec. It submits that the allusion to the doctrine of abuse of rights was an indication of the requirements of good faith in *Bhasin* and argues that the same framework can usefully illustrate how the common law duty of honesty constrains the termination clause in this case.

[57] I agree that looking to Quebec law is useful here. The direct link between the dishonest conduct and the exercise of clause 9 was not properly identified by the Court of Appeal in this case and Quebec law helps illustrate the requirement that there be such a link from *Bhasin*. In my view, Baycrest's dishonest conduct is not a wrong independent of the termination clause but a breach of contract that, properly understood, manifested itself upon the exercise of clause 9. Through that direct link between the dishonesty and the exercise of the clause, the conduct is understood as contrary to the requirements of good faith. This emerges more plainly when considered in light of the civilian doctrine of contractual good faith alluded to in *Bhasin*, specifically the fact that, in Quebec "[t]he notion of good faith includes (but is not limited to) the requirement of honesty in performing the contract" (para. 83). Thus, like in Quebec civil law, no contractual right may be exercised dishonestly and therefore contrary to the requirements of good faith. Properly raised by Cromwell J., this framework for connecting the exercise of a contractual clause and the requirements of good faith is helpful to illustrate, for the common law, the link made in *Bhasin* that the Court of Appeal failed to identify here.

[58] Mindful no doubt of its unique vantage point which offers an occasion to observe developments in both the common law and the civil law in its work, this Court has often drawn on this country's bijural environment to inform its decisions, principally in

aux droits contractuels est reconnue comme une des caractéristiques des devoirs d'exécuter les obligations de bonne foi au Québec. Elle soutient que le renvoi à la théorie de l'abus de droit dans l'arrêt *Bhasin* était une indication des exigences de la bonne foi, et plaide que le même cadre d'analyse peut illustrer utilement comment l'obligation d'honnêteté de common law restreint la clause de résiliation en l'espèce.

[57] Je conviens qu'un examen du droit québécois est utile en l'espèce. Le lien direct entre la conduite malhonnête et le recours à la clause 9 n'a pas été établi correctement par la Cour d'appel dans le présent dossier et le droit québécois aide à illustrer que, selon l'arrêt *Bhasin*, il doit exister un tel lien. À mon avis, la conduite malhonnête de Baycrest n'est pas une faute qui se manifeste indépendamment de la clause de résiliation, elle constitue plutôt une violation de contrat qui, comprise comme il se doit, s'est manifestée dans le contexte du recours à la clause 9. C'est en fonction du lien direct entre la malhonnêteté et le recours à la clause que la conduite est jugée contraire aux exigences de la bonne foi. Cela ressort encore plus clairement lorsque l'enjeu est examiné à la lumière de la conception civiliste de la bonne foi en matière contractuelle à laquelle l'arrêt *Bhasin* fait allusion, soit précisément du fait qu'au Québec « [l]a notion de bonne foi comprend (notamment) l'exigence de l'honnêteté en matière d'exécution du contrat » (par. 83). De fait, tout comme en droit civil québécois, aucun droit contractuel ne peut être exercé malhonnêtement, ce qui reviendrait à contrevenir aux exigences de la bonne foi. Évoqué à juste titre par le juge Cromwell, ce cadre d'analyse qui consiste à établir un lien entre le recours à une clause contractuelle et les exigences de la bonne foi est une illustration utile pour la common law du lien établi par l'arrêt *Bhasin* et qui a échappé à la Cour d'appel en l'espèce.

[58] Sans aucun doute consciente de sa position unique qui lui offre l'occasion d'observer dans le contexte de ses travaux l'évolution de la common law et du droit civil, la Cour a souvent puisé dans le cadre bijuridique du pays pour éclairer ses décisions,

private law appeals. While this practice has varied over time and has been most prevalent in civil law cases in which common law authorities are considered, the influence of bijuralism is not and need not be confined to appeals from Quebec or to matters relating to federal legislation (see J.-F. Gaudreault-DesBiens, *Les solitudes du bijuridisme au Canada* (2007), at pp. 7-22). In its modern jurisprudence, this Court has recognized the value of looking to legal sources from Quebec in common law appeals, and has often observed how these sources resolve similar legal issues to those faced by the common law (see, e.g., *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at pp. 1143-44; *Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855, at para. 138; see also *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3, at para. 41). Used in this way, authorities from Quebec do not, of course, bind this Court in its disposition of a private law appeal from a common law province, but rather serve as persuasive authority, in particular, by shedding light on how the jurisdictionally applicable rules work. In my respectful view, it is uncontroversial that, when done carefully, sources of law may be used in this way (*Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846, at para. 32, citing J.-L. Baudouin, “L’interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada” (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 715, at p. 726). As Robert J. Sharpe put it, writing extra-judicially, judges “should strive to maintain the coherence and integrity of the law as defined by the binding authorities, using persuasive authority to elaborate and flesh out its basic structure” (*Good Judgment: Making Judicial Decisions* (2018), at pp. 171-72).

principalement dans le cadre de pourvois en droit privé. Bien que cette pratique ait changé au fil du temps et que la Cour y ait eu davantage recours dans des causes de droit civil où des sources de common law ont été examinées, l’influence du bijuridisme n’est pas limitée aux pourvois émanant du Québec ou aux questions relatives à la législation fédérale et elle n’a pas à l’être (voir J.-F. Gaudreault-DesBiens, *Les solitudes du bijuridisme au Canada* (2007), p. 7-22). Dans sa jurisprudence moderne, la Cour a reconnu la valeur de l’étude des sources et autorités juridiques du Québec dans des pourvois émanant des provinces de common law et elle a souvent examiné comment ces sources permettent de résoudre des questions juridiques similaires à celles auxquelles fait face la common law (voir, p. ex., *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, p. 1143-1144; *Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855, par. 138; voir aussi *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3, par. 41). Lorsqu’on y a recours de cette façon, les sources québécoises ne lient évidemment pas la Cour dans sa détermination de l’issue d’un pourvoi de droit privé provenant d’une province de common law; elles servent plutôt d’autorités persuasives, notamment en éclairant la façon dont fonctionnent les règles applicables dans la juridiction en cause. Selon moi, il est non controversé que, lorsque cela est fait avec soin, des sources de droit et autorités du droit peuvent être utilisées de cette manière (*Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846, par. 32, citant J.-L. Baudouin, « L’interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada » (1975), 53 *R. du B. can.* 715, p. 726). Comme l’a affirmé Robert J. Sharpe dans un texte extra-judiciaire, [TRADUCTION] : « les juges doivent s’efforcer de maintenir la cohérence et l’intégrité du droit tel qu’il est défini par les autorités contraignantes, en se servant d’autorités persuasives pour en élaborer et en étoffer la structure de base » (*Good Judgment : Making Judicial Decisions* (2018), p. 171-172).

[59] This does not mean the appropriate use of these sources is limited to cases where there is a gap in the law of the jurisdiction in which the appeal

[59] Cela ne signifie pas que le recours approprié à ces sources se limite aux causes où le droit de la juridiction d’où émane le pourvoi comporte des

originates, in the sense that there is no answer to the legal problem in that law, or where a court contemplates modifying an existing rule. Respectfully said, I am aware of no authority of this Court supporting so restrictive an approach and note that, while unresolved, there are serious debates in both the common law and the civil law as to what exactly a “gap” in the law might be (see, e.g., J. Gardner, “Concerning Permissive Sources and Gaps” (1988), 8 *Oxford J. Leg. Stud.* 457; J. E. C. Brierley, “Quebec’s ‘Common Laws’ (*Droits Communs*): How Many Are There?”, in E. Caparros et al., eds., *Mélanges Louis-Philippe Pigeon* (1989), 109). Taking this approach would unduly inhibit the ability of this Court to understand the law better in reference to how comparable problems are addressed elsewhere in Canada. It would be wrong to disregard potentially helpful material in this way merely because of its origin.

[60] In private law, comparison between the common law and civil law as they evolve in Canada is a particularly useful and familiar exercise for this Court. This exercise of comparison between legal traditions for the purposes of “explanation” and “illustration” has been described as “worthwhile”, “useful” and “helpful” (*Farber*, at paras. 32 and 35; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, at para. 76; *Norsk*, at p. 1174, per Stevenson J. (concurring)). Principles from the common law or the civil law may serve as a “source of inspiration” for the other, precisely because these “two legal communities have the same broad social values” (*Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214, at para. 38). The common law and the civil law are not the only legal traditions relevant to the work of the Court; yet, the opportunity for dialogue between these legal traditions is arguably a special mandate for this Court given the breadth and responsibilities of its bijural jurisdiction. This opportunity has been underscored in scholarly commentary, including in the field of good faith performance of contracts (e.g., L. LeBel and P.-L. Le Saunier, “L’interaction du droit civil et

lacunes — en ce sens que ce droit ne répond pas au problème juridique en cause — ou aux circonstances où un tribunal envisage de modifier une règle existante. Soit dit en tout respect, à ma connaissance, aucune décision de la Cour ne soutient une approche aussi restrictive. Je note en outre que, bien qu’ils ne soient pas résolus, des débats sérieux ont cours tant en common law qu’en droit civil sur ce que peut bien être une « lacune » dans le droit (voir, p. ex., J. Gardner, « Concerning Permissive Sources and Gaps » (1988), 8 *Oxford J. Leg. Stud.* 457; J. E. C. Brierley, « Quebec’s “Common Laws” (*Droits Communs*) : How Many Are There? », dans E. Caparros et autres, dir., *Mélanges Louis-Philippe Pigeon* (1989), 109). Adopter une telle approche limiterait indument la capacité de la Cour de comprendre le droit en se référant à la façon dont des problèmes comparables sont traités ailleurs au Canada. Il serait mal avisé de ne pas tenir compte de sources et d’autorités potentiellement utiles uniquement en raison de leur origine.

[60] En droit privé, la comparaison entre la common law et le droit civil, au fil de leur évolution au Canada, est un exercice qui est particulièrement utile pour la Cour et qu’elle connaît bien. Cet exercice de comparaison de traditions juridiques, aux fins de « valeur de raison » et d’« illustration », a été décrit comme « intéressant », « [ayant] une valeur » et « utile » (*Farber*, par. 32 et 35; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 76; *Norsk*, p. 1174, le juge Stevenson (motifs concordants)). Les principes tirés de la common law ou du droit civil peuvent servir de « source d’inspiration » pour l’autre tradition juridique, précisément parce que les « deux communautés juridiques partagent les mêmes grandes valeurs sociales » (*Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214, par. 38). La common law et le droit civil ne sont pas les seules traditions juridiques pertinentes pour le travail de la Cour; il n’en demeure pas moins que l’occasion d’établir un « dialogue » entre elles constitue sans doute un mandat particulier pour la Cour étant donné l’étendue de sa compétence bijuridique et les responsabilités qui en découlent.

de la common law à la Cour suprême du Canada” (2006), 47 *C. de D.* 179, at p. 206; R. Jukier, “Good Faith in Contract: A Judicial Dialogue Between Common Law Canada and Québec” (2019), 1 *Journal of Commonwealth Law* 83).

[61] Writing extra-judicially, LeBel J. has observed that this exercise is part of the function of this Court, as a national appellate court, adding that [TRANSLATION] “because it has the ability to do so today, thanks to its institutional resources, the Supreme Court now assumes the symbolic responsibility of embracing a culture of dialogue between the two major legal traditions” (“Les cultures de la Cour suprême du Canada: vers l’émergence d’une culture dialogique?”, in J.-F. Gaudreault-DesBiens et al., eds., *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques* (2009), 1, at p. 7). This Court’s unique institutional capacity as the apex court of common law and civil law appeals in Canada allows it to engage in dialogue that makes it “more than a court of appeal for each of the provinces” (F. Allard, *The Supreme Court of Canada and its Impact on the Expression of Bijuralism* (2001), at p. 21). The opportunity for dialogue presents itself specifically in the context of the common law good faith doctrines. Pointing to the writing of LeBel J. and to how Quebec sources were deployed in *Bhasin*, one comparative law scholar wrote recently that while the distinctiveness of Canada’s legal traditions must be “maintained and jealously protected, [this] need not prevent [them] from learning from [one another]” (R. Jukier, “The Legacy of Justice Louis LeBel: The Civilian Tradition and Procedural Law” (2015), 70 *S.C.L.R.* (2d) 27, at p. 45). Professor Waddams has remarked that the reference to Quebec law in *Bhasin* is an “invitation” to consider civil law concepts, including abuse of rights, in the development of the common law relating to good faith (see “Unfairness and Good Faith in Contract Law: A New Approach” (2017), 80 *S.C.L.R.* (2d) 309, at pp. 330-31). This would be consistent with a broader pattern of “more pronounced reciprocal influence between traditions as comparative analysis becomes

Cette occasion a été soulignée par des auteurs, y compris dans le domaine de l’exécution contractuelle de bonne foi (p. ex., L. LeBel et P.-L. Le Saunier, « L’interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada » (2006), 47 *C. de D.* 179, p. 206; R. Jukier, « Good Faith in Contract : A Judicial Dialogue Between Common Law Canada and Québec » (2019), 1 *Journal of Commonwealth Law* 83).

[61] Dans des écrits extrajudiciaires, le juge LeBel a souligné que cet exercice relève des fonctions de la Cour en tant que cour d’appel nationale. Il a ajouté que « parce qu’elle en possède maintenant la capacité, en raison de ses ressources institutionnelles, la Cour suprême assume désormais la responsabilité symbolique de l’ouverture à une culture de dialogue entre les deux grandes traditions juridiques » (« Les cultures de la Cour suprême du Canada : vers l’émergence d’une culture dialogique? », dans J.-F. Gaudreault-DesBiens et al., dir., *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques* (2009), 1, p. 7). Cette capacité institutionnelle unique de la Cour à titre de cour de dernière instance pour les appels de common law et de droit civil au Canada lui permet d’engager un dialogue qui en fait « plus qu’un tribunal d’appel pour chaque province » (F. Allard, *La Cour suprême du Canada et son impact sur l’articulation du bijuridisme* (2001), p. 22). L’occasion d’établir un dialogue se présente tout particulièrement lorsqu’il est question des théories de la common law relatives à la bonne foi. Renvoyant aux propos du juge LeBel et à la façon dont la Cour a fait appel aux sources québécoises dans l’arrêt *Bhasin*, une chercheuse en droit comparé a écrit récemment que s’il faut [TRADUCTION] « maintenir et protéger jalousement » le caractère distinctif des traditions juridiques du Canada, « cela n’a pas à [les] empêcher d’apprendre [l’une de l’autre] » (R. Jukier, « The Legacy of Justice Louis LeBel : The Civilian Tradition and Procedural Law » (2015), 70 *S.C.L.R.* (2d) 27, p. 45). Le professeur Waddams a également signalé que la référence au droit québécois dans l’arrêt *Bhasin* était une [TRADUCTION] « invitation » à examiner les concepts de droit civil, y compris l’abus de droit, pour élaborer la common law relative à la bonne foi (voir « Unfairness and Good Faith in Contract Law : A New Approach » (2017), 80

increasingly prominent in [this Court’s] judgments” (Allard, at p. 22).

[62] Indeed, this Court has undertaken this exercise in some common law and civil law appeals in which good faith principles are engaged, including *Bhasin* itself (see also *Potter v. New Brunswick Legal Aid Services Commission*, 2015 SCC 10, [2015] 1 S.C.R. 500, at para. 30; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at paras. 75 and 96, citing *Farber*). Cromwell J. pointed to the comfort that can be drawn from the experience of the civil law of Quebec, for example, by those common lawyers who fear that a new duty of honest performance would “create uncertainty or impede freedom of contract” (*Bhasin*, at para. 82). Cromwell J. also pointed to substantive points of comparison in support of his analysis on the similarity between implied terms in the common law and good faith in Quebec as well as on the fact that good faith in Quebec law also includes a requirement of honesty in performing contracts (paras. 44 and 83). Strikingly, in one recent Quebec example that is especially relevant here, Gascon J., writing for a majority of this Court, quoted *Bhasin* on the degree to which the organizing principle of good faith exemplifies the notion that a contracting party should have “appropriate regard” to the legitimate contractual interests of their counterparty. He noted that “[t]his statement applies equally to the duty of good faith in Quebec civil law” (*Churchill Falls (Labrador) Corp. v. Hydro-Québec*, 2018 SCC 46, [2018] 3 S.C.R. 101, at para. 117). I note this only as an instance of accepted judicial reasoning in this field, where comparisons are rightly said to be difficult. A majority of the Court nevertheless invoked a leading common law authority on good faith to illuminate the civil law’s distinct treatment as both helpful and persuasive.

*S.C.L.R.* (2d) 309, p. 330-331). Cette approche serait conforme à une démarche plus large « [d’]influence réciproque plus marquée entre [les] traditions par le biais d’une analyse comparative qui prend de plus en plus de place dans les jugements [de la Cour] » (Allard, p. 22).

[62] De fait, la Cour s’est livrée à cet exercice dans des pourvois de common law et de droit civil dans lesquels les principes relatifs à la bonne foi entraînent en jeu, notamment dans l’arrêt *Bhasin* lui-même (voir aussi *Potter c. Commission des services d’aide juridique du Nouveau-Brunswick*, 2015 CSC 10, [2015] 1 R.C.S. 500, par. 30; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 75 et 96, citant *Farber*). Le juge Cromwell a souligné que le droit civil québécois peut rassurer, par exemple, les avocats de common law qui craignent qu’une nouvelle obligation d’exécution honnête puisse « engendrer l’instabilité ou faire obstacle à la liberté contractuelle » (*Bhasin*, par. 82). Le juge Cromwell a également évoqué des éléments de comparaison substantiels au soutien de son analyse sur la similarité entre les conditions implicites en common law et la bonne foi au Québec de même que sur le fait que la bonne foi en droit québécois comprend aussi une exigence d’honnêteté en matière d’exécution du contrat (par. 44 et 83). Fait à souligner, dans un exemple québécois récent de ceci qui est particulièrement pertinent en l’espèce, le juge Gascon, au nom des juges majoritaires de la Cour, a cité l’arrêt *Bhasin* quant au degré auquel le principe directeur de bonne foi illustre bien qu’une partie contractante doit « [prendre] en compte comme il se doit » les intérêts contractuels légitimes de son cocontractant. Il a noté que « [c]ette affirmation se transpose tout aussi bien à l’obligation de bonne foi en droit civil québécois » (*Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46, [2018] 3 R.C.S. 101, par. 117). J’en prends note uniquement à titre d’exemple de raisonnement judiciaire accepté dans ce domaine, où l’on dit à juste titre que les comparaisons sont difficiles à faire. Les juges majoritaires de la Cour ont néanmoins invoqué une décision de common law qui fait autorité sur la bonne foi pour donner un éclairage sur le traitement distinct qu’en fait le droit civil, ayant jugé qu’il était à la fois utile et persuasif de le faire.

[63] In the same way, I draw on Quebec civil law in this appeal to illustrate what it means for dishonesty to be directly linked to contractual performance. As I will explain, the civil law framework of abuse of rights helps to focus the analysis of whether the common law duty of honest performance has been breached on what might be called the wrongful exercise of a contractual right.

[64] This appeal makes plain a need for clarification on the question of when dishonesty is directly linked to the performance of a contract. The Court of Appeal recognized the duty of honest performance, but concluded that the communications at issue were not directly linked to performance of the existing contract: “Communications between the parties may have led Mr. Callow to believe that there would be a new contract, but those communications did not preclude [Baycrest] from exercising their right to terminate the winter contract then in effect” (para. 18). The Court’s reasons also conclude that Baycrest could exercise the termination clause “provided only that [it] informed him of [its] intention to do so and gave the required notice. That is all [Callow] bargained for, and all that [it] was entitled to” (para. 17). The Court of Appeal apparently did not consider that the manner in which the termination right was exercised amounted to a breach of the duty to act honestly. This was, for the trial judge in the present appeal, the matter directly linked to the performance of the contract in the dispute with Callow.

[65] These diverging conclusions in this case are unsurprising given that this Court recognized the duty of honest performance as a “new” good faith doctrine relatively recently (*Bhasin*, at para. 93). Nevertheless, the reasons in *Bhasin* indicate how the required connection between the dishonesty and performance is made manifest. When Cromwell J. summarized the new duty, he suggested that it required honesty “about matters directly linked to the performance of the contract” and, later, “in relation

[63] De la même manière, je fais référence au droit civil québécois dans le présent pourvoi pour illustrer ce que signifie le fait que la malhonnêteté soit directement liée à l’exécution du contrat. Comme je l’expliquerai, le cadre d’analyse du droit civil en matière d’abus de droit aide à faire porter l’analyse de la question de savoir s’il y a eu manquement à l’obligation d’exécution honnête en common law sur ce que l’on pourrait appeler l’exercice fautif d’un droit contractuel.

[64] Le présent pourvoi met en évidence la nécessité de clarifier les circonstances dans lesquelles la malhonnêteté est directement liée à l’exécution d’un contrat. La Cour d’appel a reconnu l’obligation d’exécution honnête, mais a conclu que les communications en cause n’étaient pas directement liées à l’exécution du contrat en vigueur : [TRADUCTION] « Il se peut que les communications entre les parties aient amené M. Callow à croire qu’il y aurait un nouveau contrat, mais ces communications n’empêchaient pas [Baycrest] d’exercer [son] droit de résilier le contrat d’entretien hivernal alors en vigueur » (par. 18). La Cour d’appel a aussi conclu que Baycrest pouvait recourir à la clause de résiliation [TRADUCTION] « à la seule condition qu’elle informe [Callow] de [son] intention de le faire et qu’elle donne le préavis nécessaire. C’est tout ce que [Callow] a négocié, et c’est tout ce à quoi [elle] avait droit » (par. 17). La Cour d’appel n’a apparemment pas tenu compte du fait que la manière dont le droit de résiliation a été exercé équivalait à un manquement à l’obligation d’agir honnêtement. Aux yeux de la juge de première instance en l’espèce, il s’agissait là de la question directement liée à l’exécution du contrat dans le litige avec Callow.

[65] Ces conclusions divergentes en l’espèce ne sont guère surprenantes puisque la Cour n’a reconnu l’obligation d’exécution honnête comme « nouvelle » doctrine de la bonne foi qu’assez récemment (*Bhasin*, par. 93). Cependant, les motifs de l’arrêt *Bhasin* indiquent comment le lien requis entre la malhonnêteté et l’exécution est mis en évidence. Lorsque le juge Cromwell a résumé la nouvelle obligation, il a suggéré qu’elle exigeait de faire preuve d’honnêteté « au sujet de questions directement liées

to the performance of their contractual obligations” (paras. 73 and 93). But this latter formulation does not of course comprehensively describe the required link, not least of all because it speaks of honesty in the performance of an obligation, and says nothing about the exercise of a right. Yet, in applying the duty to the facts in *Bhasin*, this Court concluded that there was a breach of the duty on the basis of the trial judge’s finding that Can-Am acted dishonestly in the exercise of the non-renewal clause (paras. 94 and 103).

[66] Further, I note that while the duty of honest performance has similarities with the pre-existing common law doctrines of civil fraud and estoppel, these doctrines do not assist in our analysis of the required link to the performance of the contract. The duty of honest performance is a contract law doctrine (*Bhasin*, at para. 74). It is not a tort. It is its nature as a contract law doctrine that gives rise to the requirement of a nexus with the contractual relationship. While other areas of the law involving dishonesty may be useful to understand what it means to be dishonest, they provide no obvious assistance in determining what is and is not directly linked to the performance of a contract.

[67] In my view, the required direct link between dishonesty and performance from *Bhasin* is made plain, by way of simple comparison, when one considers how the framework for abuse of rights in Quebec connects the manner in which a contractual right is exercised to the requirements of good faith. Specifically, the direct link exists when the party performs their obligation or exercises their right under the contract dishonestly. When read together, arts. 6, 7 and 1375 *C.C.Q.* point to this connection by providing that no contractual right may be exercised abusively without violating the requirements of good faith. Article 7 in particular provides “[n]o right may be exercised with the intent of injuring another or in an excessive and unreasonable manner, and therefore

à l’exécution du contrat » et, plus loin, « dans le cadre de l’exécution [des] obligations contractuelles » (par. 73 et 93). Cela dit, bien entendu, cette dernière formulation ne décrit pas complètement le lien requis, surtout parce qu’elle parle d’honnêteté dans l’exécution d’une obligation et ne dit rien de l’exercice d’un droit. Toutefois, lorsqu’elle a appliqué l’obligation aux faits dans l’arrêt *Bhasin*, la Cour a conclu à un manquement à l’obligation sur le fondement de la conclusion de la juge de première instance selon laquelle Can-Am avait agi malhonnêtement dans son recours à la clause de non-renouvellement (par. 94 et 103).

[66] En outre, je note que même si l’obligation d’exécution honnête a des similitudes avec les doctrines de common law préexistantes de fraude civile et de préclusion, ces doctrines n’aident pas à l’analyse du lien requis à l’exécution du contrat. L’obligation d’exécution honnête est une doctrine du droit des contrats (*Bhasin*, par. 74). Y manquer ne constitue pas un délit civil. C’est sa nature de doctrine du droit des contrats qui donne naissance à l’exigence d’un lien avec la relation contractuelle. Bien que certains aspects d’autres domaines du droit relatif à la malhonnêteté puissent être utiles pour comprendre ce que signifie être malhonnête, ils ne fournissent aucune aide évidente pour déterminer ce qui est ou non directement lié à l’exécution d’un contrat.

[67] À mon avis, le lien direct exigé entre la malhonnêteté et l’exécution dont il est question dans l’arrêt *Bhasin* est clairement mis en évidence, par voie de simple comparaison, lorsqu’on considère comment le cadre d’analyse de l’abus de droit au Québec lie la manière dont un droit contractuel est exercé aux exigences de la bonne foi. Plus précisément, le lien direct existe lorsqu’une partie s’acquitte de son obligation ou exerce son droit prévu au contrat de façon malhonnête. Lus ensemble, les art. 6, 7 et 1375 du *C.c.Q.* mettent ce lien en exergue en prévoyant qu’aucun droit contractuel ne peut être exercé de façon abusive sans violer les exigences de la bonne foi. L’article 7 en particulier prévoit qu’« [a]ucun droit ne peut être exercé en vue de nuire

contrary to the requirements of good faith.” While the substantive content of this article is not relevant to the common law analysis, the framework is illustrative. This article shows how the requirements of good faith can be tied to the exercise of a right, including a right under a contract. It is the exercise of the right that is scrutinized to assess whether the action has been contrary to good faith.

[68] Under the civil law framework of abuse of rights, it is no answer to say that, because a right is unfettered on its face, it is insulated from review as to the manner in which it was exercised. Moreover, the doctrine of abuse of right does not preclude the holder from exercising the contractual right in question. As Professors Jobin and Vézina have written on abuse of contractual rights in Quebec, [TRANSLATION] “[t]he doctrine of abuse of right does not lead to the negation of the right as such; rather, it addresses the use made of the right by its holder” (J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at No. 156). It has been said that good faith in the civil law has a [TRANSLATION] “*limiting function*” in directing standards of ethical conduct to which parties must conform, as a matter of imperative law, when performing the contract: [TRANSLATION] “It [i.e. the limiting function of good faith] thus seeks to sanction a party’s improper conduct in the exercise of the party’s contractual prerogatives.” (M. A. Grégoire, *Liberté, responsabilité et utilité: la bonne foi comme instrument de justice* (2010), at p. 225). That is what is at stake here: whether the ethical standard expressed in the common law duty to act honestly in performance, as a manifestation of the organizing principle of good faith recognized in *Bhasin*, limits the manner in which Baycrest can exercise its right to terminate the winter maintenance agreement. By focusing attention on the exercise of a particular right under a particular contract, a direct link to the performance of that contract is helpfully drawn.

à autrui ou d’une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l’encontre des exigences de la bonne foi ». Bien que le contenu de cet article ne soit pas pertinent pour l’analyse de la common law, le cadre qu’il décrit est utile à titre d’illustration. En effet, cet article illustre comment les exigences de la bonne foi peuvent être liées à l’exercice d’un droit, y compris un droit découlant d’un contrat. C’est l’exercice du droit qui est examiné pour évaluer si l’action a été contraire à la bonne foi.

[68] Selon le cadre d’analyse de droit civil en matière d’abus de droit, il ne sert à rien d’affirmer que, parce qu’un droit est absolu à première vue, il est à l’abri de tout contrôle quant à la manière dont il a été exercé. Qui plus est, la théorie de l’abus de droit n’empêche pas le titulaire d’exercer le droit contractuel en question. Comme l’ont écrit les professeurs Jobin et Vézina quant à l’abus des droits contractuels au Québec, « [l]a théorie de l’abus de droit n’entraîne nullement la négation du droit en soi, mais elle s’attaque plutôt à l’usage qu’en fait son titulaire » (J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7<sup>e</sup> éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, n<sup>o</sup> 156). On a dit que la bonne foi en droit civil a une « *fonction limitative* » en dictant les normes de conduite éthiques auxquelles les parties doivent se conformer, à titre de règle de droit impérative, dans l’exécution du contrat : « elle [c.-à-d. la fonction limitative de la bonne foi] vise donc à sanctionner le comportement inapproprié d’une partie dans l’exercice de ses prérogatives contractuelles » (M. A. Grégoire, *Liberté, responsabilité et utilité: la bonne foi comme instrument de justice* (2010), p. 225). C’est ce qui est en jeu en l’espèce : savoir si la norme éthique exprimée dans l’obligation de common law d’agir honnêtement dans l’exécution du contrat, en tant que manifestation du principe directeur de bonne foi reconnu dans l’arrêt *Bhasin*, limite la manière dont Baycrest peut exercer son droit de résilier le contrat d’entretien hivernal. En se concentrant sur l’exercice d’un droit en particulier prévu dans un contrat en particulier, on peut établir utilement un lien avec l’exécution de ce contrat.

[69] Thus, in *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122 — a Quebec case cited in *Bhasin*, at para. 85 — the contracting party’s right to demand repayment of the loan, as stipulated in the contract, was upheld (p. 169). The “abuse of right” identified by the Court was the manner in which the right was exercised. This is, as I have noted, broadly similar to *Bhasin*. There, Can-Am had a contractual right of non-renewal, but Can-Am nonetheless exercised that right in a dishonest manner, and thus breached the duty of honest performance (para. 94). This was a wrongful exercise of the right in that it was exercised contrary to the mandatory requirement of good faith performance.

[70] There are special reasons, of course, to be cautious in undertaking the comparative exercise to which Callow invites us here. One is that there are important differences between the civilian treatment of abuse of contractual rights and the current state of the common law. The *Civil Code* provides that no right may be exercised with the intent to injure another or in an excessive and unreasonable manner and therefore contrary to the requirements of good faith requiring that parties conduct themselves in good faith, in particular at the time an obligation is performed. Insofar as the organizing principle in *Bhasin* speaks to a related idea that parties generally must perform their contractual duties honestly and reasonably and not capriciously or arbitrarily, this principle, unlike Quebec law, is not a free-standing rule but rather a standard that underpins and manifests itself in more specific doctrines. Further, in *Bhasin*, positive law was only formally extended by recognizing a general duty of honesty in contractual performance.

[71] An additional reason is the common law’s fabled reluctance to embrace the standard associated with the civilian idea of “abuse of rights”, including abuse of contractual rights, a doctrine to which *Bhasin* alluded in para. 83 (see, e.g., the survey in H. C. Gutteridge, “Abuse of Rights” (1933), 5

[69] Ainsi, dans l’arrêt *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122 — un arrêt émanant du Québec cité dans l’arrêt *Bhasin*, par. 85 —, le droit de la partie contractante d’exiger le remboursement du prêt comme le stipulait le contrat a été confirmé (p. 169). L’« abus de droit » identifié par la Cour portait sur la manière dont le droit avait été exercé. Comme je l’ai noté, cette situation ressemble dans les grandes lignes à celle en cause dans *Bhasin*. Dans cette affaire, Can-Am avait un droit contractuel de non-renouvellement, mais elle a exercé ce droit de manière malhonnête, manquant ainsi à l’obligation d’exécution honnête (par. 94). Il s’agissait d’un exercice fautif du droit en ce qu’il a été exercé en contravention de l’exigence impérative d’exécution de bonne foi.

[70] Bien entendu, il y a des raisons particulières de faire preuve de prudence en entreprenant l’exercice comparatif que Callow nous invite à mener en l’occurrence. Une première raison découle du fait qu’il existe d’importantes différences entre le traitement civiliste de l’abus des droits contractuels et l’état actuel de la common law. Le *Code civil* prévoit qu’aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d’une manière excessive et déraisonnable, ce qui irait à l’encontre des exigences de la bonne foi. Cela oblige les parties à agir de bonne foi, en particulier au moment de s’acquitter d’une obligation. Bien que le principe directeur visé par l’arrêt *Bhasin* traduise l’idée connexe que les parties doivent de façon générale exécuter leurs obligations contractuelles de manière honnête et raisonnable, et non de façon abusive ou arbitraire, ce principe, à la différence du droit québécois, n’est pas une règle autonome, mais plutôt une norme qui sous-tend des règles plus particulières et s’y manifeste. Qui plus est, dans l’arrêt *Bhasin*, le droit positif n’a été formellement étendu qu’en reconnaissant une obligation générale d’honnêteté applicable à l’exécution des contrats.

[71] Une raison supplémentaire relève de la fameuse réticence de la common law à adopter la norme liée à la notion civiliste « d’abus de droit », y compris l’abus de droits contractuels, une notion mentionnée dans l’arrêt *Bhasin*, par. 83 (voir, p. ex., la recherche faite dans H. C. Gutteridge, « Abuse

*Cambridge L.J.* 22, at pp. 22 and 30-31).<sup>1</sup> Mindful of this, Cromwell J. recalled the “fundamental commitments of the common law of contract” to the “freedom of contracting parties to pursue their individual self-interest” and — importantly to the theory of abuse of rights — that the organizing principle he recognized “should not be used as a pretext for scrutinizing the motives of contracting parties” (para. 70). Others have observed that the civilian conception of legal rights — *droits subjectifs* in the French tradition — are conceptually different from “rights” in the common law, or even that the preoccupation with the “social” dimension of limits to rights, as opposed to a purely “economic” aspect of a freely-negotiated bargain, is peculiar to the civil law (see, e.g., F. H. Lawson, *Negligence in the Civil Law* (1950), at pp. 15-20). Still others have observed the differing techniques for the genesis of new rules of law according to the common law and civil law methods (see, e.g., P. Daly, “La bonne foi et la common law: l’arrêt *Bhasin c. Hrynew*”, in J. Torres-Ceyte, G.-A. Berthold and C.-A. M. Péladeau, eds., *Le dialogue en droit civil* (2018), 89, at pp. 101-2). One should not lose sight of the fact that, as intellectual and historical traditions, the common law and the civil law represent, in many respects, distinctive ways of knowing the law.

[72] It is true that LeBel J., writing extra-judicially prior to this Court’s decision in *Bhasin*, in which he concurred, noted that in the dialogue between the common law and the civil law in this Court’s jurisprudence, good faith offered an example of [TRANSLATION] “coexistence” rather than “convergence” or “divergence” (LeBel, at pp. 12-15). Yet as he noted, comparison in this field that respects the [TRANSLATION] “intellectual integrity” of distinctive traditions remains a viable part of the dialogue between common law and the civil law at this Court (p. 15). While

<sup>1</sup> Professor Gutteridge pointed in particular to the influence of *Mayor of Bradford v. Pickles*, [1895] A.C. 587 (H.L.) and, in the contractual setting, *Allen v. Flood*, [1898] A.C. 1 (H.L.), quoting from p. 46 of the latter judgment: “. . . any right given by contract may be exercised as against the giver by the person to whom it is granted, no matter how wicked, cruel, or mean the motive may be which determines the enforcement of the right”.

of Rights » (1933), 5 *Cambridge L.J.* 22, p. 22 et 30-31)<sup>1</sup>. Conscient de ceci, le juge Cromwell a rappelé les « engagements fondamentaux du droit des contrats en common law » envers la « liberté des parties contractantes dans la poursuite de leur intérêt personnel » et — fait important pour ce qui est la théorie de l’abus de droit — que le principe directeur qu’il a reconnu « ne devrait pas servir de prétexte à un examen approfondi des intentions des parties contractantes » (par. 70). D’autres ont fait remarquer que la notion civiliste des droits juridiques — c’est-à-dire les droits subjectifs dans la tradition française — est conceptuellement différente de celle des « *rights* » en common law, voire que le souci à l’égard de la dimension « sociale » des limites aux droits — par opposition à l’aspect purement « économique » d’un marché librement négocié — est propre au droit civil (voir, p. ex., F. H. Lawson, *Negligence in the Civil Law* (1950), p. 15-20). D’autres encore ont relevé que la common law et le droit civil appliquent des techniques divergentes dans la genèse de nouvelles règles de droit (voir, p. ex., P. Daly, « La bonne foi et la common law : l’arrêt *Bhasin c. Hrynew* », dans J. Torres-Ceyte, G.-A. Berthold et C.-A. M. Péladeau, dir., *Le dialogue en droit civil* (2018), 89, p. 101-102). Il ne faut pas perdre de vue que, en tant que traditions intellectuelles et historiques, la common law et le droit civil représentent, à bien des égards, des manières distinctes de connaître le droit.

[72] Il est vrai que, dans un écrit extrajudiciaire antérieur à la décision de la Cour dans *Bhasin*, à laquelle il a souscrit, le juge LeBel a noté que dans le dialogue entre la common law et le droit civil dans la jurisprudence de la Cour, la bonne foi fournit un exemple de « coexistence » plutôt que de « convergence » ou de « divergence » (LeBel, p. 12-15). Toutefois, comme il l’a signalé, une comparaison dans ce domaine qui respecte l’« intégrité intellectuelle » de traditions distinctes demeure une partie viable du dialogue entre la common law et le droit

<sup>1</sup> Le professeur Gutteridge a souligné en particulier l’influence de *Mayor of Bradford c. Pickles*, [1895] A.C. 587 (H.L.) et, dans le contexte contractuel, *Allen c. Flood*, [1898] A.C. 1 (H.L.), citant le passage à la p. 46 de ce dernier arrêt : [TRANSLATION] « . . . celui à qui un droit est conféré par contrat peut exercer ce droit contre celui qui le lui a conféré, aussi malveillant, cruel ou mesquin que puisse être le mobile qui détermine l’exécution du droit ».

the requirements of honest contractual performance in the two legal traditions may be rooted in distinct histories, they have come together to address similar issues, at least in the context of dishonest performance (*Bhasin*, at para. 83). The civil law provides a useful analytical guide to illustrating the relatively recent common law duty. Two reasons in particular underlie the usefulness of the comparative exercise here.

[73] First, I stress that I do not rely on the civil law here for the specific rules that would govern a similar claim in Quebec. Rather, within the constraints imposed on this Court by the precedent in *Bhasin* and the wider common law context, I draw on abuse of rights as a framework to understand the common law duty of honest performance. Second, there is no serious concern here that looking to Quebec law will throw the common law into a state of uncertainty. As Cromwell J. did in *Bhasin*, this Court can take comfort from the experience of Quebec to allay fears that applying this general framework of wrongful exercise of rights will result in commercial uncertainty or inappropriately constrain freedom of contract. Notwithstanding their differences, the common law and the civil law in Quebec share, in respect of good faith, some of the “same broad social values” that justify comparison generally (*Bou Malhab*, at para. 38). As noted, this Court pointed to a shared concern for the proper compass of good faith in that it “does not require acting to serve [the other contracting party’s] interests in all cases” and both anchor remedies in corrective, not distributive justice (*Churchill Falls*, at para. 117, citing *Bhasin*, at para. 65). As Professor Moore wrote, prior to his appointment as a judge [TRANSLATION] “the value of individual autonomy, and the fear that good faith is an imprecise concept, are not exclusive to the common law. They are discussed at length in civil law commentary and jurisprudence” (“Brèves remarques spontanées sur l’arrêt *Bhasin c. Hrynew*”, in J. Torres-Ceyte, G.-A. Berthold and C.-A. M. Péladeau, eds., *Le dialogue en droit civil* (2018), 81, at p. 84). For these reasons, it is not inappropriate to illustrate the duty of honest performance using the framework of the wrongful exercise of a right. Dishonesty is directly linked to the performance of a given contract

civil engagé devant la Cour (p. 15). Bien que les exigences d’exécution honnête du contrat dans les deux traditions juridiques puissent avoir des origines historiques distinctes, elles se sont unies pour traiter de problèmes semblables, du moins dans le contexte de l’exécution malhonnête (*Bhasin*, par. 83). Le droit civil fournit un guide d’analyse utile pour illustrer l’obligation de common law, relativement récente. Deux raisons en particulier sous-tendent l’utilité de l’exercice comparatif en l’espèce.

[73] Premièrement, je souligne que je ne me fonde pas sur le droit civil en l’espèce pour les règles spécifiques qui régiraient une demande similaire au Québec. Je m’inspire plutôt, dans les limites prescrites par la Cour dans le précédent établi par l’arrêt *Bhasin* et dans le contexte plus large de la common law, de l’abus de droit comme cadre pour comprendre l’obligation d’exécution honnête de la common law. Deuxièmement, il n’y a pas sérieusement lieu de s’inquiéter en l’espèce que le fait d’examiner le droit québécois ait pour effet de précipiter la common law dans un état d’incertitude. Comme l’a souligné le juge Cromwell dans l’arrêt *Bhasin*, l’expérience québécoise peut rassurer la Cour en illustrant que l’application de ce cadre d’analyse général de l’exercice fautif de droits n’engendrera pas d’instabilité commerciale ni ne fera obstacle de manière inappropriée à la liberté contractuelle. En dépit de leurs différences, la common law et le droit civil du Québec partagent, eu égard à la bonne foi, certaines « grandes valeurs sociales », ce qui justifie généralement d’en faire la comparaison (*Bou Malhab*, par. 38). Comme il a été noté, la Cour a signalé l’existence d’un souci commun de limiter la portée de la bonne foi, puisqu’elle « n’oblige pas les parties à servir [les] intérêts [de leurs cocontractants] dans tous les cas », de même que le fondement dans les deux traditions juridiques de ces mesures de redressement dans la justice corrective plutôt que distributive (*Churchill Falls*, par. 117, citant *Bhasin*, par. 65). Comme l’a écrit le professeur Moore, avant son accession à la magistrature, « la valeur de l’autonomie individuelle, de même que la crainte de l’imprécision de la bonne foi ne sont pas exclusives de la common law. On les retrouve abondamment dans le discours doctrinal et jurisprudentiel civiliste » (« Brèves remarques spontanées sur l’arrêt *Bhasin*

where it can be said that the exercise of a right or the performance of an obligation under that contract has been dishonest.

[74] Applying *Bhasin* to this case, and drawing on the illustration provided by the Quebec civil law sources Cromwell J. himself cites, I am of the respectful view that the Court of Appeal erred when it concluded that the dishonesty here was only about a future contract. Properly understood, the alleged dishonesty in this case was directly linked to the performance of the contract because Baycrest's exercise of the termination right provided to it under the contract was dishonest.

[75] The termination right was exercised dishonestly according to the trial judge in our case, notwithstanding the fact that its terms — the 10-day notice — were otherwise respected. Pointing to the dishonest representations, regarding the danger to the contract and made in anticipation of the notice period, she held that the duty to act honestly was linked to the termination of the contract and the exercise of that right in the circumstances was a breach of contract. The trial judge did not deny the right of Baycrest to terminate the contract, but the manner in which it did so was wrongful — in breach of the duty of honesty — and for that it owed Callow damages. Importantly, this does not deny the existence of the termination right but fixes on the wrongful manner in which it was exercised.

(2) Baycrest's Conduct Constitutes Dishonesty

[76] The second issue to be resolved is whether Baycrest's conduct amounts to dishonesty within the meaning of the duty of honest performance in

*c. Hrynew* », dans J. Torres-Ceyte, G.-A. Berthold et C.-A. M. Péladeau, dir., *Le dialogue en droit civil* (2018), 81, p. 84). Pour ces raisons, il n'est pas inapproprié d'illustrer l'obligation d'exécution honnête en utilisant le cadre applicable à l'exercice fautif d'un droit. La malhonnêteté est directement liée à l'exécution d'un contrat donné lorsqu'on peut affirmer que l'exercice d'un droit ou l'exécution d'une obligation prévus au contrat en question a été malhonnête.

[74] En appliquant l'arrêt *Bhasin* à la présente cause, et en m'inspirant de l'illustration fournie par les sources et autorités du droit civil québécois citées par le juge Cromwell lui-même, je suis d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la malhonnêteté en l'espèce ne concernait qu'un contrat futur. Comprise comme il se doit, la malhonnêteté alléguée en l'espèce était directement liée à l'exécution du contrat parce que l'exercice par Baycrest du droit de résiliation que lui conférait le contrat a été malhonnête.

[75] Selon la juge de première instance, le droit de résiliation a été exercé de façon malhonnête en l'espèce, et ce, même si ses modalités — le préavis de 10 jours — ont par ailleurs été respectées. Soulignant les déclarations malhonnêtes quant au risque pour le contrat, et faites en prévision du délai de préavis, elle a statué que l'obligation d'agir honnêtement était liée à la résiliation du contrat et que l'exercice de ce droit dans les circonstances constituait une violation de contrat. La juge de première instance n'a pas nié le droit de Baycrest de résilier le contrat. Elle a toutefois conclu que la manière dont celle-ci s'est prévaluée de ce droit a été fautive — en contravention de l'obligation d'honnêteté — et que, pour avoir agi ainsi, Baycrest devait des dommages-intérêts à Callow. Fait important, cette conclusion ne nie pas l'existence du droit de résiliation, mais elle s'attache à la manière fautive dont il a été exercé.

(2) La conduite de Baycrest constitue de la malhonnêteté

[76] La deuxième question à résoudre est celle de savoir si la conduite de Baycrest équivalait à de la malhonnêteté au sens où il faut l'entendre suivant

*Bhasin*. Callow takes issue with the Court of Appeal's conclusion that while the facts may have suggested a failure to act honourably, they did not rise to the level of a breach of this duty. To dispose of this appeal, then, we must determine what standard of honesty was expected of Baycrest in its exercise of clause 9.

[77] There is common ground that parties to a contract cannot outright lie or tell half-truths in a manner that knowingly misleads a counterparty. It is also agreed here that the failure to disclose a material fact, without more, would not be contrary to the standard. Beyond this, however, the parties continue to disagree about what might constitute knowingly misleading conduct as that idea was alluded to in *Bhasin*.

[78] Callow argues that while this Court in *Bhasin* held that the duty of honest performance does not impose a duty of disclosure, it left open the possibility that an omission to inform can nonetheless be knowingly misleading in certain circumstances. Callow acknowledges that the line between a misrepresentation and the innocent failure to disclose is not always easy to draw. But by “positively misleading” Mr. Callow that the winter maintenance agreement was likely to be renewed in 2014, he was led to infer, mistakenly and to the knowledge of Baycrest, that a decision had not been made to terminate the existing contract in 2013. Failing to correct this false impression, in Callow's view, was a breach of its obligation to act honestly in the performance of the winter maintenance agreement. It meant that clause 9 was not exercised in keeping with the obligatory duty to perform the contract honestly imposed in *Bhasin*.

[79] Baycrest submits that “active deception” — a term invoked by the trial judge, as well as both parties — requires actual dishonesty, in the sense that an

l'obligation d'exécution honnête établie dans l'arrêt *Bhasin*. Callow conteste la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle même si les faits peuvent avoir suggéré que Baycrest n'a pas agi honorablement, ils n'équivalaient pas à un manquement à cette obligation. Pour disposer du présent pourvoi, nous devons donc déterminer à quelle norme d'honnêteté on pouvait s'attendre que satisfasse Baycrest dans son recours à la clause 9.

[77] Il est acquis au débat que les parties à un contrat ne peuvent pas carrément mentir ou dire des demi-vérités d'une manière qui induit un co-contractant intentionnellement en erreur. Il est également acquis ici que l'omission de divulguer un fait important, sans plus, ne serait pas contraire à la norme. Outre ces points de convergence, les parties continuent de diverger d'opinion sur ce que pourrait constituer une conduite qui induit intentionnellement en erreur, comme cette idée a été mentionnée dans l'arrêt *Bhasin*.

[78] Selon Callow, bien que dans l'arrêt *Bhasin* la Cour ait jugé que l'obligation d'exécution honnête n'impose pas une obligation de divulgation, elle n'a pas écarté la possibilité qu'une omission d'informer puisse néanmoins induire intentionnellement en erreur dans certaines circonstances. Callow reconnaît qu'il n'est pas toujours facile de faire la distinction entre une déclaration inexacte et l'omission innocente de divulguer des renseignements. Toutefois, en « induisant activement [M. Callow] en erreur », lui faisant ainsi croire que le contrat d'entretien hivernal allait probablement être renouvelé en 2014, celui-ci a été amené à déduire, à tort et au su de Baycrest, qu'il n'avait pas été décidé de résilier le contrat en vigueur en 2013. De l'avis de Callow, le fait que Baycrest n'ait pas fait de démarches afin de corriger cette fausse impression constituait un manquement à son obligation d'agir honnêtement dans l'exécution du contrat d'entretien hivernal. Il s'ensuit que la clause 9 n'a pas été appliquée en respectant l'obligation d'exécuter le contrat honnêtement prescrite par l'arrêt *Bhasin*.

[79] Baycrest prétend que la [TRADUCTION] « tromperie active » — un terme employé par la juge de première instance, ainsi que par les deux

outright lie is necessary. “Silence”, said its counsel at the hearing, “can only constitute misrepresentation when there is a duty to speak”. Since the duty of honest performance does not bring with it a duty of disclosure, “silence cannot constitute dishonesty or an act of misrepresentation, whether done intentionally or, I suppose, accidentally” (transcript, at p. 37).

[80] Baycrest is right to say that the duty to act honestly “does not impose a duty of loyalty or of disclosure or require a party to forego advantages flowing from the contract” (*Bhasin*, at para. 73; see also A. Swan, J. Adamski and A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4th ed. 2018), at p. 347). Cromwell J. referred to *United Roasters, Inc. v. Colgate-Palmolive Co.*, 649 F.2d 985 (4th Cir. 1981), in support of his conclusion that the duty of honest performance is distinct from a free-standing duty to disclose information (para. 87). In *United Roasters*, the terminating party had decided in advance of the required notice period to terminate the contract. The court held that no disclosure of that intention was required other than what was stipulated in the contract. In Cromwell J.’s view, this made “it clear that there is no unilateral duty to disclose information relevant to termination” (para. 87).

[81] One might well understand that courts would shy away from imposing a free-standing positive duty to disclose information to a counterparty where it would serve to upset the corrective justice orientation of contract law. Whether or not a positive duty to cooperate of this character should be associated with the principle of good faith performance in the common law, a party to a contract has no general duty to subordinate their interests to that of the other party in the law as it now stands (see *Bhasin*, at para. 86). Requiring a party to speak up in service of the requirements of good faith where nothing in the parties’ contractual relationship brings a duty to do so could be understood to confer an unbargained-for benefit on the other that would stand outside the

parties — exige une malhonnêteté réelle, en ce sens qu’un mensonge éhonté est nécessaire. Le [TRADUCTION] « silence », a fait valoir son avocat à l’audience, « ne peut constituer une déclaration inexacte que lorsqu’il y a une obligation de parler ». Puisque l’obligation d’exécution honnête n’entraîne pas avec elle une obligation de divulgation, [TRADUCTION] « le silence ne peut pas être malhonnête ou constituer une déclaration inexacte, et ce, qu’il soit intentionnel ou, je suppose, accidentel » (transcription, p. 37).

[80] Baycrest a raison d’affirmer que l’obligation d’agir honnêtement « n’impose pas un devoir de loyauté ou de divulgation ni n’exige d’une partie qu’elle renonce à des avantages découlant du contrat » (*Bhasin*, par. 73; voir aussi A. Swan, J. Adamski et A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4<sup>e</sup> éd. 2018), p. 347). Le juge Cromwell s’est référé à *United Roasters, Inc. c. Colgate-Palmolive Co.*, 649 F.2d 985 (4th Cir. 1981), au soutien de sa conclusion selon laquelle l’obligation d’exécution honnête est distincte d’une obligation indépendante de divulguer des renseignements (par. 87). Dans la décision *United Roasters*, la partie ayant mis fin au contrat avait décidé antérieurement à la période de préavis requise qu’elle allait mettre fin au contrat. Le tribunal a conclu qu’aucune divulgation de cette intention, autre que celle prévue dans le contrat, n’était requise. De l’avis du juge Cromwell, cet arrêt « indique clairement qu’il n’existe pas d’obligation unilatérale de divulgation de renseignements lorsqu’il s’agit de mettre fin au contrat » (par. 87).

[81] On peut aisément comprendre que les tribunaux soient réticents à imposer une obligation positive indépendante de divulguer des renseignements à un cocontractant lorsque cela aurait pour effet de dénaturer l’orientation de justice corrective du droit des contrats. Qu’une obligation positive de collaborer de cette nature doive ou non être liée au principe d’exécution de bonne foi en common law, il n’en demeure pas moins que, dans l’état actuel du droit, une partie à un contrat n’a aucune obligation générale de subordonner ses intérêts à ceux de l’autre partie (voir *Bhasin*, par. 86). Obliger une partie à s’exprimer pour répondre aux exigences de la bonne foi alors que rien dans la relation contractuelle des parties n’impose une telle obligation pourrait être vu comme conférant

usual compass of contractual justice. Yet where the failure to speak out amounts to active dishonesty in a manner directly related to the performance of the contract, a wrong has been committed and correcting it does not serve to confer a benefit on the party who has been wronged. To this end, Cromwell J. clarified that the “situation is quite different . . . when it comes to actively misleading or deceiving the other contracting party in relation to performance of the contract” (para. 87). In such circumstances, contractual parties should be mindful to correct misapprehensions, lest a contractual breach of the *Bhasin* duty be found.

[82] By noting that liability flowed from active dishonesty and not a unilateral duty to disclose, Cromwell J. indicated that the duty of honesty is consonant with the ordinary principles of contractual justice: that *Bhasin* does not impose a duty to disclose or a fiduciary-type obligation means that performing a contract honestly is not a selfless or altruistic act. One might well say that performing one’s own end of a bargain honestly is in keeping with the pursuit of self-interest as long as the law can be counted on to require the same honest conduct from one’s counterparty. Whatever constraints it justifies on Baycrest’s ability to terminate the contract based on values of honesty associated with good faith, it does not require it to confer a benefit on Callow in exercising that right. As Cromwell J. explained, having appropriate regard for the legitimate contractual interests of the contracting parties “does not require acting to serve those interests in all cases” (para. 65). This explains, to my mind, the limited character of the duty of honesty: it is not a device that allows a court, in the name of a conception of good faith resting on distributive justice, to require the party that has to exercise a contractual right or power “to serve” the other party’s interest at the expense of their own.

un avantage non négocié à l’autre partie qui se situerait en dehors du champ d’application habituel de la justice contractuelle. Cependant, lorsque l’omission de s’exprimer équivaut à de la malhonnêteté active d’une manière qui est directement liée à l’exécution du contrat, une faute est commise et sa réparation n’a pas pour effet de conférer un avantage à la partie lésée. À cet égard, le juge Cromwell a précisé que la « situation est assez différente [. . .] lorsqu’il s’agit d’induire en erreur ou de tromper activement l’autre partie contractante au sujet de l’exécution du contrat » (par. 87). Dans de telles circonstances, les parties à un contrat doivent se soucier de corriger les méprises, sous peine d’être reconnues coupables d’un manquement contractuel à l’obligation établie dans l’arrêt *Bhasin*.

[82] En soulignant que la responsabilité découle de la malhonnêteté active et non d’une obligation unilatérale de divulguer des renseignements, le juge Cromwell indiquait que l’obligation d’honnêteté est conforme aux principes ordinaires de la justice contractuelle : le fait que l’arrêt *Bhasin* n’impose pas une obligation de divulguer ou une obligation de type fiduciaire signifie que l’exécution honnête d’un contrat n’est pas un acte désintéressé ou altruiste. On pourrait très bien dire que l’exécution honnête par un contractant de sa part du marché va de pair avec la poursuite de son intérêt personnel tant qu’il est possible de compter sur le droit pour obliger son cocontractant à agir avec la même honnêteté. Quelles que soient les contraintes qu’elle justifie quant à la faculté de Baycrest de résilier le contrat sur le fondement des valeurs d’honnêteté liées à la bonne foi, l’exécution honnête ne l’oblige pas à conférer un avantage à Callow dans l’exercice de ce droit. Comme l’a expliqué le juge Cromwell, la prise en compte comme il se doit des intérêts contractuels légitimes des parties contractantes « n’oblige pas la partie à servir ces intérêts dans tous les cas » (par. 65). Ceci explique, à mon sens, le caractère limité de l’obligation d’honnêteté : il ne s’agit pas d’un moyen qui permet au tribunal, au nom d’une notion de bonne foi reposant sur la justice distributive, d’obliger la partie qui doit recourir à un droit ou à un pouvoir contractuel à le faire de manière « à servir » l’intérêt de l’autre partie aux dépens des siens.

[83] This emphasis on the corrective justice foundation of the duty to act honestly in performance is, in my view, helpful to understanding why a facially unfettered right is nonetheless constrained by the imperative requirement of good faith explained in *Bhasin*. I recall that Cromwell J. sought to reassure those who feared commercial uncertainty resulting from the recognition of this new duty by explaining that the requirement of honest performance “interferes very little with freedom of contract” (para. 76). After all, the expectation that a contract would be performed without lies or deception can already be thought of as a minimum standard that is part of the bargain. I agree with the sentiment expressed by the Chief Justice of Alberta in a case that relied on *Bhasin* and *Potter*: “Companies are entitled to expect that the parties with whom they contract will be honest” in their contractual dealings (*IFP Technologies (Canada) Inc. v. EnCana Midstream and Marketing*, 2017 ABCA 157, 53 Alta. L.R. (6th) 96, at para. 4). In that sense, while the duty is one of mandatory law, in most cases it can be thought of as leaving the agreement and both parties’ expectations — the first source of justice between the parties — in place. By extension, requiring that a party exercise a right under the contract in keeping with this minimum standard only precludes the commission of a wrong and thus repairing that breach, where damage resulted, may be thought of as consonant with the principles of corrective justice. Where a party has lied or otherwise knowingly misled the other contracting party in respect of a matter that is directly linked to the performance of the contract, it amounts to breach of contract that must be set right, but the benefits of the bargain need not be otherwise reallocated between the parties involved.

[84] That said, I emphasize once again that it is unquestionable that the duty is imposed as a matter of contractual doctrine rather than by implication or interpretation, and, by virtue of its status as contractual doctrine, parties are “not free to exclude” the duty altogether (*Bhasin*, at para. 75). Even if the parties,

[83] Selon moi, cette insistance sur le fondement de justice corrective de l’obligation d’agir honnêtement dans l’exécution du contrat est utile pour comprendre pourquoi un droit apparemment absolu est néanmoins restreint par l’exigence impérative de bonne foi expliquée dans l’arrêt *Bhasin*. Je rappelle que le juge Cromwell a tenté de rassurer ceux qui craignaient l’instabilité commerciale résultant de la reconnaissance de cette nouvelle obligation d’exécution honnête en expliquant qu’elle « porte très peu atteinte à la liberté contractuelle » (par. 76). Après tout, on peut d’ores et déjà s’attendre à ce que le fait qu’un contrat soit exécuté sans mensonge ou tromperie soit considéré comme une norme minimale faisant partie du marché. Je souscris à l’opinion suivante exprimée par la juge en chef de l’Alberta dans un jugement qui s’appuyait sur les arrêts *Bhasin* et *Potter* : [TRADUCTION] « Les sociétés sont en droit de s’attendre à ce que les parties avec qui elles contractent soient honnêtes » dans leurs rapports contractuels (*IFP Technologies (Canada) Inc. c. EnCana Midstream and Marketing*, 2017 ABCA 157, 53 Alta L.R. (6th) 96, par. 4). En ce sens, bien que l’obligation soit une règle de droit impérative, dans la plupart des cas on peut considérer qu’elle laisse intactes l’entente et les attentes des deux parties — la première source de justice entre elles. Par extension, exiger qu’une partie exerce un droit en exécution d’un contrat en respectant cette norme minimale ne fait qu’empêcher la commission d’une faute, si bien que la réparation de ce manquement, lorsqu’un préjudice en a résulté, peut sembler conforme aux principes de justice corrective. Lorsqu’une partie a menti ou autrement induit intentionnellement l’autre partie contractante en erreur quant à un sujet auquel l’exécution du contrat est directement liée, cela équivaut à une violation de contrat à laquelle il doit être remédié. Les avantages du marché n’ont toutefois pas à être réaffectés autrement entre les parties en cause.

[84] Cela dit, je souligne encore une fois qu’il ne fait aucun doute que l’obligation est imposée en tant que doctrine du droit des contrats, plutôt que par déduction ou interprétation et que, à ce titre, les parties « n’ont pas la faculté [d’]exclure » l’obligation complètement (*Bhasin*, par. 75). Même si les parties,

as here, have agreed to a term that provides for an apparently unfettered right to terminate the contract for convenience, that right cannot be exercised in a manner that transgresses the core expectations of honesty required by good faith in the performance of contracts.

[85] This framework for measuring the wrongful exercise of the termination right does not turn on Baycrest’s motive in exercising clause 9 beyond the observation that it did so dishonestly. The right of termination was, on its face, one without cause: Baycrest may have had legitimate grievances against Callow or some ulterior motive for its knowing deception — it is of no moment. The negative view that the property manager may have had of Callow, alluded to by the trial judge (at para. 14), is not the source of the breach of the duty of honest performance.

[86] Moreover, I note that Cromwell J. described the requirements of the duty of honesty negatively: while the duty of honest performance does not require parties to act angelically by subordinating their own interests to that of their counterparty (*Bhasin*, at para. 86), they must *refrain* from lying or knowingly misleading their counterparty (para. 73). As a “negative” obligation — that is, in the absence of a recognized duty to act, the injunction it imposes is one not to act dishonestly — it sits more plainly with the ordinary objectives of corrective justice and what one scholar sees as the traditional posture of the common law in favour of contractual autonomy and individual freedom in private law. [TRANSLATION] “It is clear”, wrote Professor Daly in a comment on the common law method consecrated in *Bhasin*, “that the duty of honesty recognized in *Bhasin* is a negative obligation — not to lie — rather than a positive obligation — to act in good faith” (pp. 101-2). This same orientation has been observed as animating the analogous contractual duty of good faith in the civil law. While positive obligations to cooperate in performance may be otherwise required by the law of good faith, scholars have observed that the notional equivalent of the duty of honest performance in Quebec civil law most typically imposes negative obligations — to refrain from lying, for

comme en l’espèce, ont convenu d’une condition qui prévoit un droit apparemment absolu de résilier le contrat pour raison de commodité, ce droit ne peut pas être exercé d’une manière qui transgresse les attentes fondamentales d’honnêteté exigées par la bonne foi dans l’exécution des contrats.

[85] Ce cadre d’analyse pour apprécier l’exercice fautif du droit de résiliation ne repose pas sur le motif qu’avait Baycrest pour recourir à la clause 9, au-delà de l’observation qu’elle l’a fait malhonnêtement. Le droit de résiliation pouvait, à première vue, être exercé en l’absence de motifs : il se peut que Baycrest ait eu des griefs légitimes envers Callow ou quelque motif secret pour sa tromperie consciente — cela n’a toutefois pas d’importance. L’opinion négative que la gestionnaire immobilière a pu avoir à l’égard de Callow à laquelle a fait allusion la juge de première instance (au par. 14) n’était pas la source du manquement à l’obligation d’exécution honnête.

[86] Qui plus est, je note que le juge Cromwell a décrit les exigences de l’obligation d’honnêteté par la négative : bien que l’obligation d’exécution honnête n’exige pas que les parties agissent de manière angélique, en subordonnant leurs propres intérêts à ceux de leur cocontractant (*Bhasin*, par. 86), elles doivent *s’abstenir* de lui mentir ou de l’induire intentionnellement en erreur (par. 73). En tant qu’obligation « négative » — c’est-à-dire qu’en l’absence d’obligation reconnue d’agir, l’injonction qu’elle impose est celle de ne pas agir de façon malhonnête —, elle s’inscrit plus naturellement du côté des objectifs ordinaires de la justice corrective et de ce qu’un auteur conçoit comme l’attitude traditionnelle de la common law favorable à l’autonomie contractuelle et à la liberté individuelle en droit privé. « Force est de constater », écrit le professeur Daly dans un commentaire sur la méthode de common law consacrée par l’arrêt *Bhasin*, « que l’obligation d’honnêteté reconnue dans *Bhasin* est une obligation négative — ne pas mentir — plutôt qu’une obligation positive — agir de bonne foi » (p. 101-102). On a observé que cette même orientation de justice corrective anime l’obligation contractuelle analogue de bonne foi en droit civil. Bien que les règles de droit relatives à la bonne foi puissent autrement imposer des obligations positives de coopération à l’exécution, des auteurs ont

example — in the measure of the abuse of a contractual right (Baudouin and Jobin, at No. 161). Care must be taken, I hasten to say, not to confuse the [TRANSLATION] “duty to act faithfully” recognized in this regard, with the fiduciary duty of loyalty that stands outside of good faith in both legal traditions.

[87] I would add that, as Cromwell J. made plain, the recognition of the duty to act honestly in performance does not necessarily mean that the ideal spoken to in the organizing principle of good faith set forth in *Bhasin* might not manifest itself otherwise. Even within the limited compass of corrective justice, circumstances may arise in which the organizing principle would encourage the view that contractual rights must be exercised in a manner that was neither capricious nor arbitrary, for example, or that some duty to cooperate between the parties be imposed, though recognizing that, contrary to fiduciary duties, “good faith performance does not engage duties of loyalty to the other contracting party or a duty to put the interests of the other contracting party first” (*Bhasin*, at para. 65). But for present purposes, it is not necessary to go that further step: I am of the view that where the exercise of a contractual right is undertaken dishonestly, the exercise is in breach of contract and this wrong must be corrected. That is what happened here.

[88] The question that remains is whether Baycrest lied to or knowingly misled Callow and thus breached the duty to act honestly.

[89] I recognize that in cases where there is no outright lie present, like the case before us, it is not always obvious whether a party “knowingly misled” its counterparty. Yet, Baycrest is wrong to suggest that nothing stands between the outright lie and silence. Elsewhere, as in the law of misrepresentation, for instance, one encounters examples of courts

observé que l’équivalent théorique de l’obligation d’exécution honnête en droit civil québécois impose le plus souvent des obligations négatives — s’abstenir de mentir, par exemple — dans l’appréciation de l’abus d’un droit contractuel (Baudouin et Jobin, n° 161). Je m’empresse de dire qu’il faut prendre garde de ne pas confondre l’« obligation de loyauté » reconnue à cet égard et l’obligation fiduciaire de loyauté qui est distincte de la bonne foi dans les deux traditions juridiques.

[87] J’ajouterais que, comme l’a précisé le juge Cromwell, la reconnaissance de l’obligation d’agir honnêtement dans l’exécution du contrat ne veut pas nécessairement dire que l’idéal évoqué par le principe directeur de bonne foi énoncé dans l’arrêt *Bhasin* n’est pas susceptible de se manifester autrement. Même dans le cadre limité de la justice corrective, il peut y avoir des circonstances dans lesquelles le principe directeur favoriserait le point de vue voulant que les droits contractuels doivent être exercés d’une manière qui ne soit ni abusive ni arbitraire, par exemple, ou qu’une certaine obligation de collaborer entre les parties soit imposée, tout en reconnaissant que, contrairement aux obligations fiduciaires, « l’exécution de bonne foi ne fait pas entrer en jeu les devoirs de loyauté envers l’autre partie contractante ou une obligation de veiller en priorité aux intérêts de l’autre partie contractante » (*Bhasin*, par. 65). Toutefois, pour les fins du présent pourvoi, il n’est pas nécessaire de franchir ce pas supplémentaire : je suis d’avis que lorsque l’exercice d’un droit contractuel est entrepris malhonnêtement, cet exercice est en contravention du contrat et ce tort doit être réparé. C’est ce qui s’est produit en l’espèce.

[88] La question qui subsiste est celle de savoir si Baycrest a menti à Callow ou l’a intentionnellement induite en erreur, manquant ainsi à l’obligation d’agir honnêtement.

[89] Je reconnais que dans les affaires où il n’y a pas eu de mensonge éhonté, comme en l’espèce, il n’est pas toujours évident de savoir si une partie a « intentionnellement induit en erreur » son co-contractant. Pourtant, Baycrest a tort de prétendre qu’il ne se trouve rien entre le mensonge éhonté et le silence. Ailleurs, comme en droit en matière de

determining whether a misrepresentation was present, regardless of whether there was some direct lie (see A. Swan, “The Obligation to Perform in Good Faith: Comment on *Bhasin v. Hrynew*” (2015), 56 *Can. Bus. L.J.* 395, at p. 402). As Professor Waddams has written, “[a]n incomplete statement may be as misleading as a false one, and such half-truths have frequently been treated as legally significant misrepresentations.” Ultimately, he wrote, “it is open to the court to hold that the concealment of the material facts can, when taken with general statements, true in themselves but incomplete, turn those statements into misrepresentations” (*The Law of Contracts* (7th ed. 2017), at No. 441). Similarly, where a party makes a statement it believes to be true, but later circumstances affect the truth of that earlier statement, courts have found, in various contexts, that the party has an obligation to correct the misrepresentation (see *Xerex Exploration Ltd. v. Petro-Canada*, 2005 ABCA 224, 47 Alta. L.R. (4th) 6, at para. 58; see also C. Mummé, “*Bhasin v. Hrynew*: A New Era for Good Faith in Canadian Employment Law, or Just Tinkering at the Margins?” (2016), 32 *Intl J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.* 117, at p. 123).

[90] These examples encourage the view that the requirements of honesty in performance can, and often do, go further than prohibiting outright lies. Indeed, the concept of “misleading” one’s counterparty — the term invoked separately by Cromwell J. — will in some circumstances capture forms of silence or omissions. One can mislead through action, for example, by saying something directly to its counterparty, or through inaction, by failing to correct a misapprehension caused by one’s own misleading conduct. To me these are close cousins in the catalogue of deceptive contractual practices (see, e.g., *Yam Seng Pte Ltd. v. International Trade Corp. Ltd.*, [2013] E.W.H.C. 111, [2013] 1 All E.R. (Comm.) 1321 (Q.B.), at para. 141).

déclaration inexacte, par exemple, on trouve des exemples où les tribunaux ont statué sur la question de savoir s’il y avait eu déclaration inexacte, sans égard à celle de savoir s’il y avait eu un mensonge direct (voir A. Swan, « The Obligation to Perform in Good Faith : Comment on *Bhasin v. Hrynew* » (2015), 56 *Rev. can. dr. comm.* 395, p. 402). Comme l’a écrit le professeur Waddams, [TRADUCTION] « [u]ne déclaration incomplète peut être aussi trompeuse qu’une fausse déclaration, et ces demi-vérités ont fréquemment été traitées comme des déclarations inexactes ayant une portée sur le plan juridique ». En définitive, a-t-il écrit, [TRADUCTION] « il est loisible au tribunal de statuer que la dissimulation de faits importants peut, lorsqu’elle est considérée avec des déclarations générales, véridiques en elles-mêmes, mais incomplètes, transformer ces déclarations en déclarations inexactes » (*The Law of Contracts* (7<sup>e</sup> éd. 2017), n<sup>o</sup> 441). Pareillement, lorsqu’une partie fait une déclaration qu’elle croit être vraie, mais que des circonstances ultérieures ont une incidence sur la véracité de cette déclaration, les tribunaux ont conclu, dans divers contextes, que la partie a une obligation de corriger la déclaration inexacte (voir *Xerex Exploration Ltd. c. Petro-Canada*, 2005 ABCA 224, 47 Alta. L.R. (4th) 6, par. 58; voir aussi C. Mummé, « *Bhasin v. Hrynew* : A New Era for Good Faith in Canadian Employment Law, or Just Tinkering at the Margins? » (2016), 32 *Intl. J. Comp. Lab L. & Ind. Rel.* 117, p. 123).

[90] Ces exemples favorisent le point de vue voulant que les exigences d’honnêteté dans l’exécution du contrat peuvent, et vont souvent, aller plus loin que l’interdiction de mensonges éhontés. De fait, la notion « d’induire en erreur » son cocontractant — l’expression invoquée séparément par le juge Cromwell — englobe dans certaines circonstances des formes de silence ou d’omissions. On peut induire en erreur activement, par exemple, en disant quelque chose directement à son cocontractant, ou passivement, en omettant de corriger une méprise causée par sa propre conduite trompeuse. À mon sens, ce sont là des cousins germains dans l’éventail de pratiques contractuelles trompeuses (voir, p. ex., *Yam Seng Pte Ltd. c. International Trade Corp. Ltd.*, [2013] E.W.H.C. 111, [2013] 1 All E.R. (Comm.) 1321 (B.R.), par. 141).

[91] At the end of the day, whether or not a party has “knowingly misled” its counterparty is a highly fact-specific determination, and can include lies, half-truths, omissions, and even silence, depending on the circumstances. I stress that this list is not closed; it merely exemplifies that dishonesty or misleading conduct is not confined to direct lies. No reviewable error has been shown in the finding of dishonesty that took place in anticipation of the exercise of clause 9 here. I would not interfere with the trial judge’s view here on a matter that is owed deference. Deference should be shown to the trial judge in reviewing her discretionary exercise of weighing the evidence, especially given credibility played a part in her analysis, as she explained.

[92] Reading the whole of the first instance judgment, I see no consequential error in the account given by the trial judge of the law on the duty of honest performance. She did not base her conclusions on some free-standing duty to disclose information. Instead, she examined whether Baycrest knowingly misled Callow as to the standing of the winter maintenance agreement, and thus wrongfully exercised its right of termination. Despite this, however, Baycrest argues that the trial judge erred in failing to recognize that its conduct did not reach the “much higher standard” spoken to in *Bhasin*. I disagree. No such error has been shown.

[93] It is helpful for our purposes to recall that on the facts in *Bhasin*, part of the dishonest conduct concerned the respondent Can-Am’s plans to reorganize its activities in Alberta. Its plan contemplated invoking its contractual right of non-renewal to force a merger between Mr. Bhasin and his competitor, Mr. Hrynew. In effect, this reorganization would have given Mr. Bhasin’s business to Mr. Hrynew.

[91] En fin de compte, répondre à la question de savoir si une partie a « intentionnellement induit en erreur » son cocontractant est une décision éminemment factuelle et peut comprendre des mensonges, des demi-vérités, des omissions et même du silence, selon les circonstances. Je souligne que cette liste n’est pas exhaustive : elle ne fait qu’illustrer que la malhonnêteté ou la conduite trompeuse ne se limite pas aux mensonges directs. Aucune erreur susceptible de révision n’a été établie quant à la conclusion de malhonnêteté qui a prévalu en prévision du recours à la clause 9 en l’espèce. Je ne modifierais pas l’opinion de la juge de première instance en l’espèce sur une question à l’égard de laquelle il faut faire preuve de déférence. Or, il faut faire ainsi preuve de déférence à l’endroit de la juge lorsqu’il est question de contrôler l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de soupeser la preuve, tout particulièrement du fait, comme elle l’a expliqué, que la crédibilité a joué un rôle dans son analyse.

[92] À la lecture du jugement de première instance dans son ensemble, je ne relève aucune erreur fondamentale dans la manière dont la juge a formulé le droit relatif à l’obligation d’exécution honnête. Elle n’a pas fondé ses conclusions sur une quelconque obligation indépendante de divulguer des renseignements. Elle a plutôt examiné la question de savoir si Baycrest avait intentionnellement induit Callow en erreur quant à ce qu’il adviendrait du contrat d’entretien hivernal, exerçant ainsi de manière fautive son droit de résiliation. En dépit de cela, Baycrest plaide que la juge de première instance aurait commis une erreur en ne reconnaissant pas que sa conduite n’atteignait pas la norme « beaucoup plus rigoureuse » dont il est fait mention dans l’arrêt *Bhasin*. Je ne suis pas de cet avis. Aucune erreur de la sorte n’a été établie.

[93] Il est utile pour nos fins de rappeler qu’au vu des faits dans l’affaire *Bhasin*, une partie de la conduite malhonnête concernait le projet de Can-Am de réorganiser ses activités en Alberta. Dans le cadre de son projet, Can-Am envisageait d’invoquer son droit contractuel de non-renouvellement pour imposer une fusion entre M. Bhasin et son concurrent, M. Hrynew. De fait, cette réorganisation aurait donné

Can-Am, however, had said nothing of its plan to Mr. Bhasin. When Mr. Bhasin first heard of the merger plans he questioned an official of Can-Am about its intentions. “[T]he official ‘equivocated’”, Cromwell J. explained, “and did not tell him the truth that from Can-Am’s perspective this was a ‘done deal’” (para. 100). Cromwell J. later concluded that “Can-Am’s breach of contract consisted of its failure to be honest with Mr. Bhasin about its contractual performance and, in particular, with respect to its settled intentions with respect to renewal” (para. 108). Cromwell J. wrote: “The trial judge made a clear finding of fact that Can-Am ‘acted dishonestly toward Bhasin in exercising the non-renewal clause’. There is no basis to interfere with that finding on appeal. It follows that Can-Am breached its duty to perform the Agreement honestly” (para. 94 (references omitted)).

[94] It is true that Baycrest remained silent about its decision to terminate Callow’s contract and that clause 9, on its face, did not impose on it a duty to disclose its intention except for on the 10-day notice requirement. That said, it had to refrain, as the trial judge said, from “deceiv[ing] Callow” through a series of “active communications” (para. 66). When it failed to refrain from doing so in anticipation of exercising its termination right, it deceived Callow into thinking it would leave the existing winter services agreement intact.

[95] These “active communications”, as I understand the trial judge’s findings of fact, came in two forms. First, Mr. Peixoto made statements to Mr. Callow suggesting that a renewal of the winter maintenance agreement was likely. As the trial judge found, “[a]fter his discussions with Mr. Peixoto and Mr. Campbell, Mr. Callow thought that he was likely to get a two-year renewal of his winter maintenance services contract and [it was] satisfied with his services [under the existing agreement which had one winter to run]. This assumption is also supported by

l’entreprise de M. Bhasin à M. Hrynew. Or, Can-Am n’avait rien dit de son projet à M. Bhasin. Lorsque ce dernier a entendu parler de la fusion pour la première fois, il a interrogé un représentant de Can-Am quant à ses intentions. « [L]e représentant [TRADUCTION] “a tergiversé” », d’expliquer le juge Cromwell, « et ne lui a pas dit la vérité, soit que, du point de vue de Can-Am, il s’agissait d’un “fait accompli” » (par. 100). Le juge Cromwell a conclu par la suite que « Can-Am avait rompu le contrat parce qu’elle n’a pas exécuté honnêtement le contrat conclu avec M. Bhasin, plus particulièrement en ce qui concerne ses intentions arrêtées quant au renouvellement » (par. 108). Le juge Cromwell a écrit : « La juge de première instance a tiré une conclusion de fait claire selon laquelle Can-Am [TRADUCTION] “a agi malhonnêtement envers M. Bhasin en recourant à la clause de non-renouvellement”. Aucune raison ne permet de modifier cette conclusion en appel. Il s’en suit que Can-Am a violé son obligation d’exécution honnête du contrat » (par. 94 (références omises)).

[94] Il est vrai que Baycrest est demeurée silencieuse quant à sa décision de résilier le contrat de Callow et que la clause 9, à première vue, ne lui imposait pas d’obligation de divulguer son intention, sous réserve de l’exigence du préavis de 10 jours. Cela dit, elle devait s’abstenir, comme l’a dit la juge de première instance, [TRADUCTION] « d’induire M. Callow en erreur » par une série de « communications actives » (par. 66). Lorsqu’elle a omis de s’abstenir de le faire en prévision de l’exercice de son droit de résiliation, elle a induit Callow en erreur, l’amenant à croire qu’elle laisserait intact le contrat d’entretien hivernal en vigueur.

[95] Selon ma compréhension des conclusions de fait de la juge de première instance, ces [TRADUCTION] « communications actives », ont pris deux formes. En premier lieu, M. Peixoto a fait des déclarations à M. Callow laissant entendre qu’un renouvellement du contrat d’entretien hivernal était probable. Comme l’a conclu la juge de première instance, [TRADUCTION] « [a]près ses discussions avec M. Peixoto et M. Campbell, M. Callow croyait qu’il allait probablement obtenir un renouvellement de deux ans de son contrat de services d’entretien

the documentary evidence, especially by the private e-mails between Mr. Peixoto and Mr. Campbell” (para. 41).

[96] Baycrest attempts to recast the significance of this finding, arguing that Mr. Callow only had casual discussions with two of the JUC members — Mr. Peixoto and Mr. Campbell — about the possibility of a contract renewal. Such casual discussions, it says, cannot rise to the level of a lie. This position ignores the key finding in the trial judge’s reasons that it was Mr. Peixoto — the JUC member who negotiated the main pricing terms with Callow for the winter maintenance agreement — who made statements to Mr. Callow suggesting that a renewal was likely (paras. 23 and 40-43). After making credibility findings against Mr. Peixoto, the trial judge found that he had “led Mr. Callow to believe that all was fine with the winter [contract]” and that Baycrest was “interested in a future extension of Callow’s contracts” (para. 47). This dishonesty did not take place in the abstract: the trial judge found it to be relevant to the exercise of clause 9.

[97] The second form of “active communications” that deceived Callow was related to the “freebies” Callow had offered Baycrest in the summer of 2013. As the trial judge found, Callow performed this free work because Mr. Callow wanted to provide an incentive for Baycrest to renew the winter maintenance agreement. Baycrest, for its part, gladly accepted the services offered by Callow.

[98] Again, Baycrest attempts to recast the significance of these findings, arguing that “there is nothing inherently unlawful or unfair about accepting a contractor’s incentives offered in the hopes of securing a new contract or the renewal of an existing contract” (R.F., at para. 112). Whether or not that is the case,

hivernal et que [Baycrest] étai[t] satisfait[e] de ses services rendus [en exécution du contrat en vigueur auquel il restait un hiver à courir]. Cette présomption est également étayée par la preuve documentaire, surtout par les courriels privés entre M. Peixoto et M. Campbell » (par. 41).

[96] Baycrest tente de dénaturer l’importance de cette conclusion, plaidant que M. Callow n’avait eu que des discussions informelles avec deux des membres du CUC — M. Peixoto et M. Campbell — sur la possibilité d’un renouvellement de contrat. De telles discussions informelles, dit-elle, ne sauraient être assimilées à un mensonge. Cette position fait abstraction de la conclusion clef de la juge de première instance selon laquelle c’est M. Peixoto — le membre du CUC qui avait négocié avec Callow les principales conditions relatives au prix contenues dans le contrat d’entretien hivernal — qui avait fait des déclarations à M. Callow laissant entendre qu’un renouvellement était probable (par. 23 et 40-43). Après avoir tiré des conclusions défavorables à la crédibilité de M. Peixoto, la juge de première instance a conclu qu’il avait [TRADUCTION] « amené M. Callow à croire que tout allait bien quant [au contrat] d’entretien hivernal » et que Baycrest était « intéress[ée] par une prorogation future des contrats de Callow » (par. 47). Cette malhonnêteté n’a pas eu lieu dans l’abstrait : la juge de première instance a conclu qu’elle avait trait au recours à la clause 9.

[97] La deuxième forme de « communications actives » qui a induit Callow en erreur avait trait aux travaux « en prime » que cette dernière a offerts à Baycrest durant l’été 2013. Comme l’a conclu la juge de première instance, Callow a effectué ces travaux gratuits parce que M. Callow voulait donner à Baycrest un incitatif à renouveler le contrat d’entretien hivernal. Baycrest, pour sa part, a accepté volontiers les services offerts par Callow.

[98] Encore une fois, Baycrest tente de dénaturer l’importance de ces conclusions, plaidant [TRADUCTION] « qu’il n’y a rien de foncièrement illicite ou injuste à accepter les incitatifs offerts par un entrepreneur dans l’espoir d’obtenir un nouveau contrat ou le renouvellement d’un contrat en vigueur » (m.i.,

I again stress that Mr. Peixoto “understood that the work performed by Callow was a ‘freebie’ to add an incentive for the boards to renew his winter maintenance services contract” and “advised Mr. Callow that he would tell the other board members about this work” (trial reasons, at para. 43). These active communications by Baycrest suggested, deceptively, that there was hope for renewal and, perforce, the current contract would not be terminated.

[99] Considering Baycrest’s conduct as a whole over those few months, it was certainly reasonable for Mr. Callow, who was led to believe that a renewal was likely, to infer that Baycrest had not decided to terminate the ongoing contract. Moreover, Baycrest knew Mr. Callow was under this false impression, as shown by the email sent by Mr. Peixoto on July 17, 2013 and, nonetheless, continued to give him the impression that a renewal was likely even though the decision to terminate him was made (see trial reasons, at para. 48). Upon realizing that Mr. Callow was under this false impression, Baycrest should have corrected the misapprehension; in the circumstances, its conduct misled Callow.

[100] I respectfully disagree with the idea that the deception in this case only concerned termination for unsatisfactory services and did not extend to termination for any other reason. The trial judge found that the dishonest conduct involved representations that the contract was not in danger at all when Baycrest knew it would be terminated (para. 65).

[101] The Court of Appeal did not interfere with these findings, nor has Baycrest argued that the trial judge made any palpable and overriding errors. Accordingly, in light of the trial judge’s findings of fact, I agree that Baycrest intentionally withheld information in anticipation of exercising clause 9, knowing that such silence, when combined with

par. 112). Que ce soit le cas ou non, je souligne encore une fois que M. Peixoto [TRADUCTION] « comprenait que les travaux effectués par Callow étaient “en prime” pour donner un incitatif supplémentaire aux conseils pour qu’ils renouvellent son contrat de services d’entretien hivernal » et a « informé M. Callow qu’il ferait part de ces travaux aux autres membres du conseil » (motifs de première instance, par. 43). Ces communications actives par Baycrest laissaient entendre, de façon trompeuse, qu’il y avait bon espoir de renouvellement du contrat et que, forcément, celui en vigueur ne serait pas résilié.

[99] Considérant la conduite de Baycrest dans son ensemble au cours de ces quelques mois, il était certainement raisonnable que M. Callow, qui avait été amené à croire qu’un renouvellement était probable, en déduise que Baycrest n’avait pas décidé de résilier le contrat en vigueur. Qui plus est, Baycrest savait que M. Callow était sous cette fausse impression, comme le démontre le courriel envoyé par M. Peixoto le 17 juillet 2013, et elle a néanmoins continué à lui faire croire qu’un renouvellement était probable, même si la décision de résilier son contrat avait déjà été prise (voir les motifs de première instance, par. 48). Dès qu’elle s’est rendu compte que M. Callow était sous cette fausse impression, Baycrest aurait dû corriger la méprise; dans les faits, sa conduite a induit Callow en erreur.

[100] Avec égard, je ne puis souscrire à l’idée selon laquelle la méprise en l’espèce ne concernait que la résiliation pour services insatisfaisants, et ne portait pas sur la résiliation pour quelque autre raison que ce soit. La juge de première instance a conclu que la conduite malhonnête concernait des représentations selon lesquelles le contrat n’était pas du tout en péril tandis que Baycrest savait qu’il serait résilié (par. 65).

[101] La Cour d’appel n’a pas modifié ces conclusions et Baycrest n’a pas fait valoir que la juge de première instance avait commis des erreurs manifestes et déterminantes. Par conséquent, vu les conclusions de fait de la juge de première instance, je suis d’accord pour dire que Baycrest a intentionnellement retenu des renseignements en prévision de

its active communications, had deceived Callow. By failing to correct Mr. Callow's misapprehension thereafter, Baycrest breached its contractual duty of honest performance. This is in stark contrast to *United Roasters*, where the defendant merely withheld its decision to terminate the agreement. Unlike in this case, the defendant there did not engage in a series of acts that it knew would cause the plaintiff to draw an incorrect inference and then fail to correct the plaintiff's misapprehension.

[102] In this sense, this case is broadly similar to *Dunning v. Royal Bank* (1996), 23 C.C.E.L. (2d) 71 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), one of the examples of breaches of the duty to exercise good faith in the manner of dismissal provided by Iacobucci J. in support of his conclusions in *Wallace*. While it was decided in the distinctive good faith setting of the employment context, *Dunning* is an appropriate analogy to the present case because in *Bhasin* Cromwell J. explicitly recognized that "the duty of honesty was a key component of the good faith requirements which have been recognized in relation to termination of employment contracts" (*Bhasin*, at para. 73, citing *Wallace*, at para. 98; *Honda Canada Inc. v. Keays*, 2008 SCC 39, [2008] 2 S.C.R. 362, at para. 58). It seems to me that if the duty of honest performance was a key component of the good faith requirements spoken to in *Wallace* and *Keays*, a similar framework applies, again bound together through the organizing principle. As Iacobucci J. explained, the employee's job in *Dunning* had been eliminated, but the employer told him another position would probably be found for him and the new assignment would necessitate a transfer. While the employee was being reassured about his future, the employer was contemplating his termination. Eventually, the employer chose to terminate the employee but withheld that information from the employee for some time, despite knowing the employee was in the process of selling his home in anticipation of the transfer. News of the termination only came after the employee had sold his home. Such conduct, Iacobucci J. observed,

son recours à la clause 9, sachant qu'un tel silence, conjugué à ses communications actives, avait induit Callow en erreur. En omettant de corriger la méprise de M. Callow par la suite, Baycrest a manqué à son obligation contractuelle d'exécution honnête. Ceci se distingue nettement de l'affaire *United Roasters*, où la défenderesse n'avait simplement pas révélé sa décision de résilier le contrat. Contrairement au présent cas, la défenderesse dans cette affaire ne s'était pas livrée à une série d'actes dont elle savait qu'ils amèneraient la demanderesse à tirer une déduction inexacte, pour ensuite omettre de corriger la méprise de cette dernière.

[102] En ce sens, la présente affaire est largement semblable à celle qui a fait l'objet du jugement *Dunning c. Royal Bank* (1996), 23 C.C.E.L. (2d) 71 (C.J. Ont. (div. gén.)), un des exemples de manquement à l'obligation de bonne foi dans la manière dont un congédiement est effectué fournis par le juge Iacobucci au soutien de ses conclusions dans l'arrêt *Wallace*. Bien qu'il fût rendu dans le cadre particulier de la bonne foi dans le contexte du droit de l'emploi, le jugement *Dunning* peut à bon droit servir d'analogie en l'espèce puisque, dans l'arrêt *Bhasin*, le juge Cromwell a expressément reconnu que « le devoir d'honnêteté constituait un élément clef des exigences de bonne foi qui ont été reconnues en lien avec la résiliation des contrats de travail » (*Bhasin*, par. 73, citant *Wallace*, par. 98; *Honda Canada Inc. c. Keays*, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362, par. 58). Il me semble que si l'obligation d'exécution honnête était un élément clef des exigences de la bonne foi dont il était question dans les arrêts *Wallace* et *Keays*, un cadre d'analyse semblable s'applique, ces éléments étant de nouveau liés par le principe directeur. Comme l'a expliqué le juge Iacobucci, le poste de l'employé en cause dans l'affaire *Dunning* avait été éliminé, mais l'employeur lui avait dit qu'on lui trouverait probablement un autre poste et que la nouvelle affectation nécessiterait une mutation. Or, alors qu'on rassurait l'employé quant à son avenir, l'employeur envisageait de mettre fin à son emploi. En fin de compte, l'employeur a effectivement décidé de mettre fin à l'emploi de l'employé, mais ne lui a pas révélé ce renseignement pendant un certain

clearly violated the expected standard of good faith in the manner of dismissal.

[103] As *Dunning, Wallace* and *Keays* make plain, an employer has the right to terminate an employment contract without cause, subject to the duty to provide reasonable notice. However broad that right may be, however, an unhappy employee can allege a distinct contractual breach when the employer has mistreated them in the manner of dismissal. In the end, as Cromwell J. noted, “contracting parties must be able to rely on a minimum standard of honesty from their contracting partner in relation to performing the contract as a reassurance that if the contract does not work out, they will have a fair opportunity to protect their interests” (*Bhasin*, at para. 86). When Baycrest deliberately remained silent, while knowing that Mr. Callow had drawn the mistaken inference the contract was in good standing because it was likely to be renewed, it breached the duty to act honestly. In my view, the trial judge did not create a new duty of disclosure in correcting that wrong but rather sought to denounce the Baycrest’s conduct. Remedying that with an order for damages to repair Baycrest’s failure to exercise clause 9 in accordance with the requirements of the duty of honest performance did not confer a benefit on Callow; it merely set matters right on the usual measure of corrective justice following this breach of contract. Respectfully stated, it is therefore my view that the Court of Appeal erred in concluding that Baycrest’s conduct was dishonourable but not dishonest.

[104] I would note, however, that I do agree in part with the Court of Appeal’s observation that the trial judge went too far in concluding that “[t]he minimum standard of honesty would have been to

temps, et ce même s’il savait que son employé était en train de vendre sa maison en prévision de sa mutation. L’employé n’a appris la nouvelle de la cessation de son emploi qu’après avoir vendu sa maison. Une telle conduite, a fait remarquer le juge Iacobucci, violait clairement la norme de bonne foi attendue dans la manière dont un congédiement doit être effectué.

[103] Comme l’illustrent clairement les arrêts *Dunning, Wallace* et *Keays*, l’employeur a le droit de résilier un contrat d’emploi sans motif, sous réserve de l’obligation de donner un préavis raisonnable. Toutefois, aussi large que puisse être ce droit, un employé mécontent peut alléguer une violation contractuelle distincte lorsque l’employeur l’a maltraité dans la manière dont il l’a congédié. En définitive, comme l’a souligné le juge Cromwell, « [l]es parties contractantes doivent [. . .] pouvoir s’attendre à ce que leur partenaire contractant respecte une norme minimale d’honnêteté en ce qui a trait à l’exécution du contrat, de sorte que s’il n’est pas donné suite au contrat, elles auront l’assurance d’une possibilité raisonnable de protéger leurs intérêts » (*Bhasin*, par. 86). Lorsque Baycrest est demeurée délibérément silencieuse, tout en sachant que M. Callow avait déduit erronément que le contrat n’était pas en péril parce qu’il allait probablement être renouvelé, elle a manqué à l’obligation d’agir honnêtement. À mon avis, la juge de première instance n’a pas créé de nouvelle obligation de divulgation en corrigeant ce tort, mais a plutôt voulu dénoncer la conduite de Baycrest. Le prononcé d’une ordonnance en dommages-intérêts pour réparer l’omission de Baycrest d’avoir eu recours à la clause 9 conformément aux exigences de l’obligation d’exécution honnête n’a pas conféré d’avantage à Callow. Cela a simplement rectifié la situation en appliquant comme d’habitude les règles de la justice corrective à la suite de cette violation de contrat. Soit dit respectueusement, je suis donc d’avis que la Cour d’appel a eu tort de conclure que la conduite de Baycrest avait été peu honorable, mais pas pour autant malhonnête.

[104] Je souligne cependant que je souscris en partie à l’observation de la Cour d’appel selon laquelle la juge de première instance est allée trop loin en concluant que [TRADUCTION] « [l]a norme

address the alleged performance issues, to provide prompt notice, or to refrain from any representations in anticipation of the notice period” (trial reasons, at para. 67). In my respectful view, to impute these first two requirements would amount to altering the bargain struck between the parties substantively, a conclusion not sought by Callow before this Court. That said, I agree with the trial judge that, at a minimum, Baycrest had to refrain from false representations in anticipation of the notice period. Having failed to correct Mr. Callow’s misapprehension that arose due to these false representations, I too would recognize a contractual breach on the part of Baycrest in the exercise of its right of termination in clause 9. Damages thus flow for the consequential loss of opportunity, a matter to which I now turn.

### C. Damages

[105] Baycrest submits that Callow is not entitled to any damages for the breach. Baycrest argues that the trial judge erred in fixing the quantum of damages, first, by awarding Callow its expected profits over the full balance of the contract; second, by misapprehending the evidence relating to Callow’s expenses; and, finally, by awarding both the loss of profit and the expenses incurred.

[106] On the first point, I note that the trial judge correctly proceeded on the premise that, “[d]ue to the breach of contract, [Callow] is entitled to be placed in the same position as if the breach had not occurred” (para. 79). Indeed, as Cromwell J. explained in *Bhasin*, breach of the duty of honest contractual performance supports a claim for damages according to the ordinary contractual measure (para. 88).

minimale d’honnêteté aurait été d’aborder les problèmes de rendement allégués, de donner un préavis dans les plus brefs délais ou de s’abstenir de faire des assertions en prévision de la période de préavis » (motifs de première instance, par. 67). Selon moi, imputer ces deux premières exigences équivaldrait à modifier le marché conclu entre les parties sur le plan substantiel, une conclusion que Callow ne sollicite pas devant notre Cour. Cela dit, je suis d’accord avec la juge de première instance pour dire que, à tout le moins, Baycrest devait s’abstenir de faire de fausses représentations en prévision de la période de préavis. Puisqu’elle a omis de corriger la méprise de M. Callow engendrée par ses fausses représentations, je suis moi aussi d’avis de reconnaître une violation du contrat de la part de Baycrest dans l’exercice du droit de résiliation que lui conférait la clause 9. La perte d’occasion qui en a résulté donne donc droit à des dommages-intérêts, ce sur quoi je vais maintenant me pencher.

### C. Dommages-intérêts

[105] Baycrest prétend que Callow n’a pas droit à des dommages-intérêts au titre du manquement. Selon Baycrest, la juge de première instance a commis une erreur en fixant le montant des dommages-intérêts : d’abord, en octroyant à Callow les profits qu’elle prévoyait réaliser durant la période entière à courir sur le contrat, ensuite, en interprétant erronément la preuve relative aux dépenses de Callow et, enfin, en octroyant les dommages-intérêts à la fois au titre de la perte de profits et des dépenses engagées.

[106] Quant au premier point, je souligne que la juge de première instance est partie à bon droit du principe selon lequel [TRADUCTION] « [p]arce qu’il y a eu violation de contrat, [Callow] a le droit d’être placée dans la même situation que si la violation n’avait pas eu lieu » (par. 79). De fait, comme le juge Cromwell l’a expliqué dans l’arrêt *Bhasin*, un manquement à l’obligation d’honnêteté en matière d’exécution contractuelle justifie une réclamation en dommages-intérêts suivant ce qui est habituellement accordé en matière contractuelle (par. 88).

[107] The ordinary approach is to award contractual damages corresponding to the expectation interest (*Atlantic Lottery Corp. Inc. v. Babstock*, 2020 SCC 19, [2020] 2 S.C.R. 420, at para. 108). That is, damages should put Callow in the position that it would have been in had the duty been performed.

[108] While it has rightly been observed that reliance damages and expectation damages will be the same in many if not most cases, they are nevertheless conceptually distinct. As Professor Stephen Smith wrote: “Defendants are ordered to do what they promised to do, not to do whatever is necessary to ensure the claimant is not harmed by relying on the promise” (*Atiyah’s Introduction to the Law of Contract* (6th ed. 2006), at p. 405). Damages corresponding to the reliance interest are the ordinary measure of damages in tort (*PreMD Inc. v. Ogilvy Renault LLP*, 2013 ONCA 412, 309 O.A.C. 139, at para. 65). This measure may be appropriate where it would be difficult for the plaintiff to prove the position they would have been in had the contract been performed. Reliance damages in contract mean putting the injured party in the position it would have been in had it not entered into the contract at all (para. 66).

[109] I see no basis to hold that a breach of the duty of honest performance should in general be compensated by way of reliance damages. I recall that the duty of honest performance is a doctrine of contract law. Its breach is not a tort. Not only would basing damages in this case on the reliance interest set this contractual breach apart from the ordinary measure of contractual damages, but it would depart from the measure as it was applied in *Bhasin* (para. 108; see also MacDougall, at §1.130). In my respectful view, there is no basis to depart from *Bhasin* on this point which, in any event, was not argued by the parties. Further, I note that this view is shared by authors who have written that the duty of honest performance protects a party’s expectation interest,

[107] D’ordinaire, on accorde en matière contractuelle des dommages-intérêts correspondant à la perte du profit escompté (*Société des loteries de l’Atlantique c. Babstock*, 2020 CSC 19, [2020] 2 R.C.S. 420, par. 108). Cela signifie que les dommages-intérêts doivent placer Callow dans la situation où elle se serait trouvée s’il avait été satisfait à l’obligation.

[108] Si on a observé à juste titre que les dommages-intérêts fondés sur la confiance et les dommages-intérêts fondés sur l’attente seront les mêmes dans plusieurs circonstances, voire toutes, ils sont néanmoins distincts sur le plan conceptuel. Comme l’a écrit le professeur Stephen Smith, [TRADUCTION] « [l]e tribunal ordonne aux défendeurs de faire ce qu’ils avaient promis de faire, non pas de faire tout ce qui est nécessaire pour garantir qu’il n’est pas porté préjudice au cocontractant du fait qu’il se fie à la promesse » (*Atiyah’s Introduction to the Law of Contract* (6<sup>e</sup> éd. 2006), p. 405). Ce sont généralement des dommages-intérêts fondés sur la confiance qui sont octroyés en matière délictuelle (*PreMD Inc. c. Ogilvy Renault LLP*, 2013 ONCA 412, 309 O.A.C. 139, par. 65). Cela peut convenir lorsqu’il est difficile pour le demandeur de prouver la position dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été exécuté. Octroyer de tels dommages-intérêts en matière contractuelle signifie que l’on replace la partie lésée dans la position où elle se serait trouvée si elle n’avait pas conclu le contrat (par. 66).

[109] Je ne vois aucune raison justifiant de conclure qu’un manquement à l’obligation d’exécution honnête devrait généralement être réparé au moyen de dommages-intérêts fondés sur la confiance. Je rappelle que cette obligation est une doctrine du droit des contrats. Le fait de ne pas s’en acquitter ne constitue pas un délit civil. Fonder les dommages-intérêts en l’espèce sur la confiance aurait non seulement pour effet de placer cette violation de contrat à part des dommages-intérêts habituellement accordés en matière contractuelle, mais divergerait également de l’approche adoptée dans l’arrêt *Bhasin* (par. 108; voir aussi MacDougall, §1.130). À mon avis, rien ne justifie de nous écarter de l’arrêt *Bhasin* sur ce point qui, quoi qu’il en soit, n’a pas été plaidé par

rather than reliance interest (see, e.g., McCamus (2015), at pp. 112-13). Finally, while reliance damages and expectation damages coincide on the facts here, there is good reason to retain, in my view, the ordinarily applicable measure of contractual damages that seeks to provide the plaintiff with what they had expected. Professor Waddams has written that this can have a positive deterrent effect: “One of the legitimate arguments in favour of the current rule and against a rule measuring damages only by the plaintiff’s reliance is that a rule protecting only reliance would fail to deter breach in a large number of cases where the defendant calculated that the plaintiff’s provable losses were less than the cost of performance” (“Breach of Contract and the Concept of Wrongdoing” (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 1, at pp. 18-19).

[110] Baycrest nevertheless argues that the trial judge did not actually consider what position Callow would be in if it had fulfilled the duty and instead awarded the value of the balance of the winter maintenance agreement. In so doing, it argues, she fell into the same error as the trial judge in *Bhasin*, who simply awarded damages as though the contract had been renewed. Baycrest says that this Court has appropriately condemned this approach because the parties did not intend or presume a perpetual contract.

[111] Moreover, Baycrest points to *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303, for the proposition that damages are assessed by that mode of performance which is least burdensome to the defendant. Callow, it is said, is entitled to no more than the minimum that Baycrest was obligated to do pursuant to the contract. Since

les parties. En outre, je note que ce point de vue est partagé par des auteurs qui ont écrit que l’obligation d’exécution honnête protège l’intérêt d’une partie quant au profit escompté, plutôt que son intérêt au titre de la confiance qu’elle accorde à son cocontractant (voir, p. ex., McCamus (2015), p. 112-113). Enfin, même si les dommages-intérêts fondés sur la confiance et les dommages-intérêts fondés sur l’attente coïncident suivant les faits en l’espèce, j’estime qu’il y a une bonne raison de continuer à octroyer en matière contractuelle des dommages-intérêts ordinaires qui visent à procurer à la demanderesse ce à quoi elle s’attendait. Selon le professeur Waddams, ceci peut avoir un effet dissuasif positif : [TRADUCTION] « [u]n des arguments légitimes en faveur de la règle actuelle et contre une règle qui ne mesure les dommages-intérêts qu’en fonction de la confiance du demandeur est que la règle qui ne protégerait que la confiance ne dissuaderait pas la violation dans le grand nombre de cas où le défendeur calculerait que les pertes prouvables du demandeur seraient moindres que le coût de l’exécution » (« Breach of Contract and the Concept of Wrongdoing » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 1, p. 18-19).

[110] Baycrest plaide néanmoins que la juge de première instance ne s’est pas réellement demandé dans quelle position Callow se serait retrouvée si elle s’était acquittée de l’obligation, et a plutôt octroyé la valeur de ce qui restait à courir sur le contrat d’entretien hivernal. Baycrest fait valoir que, ce faisant, la juge a commis la même erreur que celle qu’avait commise la juge de première instance dans l’affaire *Bhasin*, qui s’était contentée d’octroyer des dommages-intérêts comme si le contrat avait été renouvelé. Baycrest soutient que notre Cour a condamné cette approche à juste titre puisque les parties n’avaient pas l’intention de conclure un contrat perpétuel ni ne l’avaient-elles présumé être tel.

[111] De plus, Baycrest s’appuie sur l’arrêt *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S 303, au soutien de la proposition selon laquelle les dommages-intérêts sont calculés en fonction du mode d’exécution le moins onéreux pour le défendeur. Callow, prétend-elle, n’a droit à rien de plus que le minimum de ce à quoi Baycrest

clause 9 allowed it to terminate the winter maintenance agreement at any point on 10 days' notice, no damages should flow.

[112] In my view, *Hamilton* is of no assistance to Baycrest in this case. While Cromwell J. referenced this principle in *Bhasin*, he did so in the context of whether the Court should recognize a broad, free-standing duty of good faith, for which the appellant there had argued. Briefly stated, the appellant's position was that the respondent, Can-Am, would have been in breach of such a duty since it had attempted to use the non-renewal clause to force Mr. Bhasin into a merger. Cromwell J. declined to recognize such a broad duty, reasoning that "Can-Am's contractual liability would still have to be measured by reference to the least onerous means of performance, which in this case would have meant simply not renewing the contract" (*Bhasin*, at para. 90; see also J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (3rd ed. 2020), at pp. 23-25). Because no damages would have flowed from this breach, it was unnecessary for the Court to decide whether a broad, free-standing duty of good faith should be recognized.

[113] It bears emphasizing that, despite Cromwell J.'s comments related to *Hamilton*, he nonetheless awarded damages to the appellant flowing from the breach of the respondents' obligation to perform the contract honestly. Damages were awarded using the ordinary measure of contractual expectation damages, namely to put Mr. Bhasin in the position he would have been in had Can-Am not breached its obligation to behave honestly in the exercise of the non-renewal clause (*Bhasin*, at paras. 88 and 108). This resulted in Mr. Bhasin being compensated for the value of his business that eroded (paras. 108-10). As Professors O'Byrne and Cohen helpfully explain, "if Can-Am had dealt with Bhasin honestly on all fronts (though without requiring it to disclose its intention not to renew), Bhasin would have realized much sooner that his relationship with Can-Am was in tremendous jeopardy and reaching a breaking point. He could have taken proactive steps

était tenue en application du contrat. Puisque la clause 9 lui permettait de résilier le contrat d'entretien hivernal n'importe quand, moyennant un préavis de 10 jours, il n'y aurait pas lieu d'accorder des dommages-intérêts.

[112] À mon avis, l'arrêt *Hamilton* n'est d'aucun secours pour Baycrest en l'espèce. Bien que le juge Cromwell ait mentionné ce principe dans *Bhasin*, il l'a fait dans le contexte où se posait la question de savoir si la Cour devait reconnaître une obligation large et indépendante d'agir de bonne foi, ce que l'appelant en cette affaire avait plaidé. En un mot, l'appelant prétendait que l'intimée Can-Am avait manqué à cette obligation, puisqu'elle avait tenté de recourir à la clause de non-renouvellement pour imposer une fusion à M. Bhasin. Le juge Cromwell a refusé de reconnaître une obligation aussi large, raisonnant qu'« il faudrait encore mesurer la responsabilité contractuelle de Can-Am en fonction du mode d'exécution le moins contraignant, soit en l'espèce simplement un non-renouvellement du contrat » (*Bhasin*, par. 90; voir aussi J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (3<sup>e</sup> éd. 2020), p. 23-25). Puisque cette violation n'aurait causé aucun dommage, il n'était pas nécessaire que la Cour décide s'il y avait lieu de reconnaître une obligation large et indépendante d'agir de bonne foi.

[113] Il convient de souligner que, malgré ses commentaires en rapport avec l'arrêt *Hamilton*, le juge Cromwell a accordé des dommages-intérêts à l'appelant découlant du manquement par les intimés à l'obligation d'exécuter le contrat honnêtement. Des dommages-intérêts ont été octroyés comme d'habitude au titre de la perte du profit escompté, soit de manière à placer M. Bhasin dans la situation où il se serait trouvé si Can-Am n'avait pas manqué à son obligation d'agir honnêtement dans son recours à la clause de non-renouvellement (*Bhasin*, par. 88 et 108). En conséquence, M. Bhasin a été indemnisé de la perte de la valeur de son entreprise (par. 108-110). Comme l'expliquent utilement les professeurs O'Byrne et Cohen, [TRADUCTION] « si Can-Am avait traité avec M. Bhasin honnêtement à tous les égards (sans être obligée pour autant de divulguer son intention de ne pas renouveler le contrat), M. Bhasin se serait rendu compte beaucoup plus tôt que sa

to protect his business, instead of seeing it ‘in effect, expropriated and turned over to Mr. Hrynew’” (“The Contractual Principle of Good Faith and the Duty of Honesty in *Bhasin v. Hrynew*” (2015), 53 *Alta. L.R.* 1, at p. 8 (footnotes omitted)).

[114] How is it that damages were awarded for a breach of the duty of honest performance despite the principle outlined in *Hamilton*? While damages are to be measured against a defendant’s least onerous means of performance, the least onerous means of performance in this case would have been to correct the misrepresentation once Baycrest knew Callow had drawn a false inference. Had it done so, Callow would have had the opportunity to secure another contract for the upcoming winter. As Callow explained at the hearing, “since this dishonesty caused Callow a loss by inducing it not to bid on other contracts during the summer of 2013 for the winter of 2013 to 2014, the condos are liable to it for damages” (transcript, at p. 5), which reflect its lost opportunity arising out of its abuse of clause 9.

[115] It may be true that the trial judge could have explained her rationale for awarding damages more plainly. But even if the trial judge fell into the same error that the trial judge in *Bhasin* committed, so as to award damages as though the contract had carried on, it was one of no consequence.

[116] As the trial judge found, Baycrest “failed to provide a fair opportunity for [Callow] to protect its interests” (para. 67). Had Baycrest acted honestly in exercising its right of termination, and thus corrected Mr. Callow’s false impression, Callow would have taken proactive steps to bid on other contracts for the upcoming winter (A.F., at paras. 91-95). Indeed, there was ample evidence before the trial judge that Callow had opportunities to bid on

relation avec elle était grandement en péril et sur le point de se rompre. Il aurait pu prendre des mesures proactives pour protéger son entreprise, plutôt que de s’en voir “dans les faits dépossédé au profit de M. Hrynew” » (« The Contractual Principle of Good Faith and the Duty of Honesty in *Bhasin v. Hrynew* » (2015), 53 *Alta. L.R.* 1, p. 8 (notes en bas de pages omises)).

[114] Comment se fait-il que des dommages-intérêts aient été accordés pour un manquement à l’obligation d’exécution honnête malgré le principe énoncé dans l’arrêt *Hamilton*? Bien que les dommages-intérêts doivent être calculés en fonction du mode d’exécution le moins onéreux pour le défendeur, ce mode en l’espèce aurait consisté à corriger la méprise dès que Baycrest a su que l’appelante avait tiré une déduction erronée. Si elle l’avait fait, Callow aurait eu l’occasion de conclure un autre contrat pour l’hiver qui s’en venait. Comme Callow l’a expliqué à l’audience, [TRADUCTION] « puisque cette malhonnêteté avait fait subir une perte à Callow en l’incitant à ne pas présenter de soumissions en vue d’obtenir d’autres contrats pendant l’été 2013 pour l’hiver 2013 à 2014, les condos lui doivent des dommages-intérêts » (transcription, p. 5), qui correspondent à l’occasion qu’elle a perdue en raison de leur recours abusif à la clause 9.

[115] Certes, la juge de première instance aurait pu expliquer plus clairement son raisonnement au soutien de l’octroi de dommages-intérêts. Cela dit, quand bien même elle aurait commis la même erreur que celle qu’avait commise la juge de première instance dans l’affaire *Bhasin*, ce qui l’a amenée à accorder des dommages-intérêts comme si le contrat était demeuré en vigueur, cette erreur n’a pas porté à conséquence.

[116] Comme l’a conclu la juge de première instance, Baycrest [TRADUCTION] « n’a pas donné [à Callow] une juste possibilité de protéger ses intérêts » (par. 67). Si Baycrest avait agi honnêtement dans l’exercice de son droit de résiliation et corrigé ainsi la fausse impression de M. Callow, Callow aurait pris des mesures proactives pour présenter des soumissions en vue d’obtenir d’autres contrats pour l’hiver qui s’en venait (m.a., par. 91-95). De fait, il y

other winter maintenance contracts in the summer of 2013, but chose to forego those opportunities due to Mr. Callow's misapprehension as to the status of the contract with Baycrest. In any event, even if I were to conclude that the trial judge did not make an explicit finding as to whether Callow lost an opportunity, it may be presumed as a matter of law that it did, since it was Baycrest's own dishonesty that now precludes Callow from conclusively proving what would have happened if Baycrest had been honest (see *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516, at pp. 539-40).

[117] In the result, I see no palpable and overriding error. I am satisfied that, if Baycrest's dishonesty had not deprived Callow of the opportunity to bid on other contracts, then Callow would have made an amount that was at least equal to the profit it lost under the winter maintenance agreement. The trial judge found that, once expenses are deducted, that award amounts to \$64,306.96. I see no reason to interfere with her fact finding as to the estimation of expenses. Consequently, I see no basis for overturning this portion of the trial judge's award of damages.

[118] The trial judge also awarded Callow \$14,835.14, representing the cost of leasing a piece of machinery for one year. Mr. Callow testified that he had leased the machinery specifically for the winter maintenance agreement, but would not have had he known the contract would be terminated (para. 81). Baycrest submits that the trial judge erred by awarding these expenses because it amounts to double recovery.

[119] I see no issue of double recovery in this case. The trial judge awarded the \$64,306.96 as lost profit, not lost revenue. This is appropriate because Callow was not actually hired for the other contract on which

avait amplement d'éléments de preuve devant la juge de première instance selon lesquels Callow avait eu des occasions de présenter des soumissions en vue d'obtenir d'autres contrats d'entretien hivernal durant l'été 2013, mais qu'elle avait choisi de renoncer à ces occasions en raison de la méprise de M. Callow quant à ce qu'il adviendrait de son contrat avec Baycrest. Quoi qu'il en soit, même si je concluais que la juge de première instance n'avait pas tiré de conclusion explicite sur la question de savoir si Callow avait perdu une occasion d'affaires, on peut présumer en droit que ce fut le cas, puisque c'est la malhonnêteté même de Baycrest qui empêche maintenant Callow de prouver de façon concluante ce qui se serait produit si Baycrest avait été honnête (voir *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516, p. 539-540).

[117] Par conséquent, je ne constate aucune erreur manifeste et déterminante. Je suis convaincu que si la malhonnêteté de Baycrest n'avait pas privé Callow de l'occasion de présenter des soumissions en vue d'obtenir d'autres contrats, elle aurait réalisé un montant au moins égal au profit qu'elle a perdu au titre du contrat d'entretien hivernal. La juge de première instance a conclu que, déduction faite des dépenses, ce montant s'élève à 64 306,96 \$. Je ne vois aucune raison de modifier sa conclusion de fait quant à l'estimation des dépenses. En conséquence, je ne vois aucun motif permettant d'infirmier cette portion de l'octroi de dommages-intérêts par la juge de première instance.

[118] La juge de première instance a en outre octroyé à Callow la somme de 14 835,14 \$ représentant le coût de la location d'une pièce de machinerie pour un an. Monsieur Callow a affirmé dans son témoignage qu'il avait loué la machinerie spécialement pour le contrat d'entretien hivernal, mais qu'il ne l'aurait pas fait s'il avait su que le contrat allait être résilié (par. 81). Baycrest plaide que la juge de première instance s'est trompée en octroyant ces dépenses, puisque cela revient à un recouvrement en double.

[119] Je ne vois aucun problème de recouvrement en double en l'espèce. La juge de première instance a octroyé 64 306,96 \$ pour la perte de profits, non pas pour la perte de revenus. Cette approche était

it did not bid and therefore did not necessarily have to undertake all the expenses that would have been required to fulfill that contract. However, as Callow had already committed to this expense, the lease of the machinery, it too should be compensated for along with the lost profit. The trial judge was entitled to decide this point as she did, having the advantage of measuring losses first hand. I see no reviewable error in the trial judge's approach on this issue.

## V. Disposition

[120] I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and reinstate the judgment of the trial judge, with costs throughout.

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

BROWN J. —

### I. Introduction

[121] This appeal invites us to affirm the scope and operation of the duty of honest performance, recognized in *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, by clarifying the distinction between actively misleading conduct and innocent non-disclosure. Applying that distinction to the facts of this appeal, is a straightforward matter. As the trial judge found, the respondents (collectively, “Baycrest”) represented to Callow (referring interchangeably in these reasons to the appellant and its principal) that its contract would not be terminated (2017 ONSC 7095). By relying on Baycrest's representations, Callow lost the opportunity to secure other work for the contract's term. Callow's complaint therefore does not relate to Baycrest's *silence* but rather to its positive representations, which can clearly ground a claim based on the duty of honest performance.

appropriée puisque Callow n'a pas été embauchée pour l'autre contrat pour lequel elle n'a pas présenté de soumission de sorte qu'elle n'a pas nécessairement encouru toutes les dépenses qui auraient été nécessaires pour exécuter ce contrat. Toutefois, comme Callow avait déjà engagé la dépense liée à la location de la machinerie, cette dépense doit être indemnisée en plus de la perte de profits. La juge de première instance pouvait trancher cette question comme elle l'a fait, ayant eu l'avantage de mesurer directement les pertes. Je ne vois aucune erreur susceptible de révision dans la manière dont la juge de première instance a abordé cette question.

## V. Dispositif

[120] Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de la juge de première instance, avec dépens devant toutes les cours.

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

LE JUGE BROWN —

### I. Introduction

[121] Le présent pourvoi nous invite à confirmer la portée et le fonctionnement de l'obligation d'exécution honnête, reconnue dans l'arrêt *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, en précisant la distinction qui existe entre une conduite activement trompeuse et une non-divulgence innocente. L'application de cette distinction aux faits de la présente affaire est chose simple. Comme la juge de première instance l'a conclu, les intimées (collectivement appelées ci-après « Baycrest ») ont déclaré à l'appelante C.M. Callow Inc. (ci-après « Callow ») que son contrat ne serait pas résilié (2017 ONSC 7095). Se fondant sur ces déclarations, Callow a perdu l'occasion d'obtenir d'autre travail pour la durée du contrat. La plainte de Callow ne porte donc pas sur le *silence* de Baycrest, mais plutôt sur ses déclarations, qui peuvent assurément servir de base à une demande fondée sur l'obligation d'exécution honnête.

[122] Given that Baycrest did not identify any palpable and overriding errors in the trial judge’s findings, I agree with the majority that the appeal should be allowed and the trial judge’s award restored. Regrettably, however, I am compelled to express my respectful objection to the majority’s view that the doctrine of abuse of right in the civil law of Quebec is “useful” and “helpful” in understanding the application of *Bhasin* to this appeal (para. 57). Again respectfully, I see this digression as neither “useful” nor “helpful” to the judges and lawyers who must try to understand the common law principles of good faith as developed in this judgment. Indeed, it will only inject uncertainty and confusion into the law.

[123] This is not to suggest that comparative legal analysis is not an important tool or that its use should somehow be unduly limited at this Court. As the majority’s reasons amply document, the Court has a longstanding tradition of looking to Quebec’s civil law in developing the common law — whether to answer a question that the common law does not answer (that is, to fill a “gap”) or where it is necessary to modify or otherwise develop existing rules. In addition, where concerns are raised about the effects of moving the common law in one direction or another, this Court has considered the experience in Quebec and elsewhere, often for reassurance that the posited concerns are unfounded or overstated. What this Court has refrained from doing, however, is deploying comparative legal analysis that serves none of these purposes or, even worse, renders the law obscure to those who must know and apply it. But by invoking the civilian abuse of right framework to clarify when “[d]ishonesty is directly linked to the performance of a given contract” (para. 73) — a question requiring no “clarification” — the majority does exactly that.

[122] Puisque Baycrest n’a pas relevé d’erreur manifeste et déterminante dans les conclusions de la juge de première instance, je conviens avec les juges majoritaires que le pourvoi devrait être accueilli et que la décision de première instance devrait être rétablie. Malheureusement, toutefois, je me vois dans l’obligation d’exprimer respectueusement mon désaccord avec l’opinion des juges majoritaires voulant que la doctrine de l’abus de droit en droit civil du Québec soit « utile » pour comprendre l’application de l’arrêt *Bhasin* au présent pourvoi (par. 57). J’estime en effet, encore une fois respectueusement, que cette digression n’est pas « utile » et qu’elle n’« aide » pas les juges et les avocats qui doivent tenter de comprendre les principes de bonne foi en common law qui ont été élaborés dans ce jugement. De fait, elle ne fera qu’introduire de l’incertitude et de la confusion dans le droit.

[123] Je ne veux pas par là suggérer que l’analyse juridique comparative n’est pas un outil important ou qu’il faudrait en restreindre de quelque façon indûment l’usage par la Cour. Comme l’illustrent amplement les motifs des juges majoritaires, la Cour a une longue tradition de s’inspirer du droit civil québécois pour développer la common law — soit pour répondre à une question à laquelle cette dernière ne répond pas (c’est-à-dire pour combler une « lacune »), soit lorsque cela s’avère nécessaire pour modifier ou autrement préciser des règles existantes. En outre, lorsque la perspective de faire évoluer la common law dans une direction ou dans une autre suscite des inquiétudes, la Cour a examiné l’expérience vécue au Québec et ailleurs, souvent pour obtenir l’assurance que les préoccupations exprimées sont infondées ou exagérées. Toutefois, jusqu’à maintenant, la Cour s’est abstenue de faire appel à une analyse juridique comparative qui ne vise aucun de ces objectifs, ou pire, qui obscurcit le droit pour ceux qui doivent le connaître et l’appliquer. Or, en invoquant le cadre d’analyse de la notion civiliste d’abus de droit pour clarifier quand la « malhonnêteté est directement liée à l’exécution d’un contrat » (par. 73) — une question qui n’a nul besoin de « clarification » —, c’est précisément ce que font les juges majoritaires.

[124] While, therefore, my objection is fundamentally methodological, it also speaks to the substantive consequences that follow. As the majority acknowledges, this appeal concerns the duty of honest performance, not the duty to exercise discretionary powers in good faith. And yet, its digression into the notion of “wrongful exercise of a right”, in substance, pulls it into that very territory, since it ties *dishonesty to the manner in which contractual discretion is exercised*. Effectively, then, the majority’s reliance on a civil law concept leads it to conflate, or at least obscure the distinction between what are distinct common law concepts. This is both unnecessary and undesirable, since the exercise of discretion — apart from being a matter of performance that may be misrepresented — has little to do with the duty of honest performance. Rather, the duty to exercise discretionary powers in good faith — or, expressed with the civilian terminology the majority adds, in a manner that is not “abusive” or “wrongful” — is a distinct concept that has no application to this appeal.

[125] Our aim in deciding this appeal should be to develop the common law’s organizing principle of good faith carefully, and in a coherent manner, and more particularly in a manner that gives clear guidance by taking care to distinguish among the distinct doctrines identified by this Court in *Bhasin*. Respectfully, I say that the majority has not done so here.

## II. Background

[126] Baycrest comprises 10 condominium corporations with shared assets, for which decisions are made by a Joint Use Committee. In April 2012, Baycrest entered into two separate two-year agreements with Callow to provide summer landscaping and winter snow removal services. The terms of the

[124] Si mon objection vise donc fondamentalement la méthodologie adoptée par les juges majoritaires, elle porte également sur les conséquences substantielles qui en découlent. Comme l’admettent les juges majoritaires, le présent pourvoi porte sur l’obligation d’exécution honnête, pas sur l’obligation d’exercer un pouvoir discrétionnaire de bonne foi. Or, leur digression sur la notion d’ « exercice fautif d’un droit » les amène essentiellement sur ce terrain même, puisqu’elle lie la *malhonnêteté à la manière dont est exercé le pouvoir discrétionnaire de nature contractuelle*. Donc, dans les faits, en s’appuyant sur une notion de droit civil, les juges majoritaires sont amenés à confondre des notions de common law distinctes l’une de l’autre, ou à tout le moins à masquer la distinction entre elles. Cela est tout aussi inutile qu’indésirable, puisque l’exercice du pouvoir discrétionnaire — outre le fait qu’il s’agit d’une question d’exécution qui peut faire l’objet de déclarations inexactes — n’a pas grand-chose à voir avec l’obligation d’exécution honnête. L’obligation d’exercer un pouvoir discrétionnaire de bonne foi — ou, pour l’exprimer avec la terminologie civiliste qu’ajoutent les juges majoritaires, d’une manière qui n’est pas « abusive » ou « fautive » — est plutôt un concept distinct qui ne s’applique pas dans le présent pourvoi.

[125] En tranchant le présent pourvoi, notre objectif devrait consister à élaborer le principe directeur de bonne foi en common law soigneusement, et de manière cohérente, et plus particulièrement de manière à fournir une orientation claire en prenant soin de distinguer les différentes doctrines recensées par notre Cour dans l’arrêt *Bhasin*. Soit dit en tout respect, je suis d’avis que ce n’est pas ce qu’ont fait les juges majoritaires ici.

## II. Contexte

[126] Baycrest est composée de 10 associations condominiales ayant des actifs partagés et dont les décisions relatives à ces actifs sont prises par un comité d’utilisation conjointe. En avril 2012, Baycrest a conclu deux contrats distincts de deux ans avec Callow en vue de la fourniture de services

winter service agreement stipulated that Baycrest could terminate the agreement, without cause, upon giving 10 days' notice.

[127] In March or April 2013, the Joint Use Committee voted to terminate the winter service agreement earlier than its scheduled expiry in April 2014. Baycrest opted not to tell Callow about its decision until September 2013, however, so as not to jeopardize his performance under the summer service agreement. Unaware of Baycrest's decision, Callow performed free work for Baycrest in the spring and summer of 2013 in the hope that Baycrest would renew both agreements. Callow also discussed the prospect of renewal with two Baycrest representatives, one of whom had negotiated Callow's existing agreements in 2012. These discussions led him to believe that he was likely to receive a two-year contract renewal in 2014 and, therefore, that the winter service agreement was not in danger. Knowing that Callow was operating under this misapprehension, Baycrest nevertheless continued to withhold information about its termination decision.

[128] On September 12, 2013, Baycrest gave Callow notice that it was terminating the winter service agreement. Callow sued, claiming that Baycrest failed to perform the winter service agreement in good faith and was therefore liable for breach of contract. The trial judge held that Baycrest breached the duty of honest performance. She found that Baycrest's statements and conduct actively deceived Callow and led him to believe that the winter service contract would not be terminated. As a result, she awarded damages to place Callow in the position that it would have been in had the contract not been terminated. The Court of Appeal for Ontario reversed, stating that the duty of honest performance does not impose a requirement of disclosure (2018 ONCA 896, 429 D.L.R. (4th) 704). In its view, even if Baycrest had misled Callow, Callow bargained

d'aménagement paysager en été et de services de déneigement en hiver. Selon les conditions du contrat de services d'entretien hivernal, Baycrest pouvait le résilier sans motif moyennant un préavis de 10 jours.

[127] En mars ou avril 2013, le comité d'utilisation conjointe a voté en faveur de la résiliation du contrat de services d'entretien hivernal avant son expiration prévue en avril 2014. Baycrest a toutefois choisi de ne pas faire part de sa décision au propriétaire de Callow, Christopher Callow, avant septembre 2013, afin de ne pas mettre en péril l'exécution des travaux visés par le contrat de services d'entretien estival. N'étant pas au courant de la décision de Baycrest, Callow a exécuté gratuitement des travaux pour celle-ci au printemps et à l'été 2013 dans l'espoir que cela inciterait Baycrest à renouveler les deux contrats. Monsieur Callow a également discuté de la possibilité de renouveler les contrats avec deux représentants de Baycrest, dont l'un avait participé à la négociation des contrats conclus en 2012. Ces discussions l'ont amené à croire que les contrats seraient probablement renouvelés en 2014 pour une période de deux ans et, par conséquent, que le contrat de services d'entretien hivernal n'était pas en péril. Sachant que Callow exécutait les travaux sur le fondement de cette méprise, Baycrest a néanmoins continué de garder pour elle sa décision de résilier le contrat.

[128] Le 12 septembre 2013, Baycrest a donné à Callow un préavis de son intention de résilier le contrat de services d'entretien hivernal. Callow a intenté une poursuite, alléguant que Baycrest n'avait pas exécuté le contrat de services d'entretien hivernal de bonne foi et qu'elle était donc responsable d'une violation de contrat. La juge de première instance a conclu que Baycrest avait manqué à son obligation d'exécution honnête. Selon elle, les déclarations et la conduite de Baycrest ont activement induit M. Callow en erreur et l'ont amené à croire que le contrat de services d'entretien hivernal ne serait pas résilié. En conséquence, la juge a accordé des dommages-intérêts afin de mettre Callow dans la situation où elle se serait trouvée si le contrat n'avait pas été résilié. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé la décision, déclarant que l'obligation d'exécution

only for 10 days' notice of termination and that was the extent of its entitlement.

### III. Analysis

#### A. *This Case Can Be Readily Decided by Applying the Common Law Principle of Good Faith*

[129] Disposing of this case is really a simple matter of applying this Court's decision in *Bhasin*. The first step in deciding a common law good faith claim is to consider whether any established good faith doctrines apply. Callow bases its claim on two established doctrines: the duty of honest performance and the duty to exercise discretionary powers in good faith. As I will explain, however, Callow's claim should be resolved by applying only the duty of honest performance.

##### (1) The Duty of Honest Performance

[130] As a universally applicable minimum standard, all contracts must be performed honestly. Contracting parties may therefore not lie to, or otherwise knowingly mislead, each other about matters directly linked to performance (*Bhasin*, at paras. 73-74). If a plaintiff suffers loss in reliance on its counterparty's misleading conduct, the duty of honest performance serves to make the plaintiff whole. The duty of honest performance does not, however, "impose a duty of loyalty or of disclosure or require a party to forego advantages flowing from the contract" (*Bhasin*, at para. 73).

[131] The dividing line between (1) actively misleading conduct, and (2) permissible non-disclosure, is the central issue in this appeal. As that line has been clearly demarcated by cases addressing misrepresentation in other contexts, it is in my view worth

honnête n'impose pas une obligation de divulgation (2018 ONCA 896, 429 D.L.R. (4th) 704). Selon elle, même si Baycrest a induit Callow en erreur, cette dernière n'avait négocié qu'un préavis de 10 jours en cas de résiliation et c'était tout ce à quoi elle avait droit.

### III. Analyse

#### A. *Le pourvoi peut être aisément tranché en appliquant le principe de bonne foi en common law*

[129] Pour disposer du présent pourvoi, il suffit d'appliquer l'arrêt *Bhasin* de notre Cour. 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. Callow fonde sa demande sur deux doctrines reconnues : l'obligation d'exécution honnête et l'obligation d'exercer un pouvoir discrétionnaire de bonne foi. Or, comme je l'expliquerai, sa demande devrait être résolue en appliquant uniquement l'obligation d'exécution honnête.

##### (1) L'obligation d'exécution honnête

[130] Selon la norme minimale universelle applicable, tous les contrats doivent être exécutés de manière honnête. Les parties contractantes ne doivent donc pas se mentir ni autrement s'induire intentionnellement en erreur au sujet de questions directement liées à l'exécution du contrat (*Bhasin*, par. 73-74). Si le demandeur subit une perte parce qu'il a fait confiance à la conduite trompeuse de l'autre partie, l'obligation d'exécution honnête sert à rétablir la situation du demandeur. Toutefois, cette obligation « n'impose pas un devoir de loyauté ou de divulgation ni n'exige d'une partie qu'elle renonce à des avantages découlant du contrat » (*Bhasin*, par. 73).

[131] La ligne de démarcation entre (1) une conduite activement trompeuse et (2) une non-divulgation permissible constitue la question centrale du présent pourvoi. Comme cette ligne a été clairement démarquée dans les cas portant sur des

affirming here that the same settled principles apply to the duty of honest performance. The duty of honest performance is, after all, broadly comparable to the doctrine of fraudulent misrepresentation, although it applies (unlike misrepresentation) to representations made *after* contract formation (B. MacDougall, *Misrepresentation* (2016), at pp. 63-64). It follows that those representations sufficient to ground a claim for misrepresentation are analogous to the representations that will support a claim based on the duty of honest performance.

[132] The general rule, applicable to contracts other than those requiring utmost good faith, is that contracting parties have no duty to disclose material information (*Bhasin*, at paras. 73 and 86). Mere silence therefore cannot be considered actively misleading conduct (*Alevizos v. Nirula*, 2003 MBCA 148, 180 Man. R. (2d) 186, at para. 19). In some cases, however, silence on a particular topic is misleading in light of what *has* been said (*Xerex Exploration Ltd. v. Petro-Canada*, 2005 ABCA 224, 47 Alta. L.R. (4th) 6, at para. 56, citing *Opron Construction Co. v. Alberta* (1994), 151 A.R. 241 (Q.B.)). Again, no wheels need re-inventing here. There is, in the context of misrepresentation, “a rich law accepting that sometimes silence or half-truths amount to a statement” (MacDougall, at p. 67; see also A. Swan, “The Obligation to Perform in Good Faith: Comment on *Bhasin v. Hrynew*” (2015), 56 *Can. Bus. L.J.* 395, at p. 402). A contracting party therefore may not create a misleading picture about its contractual performance by relying on half-truths or partial disclosure (*Peek v. Gurney* (1873), L.R. 6 H.L. 377; *Alevizos*, at paras. 24-25; *Xerex*, at paras. 56-57). And contracting parties are required to correct representations that are subsequently rendered false, or which the representor later discovers were erroneous (*Xerex*, at para. 58; MacDougall, at pp. 118-19).

déclarations inexactes dans d’autres contextes, j’estime qu’il vaut la peine de mentionner ici que, à mon avis, les mêmes principes établis s’appliquent à l’obligation d’exécution honnête. Après tout, cette obligation est largement comparable à la doctrine des déclarations inexactes frauduleuses, même si elle s’applique (contrairement à la doctrine des déclarations inexactes) aux déclarations faites *après* la conclusion du contrat (B. MacDougall, *Misrepresentation* (2016), p. 63-64). Il s’ensuit que ces déclarations qui permettent d’étayer une demande fondée sur des déclarations inexactes sont analogues à celles qui étayaient une demande fondée sur l’obligation d’exécution honnête.

[132] La règle générale applicable aux contrats autres que ceux exigeant la bonne foi la plus absolue est que les parties contractantes ne sont pas tenues de divulguer des renseignements importants (*Bhasin*, par. 73 et 86). Un simple silence ne peut donc pas être considéré comme une conduite activement trompeuse (*Alevizos c. Nirula*, 2003 MBCA 148, 180 Man. R. (2d) 186, par. 19). Dans certains cas, cependant, le silence à l’égard d’un sujet particulier est trompeur compte tenu de ce qui *a* été dit (*Xerex Exploration Ltd. c. Petro-Canada*, 2005 ABCA 224, 47 Alta. L.R. (4th) 6, par. 56, citant *Opron Construction Co. c. Alberta* (1994), 151 A.R. 241 (B.R.)). Encore une fois, il n’y a pas lieu de réinventer la roue en l’espèce. Il existe, dans le contexte des déclarations inexactes, [TRADUCTION] « une jurisprudence riche qui accepte que, parfois, le silence ou des demi-vérités constituent une déclaration » (MacDougall, p. 67; voir aussi A. Swan, « The Obligation to Perform in Good Faith : Comment on *Bhasin v. Hrynew* » (2015), 56 *Rev. can. dr. comm.* 395, p. 402). Une partie contractante ne peut donc pas dresser un portrait trompeur de l’exécution de ses obligations contractuelles en se fondant sur des demi-vérités ou sur une divulgation partielle (*Peek c. Gurney* (1873), L.R. 6 H.L. 377; *Alevizos*, par. 24-25; *Xerex*, par. 56-57). En outre, les parties contractantes sont tenues de corriger les déclarations qui se révèlent subséquentement fausses ou dont l’auteur se rend compte plus tard qu’elles étaient erronées (*Xerex*, par. 58; MacDougall, p. 118-119).

[133] Further, the representation need not take the form of an express statement. So long as it is clearly communicated, it may comprise other acts or conduct on the part of the defendant (MacDougall, at p. 87). The question is whether the defendant’s active conduct contributed to a misapprehension that could be corrected only by disclosing additional information. If so, the defendant must make that disclosure. Conversely, a contracting party is not required to correct a misapprehension to which it has not contributed (T. Buckwold, “The Enforceability of Agreements to Negotiate in Good Faith: The Impact of *Bhasin v. Hrynew* and the Organizing Principle of Good Faith in Common Law Canada” (2016), 58 *Can. Bus. L.J.* 1, at p. 13). The entire context, which includes the nature of the parties’ relationship, is to be considered in determining, objectively, whether the defendant made a misrepresentation to the plaintiff (MacDougall, at p. 102; see, e.g., *Outaouais Synergest Inc. v. Lang Michener LLP*, 2013 ONCA 526, 116 O.R. (3d) 742, at paras. 84-87; *C.R.F. Holdings Ltd. v. Fundy Chemical International Ltd.* (1981), 33 B.C.L.R. 291 (C.A.), at p. 296). It follows that the question of whether a misrepresentation has been made is a question of mixed fact and law, subject to appellate review only for palpable and overriding error.

[134] In light of these principles — which, again, are well established and require nothing more than a statement by this Court of their application to the duty of honest performance — I cannot accept Baycrest’s argument that its conduct fell on the side of innocent non-disclosure. Indeed, the trial judge found that “active communications between the parties between March/April and September 12, 2013 . . . deceived Callow” (para. 66 (CanLII)). Based on Baycrest’s conduct and express statements, the trial judge found that Baycrest had represented that the winter service agreement was not in danger of termination (paras. 65 and 76). Further, the trial judge found that Baycrest knew that its representations were misleading and nonetheless expressed its intention of keeping Callow in the dark (paras. 48 and 69). These findings are sufficient to support the conclusion that Baycrest breached the duty of honest

[133] Par ailleurs, il n’est pas nécessaire que la déclaration prenne la forme d’une déclaration expresse. Tant qu’elle est communiquée clairement, elle peut prendre la forme d’autres actes ou conduites de la part du défendeur (MacDougall, p. 87). La question est de savoir si la conduite active du défendeur a contribué à une méprise qui ne peut être corrigée que par la divulgation de renseignements supplémentaires. Le cas échéant, le défendeur doit faire cette divulgation. À l’inverse, une partie contractante n’est pas tenue de corriger une méprise à laquelle elle n’a pas contribué (T. Buckwold, « The Enforceability of Agreements to Negotiate in Good Faith : The Impact of *Bhasin v. Hrynew* and the Organizing Principle of Good Faith in Common Law Canada » (2016), 58 *Rev. can. dr. comm.* 1, p. 13). Le contexte dans son entièreté — ce qui inclut la nature de la relation entre les parties — doit être pris en considération pour déterminer objectivement si le défendeur a fait une déclaration inexacte au demandeur (MacDougall, p. 102; voir, p. ex., *Outaouais Synergest Inc. c. Lang Michener LLP*, 2013 ONCA 526, 116 O.R. (3d) 742, par. 84-87; *C.R.F. Holdings Ltd. c. Fundy Chemical International Ltd.* (1981), 33 B.C.L.R. 291 (C.A.), p. 296). Il s’ensuit que la question de savoir si une déclaration a été faite est une question mixte de fait et de droit susceptible de révision en appel seulement en cas d’erreur manifeste et déterminante.

[134] Compte tenu de ces principes — qui, je le répète, sont bien établis et exigent seulement que notre Cour confirme leur application à l’obligation d’exécution honnête —, je ne peux accepter l’argument de Baycrest selon lequel sa conduite relevait de la non-divulgation innocente. En effet, la juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] « les communications actives entre les parties entre mars/avril et le 12 septembre 2013 [. . .] ont induit Callow en erreur » (par. 66 (CanLII)). Selon la juge de première instance, compte tenu de la conduite et des déclarations expresses de Baycrest, celle-ci avait déclaré que le contrat de services d’entretien hivernal ne risquait pas d’être résilié (par. 65 et 76). En outre, la juge a conclu que Baycrest savait que ses déclarations étaient trompeuses et a néanmoins exprimé son intention de laisser Callow dans l’ignorance (par. 48 et 69). Ces constatations suffisent à appuyer

performance. And Baycrest identifies no palpable and overriding error to justify overturning them.

[135] Nor do I accept Baycrest’s argument that its representations related only to the renewal of a new winter agreement and not to the termination of Callow’s existing agreement. As I have explained, whether Baycrest made an actionable representation about its performance must be determined in context, which included its conduct as I have described it. And it was open to the trial judge to conclude from that conduct that Callow reasonably inferred that the winter service agreement would not be terminated (see, e.g., *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87, at pp. 128-32). Again, I see no basis for disturbing the trial judge’s conclusion.

(2) The Duty to Exercise Discretionary Powers in Good Faith

[136] Callow also argues that Baycrest’s decision to terminate the winter service agreement was a discretionary decision that it was required to make in good faith. He relies on the good faith duty that arises “where one party exercises a discretionary power under the contract”, and which was affirmed by this Court in *Bhasin* (para. 47). As a preliminary matter, I note that not every decision that involves a degree of discretion is subject to this duty (*Bhasin*, at para. 72; 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. 859). The extent to which it applies to unfettered termination rights remains unsettled, and I do not purport to resolve that controversy here (*Styles v. Alberta Investment Management Corp.*, 2017 ABCA 1, 44 Alta. L.R. (6th) 214, at para. 41; *Mohamed v. Information Systems Architects Inc.*, 2018 ONCA 428, 423 D.L.R. (4th) 174, at para. 19).

la conclusion selon laquelle Baycrest a manqué à son obligation d’exécution honnête, et Baycrest ne relève aucune erreur manifeste et déterminante justifiant qu’elles soient infirmées.

[135] Je rejette également l’argument de Baycrest selon lequel ses déclarations ne visaient que la conclusion d’un nouveau contrat de services d’entretien hivernal et non la résiliation du contrat existant avec Callow. Comme je l’ai expliqué, la question de savoir si Baycrest a fait une déclaration donnant ouverture à un droit d’action à propos de l’exécution du contrat doit être tranchée en fonction du contexte, soit notamment de sa conduite telle que je l’ai décrite. En outre, il était loisible à la juge de première instance de conclure de cette conduite que Callow avait raisonnablement inféré que le contrat de services d’entretien hivernal ne serait pas résilié (voir, p. ex., *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87, p. 128-132). Là encore, je ne vois aucune raison de modifier la conclusion de la juge de première instance.

(2) L’obligation d’exercer un pouvoir discrétionnaire de bonne foi

[136] Callow soutient également que la décision de Baycrest de résilier le contrat de services d’entretien hivernal relevait d’un pouvoir discrétionnaire et devait être prise de bonne foi. Elle se fonde sur l’obligation de bonne foi qui prend naissance « lorsque le contrat confère un pouvoir discrétionnaire à l’une des parties » et qui a été confirmée par notre Cour dans l’arrêt *Bhasin* (par. 47). À titre préliminaire, je note que ce ne sont pas toutes les décisions qui supposent l’exercice d’un certain pouvoir discrétionnaire qui sont assujetties à cette obligation (*Bhasin*, par. 72; 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. 859). La mesure dans laquelle elle s’applique aux droits de résiliation absolus reste incertaine, et je ne prétends pas résoudre cette controverse ici (*Styles c. Alberta Investment Management Corp.*, 2017 ABCA 1, 44 Alta. L.R. (6th) 214, par. 41; *Mohamed c. Information Systems Architects Inc.*, 2018 ONCA 428, 423 D.L.R. (4th) 174, par. 19).

[137] This duty limits the exercise of certain contractual powers that may appear to grant one party unfettered discretion. For the purposes of this appeal, it is unnecessary to express a firm view on the standard that applies to a breach of this duty. It is sufficient to note that where a plaintiff relies on this duty, its complaint is *not* about dishonesty; rather, it is that the defendant was not entitled to make the decision that it made. The wrongful behavior is the very exercise of discretion, and the plaintiff therefore bases its claim on the *effect* of that decision (see, e.g., *Greenberg v. Meffert* (1985), 50 O.R. (2d) 755 (C.A.); *Mesa Operating Ltd. Partnership v. Amoco Canada Resources Ltd.* (1994), 19 Alta. L.R. (3d) 38 (C.A.)). Damages are awarded based on the difference between the outcome that occurred and the outcome that would have occurred if the defendant had exercised its discretion in the least onerous, yet lawfully acceptable, manner.

[138] Callow, however, does not dispute that Baycrest was entitled to terminate the winter service agreement, as it did, without cause and by providing only 10 days' notice. Rather, Callow impugns *the dishonesty* that *preceded* Baycrest's exercise of discretion. Callow therefore seeks damages measured by considering what would have happened had Baycrest made the same decision, albeit without misrepresenting its intentions. The applicable duty is therefore the duty of honest performance. In sum, the appeal at bar presents a case about dishonesty in the performance of a contract, and nothing more. Indeed, it represents *precisely* the sort of instance contemplated by Cromwell J.'s reference for this Court in *Bhasin*, at para. 73, to circumstances where a party "lie[s] or mislead[s] the other party about one's contractual performance". Conversely, it is *not* a case about the exercise of a discretionary power.

### (3) Damages

[139] Having concluded that Baycrest breached the duty of honest performance, the remaining issue is

[137] Cette obligation limite l'exercice de certains pouvoirs contractuels pouvant sembler accorder un pouvoir discrétionnaire absolu à l'une des parties. Pour les fins du présent appel, il n'est pas nécessaire d'exprimer une opinion ferme quant à la norme applicable au manquement à cette obligation. Il suffit de noter que lorsqu'un demandeur se fonde sur cette obligation, sa plainte *ne vise pas* la malhonnêteté; il invoque plutôt que le défendeur n'avait pas le droit de prendre la décision qu'il a prise. Le comportement répréhensible est en fait l'exercice du pouvoir discrétionnaire lui-même, et le demandeur fonde donc sa demande sur l'*effet* de cette décision (voir, p. ex., *Greenberg c. Meffert* (1985), 50 O.R. (2d) 755 (C.A.); *Mesa Operating Ltd. Partnership c. Amoco Canada Resources Ltd.* (1994), 19 Alta. L.R. (3d) 38 (C.A.)). Des dommages-intérêts sont accordés en fonction de la différence entre le résultat obtenu et le résultat qui aurait été obtenu si le défendeur avait exercé son pouvoir discrétionnaire de la manière la moins onéreuse possible, mais légalement acceptable.

[138] Or, Callow ne conteste pas que Baycrest avait le droit de résilier le contrat de services d'entretien hivernal comme elle l'a fait, sans motif et en ne remettant qu'un préavis de 10 jours. Elle conteste plutôt *la malhonnêteté* qui a *précédé* l'exercice par Baycrest de son pouvoir discrétionnaire. Callow demande donc des dommages-intérêts établis en fonction de ce qui serait arrivé si Baycrest avait pris la même décision, mais sans faire de déclarations inexactes quant à ses intentions. L'obligation applicable est donc celle d'exécution honnête. En somme, le pourvoi dont nous sommes saisis porte sur la malhonnêteté dans l'exécution d'un contrat, et sur rien d'autre. De fait, il présente *précisément* le type de situation envisagée par le juge Cromwell au nom de la Cour dans l'arrêt *Bhasin*, par. 73, où une partie « men[t] à l'autre partie [ou] la tromp[e] au sujet de l'exécution de ses obligations contractuelles ». À l'inverse, il *ne s'agit pas* d'une affaire portant sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

### (3) Dommages-intérêts

[139] Ayant conclu que Baycrest a manqué à son obligation d'exécution honnête, la question qu'il

whether the trial judge awarded the appropriate quantum of damages. While I reach the same result as the majority, I approach this question somewhat differently than it does. The majority would retain the expectation measure of damages for breach of the duty of honest performance. I say, however, that it follows from recognizing Baycrest’s misleading conduct as a wrong independent of the termination provision that the proper measure of damages represents the loss Callow suffered in reliance on Baycrest’s misleading representations (which I accept will often coincide with the expectation measure).

[140] The majority relies on Cromwell J.’s statement in *Bhasin* that a breach of the duty of honest contractual performance “supports a claim for damages according to the contractual rather than the tortious measure” (para. 88). But when the purpose of the expectation measure of damages for breach of contract is examined and contrasted with the legal framework developed in *Bhasin*, the actual claim in *Bhasin* and the damages actually received, it becomes readily apparent that the reliance measure is precisely the measure that the *Bhasin* framework contemplates should be awarded. On this point, the majority’s reasons represent *not* fidelity to *Bhasin*, but a regrettable departure that undermines the coherence between the interests sought to be protected in *Bhasin* and the remedy to be awarded.

[141] It has “long been settled and [is] indeed axiomatic” that the legal aim in remedying a breach of contract is to give the innocent party the full benefit of the bargain by placing it in the position it would have occupied had the contract been performed (P. Benson, *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law* (2019), at p. 5; see also *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2006 SCC 30, [2006] 2 S.C.R. 3, at para. 27). Awarding a reliance measure — that is, compensating for losses

reste à trancher est celle de savoir si le montant des dommages-intérêts octroyés par la juge de première instance est approprié. Bien que j’arrive au même résultat que les juges majoritaires, j’aborde cette question de façon quelque peu différente. Mes collègues majoritaires sont d’avis qu’un manquement à l’obligation d’exécution honnête devrait donner lieu à des dommages-intérêts fondés sur l’attente. Pour ma part, j’estime qu’il découle de la reconnaissance de la conduite trompeuse de Baycrest comme une faute indépendante de la clause de résiliation que les dommages-intérêts appropriés représentent la perte subie par Callow du fait de la confiance qu’elle a accordée aux déclarations trompeuses de Baycrest (qui, j’en conviens, coïncideront souvent avec les dommages-intérêts fondés sur l’attente).

[140] Les juges majoritaires se fondent sur l’affirmation du juge Cromwell dans l’arrêt *Bhasin* voulant que le manquement à l’obligation d’exécution honnête du contrat « justifie une réclamation en dommages-intérêts fondée sur la disposition contractuelle plutôt que sur l’acte délictuel » (par. 88). Or, lorsqu’on examine l’objet des dommages-intérêts fondés sur l’attente pour la violation de contrat et qu’on le met en opposition au cadre d’analyse juridique mis au point dans l’arrêt *Bhasin*, à la demande en tant que telle dans cet arrêt et à la réparation effectivement reçue, il devient évident que les dommages-intérêts fondés sur la confiance octroyés sont précisément ceux qui devaient être accordés selon le cadre d’analyse prévu dans l’arrêt *Bhasin*. Sur ce point, les motifs des juges majoritaires *ne* constituent *pas* une application fidèle à l’arrêt *Bhasin*; ils marquent plutôt une rupture regrettable par rapport à celui-ci, laquelle mine la cohérence entre les intérêts que cet arrêt visait à protéger et la réparation devant être accordée.

[141] Il est [TRADUCTION] « établi depuis longtemps et effectivement évident » que la réparation d’une violation de contrat a pour objectif en droit que la partie innocente puisse jouir de tous les avantages que lui confère le marché conclu, en la mettant dans la position où elle se serait trouvée si le contrat avait été exécuté (P. Benson, *Justice in Transactions : A Theory of Contract Law* (2019), p. 5; voir aussi *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d’assurance-vie*, 2006 CSC 30, [2006] 2 R.C.S. 3, par. 27).

sustained by the innocent party in reliance on the contract — would ignore the innocent party’s right to performance that flows from its having pledged consideration therefor, thereby potentially depriving it of the benefit of the contract. Indeed, confining recovery to losses sustained in reliance on the agreement would create an incentive to breach agreements where the cost of performance outweighs the reliance measure of damage (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (7th ed. 2017), at para. 704; see also L. L. Fuller and W. R. Perdue Jr., “The Reliance Interest in Contract Damages” (1936), 46 *Yale L.J.* 52, at pp. 57-66).

[142] But the justification for awarding expectation damages does not apply to breach of the duty of honest performance. In such cases, the issue is *not* that the defendant has failed to perform the contract, thereby defeating the plaintiff’s expectations. It is, rather, that the defendant *has* performed the contract, but has also caused the plaintiff loss by making dishonest extra-contractual misrepresentations concerning that performance, *upon which the plaintiff relied* to its detriment. In short, the plaintiff’s complaint is not lost value of performance, but detrimental reliance on dishonest misrepresentations. The interest being protected is not an expectation interest, but a reliance interest. And just as these are unrelated interests, an expectation measure of damage is unrelated to the breach of the duty of honest performance.

[143] The claim in *Bhasin* itself is illustrative. Bhasin contracted to sell financial products for Can-Am. The contract would renew automatically at the end of the initial term unless one of the parties gave six months’ notice of non-renewal. Can-Am intended to force a takeover of Bhasin’s business by his competitor, Hrynew, but misled him about its intention to do so. Can-Am also appointed Hrynew to audit Bhasin’s business. When Bhasin protested this conflict of interest, Can-Am lied to him about

Le fait d’accorder des dommages-intérêts fondés sur la confiance — c’est-à-dire, le fait d’indemniser une partie innocente pour les pertes subies parce qu’elle s’est fondée sur le contrat — ne tiendrait pas compte du droit qu’a cette partie à l’exécution du contrat qui découle du fait qu’elle a promis une contrepartie pour celle-ci, ce qui pourrait la priver des avantages du contrat. De fait, limiter le recouvrement aux pertes subies par la partie parce qu’elle se fondait sur le contrat inciterait les parties à contrevenir à l’entente lorsque le coût de l’exécution dépasse le montant des dommages-intérêts fondés sur la confiance (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (7<sup>e</sup> éd. 2017), par. 704; voir aussi L. L. Fuller et W. R. Perdue Jr., « The Reliance Interest in Contract Damages » (1936), 46 *Yale L.J.* 52, p. 57-66).

[142] Cependant, la justification de l’attribution de dommages-intérêts fondés sur l’attente ne s’applique pas au manquement à l’obligation d’exécution honnête. Dans de tels cas, ce qui est en cause, ce *n’est pas* le fait que le défendeur a omis d’exécuter le contrat, frustrant ainsi les attentes du demandeur; c’est plutôt le fait que le défendeur *a* exécuté le contrat, mais a aussi causé la perte subie par le demandeur par ses déclarations extracontractuelles malhonnêtes et inexactes concernant cette exécution et *auxquelles s’est fié le demandeur*, à son détriment. En résumé, sa demande n’est pas fondée sur la perte de la valeur de l’exécution, mais plutôt sur la confiance préjudiciable qu’il a accordée aux déclarations inexactes et malhonnêtes. L’intérêt qui est protégé n’est pas un intérêt lié à l’attente, mais bien un intérêt lié à la confiance. De la même façon que ces intérêts ne sont pas liés, un montant de dommages-intérêts fondés sur l’attente n’est pas lié au manquement à l’obligation d’exécution honnête.

[143] La demande formulée dans l’affaire *Bhasin* illustre bien ce point. Monsieur Bhasin avait conclu un contrat de vente de produits financiers pour Can-Am. Le contrat devait être renouvelé automatiquement à la fin de la durée initiale, sauf si une des parties donnait à l’autre un préavis de non-renouvellement de six mois. Can-Am prévoyait imposer une prise de contrôle de l’entreprise de M. Bhasin par son compétiteur, M. Hrynew, mais l’a induit en erreur quant à son intention de le faire. Can-Am a aussi

the reason for Hrynew’s appointment as auditor and the terms that would govern his access to Bhasin’s confidential information. Ultimately, when Can-Am gave notice of non-renewal, Bhasin lost the value of his business. This Court found that, but for Can-Am’s dishonesty in the period leading up to the non-renewal, he “would have been able to retain the value of his business rather than see it, in effect, expropriated and turned over to Mr. Hrynew” (para. 109). It awarded damages to compensate for the lost value of the business.

[144] Neither the claim, then, nor the damage award, related to Can-Am’s failure to perform the contract with Bhasin. The theory of the judgment was that Bhasin lost the value of his business by relying on Can-Am’s dishonest representations. The relief actually awarded was therefore measured by the difference between Bhasin’s position and the position he would have occupied had Can-Am not been dishonest about its intention to force a takeover by way of cancelling his contract. Had Bhasin not relied on Can-Am’s dishonesty, no damages could have been awarded on this basis, because the dishonesty would not have altered his position.

[145] The measure applied in *Bhasin* was, therefore, clearly not based on expected performance, and indeed it appears to have had nothing to do with placing Bhasin in the position he would have occupied had the contract been performed (K. Maharaj, “An Action on the Equities: Re-Characterizing *Bhasin* as Equitable Estoppel” (2017), 55 *Alta. L. Rev.* 199, at p. 215). Rather, it was directed solely towards making good the detriment that flowed from Bhasin’s reliance on a dishonest misrepresentation — a measure characterized by one scholar as “very tort-like” (MacDougall, at p. 65). Much like estoppel and civil fraud, therefore, the duty of honest performance vindicates the plaintiff’s *reliance* interest (Robertson, at

nommé M. Hrynew pour qu’il effectue une vérification de l’entreprise de M. Bhasin. Lorsque ce dernier a protesté contre ce conflit d’intérêts, Can-Am lui a menti au sujet de la raison pour laquelle elle avait nommé M. Hrynew à titre de vérificateur et des modalités qui régiraient son accès aux renseignements confidentiels de M. Bhasin. En fin de compte, lorsque Can-Am a donné l’avis de non-renouvellement, M. Bhasin a perdu la valeur de son entreprise. La Cour a conclu que, n’eût été la malhonnêteté de Can-Am au cours de la période ayant mené au non-renouvellement, M. Bhasin « aurait été en mesure de conserver la valeur de son entreprise plutôt que de s’en voir dépossédé au profit de M. Hrynew » (par. 109). Elle a accordé des dommages-intérêts pour compenser la perte de la valeur de l’entreprise.

[144] Ni la demande, dans cette affaire, ni l’octroi des dommages-intérêts ne se rapportaient au fait que Can-Am n’avait pas exécuté le contrat conclu avec M. Bhasin. La théorie du jugement était plutôt que M. Bhasin avait perdu la valeur de son entreprise en se fiant aux déclarations inexactes et malhonnêtes de Can-Am. La réparation accordée dans les faits a donc été évaluée en fonction de la différence entre la situation de M. Bhasin et celle où il se serait trouvé si Can-Am n’avait pas été malhonnête quant à son intention d’imposer une prise de contrôle en annulant son contrat. Si M. Bhasin ne s’était pas fié aux déclarations malhonnêtes de Can-Am, aucuns dommages-intérêts n’auraient pu être octroyés sur ce fondement, parce la malhonnêteté n’aurait pas changé sa situation.

[145] La réparation accordée dans l’arrêt *Bhasin* n’était donc manifestement pas fondée sur l’exécution attendue; il semble d’ailleurs plutôt qu’elle ne visait pas du tout à placer M. Bhasin dans la situation où il se serait trouvé si le contrat avait été exécuté (K. Maharaj, « An Action on the Equities : Re-Characterizing *Bhasin* as Equitable Estoppel » (2017), 55 *Alta. L. Rev.* 199, p. 215). Elle visait plutôt uniquement à réparer le préjudice découlant du fait que M. Bhasin ait fait confiance à une déclaration inexacte et malhonnête — une approche qualifiée par un professeur de [TRADUCTION] « très apparentée aux règles applicables en matière de délit civil » (MacDougall, p. 65). Par conséquent, à l’instar de la

p. 861; Maharaj, at pp. 215-18). A contracting party that breaches this duty will be liable to compensate its counterparty for any foreseeable losses suffered *in reliance* on the misleading representations.

[146] This is not to suggest that the duty of honest performance is “subsumed” by estoppel and civil fraud (Kasirer J.’s reasons, at para. 50). Rather, it is merely to observe that each of these legal devices protects the same interest. Indeed, far from being “subsumed” into estoppel and civil fraud, the duty of honest performance protects the reliance interest in a distinct and broader manner since, as this Court observed in *Bhasin*, the defendant may be held liable even where it does not *intend* for the plaintiff to rely on the misleading representation (para. 88). Irrespective of the defendant’s intention, all a plaintiff need show is that, but for its reliance on the misleading representation, it would not have sustained the loss.

[147] Baycrest advances three arguments for reducing the trial award. First, it says that the 10 day notice period defines its maximum exposure for damages because, irrespective of its dishonesty, its least onerous means of performance was to terminate the agreement. The trial judge therefore incorrectly awarded damages as if the winter contract had not been terminated.

[148] While Baycrest is correct to say that damages for breach of contract are measured against the defendant’s least onerous means of performance (*Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303, at para. 20), that principle does not assist Baycrest here. To perform the contract *honestly* (that is, without breaching the duty of honest performance), Baycrest was required *not to mislead* Callow about whether the contract would be terminated. It could have accomplished this by

préclusion et de la fraude civile, l’obligation d’exécution honnête protège l’intérêt du demandeur lié à la *confiance* qu’il a accordée à des déclarations trompeuses (Robertson, p. 861; Maharaj, p. 215-218). Une partie contractante qui manque à cette obligation doit indemniser son cocontractant des pertes prévisibles subies *du fait de la confiance que ce dernier a accordée* aux affirmations trompeuses.

[146] Cela ne veut pas dire que l’obligation d’exécution honnête est « subsumée » sous la préclusion et la fraude civile (motifs du juge Kasirer, par. 50). Cela revient simplement à observer que chacun de ces mécanismes juridiques protège le même intérêt. De fait, loin d’être « subsumée » sous la préclusion et la fraude civile, l’obligation d’exécution honnête protège l’intérêt lié à la confiance d’une manière distincte et plus large, puisque, comme notre Cour l’a souligné dans l’arrêt *Bhasin*, le défendeur peut être tenu responsable même lorsqu’il n’a pas l’*intention* que le demandeur s’appuie sur l’affirmation trompeuse (par. 88). Peu importe l’intention du défendeur, un demandeur n’a qu’à établir que, n’eût été la confiance qu’il a accordée à l’affirmation trompeuse, il n’aurait pas subi la perte.

[147] Baycrest demande une réduction du montant accordé en première instance en s’appuyant sur trois arguments. Premièrement, elle affirme que le délai de préavis de 10 jours définit son exposition maximale à des dommages-intérêts, car, peu importe sa malhonnêteté, la modalité d’exécution la moins onéreuse dont elle disposait était la résiliation du contrat. Selon elle, la juge de première instance a donc incorrectement accordé des dommages-intérêts comme si le contrat de services d’entretien hivernal n’avait pas été résilié.

[148] Bien que Baycrest ait raison de dire que les dommages-intérêts pour violation de contrat sont calculés en fonction de la modalité d’exécution la moins onéreuse pour le défendeur (*Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303, par. 20), ce principe ne lui est d’aucune assistance en l’espèce. Pour exécuter le contrat *honnêtement* (c’est-à-dire, sans manquer à l’obligation d’exécution honnête), Baycrest était tenue de *ne pas induire* M. Callow *en erreur* quant au sujet de savoir

keeping silent about termination or, having misled Callow as to the true state of affairs, by correcting Callow's misapprehension before he relied on the misleading conduct to his detriment. Had either of these possibilities occurred, Callow would have been able to seek other work for the 2013-14 winter season.

[149] Of course, we cannot say with certainty that Callow *would have secured* other work. He might have sat idle in any event, assuming that the winter service contract was in good standing. But this evidentiary difficulty is the product of Baycrest's dishonesty, and Baycrest should not be relieved from liability simply because Callow cannot definitively prove what would have occurred had it not been misled (*Wood v. Grand Valley Rway. Co.* (1915), 51 S.C.R. 283, at pp. 288-91; see also *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516, at pp. 539-40). Callow gave evidence that it typically bid on winter contracts during the summer months and that it was too late to find replacement work by the time it was notified of termination. I agree with the majority that, based on the record, we can reasonably presume that Callow would have been able to replace the winter service agreement with a contract of similar value. While the trial judge erred by awarding damages as if the winter service agreement had not been terminated, I would, based on this presumption, award the same quantum of damages.

[150] Secondly, Baycrest says that the trial judge's award led to double recovery for Callow's expenses. But this is simply incorrect. The trial judge awarded Callow the *net* value of the winter service agreement (\$64,306.96) — representing the gross contract value (\$80,383.70) less Callow's expenses, which the trial judge approximated at 20 percent (\$16,076.74). She then added back the cost of an equipment lease, which Callow had already entered into in reliance on Baycrest's misleading representations. Though

si le contrat allait être résilié. Elle aurait pu le faire en gardant le silence à ce propos ou, ayant induit M. Callow en erreur quant à l'état réel des choses, en corrigeant la méprise avant que celui-ci ne se fonde sur la conduite trompeuse à son détriment. Dans l'un ou l'autre de ces cas, Callow aurait pu chercher à obtenir d'autres contrats pour la saison hivernale 2013-2014.

[149] Bien entendu, nous ne pouvons pas affirmer avec certitude que Callow *aurait obtenu* d'autres contrats. Elle aurait tout aussi bien pu ne rien faire, tenant pour acquis que le contrat de services d'entretien hivernal avait de bonnes chances de ne pas être résilié. Par contre, cette difficulté sur le plan de la preuve est le produit de la malhonnêteté de Baycrest; cette dernière ne devrait donc pas être dégagée de sa responsabilité simplement parce que Callow ne peut pas prouver avec certitude ce qui serait arrivé si elle n'avait pas été trompée (*Wood c. Grand Valley Rway. Co.* (1915), 51 R.C.S. 283, p. 288-291; voir aussi *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516, p. 539-540). Callow a déposé des éléments de preuve démontrant qu'elle présentait habituellement des soumissions durant les mois d'été pour obtenir des contrats d'entretien hivernal et qu'il était trop tard pour trouver d'autres contrats au moment où elle a reçu l'avis de résiliation. Je souscris à l'opinion des juges majoritaires selon laquelle le dossier permet de raisonnablement présumer que Callow aurait été en mesure de remplacer le contrat de services d'entretien hivernal par un contrat de valeur semblable. Bien que la juge de première instance ait commis une erreur en accordant des dommages-intérêts comme si le contrat de services d'entretien hivernal n'avait pas été résilié, j'accorderais, selon cette hypothèse, le même montant.

[150] Deuxièmement, Baycrest affirme que le montant des dommages-intérêts accordé par la juge de première instance a mené à un recouvrement en double des dépenses de Callow. C'est tout simplement faux. La juge de première instance a accordé à Callow la valeur *nette* du contrat de services d'entretien hivernal (64 306,96 \$) — ce qui représente la valeur brute du contrat (80 383,70 \$) moins les dépenses de Callow, que la juge a estimées à 20 pour 100 (16 076,74 \$). Elle a ensuite ajouté le

the trial judge did not say so expressly, the record shows that Callow's approximated expenses included the cost of leasing equipment. If Callow is not reimbursed for the leasing expenses that he incurred in reliance on Baycrest's misleading representations, those expenses would therefore be counted against him twice. Absent Baycrest's breach of contract, Callow would have obtained a similarly valued contract and ended the 2013-14 winter season with \$64,306.96 in profit. The trial judge's approach ensured that Callow was restored to this position, and, accordingly, I see no basis for overturning this aspect of her award.

[151] Finally, Baycrest argues that the trial judge misapprehended the evidence relating to Callow's expenses. I am not convinced, however, that the trial judge did anything other than estimate Callow's expenses at 20 percent of the winter service contract's value, based on evidence that Callow gave regarding its expenses in previous years. Estimating the expenses was a decision that fell within the trial judge's remit as a fact-finder and should not be disturbed on appeal. Indeed, it is difficult to imagine how the trial judge could have proceeded differently, given that the winter services agreement was never performed and that we therefore cannot say with certainty what Callow's expenses would have been.

B. *“Abuse of Right”, “Wrongful Exercise of a Right”, and Comparative Analysis of Good Faith in the Law of Contract*

[152] With the exception of my discussion regarding damages, most of the foregoing is consistent, or at least not inconsistent, with the majority's reasons, and is sufficient to dispose of this appeal. But while acknowledging this (at para. 44: “. . . the duty to act honestly about matters directly linked to the performance of the contract . . . is sufficient to dispose of

coût de la location d'équipement que Callow avait déjà déboursé du fait de la confiance qu'elle a accordée aux déclarations trompeuses de Baycrest. Bien que la juge de première instance ne l'ait pas mentionné expressément, le dossier démontre que les dépenses estimées de Callow incluaient le coût de la location d'équipement. Si Callow ne se fait pas rembourser les dépenses de location qu'elle a engagées du fait qu'elle a fait confiance aux déclarations trompeuses de Baycrest, ces dépenses lui seraient imputées deux fois. Et si Baycrest n'avait pas violé le contrat, Callow aurait obtenu un contrat de valeur semblable et aurait terminé la saison hivernale de 2013-2014 avec un profit de 64 306,96 \$. L'approche de la juge de première instance a garanti que Callow soit remise dans cette situation; je ne vois donc aucune raison d'infirmier cet aspect de sa décision.

[151] Enfin, Baycrest soutient que la juge de première instance a mal interprété la preuve liée aux dépenses de Callow. Je ne suis toutefois pas convaincu que la juge ait fait autre chose qu'estimer les dépenses de Callow à 20 pour 100 de la valeur du contrat de services d'entretien hivernal, en se fondant sur les éléments de preuve fournis par Callow concernant ses dépenses des années précédentes. L'estimation des dépenses était une décision qui relevait de la compétence de la juge de première instance en tant qu'arbitre des faits et cette décision ne devrait pas être modifiée en appel. En effet, il est difficile d'imaginer ce que la juge de première instance aurait pu faire différemment, puisque le contrat de services d'entretien hivernal n'a jamais été exécuté et que, en conséquence, nous ne pouvons pas affirmer avec certitude qu'elles auraient été les dépenses de Callow.

B. *L'« abus de droit », l'« exercice fautif d'un droit » et l'analyse comparative de la bonne foi en droit des contrats*

[152] À l'exception de ce que je dis au sujet des dommages-intérêts, la plupart des propos qui précèdent sont compatibles, ou, du moins, ne sont pas incompatibles, avec les motifs des juges majoritaires et ils sont suffisants pour trancher le présent pourvoi. Toutefois, même s'ils le reconnaissent (au par. 44 : « . . . l'obligation d'agir honnêtement au sujet de

this appeal”; “[n]o expansion of the law set forth in *Bhasin* is necessary to find in favour of Callow”), the majority nonetheless proceeds to delve into matters beyond the duty to act honestly. And in so doing, it does indeed expand upon (and, I say, confuse) the law set forth in *Bhasin*.

[153] More particularly, the majority says that this appeal presents an opportunity to resolve two issues: first, “what constitutes a breach of the duty of honest performance where it manifests itself in connection with the exercise of a seemingly unfettered, unilateral termination clause” (para. 30); and secondly, “when dishonesty is directly linked to the performance of a contract” (para. 64). These questions lead the majority to focus on whether the exercise of the termination provision was *itself* dishonest. It explains:

... the duty of honesty as contractual doctrine has a limiting function on the exercise of an otherwise complete and clear right . . . . This means, simply, that instead of constraining the decision to terminate in and of itself, the duty of honest performance attracts damages where the manner in which the right was exercised was dishonest. [para. 53]

The majority finds support for this approach in Quebec civil law. Specifically, it contends that the “required direct link between dishonesty and performance” is “made plain” by considering “how the framework for abuse of rights in Quebec connects the manner in which a contractual right is exercised to the requirements of good faith” (para. 67). It states that arts. 6, 7 and 1375 of the *Civil Code of Québec* “point to this connection by providing that no contractual right may be exercised abusively without violating the requirements of good faith” (para. 67).

[154] Both as a substantive and methodological matter, I cannot endorse this. First, in the

questions directement liées à l’exécution du contrat [. . .] suffit pour trancher le présent pourvoi »; « [i]l n’est pas nécessaire d’étendre la portée de la règle de droit énoncée dans l’arrêt *Bhasin* pour donner gain de cause à Callow », les juges majoritaires entreprennent d’explorer des questions qui vont au-delà de l’obligation d’agir honnêtement. Or, ce faisant, ils étendent de fait la portée de la règle de droit énoncée dans l’arrêt *Bhasin* (et la rendent même confuse selon moi).

[153] Plus particulièrement, selon les juges majoritaires, le présent pourvoi nous donne l’occasion de répondre à deux questions : premièrement, « ce que constitue un manquement à l’obligation d’exécution honnête lorsqu’il se manifeste en lien avec une clause de résiliation accordant un droit unilatéral et apparemment absolu » (par. 30); et, deuxièmement, « les circonstances dans lesquelles la malhonnêteté est directement liée à l’exécution d’un contrat » (par. 64). Ces questions mènent les juges majoritaires à se concentrer sur la question de savoir si le recours à la clause de résiliation était *lui-même* malhonnête. Voici leur explication :

L’obligation d’honnêteté, en tant que doctrine du droit des contrats, a plutôt une fonction restrictive sur l’exercice d’un droit par ailleurs complet et clair [. . .] Ceci veut simplement dire que plutôt que de restreindre la décision de résilier en soi, l’obligation d’exécution honnête donne lieu à des dommages-intérêts lorsque le droit a été exercé de manière malhonnête. [par. 53]

Les juges majoritaires s’appuient sur le droit civil québécois pour fonder cette approche. En particulier, ils soutiennent que « le lien direct exigé entre la malhonnêteté et l’exécution » est « mis en évidence » lorsqu’on considère « comment le cadre d’analyse de l’abus de droit au Québec lie la manière dont un droit contractuel est exercé aux exigences de la bonne foi » (par. 67). Ils soulignent que les art. 6, 7 et 1375 du *Code civil du Québec* « mettent ce lien en exergue en prévoyant qu’aucun droit contractuel ne peut être exercé de façon abusive sans violer les exigences de la bonne foi » (par. 67).

[154] Tant sur le fond que sur le plan de la méthodologie, je ne peux souscrire à ce point de vue.

circumstances of this particular appeal, the majority's resort to the civil law as a "source of inspiration" (para. 60) is inappropriate. As the majority acknowledges, the issues to which its analysis responds are fully addressed by *Bhasin* itself, and there is no indication that the principles outlined therein require further elaboration. Secondly, and relatedly, the majority's focus on the wrongful exercise of a right distorts the analysis mandated by *Bhasin* and undermines the independent character of the various common law good faith duties identified therein.

(1) Comparative Analysis

[155] The majority draws on the civilian concept of abuse of rights "as a framework to understand the common law duty of honest performance" (para. 73). Specifically, it finds that this framework "helps to focus the analysis of whether the common law duty of honest performance has been breached on what might be called the wrongful exercise of a contractual right" (para. 63).

[156] In considering the utility of the comparative exercise that the majority proposes, it must be borne in mind that the common law principles applicable to this appeal are both determinative and settled. Drawing from civil law in these circumstances departs from this Court's accepted practice in respect of comparative legal analysis. Rather than permissibly drawing inspiration or comfort from the civil law in filling a gap in the common law or in modifying it, the majority's approach, I say respectfully, risks subsuming the common law's already-established and distinct conception of good faith into the civil law's conception. And to the extent it does so, it confuses matters significantly, the majority's assurances to the contrary notwithstanding.

[157] As Moldaver J. observed (in dissent, but not on this point) in *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433, at para. 113 (emphasis added), "[t]he coexistence of

D'abord, dans les circonstances du présent pourvoi, le recours au droit civil par les juges majoritaires en tant que « source d'inspiration » (par. 60) est inapproprié. Comme ils le reconnaissent, les questions auxquelles répond leur analyse sont traitées de façon exhaustive dans l'arrêt *Bhasin* lui-même, et rien n'indique que les principes qui y sont énoncés aient besoin d'être précisés. Ensuite, et dans le même ordre d'idées, l'accent que mettent les juges majoritaires sur l'exercice fautif d'un droit fausse l'analyse qu'exige l'arrêt *Bhasin* et mine le caractère indépendant des diverses obligations de bonne foi établies en common law qui y sont cernées.

(1) Analyse comparative

[155] Les juges majoritaires s'inspirent de la notion civiliste d'abus de droit « comme cadre pour comprendre l'obligation d'exécution honnête de la common law » (par. 73). Plus spécifiquement, ils concluent que ce cadre d'analyse « aide à faire porter l'analyse de la question de savoir s'il y a eu manquement à l'obligation d'exécution honnête en common law sur ce que l'on pourrait appeler l'exercice fautif d'un droit contractuel » (par. 63).

[156] En examinant l'utilité de l'exercice comparatif que proposent les juges majoritaires, il faut garder à l'esprit que les principes de common law applicables au présent pourvoi sont à la fois déterminants et bien établis. En s'inspirant du droit civil dans de telles circonstances, on s'écarte de la pratique acceptée de notre Cour à l'égard de l'exercice de droit comparé. Plutôt que de s'inspirer à bon escient du droit civil ou de se rassurer grâce à lui afin de combler une lacune de la common law ou pour la modifier, l'approche des juges majoritaires, soit dit respectueusement, risque de subsumer la conception bien établie et distincte de la bonne foi qu'a la common law sous la conception qu'en a le droit civil. Dans la mesure où elle le fait, l'approche des juges majoritaires rend les choses très confuses, et ce, malgré leurs assurances du contraire.

[157] Comme l'a fait remarquer le juge Moldaver (dissident, mais non sur cette question) dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433, par. 113

two distinct legal systems in Canada — the civil law system in Quebec and the common law system elsewhere — is a unique and defining characteristic of our country.” The distinct common law and civil law traditions represent an integral component of Canadian legal heritage and identity (Hon. M. Bastarache, “Bijuralism in Canada”, in *Bijuralism and Harmonization: Genesis* (2001), at p. 26; see also M. Samson, “Le droit civil québécois: exemple d’un droit à porosité variable” (2018-19), 50 *Ottawa L. Rev.* 257, at p. 257).

[158] Preserving this unique aspect of Canada’s identity requires maintaining the distinct features of both the common law and civil law traditions. Indeed, this Court has gone so far as to describe its own composition as having been designed to ensure “that the common law and the civil law would evolve side by side, while each maintained its distinctive character” (*Reference re Supreme Court Act*, at para. 85 (emphasis added)). It follows that, just as this Court decided in *Reference re Supreme Court Act* that the presence on this Court of at least three judges from Quebec “ensur[es] civil law expertise and the representation of Quebec’s legal traditions”, the integrity and distinct character of the common law is also ensured by the presence of judges from Canada’s common law jurisdictions.

[159] It also follows from the distinct nature of Canada’s two legal traditions that drawing from one tradition to influence the other is simply an exercise in comparative legal analysis (*Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d’assurance contre l’incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 S.C.R. 995, at p. 1016). As I have already recounted, this is what the majority claims it is doing here. But while comparison is an important tool, its uses are not unlimited. In particular, comparative analysis, in the sense of using law from another legal system to elucidate or develop the domestic legal system, is generally appropriate only where domestic law does not provide an answer to the problem facing the court, or

(je souligne), « [l]a coexistence de deux systèmes juridiques distincts au Canada — le système de droit civil au Québec et le système de common law ailleurs — constitue une caractéristique unique et fondamentale de notre pays. » Les traditions distinctes en common law et en droit civil représentent un élément intégral du patrimoine et de l’identité juridiques canadiens (l’hon. juge M. Bastarache, « Le bijuridisme au Canada », dans *Bijuridisme et harmonisation : Genèse* (2001), p. 26; voir aussi M. Samson, « Le droit civil québécois : exemple d’un droit à porosité variable » (2018-2019), 50 *R.D. Ottawa* 257, p. 257).

[158] La préservation de cet aspect unique de l’identité du Canada exige que l’on maintienne les caractéristiques distinctes des traditions en common law et en droit civil. De fait, notre Cour est allée jusqu’à décrire sa propre composition comme ayant été conçue pour veiller à ce que « la common law et le droit civil évoluent côte à côte, tout en conservant leur caractère distinctif » (*Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 85 (je souligne)). Il s’ensuit — tout comme notre Cour a conclu dans *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême* que la présence d’au moins trois juges du Québec parmi ses membres « garanti[t] une expertise en droit civil et la représentation des traditions juridiques [. . .] du Québec » — que l’intégrité et le caractère distinct de la common law sont également garantis par la présence de juges des provinces ou territoires canadiens de common law.

[159] Il ressort également du caractère distinct des deux traditions juridiques du Canada que le fait de s’inspirer d’une tradition pour influencer l’autre n’est qu’un exercice de droit comparé (*Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d’assurance contre l’incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995, p. 1016). Comme je l’ai déjà mentionné, c’est ce que les juges majoritaires prétendent faire en l’espèce. Toutefois, bien que la comparaison soit un outil important, son utilisation n’est pas illimitée. En particulier, l’analyse comparative, soit celle où l’on fait appel au droit d’un autre système juridique pour élucider ou préciser le système juridique interne, n’est généralement appropriée que si le droit

where it is necessary to otherwise develop that law. Using law from other systems in other circumstances would either be superfluous, or would (to the extent of its use) have the undesirable effect of displacing established domestic jurisprudence (J.-L. Baudouin, “L’interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada” (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 715, at pp. 725-27; see also K. Zweigert and H. Kötz, *Introduction to Comparative Law* (3rd rev. ed. 1998), at pp. 17-18; T. Lundmark, *Charting the Divide between Common and Civil Law* (2012), at pp. 8-10). As Justice Sharpe writes extra-judicially about the use of authority generally, which applies equally to comparative legal analysis, “[i]t is only where the case cannot readily be decided on the basis of binding authority that non-binding sources will have a material effect on the decision” (*Good Judgment: Making Judicial Decisions* (2018), at p. 171).

[160] These sources are not expressions of jurisdictional chauvinism. Rather, they express a posture of prudence and disciplined restraint in the deployment of comparative analysis in judgments. And for good reason. Seeking inspiration from external sources when it is unnecessary to do so may simply complicate a straightforward subject, thereby introducing uncertainty to a previously settled area of law (*Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. v. Chambre des notaires du Québec*, 2004 SCC 53, [2004] 3 S.C.R. 95, at para. 56, citing J.-L. Baudouin and P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (6th ed. 2003), at p. 193). Even something as seemingly innocuous as changing the terminology used to describe a concept — for example, the majority’s reliance on the civil law device of abuse of right and references to the wrongful exercise of a right — can have substantive legal implications, affecting the coherence and stability of the resulting modified legal system. Language itself, after all, plays “a crucial role in the evolution of the law” (Bastarache, at p. 20; see also Lundmark, at pp. 74-86).

interne ne fournit pas de réponse à la question dont le tribunal est saisi, ou lorsqu’elle est nécessaire pour autrement préciser ce droit. Le recours au droit d’autres systèmes dans de telles circonstances serait superflu ou (dans la mesure où on y a recours) aurait l’effet indésirable d’écarter la jurisprudence interne établie (J.-L. Baudouin, « L’interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada » (1975), 53 *R. du B. can.* 715, p. 725-727; voir aussi K. Zweigert et H. Kötz, *Introduction to Comparative Law* (3<sup>e</sup> éd. rév. 1998), p. 17-18; T. Lundmark, *Charting the Divide between Common and Civil Law* (2012), p. 8-10). Comme l’écrit le juge Sharpe à propos du recours aux précédents en général dans un ouvrage de doctrine, un commentaire qui s’applique également à l’analyse juridique comparative, [TRANSDUCTION] « [c]e n’est que dans les cas où l’affaire ne peut pas être aisément tranchée sur le fondement de précédents contraignants que des sources non contraignantes auront une incidence importante sur le jugement » (*Good Judgment : Making Judicial Decisions* (2018), p. 171).

[160] Ces sources ne témoignent pas d’un chauvinisme juridictionnel. Elles expriment plutôt une attitude de prudence et de retenue disciplinée dans le déploiement de l’analyse comparative dans les jugements, et ce, pour une bonne raison. S’inspirer de sources externes alors qu’il n’est pas nécessaire de le faire ne peut que conduire à compliquer une matière simple, introduisant ainsi de l’incertitude dans un domaine du droit bien établi jusque-là (*Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 53, [2004] 3 R.C.S. 95, par. 56, citant J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (6<sup>e</sup> éd. 2003), p. 193). Même une chose d’apparence aussi anodine qu’un changement de la terminologie utilisée pour décrire une notion — par exemple, le recours par les juges majoritaires au mécanisme civiliste de l’abus de droit et ses renvois à l’exercice fautif d’un droit — peut avoir des conséquences juridiques considérables, ayant une incidence sur la cohérence et la stabilité du système juridique ainsi modifié. La langue elle-même, après tout, joue « un rôle crucial dans l’évolution du droit » (Bastarache, p. 18; voir aussi Lundmark, p. 74-86).

[161] This is not mere conjecture. The seemingly benign injection of civil law terminology into common law judgments has previously generated precisely that kind of instability. Substantial confusion in the common law of unjust enrichment arose in Canada in the 1970s from the introduction of civil law terminology of “absence of juristic reasons for an enrichment” as if it were synonymous with the traditional requirement of “unjust factors” that had been “deeply ingrained” since Lord Mansfield’s judgment in *Moses v. Macferlan* (1760), 2 Burr. 1005, 97 E.R. 676 (M. McInnes, “The Reason to Reverse: Unjust Factors and Juristic Reasons” (2012), 92 *B.U.L. Rev.* 1049, at pp. 1052 and 1054). As Professor McInnes explains:

. . . without discussion or explanation, the Supreme Court of Canada began to use the civilian terminology (i.e., “absence of juristic reason for the enrichment”) while continuing to apply the traditional unjust factors. Predictably, the Canadian law of unjust enrichment grew ever more confused as the court said one thing and did another. [Footnotes omitted; p. 1056.]

[162] The result was, to put it mildly, destabilizing. And predictably so. While Western legal systems are called upon to address the same kinds of disputes, each has developed different ways over the centuries to resolve them. The result is like two massive jigsaw puzzles that cover the same amount of ground. From a distance, each looks much the same as the other, but up close, it becomes apparent that the pieces are cut differently so that pieces from one cannot fit (or at least fit easily) into the other. And so it was when “juristic reasons” began to be spoken of in the Canadian common law of unjust enrichment. Conflicting lines of authorities continued to apply the common law requirement of unjust factors, while in other decisions courts ascribed legal significance to the introduction of civilian language — that is, they “took the civilian language at face value and ordered restoration when defendants could not justify the retention of their enrichments” (McInnes, at p. 1056

[161] Ceci n’est pas pure spéculation. L’incorporation apparemment anodine de la terminologie du droit civil dans des jugements en common law a déjà produit précisément ce genre d’instabilité. Une confusion considérable dans la common law relative à l’enrichissement injustifié a pris naissance au Canada dans les années 1970, après l’introduction de la terminologie civiliste d’« absence de motif juridique à l’enrichissement », comme si cela était synonyme de l’exigence traditionnelle de l’élément « sans cause » qui avait été [TRADUCTION] « profondément enraciné » depuis l’arrêt du lord Mansfield dans *Moses c. Macferlan* (1760), 2 Burr. 1005, 97 E.R. 676 (M. McInnes, « The Reason to Reverse : Unjust Factors and Juristic Reasons » (2012), 92 *B.U.L. Rev.* 1049, p. 1052 et 1054). Comme l’explique le professeur McInnes :

[TRADUCTION] . . . sans discussion ni explication, la Cour suprême du Canada s’est mise à employer la terminologie civiliste (c.-à-d. « l’absence de motif juridique à l’enrichissement ») tout en continuant à appliquer les éléments « sans cause » traditionnels. Comme on pouvait s’y attendre, le droit canadien de l’enrichissement injustifié est devenu encore plus confus alors que la cour disait une chose et en faisait une autre. [Notes en bas de bas omises; p. 1056.]

[162] Le résultat a été — et c’est là un euphémisme — déstabilisant, comme on pouvait s’y attendre. S’il est vrai que les systèmes juridiques occidentaux sont appelés à traiter des mêmes types de différends, ils ont chacun élaboré, au fil des siècles, différentes façons de les régler. Le résultat se compare à deux énormes casse-tête qui couvrent le même espace. De loin, ils ont sensiblement le même aspect, mais, de près, il devient évident que les pièces des casse-tête sont taillées différemment, de sorte que celles de l’un ne peuvent pas s’imbriquer (ou, du moins, s’imbriquer facilement) dans l’autre. Et il en fut ainsi lorsque l’on a commencé à parler de « motif juridique » en common law canadienne relative à l’enrichissement injustifié. Des courants jurisprudentiels divergents continuaient à appliquer la règle de common law qui exigeait l’élément « sans cause », tandis que dans d’autres jugements, les tribunaux ont attribué de l’importance, sur le

(footnote omitted)). In the end, this Court had to settle the question in *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629, which it did by clarifying that the civilian terminology of “juristic reasons” applies. But coming even several decades after the uncertainty arose, we must acknowledge that this confirmation of the civil law terminological shift *itself* also effected substantive instability in the administration of the common law:

In a stroke, lawyers and judges were required to alter fundamentally their conception of injustice. Liability now responds to the *absence* of any reason for the defendant's *retention*, rather than to the *presence* of some reason for the plaintiff's *recovery*. The transition has not been seamless, and it will be many years before practice settles into the level of consistency and certainty that litigants have the right to expect from a mature system of law. [Emphasis in original.]

(McInnes, at p. 1057)

[163] This is not to suggest that *Garland* is wrongly decided, or that its authority in the common law of unjust enrichment is somehow undermined by its civilian inclination. Rather, it is simply to point out that there can be a heavy price to pay — typically, by unijural lawyers and their clients — when external legal concepts are introduced via a judgment on a purely domestic legal issue. Hence the restraint which this Court has (until now) shown, by introducing external legal concepts to a judgment only where it is necessary to do so — that is, to fill a gap where domestic law *does not* provide an answer, or where it is necessary to modify or otherwise develop an existing legal rule. In such circumstances, other legal systems may well reveal potential solutions that would not have been apparent from a narrow domestic focus (Zweigert and Kötz, at pp. 17-20; see

plan juridique, à l'introduction de la terminologie civiliste — à savoir qu'ils [TRADUCTION] « ont pris la terminologie civiliste au pied de la lettre et ordonné la restitution lorsque les défendeurs ne pouvaient justifier la conservation de leurs enrichissements » (McInnes, p. 1056 (note en bas de page omise)). En définitive, il a fallu que notre Cour règle la question dans *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629, ce qu'elle a fait en précisant que le terme civiliste « motif juridique » s'appliquait. Toutefois, survenant même plusieurs décennies après qu'ait pris naissance l'incertitude, force est de reconnaître que cette confirmation du virage terminologique en question vers le droit civil a *elle-même* engendré une instabilité substantielle dans l'administration de la common law :

D'un coup, il a fallu que les avocats et les juges modifient fondamentalement leur conception de l'injustice. La responsabilité se rattache maintenant à l'*absence* de tout motif justifiant la *conservation* par le défendeur, plutôt qu'à la *présence* de motif justifiant le *recouvrement* par le demandeur. La transition ne s'est pas faite sans heurt, et il faudra plusieurs années avant que la pratique retrouve le niveau d'uniformité et de certitude auquel les plaideurs sont en droit de s'attendre d'un système juridique mûr. [En italique dans l'original.]

(McInnes, p. 1057)

[163] Cela ne veut pas dire que l'arrêt *Garland* est mal fondé, ou que sa tendance civiliste a pour effet en quelque sorte de miner sa valeur de précédent en common law relative à l'enrichissement injustifié. Je veux plutôt souligner qu'il peut y avoir un fort prix à payer — généralement par les avocats formés dans un seul des systèmes et par leurs clients — lorsque des notions juridiques externes sont introduites par la voie d'un jugement portant sur une question de droit purement interne. C'est ce qui explique la retenue dont la Cour a fait preuve (jusqu'à maintenant) en introduisant des notions juridiques externes dans un jugement seulement en cas de nécessité — c'est-à-dire pour combler une lacune lorsque le droit interne *ne* fournissait *pas* de réponse, ou lorsque cela était nécessaire pour modifier ou autrement préciser une règle de droit existante. Dans de telles circonstances,

also *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at pp. 1140-47 (per McLachlin J., as she then was)). This is what we mean when we say that Canada's two legal systems can serve as sources of "inspiration" (*Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214, at para. 38).

[164] We can also draw on the experience of other legal systems to assist our deliberations about whether an identified potential solution to a legal problem will result in negative consequences. Indeed, that was the limited use this Court made of Quebec law (and, for that matter, U.S. law) in *Bhasin*, at paras. 83-85, *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543, at para. 34, and *Norsk*, at pp. 1174-75 (per Stevenson J., concurring). Similarly, this Court will sometimes observe that a legal concept developed within one system, using domestic sources, mirrors a concept found in another system (*Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855, at para. 138 (per McLachlin C.J., dissenting in part); *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3, at para. 41; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, at paras. 76-79; see also *Sport Maska Inc. v. Zitrer*, [1988] 1 S.C.R. 564, at p. 570 (per Beetz J., concurring)). When used in these ways, comparative sources are relied on to provide comfort that other legal systems have arrived at similar conclusions.

[165] But that is not this case. Here, no gaps are to be filled, and no domestic common law requires development (or even "clarification"). Rather, in service of what the majority describes as a "dialogue" between the civil law and common law, it uses the civil law device of abuse of right to drive

il se peut fort bien que d'autres systèmes de droit révèlent d'éventuelles solutions que n'aurait pas dévoilées un examen par la loupe étroite du droit interne (Zweigert et Kötz, p. 17-20; voir aussi *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, p. 1140-1147 (la juge McLachlin, plus tard juge en chef)). C'est ce que nous voulons dire lorsque nous affirmons que les deux systèmes juridiques du Canada peuvent servir de sources « d'inspiration » (*Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214, par. 38).

[164] Nous pouvons également nous inspirer de l'expérience d'autres systèmes juridiques pour nous aider dans nos délibérations lorsqu'il s'agit de savoir si la solution éventuelle repérée à une question juridique entraînera des conséquences néfastes. De fait, tel a été le recours limité de la Cour au droit québécois (de même qu'au droit des É.-U.) dans *Bhasin*, par. 83-85, *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543, par. 34, et *Norsk*, p. 1174-1175 (le juge Stevenson, motifs concordants). De même, la Cour note parfois qu'un concept juridique élaboré dans un système, en utilisant des sources internes, est à l'image d'un concept reconnu par un autre système (*Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855, par. 138 (la juge en chef McLachlin, dissidente en partie); *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3, par. 41; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 76-79; voir aussi *Sport Maska Inc. c. Zitrer*, [1988] 1 R.C.S. 564, p. 570 (le juge Beetz, motifs concordants)). Lorsqu'on y a recours de cette façon, les sources comparatives servent de fondement pour rassurer, du fait que d'autres systèmes juridiques en sont arrivés à des conclusions similaires.

[165] Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. Il n'y a ici aucune lacune à combler et aucune règle de common law interne à préciser (ou même « à clarifier »). Aux fins de ce que les juges majoritaires décrivent comme un « dialogue » entre le droit civil et la common law, ils se servent plutôt de l'abus de droit, un mécanisme

an analysis which, I repeat, is neither necessary to decide this appeal, nor helpful in its obscuring of the law. Further, this case engages an issue — the place of good faith in contract law — on which the Canadian common law and civil law systems have adopted very different approaches — each autonomous, and neither inherently superior to the other (see, generally, R. Jukier, “Good Faith in Contract: A Judicial Dialogue Between Common Law Canada and Québec” (2019), 1 *Journal of Commonwealth Law* 83). As the Hon. Louis LeBel observed:

[TRANSLATION] The fact that the Court has maintained the specificity of the two legal traditions with respect to good faith shows the importance it attaches to respect for their conceptual autonomy. The dialogue between the two systems remains circumscribed by a judicial stance that, in general today, understands the importance and characteristics of the major legal traditions that make up Canadian bijuralism.

(“Les cultures de la Cour suprême du Canada: vers l’émergence d’une culture dialogique?”, in J.-F. Gaudreault-DesBiens et al., eds., *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques* (2009), 1, at p. 15)

[166] Indeed, there are principled reasons for the distinct treatment of good faith as between the common law and civil law systems. As Professor Valcke observes, the common law also relies on other concepts, including the equitable doctrine of estoppel, to achieve similar outcomes as the doctrine of good faith (“*Bhasin v Hrynew: Why a General Duty of Good Faith Would Be Out of Place in English Canadian Contract Law*” (2019), 1 *Journal of Commonwealth Law* 65, at p. 77). At a more general level, the common law and civil law are premised on different understandings of legal rights (H. Dedek, “From Norms to Facts: The Realization of Rights in Common and Civil Private Law” (2010), 56 *McGill L.J.* 77, at pp. 79-81) and of the role of the state in mitigating the effects of harsh bargains (M. Pargendler, “The Role of the State in Contract Law:

de droit civil, pour réaliser une analyse qui, je le répète, n’est ni nécessaire pour trancher le pourvoi, ni utile puisqu’elle rend le droit confus. De plus, la présente affaire fait entrer en jeu une question — la place de la bonne foi en droit des contrats — à l’égard de laquelle les systèmes canadiens de common law et de droit civil ont adopté des approches très différentes — chacune étant autonome et ni l’une ni l’autre n’étant intrinsèquement supérieure à l’autre (voir, généralement, R. Jukier, « Good Faith in Contract : A Judicial Dialogue Between Common Law Canada and Québec » (2019), 1 *Journal of Commonwealth Law* 83). Comme l’a souligné l’hon. Louis LeBel :

Le maintien de la spécificité des deux traditions juridiques dans le domaine de la bonne foi témoigne de l’importance que la Cour attache au respect de leur autonomie conceptuelle. Le dialogue engagé entre les deux systèmes reste encadré par une attitude judiciaire qui, généralement aujourd’hui, entend l’importance et les qualités des grandes traditions juridiques qui forment le bijuridisme canadien.

(« Les cultures de la Cour suprême du Canada : vers l’émergence d’une culture dialogique? », dans J.-F. Gaudreault-DesBiens et autres, dir., *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques* (2009), 1, p. 15)

[166] De fait, le traitement distinct de la bonne foi dans les systèmes de common law et de droit civil respectivement s’explique logiquement. Comme le fait remarquer la professeure Valcke, la common law s’appuie également sur d’autres concepts, notamment sur la doctrine d’équité que constitue la préclusion, pour arriver à des résultats semblables à ceux de la doctrine de la bonne foi (« *Bhasin v Hrynew : Why a General Duty of Good Faith Would Be Out of Place in English Canadian Contract Law* » (2019), 1 *Journal of Commonwealth Law* 65, p. 77). À un niveau plus général, la common law et le droit civil s’appuient sur des conceptions distinctes de ce que sont les droits (*legal rights*) (H. Dedek, « From Norms to Facts : The Realization of Rights in Common and Civil Private Law » (2010), 56 *R.D. McGill.* 77, p. 79-81) et du rôle de l’État dans l’atténuation des

The Common-Civil Law Divide” (2018), 43 *Yale J. Intl L.* 143, at p. 179).

[167] I acknowledge that the majority refers to “special reasons” to be “cautious in undertaking the comparative exercise to which Callow invites us here” (para. 70). But — and, again I stress, in an area of common law that admits of no lacuna or gap that needs filling, or that is in need of development — by applying the civilian doctrine of “abuse of right” as it does, caution is thrown to the wind, the independent character of the existing good faith doctrine, which *Bhasin* carefully preserved, is undermined, and the generally applicable rule that this Court rejected in *Bhasin* is at least implicitly embraced.

[168] To be clear, the majority’s comparative methodology is not mere surplusage. Rather, its application is the only point of the exercise. As I have already recounted, the doctrine of abuse of rights is applied “to focus the analysis of whether the common law duty of honest performance has been breached on what might be called the wrongful exercise of a contractual right” (para. 63). Quebec civil law is cited as authority for the proposition that “no contractual right may be exercised abusively” (para. 67). This leads to another reason why comparative methodology is undesirable in this case, which requires me to speak plainly. The passages I have just cited from the majority’s reasons, and indeed the very notion of “abuse of right”, would not be familiar, meaningful or even comprehensible to the vast majority of common law lawyers and judges. And yet, many of them would reasonably assume — as many did when the language of “juristic reasons” entered the common law lexicon of unjust enrichment — that there is legal significance in their use here, and that they must therefore familiarize themselves with these concepts or retain bijural assistance in order to competently represent their clients or adjudicate their cases. At the very least, common law lawyers applying the common law concepts under discussion here will presumably need to have an eye, as the majority

effets de marchés draconiens (M. Pargendler, « The Role of the State in Contract Law : The Common-Civil Law Divide » (2018), 43 *Yale J. Intl. L.* 143, p. 179).

[167] Je reconnais que les juges majoritaires parlent des « raisons particulières de faire preuve de prudence en entreprenant l’exercice comparatif que Callow nous invite à mener en l’occurrence » (par. 70). Cependant — et encore une fois, je le souligne, dans un domaine de la common law qui ne comporte aucune lacune à combler, ou qui n’a nul besoin d’être précisé —, en appliquant comme ils le font la doctrine civiliste de l’« abus de droit », ils font fi de toute prudence, ils portent atteinte au caractère indépendant de la doctrine existante de bonne foi — que l’arrêt *Bhasin* a soigneusement conservé — et ils adoptent, du moins implicitement, la règle généralement applicable que notre Cour a rejetée dans cet arrêt.

[168] En termes clairs, la méthodologie comparative qu’adoptent les juges majoritaires n’est pas superfétatoire. En effet, l’appliquer est en soi leur unique objectif. Les juges majoritaires appliquent la doctrine de l’abus de droit pour « faire porter l’analyse de la question de savoir s’il a eu manquement à l’obligation d’exécution honnête en common law sur ce que l’on pourrait appeler l’exercice fautif d’un droit contractuel » (par. 63). Ils citent le droit civil québécois au soutien de la proposition voulant « qu’aucun droit contractuel ne [puisse] être exercé de façon abusive » (par. 67). Ceci nous amène à une autre raison pour laquelle il n’est pas souhaitable d’appliquer une méthodologie comparative en l’espèce, ce qui m’oblige à m’exprimer sans détour. Les passages des motifs des juges majoritaires que je viens de citer, voire la notion même d’« abus de droit », ne diront rien à la vaste majorité des avocats et des juges de common law et seront pour eux dénués de sens, voire incompréhensibles. Pourtant, la plupart d’entre eux présumeront raisonnablement — comme plusieurs l’ont fait lorsque le terme « motif juridique » est entré dans le lexique de la common law en matière d’enrichissement injustifié — qu’une raison d’ordre juridique justifie de recourir ici à ces notions, et qu’ils doivent donc se familiariser avec elles ou obtenir de l’aide d’une ressource qualifiée

does, to the *Civil Code of Québec*. How they would acquire the necessary familiarity, and the extent to which they must acquire it, is left unexplained.

[169] These are not idle concerns, and on this point there is a certain reality that we must bear in mind. Few common law lawyers and judges in most provinces are sufficiently versed in French to read the sources of civil law concerning the abuse of right. And of those who are, fewer still will be trained in the civil law so as to understand their substance.

[170] I confess that I am in no position to express a view on the correctness of the majority's proclamation that it, or this Court, is pursuing a "dialogue" between the civil and common legal systems. Indeed, it is not obvious to me what having such a "dialogue" means in the context of discharging our adjudicative responsibilities. But accepting that my colleagues understand themselves to be so engaged, I suggest with utmost respect that their dialogical pursuit should not occur at the expense of those who must know, understand and apply an aspect of one of those legal systems that the majority now renders opaque. It really comes down to this: the majority's unnecessary digression into external legal concepts will create 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. At a time when many are striving to remove old barriers that impede access to justice, I would not erect new barriers in the form of legal expression that bears little to no resemblance to the training and experience of those who help citizens navigate the legal system.

dans les deux systèmes juridiques afin de représenter leurs clients ou de rendre jugement de façon compétente. À tout le moins, les avocats de common law qui appliquent les notions de common law en cause ici devront sans doute avoir le *Code civil du Québec* en tête, à l'instar des juges majoritaires. La manière dont ces avocats et juges acquerront les connaissances nécessaires et la mesure dans laquelle ils devront le faire demeurent inexplorées.

[169] Il ne s'agit pas de préoccupations futiles et, sur ce point, il y a une certaine réalité que nous devons garder à l'esprit. Dans la plupart des provinces, peu d'avocats et de juges de common law ont une connaissance suffisante du français pour lire les sources de droit civil portant sur l'abus de droit. En outre, parmi ceux et celles qui ont cette connaissance, un plus petit nombre encore ont une formation en droit civil lui permettant d'en comprendre la substance.

[170] J'admets que je ne suis pas en mesure d'exprimer un point de vue sur le bien-fondé de la déclaration des juges majoritaires selon laquelle ceux-ci, ou la Cour, engagent un « dialogue » entre les systèmes juridiques de droit civil et de common law. De fait, la signification d'un tel « dialogue » ne m'apparaît pas évidente dans le contexte de l'exécution de nos fonctions judiciaires. En acceptant cependant que mes collègues se considèrent eux-mêmes comme prenant part à un tel dialogue, je suggère avec le plus grand respect qu'ils ne le fassent pas aux dépens de ceux qui doivent connaître, comprendre et appliquer un aspect d'un de ces systèmes juridiques que les juges majoritaires rendent maintenant opaques. En somme, leur 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. À une époque où plusieurs cherchent à éliminer de vieux obstacles qui nuisent à l'accès à la justice, je n'en érigerai pas de nouveaux sous la forme d'un langage juridique qui ressemble peu — voire pas du tout — à celui qui correspond à la formation et à l'expérience acquises par ceux et celles qui aident les citoyens à s'y retrouver dans le système judiciaire.

[171] Even where a comparative analysis *is* appropriate, the analogy of the jigsaw puzzles must be borne in mind. It is simply not the case that “the common law and the civil law represent . . . distinctive ways of knowing the law” (Kasirer J.’s reasons, at para. 71 (emphasis added)). They are not different *theories* of law. They are different *systems* of law. And because legal rules must originate from the system within which that rule will operate, comparative analysis must be undertaken with care and circumspection. This Court’s statement in *Caisse populaire des Deux Rives*, at p. 1004, is apposite:

. . . apparent similarity of the fundamental rules should not cause us to forget that the courts have a duty to ensure that insurance law develops in a manner consistent with the rest of Quebec civil law, of which it forms a part. Accordingly, while the judgments of foreign jurisdictions, in particular Britain, the United States and France, may be of interest when the law there is based on similar principles, the fact remains that Quebec civil law is rooted in concepts peculiar to it, and while it may be necessary to refer to foreign law in some cases, the courts should only adopt what is consistent with the general scheme of Quebec law. [Emphasis added.]

[172] The direction that civil law developments must be consistent with the overall civil law of Quebec applies with equal force when considering potential modifications to the common law. Maintaining the distinct character of each of Canada’s legal traditions requires administering each system according to its own scheme of rules, and by reference to its own authorities (*Colonial Real Estate Co. v. La Communauté des Soeurs de la Charité de l’Hôpital Général de Montréal* (1918), 57 S.C.R. 585, at p. 603; see also J. Dainow, “The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison” (1967), 15 *Am. J. Comp. L.* 419, at pp. 434-35). It follows that any enrichment from another legal system must be incorporated only insofar as it conforms to the internal structure and organizing principles of the adopting legal system (F. Allard, *The Supreme Court of Canada and its Impact on the Expression of Bijuralism* (2001), at p. 9). Ultimately, the golden rule in using concepts from one of Canada’s legal

[171] Même dans les situations où une analyse comparative *est* appropriée, il faut garder à l’esprit l’analogie du casse-tête. Il n’est tout simplement pas vrai que « la common law et le droit civil représentent [. . .] des manières distinctes de connaître le droit » (motifs du juge Kasirer, par. 71 (je souligne)). Il ne s’agit pas de différentes *théories* du droit, mais bien de *systèmes* de droit différents. Et puisque les règles de droit doivent provenir du système dans lequel elles s’appliqueront, l’analyse comparative doit être entreprise avec soin et circonspection. La déclaration de notre Cour dans *Caisse populaire des Deux Rives*, p. 1004, est à propos :

. . . [la] similarité apparente des règles fondamentales ne doit cependant pas nous faire oublier que les tribunaux se doivent d’assurer au droit des assurances un développement qui reste compatible avec l’ensemble du droit civil québécois, dans lequel il s’insère. Ainsi, si les arrêts de juridictions étrangères, nommément l’Angleterre, les États-Unis et la France, peuvent avoir un certain intérêt lorsque le droit y est fondé sur des principes similaires, il n’en reste pas moins que le droit civil québécois a ses racines dans des préceptes qui lui sont propres et, s’il peut être nécessaire de recourir au droit étranger dans certains cas, on ne saurait y puiser que ce qui s’harmonise avec son économie générale. [Je souligne.]

[172] La directive voulant que l’élaboration du droit civil doive être compatible avec le droit civil québécois dans son ensemble s’applique avec autant de force lorsqu’il s’agit d’examiner d’éventuelles modifications de la common law. Pour maintenir le caractère distinct de chacun des systèmes juridiques du Canada, il faut les administrer chacun suivant son propre ensemble de règles et en renvoyant à ses propres précédents (*Colonial Real Estate Co. c. La Communauté des Soeurs de la Charité de l’Hôpital Général de Montréal* (1918), 57 R.C.S. 585, p. 603; voir aussi J. Dainow, « The Civil Law and the Common Law : Some Points of Comparison » (1967), 15 *Am. J. Comp. L.* 419, p. 434-435). Il s’ensuit que tout apport d’un autre système juridique ne doit être incorporé que dans la mesure où il respecte la structure interne et les principes directeurs du système juridique qui l’adopte (F. Allard, *La Cour suprême du Canada et son impact sur l’articulation du bijuridisme* (2001), p. 9). En fin de compte,

systems to modify the other is that the proposed solution must be able to completely and coherently integrate into the adopting system's structure (J.-L. Baudouin, "Mixed Jurisdictions: A Model for the XXIst Century?" (2003), 63 *La. L. Rev.* 983, at pp. 990-91).

[173] This is of practical concern here. Analytically jamming the civilian concept of abuse of right regarding the termination of a contract into the common law is not the tidy and discrete affair that the majority appears to suppose. This is because the obligation of good faith in civil law imposes more onerous duties on the party terminating the contract than it does at common law. The Quebec Court of Appeal has explained the notion of abuse of right in the context of termination of a contract in the following way:

[TRANSLATION] Up until now, the courts have sometimes sanctioned abuse of right in cases of malice. However, they have also sanctioned unilateral rescission by a distributor for reasons found not to be within the spirit of the discretionary rescission clause, or where the rescission was improper, that is, without any valid reason, or without prior notice or without any sign of what was to come. These cases clearly illustrate the "moralization" of contractual relations by the doctrine of abuse of right: for it is not enough to rescind a contract in a strictly lawful manner (in accordance with the language of a rescission clause), it is also necessary to do so in a legitimate way. [Emphasis added.]

(*Birdair inc. v. Danny's Construction Co.*, 2013 QCCA 580, at para. 131 (CanLII), citing J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (6th ed. 2005), by P.-G. Jobin with the collaboration of N. Vézina, at para. 125.)

[174] Even if we were to imagine that it *was* the exercise of the termination clause that led in this case to the breach of duty of honest contractual performance — which, as I shall explain below, it was not — *Bhasin* stipulates clearly that there is no duty to disclose information or intentions relevant to termination that flows from the common law duty of

lorsqu'on a recours aux préceptes d'un des systèmes juridiques du Canada pour modifier l'autre, la règle d'or consiste en ce que la solution proposée doit être capable de s'intégrer complètement et de façon cohérente dans la structure du système qui les adopte (J.-L. Baudouin, « Systèmes de Droit Mixte : un Modèle Pour le 21<sup>e</sup> Siècle ? » (2003), 63 *La. L. Rev.* 993, p. 1000).

[173] Cet élément revêt un intérêt pratique en l'espèce. Incorporer de force sur le plan analytique à la common law le concept civiliste d'abus de droit relativement à la résiliation d'un contrat n'est pas la mince affaire que semblent supposer les juges majoritaires. Il en est ainsi parce que l'obligation de bonne foi en droit civil impose des obligations plus contraignantes à la partie qui résilie le contrat qu'elle ne le fait en common law. La Cour d'appel du Québec a expliqué le concept d'abus de droit dans le contexte de la résiliation d'un contrat de la façon suivante :

Jusqu'à présent, les tribunaux ont parfois sanctionné l'abus de droit en cas de malice. Cependant, ils ont aussi sanctionné la résiliation unilatérale par le distributeur pour des motifs jugés étrangers à l'esprit de la clause de résiliation discrétionnaire, ou encore lorsque la résiliation avait été intempestive, c'est-à-dire sans aucun motif valable, ou sans préavis ou en l'absence d'indice annonciateur. Cette jurisprudence illustre bien la « moralisation » des rapports contractuels par la doctrine de l'abus de droit : car il ne suffit pas de résilier un contrat dans la stricte légalité (selon le texte d'une clause de résiliation), encore faut-il le faire de façon légitime. [Je souligne.]

(*Birdair inc. c. Danny's Construction Co.*, 2013 QCCA 580, par. 131 (CanLII), citant J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (6<sup>e</sup> éd. 2005), par P.-G. Jobin avec la collaboration de N. Vézina, par. 125.)

[174] Même si nous devions nous imaginer que c'est *en fait* le recours à la clause de résiliation qui a mené en l'espèce au manquement à l'obligation d'exécution honnête du contrat — ce qui n'est pas le cas, comme je l'expliquerai plus loin —, l'arrêt *Bhasin* énonce clairement qu'il n'y a pas d'obligation de divulgation de renseignements ou d'intentions en

good faith. But under the civilian doctrine invoked by the majority, terminating a contract without disclosing intentions can constitute an abuse of right. While the majority acknowledges that it “do[es] not rely on the civil law here for the specific rules that would govern a similar claim in Quebec” (para. 73), this tends to affirm how inappropriate its comparative analysis is here. The majority either relies on a truncated and therefore distorted version of the civilian framework of abuse of right, or else opens the door to future “clarifications” (which would further undermine the integrity of the common law duty of honest performance as stated in *Bhasin*). Even on its own terms, then, the majority’s invocation of abuse of right raises more questions than it claims to answer.

[175] For all these reasons, I am of the respectful view that it is not appropriate to refer to, and rely upon, the doctrine of abuse of right in this case. This appeal calls upon this Court to straightforwardly apply the duty of honest performance, and nothing more. Transplanting the doctrine of abuse of right into the common law context is not only unnecessary here, doing so without reference to the broader context in which good faith operates in the common law will cause significant uncertainty.

## (2) The Wrongful Exercise of a Right

[176] The majority’s reliance on the civilian doctrine of abuse of a right leads me to a final, substantive criticism: in focusing on the wrongful exercise of a right, it distorts the analysis described in *Bhasin* and elides the distinction between honest performance and good faith in the exercise of a contractual discretion.

[177] The gravamen of a claim in honest performance is that a party made dishonest representations concerning contractual performance that caused its counterparty to suffer loss. It is *not* that a right was exercised in a way that was wrongful, abusive, or

lien avec la résolution d’un contrat découlant de l’obligation en common law d’agir de bonne foi. Cependant, suivant le principe de droit civil invoqué par les juges majoritaires, résilier un contrat sans divulguer l’intention de le faire peut constituer un abus de droit. Bien que les juges majoritaires reconnaissent qu’ils « ne [s]e fonde[nt] pas sur le droit civil en l’espèce pour les règles spécifiques qui régiraient une demande similaire au Québec » (par. 73), cela tend à confirmer à quel point leur analyse comparative est inappropriée en l’espèce. Soit ils se fondent sur une version tronquée et donc déformée du cadre d’analyse de l’abus de droit de droit civil, soit ils ouvrent la porte à des « clarifications » futures (ce qui minerait encore plus l’intégrité de l’obligation d’exécution honnête en common law telle qu’elle est énoncée dans l’arrêt *Bhasin*). Par conséquent, le renvoi par les juges majoritaires au concept d’abus de droit soulève en soi plus de questions qu’il ne prétend en régler.

[175] Pour tous ces motifs, je suis d’avis qu’il n’est pas approprié de renvoyer à la doctrine de l’abus de droit ni de s’appuyer sur elle en l’espèce. Le présent pourvoi invite notre Cour à simplement appliquer l’obligation d’exécution honnête, sans plus. Transplanter la doctrine de l’abus de droit dans le contexte de la common law est non seulement inutile en l’espèce, mais le faire sans renvoyer au contexte plus large dans lequel la bonne foi s’applique en common law causera beaucoup d’incertitude.

## (2) L’exercice fautif d’un droit

[176] Le fait que les juges majoritaires se fondent sur la notion d’abus de droit en droit civil me mène à une critique finale sur le fond : en mettant l’accent sur l’exercice fautif d’un droit, ils faussent l’analyse décrite dans l’arrêt *Bhasin* et gommant la distinction entre l’exécution honnête et la bonne foi dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire contractuel.

[177] L’élément essentiel d’une demande fondée sur l’exécution honnête est qu’une partie a fait des déclarations malhonnêtes concernant l’exécution du contrat qui sont à l’origine d’une perte pour l’autre partie. *Ce n’est pas* qu’un droit a été exercé

even dishonest. Here, for example, the complaint hinges on Baycrest’s deceptive conduct *preceding* the exercise of the termination clause. By relying on Baycrest’s misleading representations, Callow missed the opportunity to bid on other contracts. The exercise of the termination clause is relevant only in the sense that it was the subject of the misrepresentation.

[178] I recognize that, in *Bhasin*, Cromwell J. stated that the defendant breached the duty of honest performance when it “failed to act honestly with [the plaintiff] in exercising the non-renewal clause” (para. 103). This phrasing, however, mirrored the trial judge’s finding that the defendant “acted dishonestly toward Bhasin in exercising the non-renewal clause” (*Bhasin v. Hrynew*, 2011 ABQB 637, 526 A.R. 1, at para. 261, quoted in *Bhasin*, at para. 94). Elsewhere, Cromwell J. is clear that the breach “consisted of [the defendant’s] failure to be honest with [the plaintiff] about its contractual performance and, in particular, with respect to its settled intentions with respect to renewal” (para. 108). This reflects the general framework that he describes, i.e., that the duty of honest performance “is a simple requirement not to lie or mislead the other party about one’s contractual performance” (para. 73).

[179] Maintaining analytical clarity about the source of the breach — the dishonesty that preceded the termination, and not the termination itself — is important for two reasons. First, a breach of the duty of honest performance may arise from many aspects of performance. The general rule enunciated in *Bhasin* provides a clear standard that can be applied across different contexts, including to the facts of this appeal. There is no benefit in developing a separate analysis that responds narrowly to dishonesty concerning the exercise of a contractual right. Doing so will only make the law more confused and difficult to apply.

de manière fautive, abusive ou même malhonnête. En l’espèce, par exemple, la plainte repose sur la conduite trompeuse de Baycrest qui a *précédé* le recours à la clause de résiliation. En se fiant aux déclarations trompeuses de Baycrest, Callow a raté l’occasion de présenter des soumissions en vue d’obtenir d’autres contrats. Ce recours à la clause de résiliation n’est donc pertinent que dans la mesure où il a fait l’objet de la déclaration inexacte.

[178] Certes, dans l’arrêt *Bhasin*, le juge Cromwell a affirmé que le défendeur avait manqué à l’obligation d’exécution honnête lorsqu’il « n’a pas agi honnêtement envers [le demandeur] en recourant à la clause de non-renouvellement » (par. 103). Toutefois, cette formulation reflète la conclusion de la juge de première instance portant que le défendeur [TRADUCTION] « a agi malhonnêtement envers M. Bhasin en recourant à la clause de non-renouvellement » (*Bhasin c. Hrynew*, 2011 ABQB 637, 526 A.R. 1, par. 261, cité dans *Bhasin*, par. 94). Ailleurs, le juge Cromwell a exprimé clairement que le manquement reposait sur le fait que « [la défenderesse] n’a pas exécuté honnêtement le contrat conclu avec [le demandeur], plus particulièrement en ce qui concerne ses intentions arrêtées quant au renouvellement » (par. 108). Cela reflète le cadre d’analyse général qu’il décrit, c.-à-d. que l’obligation d’exécution honnête est « une simple exigence faite à une partie de ne pas mentir à l’autre partie ni de la tromper au sujet de l’exécution de ses obligations contractuelles » (par. 73).

[179] Il importe d’assurer la précision analytique concernant la source du manquement — la malhonnêteté qui a précédé la résiliation, et non la résiliation en tant que telle — pour deux raisons. Premièrement, une violation de l’obligation d’exécution honnête peut découler de nombreux aspects de l’exécution. La règle générale énoncée dans l’arrêt *Bhasin* fournit une norme claire qui peut être appliquée dans différents contextes, notamment aux faits du présent pourvoi. Il n’y a aucun avantage à élaborer une analyse distincte qui répond de façon étroite à la malhonnêteté à l’égard de l’exercice d’un droit contractuel. Cela ne ferait que rendre le droit plus confus et difficile à appliquer.

[180] Secondly, the source of the breach distinguishes the duty of honest performance from the duty to exercise contractual discretion in good faith. As discussed above, where a breach of the latter duty is alleged, the focus of the analysis is whether the defendant was entitled to exercise its discretion in the way that it did. By shifting the focus of the honest performance analysis to the manner in which a right was exercised, the majority blurs the boundaries between these two distinct duties. Indeed, it contends that “the duty of honest performance shares a common methodology with the duty to exercise contractual discretionary powers in good faith by fixing, at least in circumstances like ours, on the wrongful exercise of a contractual prerogative” (para. 51).

[181] We are bound by *Bhasin* to treat the duty of honest performance as conceptually distinct from the duty to exercise discretionary powers in good faith (*Atlantic Lottery Corp. Inc. v. Babstock*, 2020 SCC 19, [2020] 2 S.C.R. 420, at para. 65). This is not simply a matter of *stare decisis* and incremental legal development (although it is at least those things); there is also the practical concern that blurred and ambiguous treatment of these two duties has a meaningful impact on the outcome for contracting parties. Contrary to the majority’s suggestion, the wrong at issue in each category of cases is distinct, and the damages available differ accordingly. The award for a breach of the duty of honest performance addresses the effect of the *dishonesty*. In contrast, the award for a breach of the duty to exercise discretion in good faith addresses the effect of the *exercise of discretion itself*. Placing both duties under the umbrella of the “wrongful exercise of a contractual right” obscures these distinctions and thus represents an unfortunate departure from *Bhasin*.

[180] Deuxièmement, la source du manquement établit une distinction entre l’obligation d’exécution honnête et l’obligation d’exercer un pouvoir discrétionnaire contractuel de bonne foi. Comme je l’ai mentionné précédemment, en présence d’une allé-gation de manquement à la seconde de ces obligations, l’analyse se concentre sur la question de savoir si le défendeur avait le droit d’exercer son pouvoir discrétionnaire comme il l’a fait. En concentrant plutôt l’analyse de l’exécution honnête sur la manière dont un droit a été exercé, les juges majoritaires brouillent les frontières entre ces deux obligations distinctes. De fait, ils affirment que « l’obligation d’exécution honnête partage une méthodologie avec l’obligation d’exercer les pouvoirs discrétionnaires de nature contractuelle de bonne foi en se concentrant, du moins dans les circonstances comme celles dont nous sommes saisies, sur l’exercice fautif d’une prérogative contractuelle » (par. 51).

[181] Nous sommes liés par l’arrêt *Bhasin* et devons traiter l’obligation d’exécution honnête comme étant conceptuellement distincte de l’obligation d’exercer les pouvoirs discrétionnaires de bonne foi (*Société des loteries de l’Atlantique c. Babstock*, 2020 CSC 19, [2020] 2 R.C.S. 420, par. 65). Il ne s’agit pas simplement d’une question de *stare decisis* et d’évolution progressive du droit (bien qu’il s’agisse à tout le moins de ces deux choses); il existe également une crainte d’ordre pratique que le traitement flou et ambigu de ces deux obligations ait une incidence considérable sur ce qu’il advient pour les parties contractantes. Contrairement à ce que laissent entendre les juges majoritaires, la faute en cause dans chaque catégorie de cas est distincte, et les dommages-intérêts pouvant être accordés diffèrent en conséquence. La réparation accordée pour une violation de l’obligation d’exécution honnête se rapporte à l’effet de la *malhonnêteté*. En revanche, celle accordée pour un manquement à l’obligation d’exercer un pouvoir discrétionnaire de bonne foi se rapporte à l’effet de *l’exercice du pouvoir discrétionnaire comme tel*. Considérer ces deux obligations comme relevant de « l’exercice fautif d’un droit contractuel » obscurcit ces distinctions et représente donc un écart malencontreux par rapport à l’arrêt *Bhasin*.

#### IV. Conclusion

[182] I would allow the appeal, set aside the Court of Appeal decision, and reinstate the judgment of the trial judge with costs in this Court and the courts below.

The following are the reasons delivered by

[183] CÔTÉ J. (dissenting) — What constitutes actively misleading conduct in the context of a contractual right to terminate without cause? Where should the line be drawn between active dishonesty and permissible non-disclosure of information relevant to termination? Does a party to a contract have an obligation to dissuade his counterparty from entertaining hopes regarding the duration of their business relationship? These are the questions raised by this appeal.

[184] In this case, the respondents (“Baycrest”) bargained for a right to terminate *at any time and for any other reason than unsatisfactory services* upon giving 10 days’ notice. Baycrest made the decision to terminate, but it chose to wait before sending the notice, as it did not want to jeopardize the performance of other work that was being done by the appellant (“Callow”, referring interchangeably to C.M. Callow Inc. and to its principal, Mr. Christopher Callow). In the meantime, Baycrest became aware that its counterparty was entertaining hopes of a renewal, although it did not say or do anything that materially contributed to those hopes. Baycrest did nothing to discourage them; such conduct may not be laudable, but it does not fall within the category of “active dishonesty” prohibited by the contractual duty of honest performance.

#### I. Issue on Appeal

[185] Both of my colleagues seem to agree on the following propositions.

#### IV. Conclusion

[182] Je suis d’avis d’accueillir l’appel, d’annuler la décision de la Cour d’appel et de rétablir le jugement de la juge de première instance, avec dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

Version française des motifs rendus par

[183] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — Que signifie tromper activement son cocontractant dans le contexte d’un droit contractuel de résilier un contrat sans motif? Où tracer la ligne entre conduite malhonnête et non-divulgation légitime de l’intention de mettre fin à un contrat? Une partie à un contrat doit-elle dissuader l’autre de nourrir des espoirs quant à la poursuite de leur relation d’affaires? Telles sont les questions soulevées par le pourvoi.

[184] En l’espèce, les intimées (« Baycrest ») ont négocié un droit de résilier leur contrat à *tout moment et pour toute raison autre qu’une insatisfaction liée aux services rendus* moyennant un préavis de 10 jours. Baycrest a pris la décision de résilier, mais elle a choisi d’attendre avant d’envoyer le préavis, car elle ne voulait pas compromettre l’exécution des autres travaux effectués par l’appelante (« Callow », référant de manière interchangeable soit à l’entreprise C.M. Callow Inc., soit à son dirigeant, M. Christopher Callow). Entre-temps, Baycrest a appris que son cocontractant entretenait des espoirs de renouvellement, bien qu’aucune de ses paroles ou actions n’ait pu y contribuer de façon significative. Baycrest n’a rien fait pour dissiper ces espoirs; une telle conduite n’est peut-être pas louable, mais elle ne tombe pas dans la catégorie de la « conduite malhonnête » prohibée par l’obligation contractuelle d’exécution honnête.

#### I. Question en litige

[185] Mes deux collègues semblent s’entendre sur les propositions suivantes.

[186] First, this case concerns solely the duty of honest performance and not the duty to exercise discretionary powers in good faith (these two duties were distinguished in *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at paras. 47, 50 and 72-73).

[187] Second, the duty of honest performance “means simply that parties must not lie or otherwise knowingly mislead each other about matters directly linked to the performance of the contract” (*Bhasin*, at para. 73).

[188] Third, there is no duty to disclose information or one’s intentions with respect to termination (*Bhasin*, at paras. 73 and 87).

[189] Fourth, there is no need to extend the law by recognizing a new duty of good faith relating to “active non-disclosure”.

[190] I take it we all agree with these premises. Therefore, the issue, when properly framed, bears on the distinction referred to in *Bhasin* (at paras. 73 and 86-87) between actively misleading conduct and permissible non-disclosure. In the context of this case it comes down to this: did Baycrest lie or otherwise knowingly mislead Callow into thinking that there was no risk it would exercise its right to terminate the winter agreement for any other reason than unsatisfactory services? The answer to this question is no.

[191] Before turning to my analysis, I wish to express my substantial agreement with Justice Brown’s observations insofar as they pertain to the role of external legal concepts. Justice Kasirer states at para. 44 of his reasons that “[n]o expansion of the law set forth in *Bhasin* is necessary” to dispose of this appeal. However, he then embarks on, and I say this respectfully, an unnecessary comparative exercise between the civil law and the common law under the pretext of “dialogue”. I am perplexed by the virtues of “dialogue” in a case like this one where

[186] En premier lieu, la présente affaire ne porte que sur l’obligation d’exécution honnête et non sur l’obligation d’exercer des pouvoirs discrétionnaires de bonne foi (ces deux obligations ont été distinguées dans l’arrêt *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 47, 50 et 72-73).

[187] En deuxième lieu, l’obligation d’exécution honnête « signifie simplement que les parties ne doivent pas se mentir ni autrement s’induire intentionnellement en erreur au sujet de questions directement liées à l’exécution du contrat » (*Bhasin*, par. 73).

[188] En troisième lieu, les parties n’ont pas d’obligation de divulguer des renseignements ni leur intention quant à la résiliation du contrat (*Bhasin*, par. 73 et 87).

[189] En quatrième lieu, il n’est pas nécessaire d’élargir la common law en reconnaissant une nouvelle obligation de bonne foi destinée à encadrer la « non-divulgaration intentionnelle ».

[190] Je comprends que nous nous entendons tous sur ces prémisses. Dûment formulée, la question en litige porte donc sur la distinction évoquée dans l’arrêt *Bhasin* (par. 73 et 86-87) entre la tromperie active et la non-divulgaration légitime. Dans le contexte de la présente affaire, il s’agit de savoir si Baycrest a menti à Callow ou l’a intentionnellement induit à croire à tort qu’elle ne risquait pas d’exercer son droit à la résiliation du contrat hivernal pour toute raison autre qu’une insatisfaction liée aux services rendus. La réponse est non.

[191] Avant d’entreprendre mon analyse, je tiens à mentionner que je souscris à l’essentiel des observations du juge Brown dans la mesure où elles se rapportent au rôle des notions juridiques externes. Le juge Kasirer affirme au par. 44 de ses motifs qu’« [i]l n’est pas nécessaire d’étendre la portée de la règle de droit énoncée dans l’arrêt *Bhasin* » pour trancher la présente affaire. Toutefois, il se lance ensuite, et je le dis avec égards, dans une comparaison inutile entre le droit civil et la common law sous un prétexte de « dialogue ». Je suis perplexe quant aux avantages

no gaps in the common law need to be filled and no rules need to be modified. I do not see why we should adopt such an approach, one that provides no palpable benefits and that is also arbitrary and unpredictable.

[192] That being said, I believe that the common law as it now stands does not support the result my colleagues arrive at. I am afraid that the unnecessary debate about comparative legal exercises may have diverted attention from the facts of this case as they are.

## II. Ambit of the Duty of Honest Performance

### A. *Context in Which the Duty Was Created*

[193] In *Bhasin*, the Court unanimously introduced the contractual duty of honest performance as a “new common law duty under the broad umbrella of the organizing principle of good faith performance of contracts” (para. 72). Cromwell J. stressed that this was no more than a “modest, incremental step” (para. 73; see also paras. 82 and 89), with the duty of honest performance being a “minimum standard” (para. 74).

[194] In Cromwell J.’ opinion, the new duty would “interfer[e] very little with freedom of contract” (para. 76); so little that he thought such interference would be “more theoretical than real” (para. 81). On the subject of the organizing principle of good faith from which it grew, Cromwell J. stated:

The principle of good faith must be applied in a manner that is consistent with the fundamental commitments of the common law of contract which generally places great weight on the freedom of contracting parties to pursue their individual self-interest. In commerce, a party may sometimes cause loss to another — even intentionally — in the legitimate pursuit of economic self-interest . . . . The development of the principle of good faith must be clear not to veer into a form of *ad hoc* judicial moralism or “palm tree” justice. In particular, the organizing principle of good

d’un tel « dialogue » dans un cas comme celui-ci où il n’y a pas lieu de combler une lacune dans la common law ni de modifier l’une ou l’autre de ses règles. Je ne vois pas pourquoi nous devrions adopter cette approche arbitraire, imprévisible et dont les bénéfices sont loin de sauter aux yeux.

[192] Cela dit, je crois que l’état actuel de la common law ne permet pas d’arriver au résultat auquel parviennent mes collègues. Je crains que l’inutile débat sur les exercices de droit comparé n’ait détourné l’attention des faits de cette affaire tels qu’ils sont.

## II. La portée de l’obligation d’exécution honnête

### A. *Le contexte dans lequel l’obligation a été créée*

[193] Dans l’arrêt *Bhasin*, la Cour a accepté à l’unanimité de créer une obligation contractuelle d’exécution honnête, une « nouvelle obligation en common law au sein du vaste principe directeur de l’exécution de bonne foi des contrats » (par. 72). Le juge Cromwell a souligné qu’il ne s’agissait que d’une « étape modeste élaborée de façon progressive » (par. 73; voir aussi par. 82 et 89), l’obligation d’exécution honnête étant une « norme minimale » (par. 74).

[194] De l’avis du juge Cromwell, la nouvelle obligation ne « porte[rait] [que] très peu atteinte à la liberté contractuelle » (par. 76), si peu qu’il estimait que la possibilité d’une telle atteinte était « plus théorique que concrète » (par. 81). Au sujet du principe directeur de bonne foi dont l’obligation est issue, le juge Cromwell a affirmé ce qui suit :

Il convient d’appliquer le principe de la bonne foi d’une manière conforme aux engagements fondamentaux du droit des contrats en common law, lequel accorde généralement beaucoup de poids à la liberté des parties contractantes dans la poursuite de leur intérêt personnel. En matière commerciale, une partie peut parfois causer une perte à une autre partie — même de façon intentionnelle — dans la poursuite légitime d’intérêts économiques personnels [. . .] L’évolution du principe de la bonne foi doit éviter clairement de se transformer en une forme de

faith should not be used as a pretext for scrutinizing the motives of contracting parties. [para. 70]

[195] Cromwell J. also expressed specific concerns relating to the clarity of the duty, its effect on commercial certainty and other practical implications (at paras. 59, 66, 70-71, 73, 79-80 and 86-87). He endeavoured to explain what the new duty was *not*:

The duty of honest performance that I propose should not be confused with a duty of disclosure or of fiduciary loyalty. A party to a contract has no general duty to subordinate his or her interest to that of the other party. [Emphasis added; para. 86.]

[196] Turning to a positive description, he stressed that the duty of honest performance *was* a “simple requirement” not to lie or knowingly mislead about matters directly linked to performance of the contract (para. 73).

[197] The requirement that parties not lie is straightforward. But what kind of conduct is covered by the requirement that they not otherwise knowingly mislead each other? Absent a duty to disclose, it is far from obvious when exactly one’s silence will “knowingly mislead” the other contracting party. Are we to draw sophisticated distinctions between “mere silence” and other types of silence, as Brown J. suggests? If that be so, I wonder how a contracting party — on whom, I note, the law imposes *neither* “a duty of loyalty or of disclosure” *nor* a requirement “to forego advantages flowing from the contract” (*Bhasin*, at para. 73) — is supposed to know at what point a permissible silence turns into a non-permissible silence that may constitute a breach of contract. With the greatest respect, I do not believe such casuistry is compatible with the “simple requirement” Cromwell J. meant to set out in *Bhasin*.

moralisme judiciaire ponctuel ou en une justice au cas par cas. Plus particulièrement, le principe directeur de bonne foi ne devrait pas servir de prétexte à un examen approfondi des intentions des parties contractantes. [par. 70]

[195] Le juge Cromwell a également exprimé certaines préoccupations relatives à la clarté des exigences imposées par la nouvelle obligation, à son effet sur la stabilité des contrats et aux conséquences pratiques de celle-ci (par. 59, 66, 70-71, 73, 79-80 et 86-87). Il s’est efforcé d’expliquer ce que la nouvelle obligation *n’était pas* :

L’obligation d’exécution honnête que je propose ne devrait pas être confondue avec l’obligation de divulgation ni avec celle de loyauté qui incombe au fiduciaire. Une partie contractante n’est pas généralement tenue de subordonner ses intérêts à ceux de l’autre partie. [Je souligne; par. 86.]

[196] Passant à une description positive, il a souligné que l’obligation d’exécution honnête *était* « une simple exigence » de ne pas se mentir ni de s’induire intentionnellement en erreur sur des questions directement liées à l’exécution du contrat (par. 73).

[197] L’obligation faite aux parties de ne pas se mentir ne nécessite aucun commentaire. Reste à savoir quel type de conduite relève de l’obligation de ne pas s’induire intentionnellement en erreur. Étant donné l’absence d’une obligation de divulguer des renseignements, il est difficile de déterminer à partir de quand le silence d’une partie induira intentionnellement l’autre partie en erreur. Devons-nous faire des distinctions subtiles entre un « simple silence » et d’autres types de silence, comme le propose le juge Brown? Si tel est le cas, je me demande comment les parties contractantes — à qui, je le répète, le droit n’impose *pas* de « devoir de loyauté ou de divulgation » ni d’obligation de « renonce[r] à des avantages découlant du contrat » (*Bhasin*, par. 73) — comment les parties contractantes, donc, sont censées savoir à quel moment un silence acceptable se transforme en un silence inacceptable susceptible de constituer une violation de contrat. En toute déférence, je ne crois pas que ce genre de casuistique soit compatible avec la « simple exigence » qu’entendait énoncer le juge Cromwell dans l’arrêt *Bhasin*.

[198] As Cromwell J. put it, “a clear distinction can be drawn between a failure to disclose a material fact, even a firm intention to end the contractual arrangement, and active dishonesty” (para. 86 (emphasis added)). He added that “*United Roasters* makes it clear that there is no unilateral duty to disclose information relevant to termination. But the situation is quite different, as I see it, when it comes to actively misleading or deceiving the other contracting party in relation to performance of the contract” (para. 87 (emphasis added)). These words should be taken at face value. The duty of honest performance should remain “clear and easy to apply” (para. 80).

#### B. *Permissible Non-disclosure*

[199] It must be borne in mind that all obligations flowing from the duty of honest performance are “negative” obligations (P. Daly, “La bonne foi et la common law: l’arrêt *Bhasin c. Hrynew*”, in J. Torres-Ceyte, G.-A. Berthold and C.-A. M. Péladeau, eds., *Le dialogue en droit civil* (2018), 89, at pp. 101-2; see also Kasirer J.’s reasons, at para. 86). Extending the duty beyond that scope would “detract from . . . certainty in commercial dealings” (*Bhasin*, at para. 80).

[200] Therefore, silence cannot be considered dishonest within the meaning of *Bhasin* unless there is a positive obligation to speak. Such an obligation does not arise simply because a party to a contract realizes that his counterparty is operating under a mistaken belief.

[201] Absent a duty of disclosure, that is, absent any kind of free-standing positive obligation flowing from the duty of honest performance, a party to a contract has no obligation to correct his counterparty’s mistaken belief unless the party’s active conduct has *materially* contributed to it (see, in a different context, T. Buckwold, “The Enforceability of Agreements to Negotiate in Good Faith: The Impact of *Bhasin v. Hrynew* and the Organizing Principle

[198] Selon le juge Cromwell, « il est possible d’établir une nette distinction entre l’omission de déclarer un fait important, même s’il s’agit de la ferme intention de mettre fin à un contrat, et la conduite malhonnête » (par. 86 (je souligne)). Plus loin, il ajoute : « L’arrêt *United Roasters* indique clairement qu’il n’existe pas d’obligation unilatérale de divulgation de renseignements lorsqu’il s’agit de mettre fin au contrat. Or, la situation est assez différente, à mon avis, lorsqu’il s’agit d’induire en erreur ou de tromper activement l’autre partie contractante au sujet de l’exécution du contrat » (par. 87 (je souligne)). Il y a lieu de prendre ces propos au pied de la lettre, car l’obligation d’exécution honnête doit demeurer « claire et d’application simple » (par. 80).

#### B. *La non-divulgation légitime*

[199] Il faut garder à l’esprit que toutes les obligations découlant de l’exécution honnête sont « négatives » (P. Daly, « La bonne foi et la common law : l’arrêt *Bhasin c. Hrynew* », dans J. Torres-Ceyte, G.-A. Berthold et C.-A. M. Péladeau, dir., *Le dialogue en droit civil* (2018), 89, p. 101-102; voir également les motifs du juge Kasirer, par. 86). Étendre davantage la portée de l’obligation d’exécution honnête « écartera[it] la stabilité des opérations commerciales » (*Bhasin*, par. 80).

[200] Par conséquent, le silence ne saurait être considéré comme malhonnête au sens de l’arrêt *Bhasin*, à moins qu’il n’y ait une obligation positive de parler. Or, une telle obligation ne naît pas du seul fait qu’une partie au contrat s’aperçoit que son cocontractant agit sur le fondement d’une croyance erronée.

[201] En l’absence d’une obligation de divulgation, c’est-à-dire en l’absence d’une obligation positive et indépendante découlant de l’exécution honnête, une partie à un contrat ne saurait être tenue de corriger la croyance erronée de son cocontractant à moins d’y avoir contribué *de façon significative* par sa conduite (voir, dans un contexte différent, T. Buckwold, « The Enforceability of Agreements to Negotiate in Good Faith : The Impact of *Bhasin v.*

of Good Faith in Common Law Canada” (2016), 58 *Can. Bus. L.J.* 1, at pp. 12-13).

[202] What constitutes a material contribution will obviously depend upon the context, which includes the nature of the parties’ relationship (see Brown J.’s reasons, at para. 133) as well as the relevant provisions of the contract. But the reason underlying this requirement is a practical one that is consistent with *Bhasin*’s emphasis on commercial expectations (at paras. 1, 34, 41, 60 and 62): parties that prefer not to disclose certain information — which they are entitled not to do — are not required to adopt a new line of conduct in their contractual relationship simply because they chose silence over speech.

[203] It cannot be that the law, on the one hand, allows contracting parties not to disclose information but, on the other hand, negates that possibility by imposing a standard of conduct that is at odds with the spontaneous attitudes — such as evasiveness and equivocation — parties might have when their conversations bear precisely on what they wish not to disclose.

[204] Even though parties who make that choice must be careful with what they say or do, especially if they become aware that their counterparties are operating under a mistaken belief, they should not be asked to behave as if their actions were being scrutinized under a microscope to determine whether they have contributed to that mistaken belief. Such a requirement would be unacceptable.

[205] In the context of a right to terminate a contract without cause, a party that intends to end an agreement does not have to convey hints in order to alert his counterparty that their business relationship is in danger. No duty of disclosure should mean no duty of disclosure.

*Hrynew and the Organizing Principle of Good Faith in Common Law Canada* » (2016), 58 *Rev. can. dr. comm.* 1, p. 12-13).

[202] Pour déterminer si une contribution est significative, il faudra bien entendu examiner le contexte, y compris la nature de la relation entre les parties (voir les motifs du juge Brown, par. 133), de même que les dispositions contractuelles pertinentes. Mais la raison sous-jacente à cette exigence est d’ordre pratique et tient compte de l’importance que l’arrêt *Bhasin* accorde aux attentes commerciales (par. 1, 34, 41, 60 et 62) : les parties qui préfèrent ne pas divulguer certains renseignements — comme cela leur est permis — ne sont pas tenues d’adopter une nouvelle ligne de conduite dans leur relation contractuelle simplement parce que le silence leur a paru préférable à la parole.

[203] La common law ne saurait d’une part, permettre aux parties contractantes de ne pas divulguer des renseignements, mais anéantir cette possibilité, d’autre part, en imposant à ces parties une norme de conduite irréconciliable avec les attitudes spontanées — évatives et équivoques — prises quand, au détour d’une conversation, elles se trouvent confrontées à cela même qu’elles souhaitent s’abstenir de divulguer.

[204] Certes, les parties qui font un tel choix doivent être circonspectes dans leurs paroles comme dans leurs actions, surtout si elles apprennent que leur cocontractant agit sur le fondement d’une croyance erronée; mais elles ne devraient pas pour autant être tenues de se comporter comme si chacun de leurs gestes était scruté à la loupe à titre de cause possible de cette croyance erronée. Une telle exigence serait inacceptable.

[205] Dans le contexte d’un droit contractuel de résilier un contrat sans motif, cela signifie qu’une partie désireuse de mettre fin à une entente n’a pas besoin de transmettre de signaux d’alerte pour amener son cocontractant à comprendre que leur relation d’affaires est en danger. S’il n’y a pas d’obligation de divulgation, c’est qu’il n’y en a pas, un point c’est tout.

[206] A party's awareness of his counterparty's mistaken belief will therefore not, in itself, trigger an obligation to speak unless the party has taken positive action that materially contributed to that belief. The active conduct and the mistaken belief must both pertain to contractual performance; otherwise, it could hardly be said that one has "knowingly misle[d] [the] other about matters directly linked to the performance of the contract" (*Bhasin*, at para. 73).

[207] In sum, the "minimum standard" of honesty imposed by the duty of honest performance has to be consistent with the other principles set out in *Bhasin*. It also has to be realistic and not overly formalistic. Absent a duty of disclosure, a party has no obligation to dissuade his counterparty from persisting in a mistaken belief. This does not mean that the party may induce or reinforce such a belief by significant positive actions or representations. There is an obligation to correct this mistaken belief if the party's active conduct has *materially* contributed to it.

### III. Analysis

[208] Callow and Baycrest entered into two two-year contracts: a winter agreement covering mostly snow removal services for the period from November 1, 2012 to April 30, 2014 and a summer maintenance services agreement for the period from May 1, 2012 to October 31, 2013. The winter agreement, which is at issue here, contained the following provision:

9. If the Contractor [i.e. Callow] fails to give satisfactory service to the Corporation [i.e. Baycrest] in accordance with the terms of this Agreement and the specifications and general conditions attached hereto or if for any other reason the Contractor's services are no longer required for the whole or part of the property covered by this Agreement, then the Corporation may terminate this contract upon giving ten (10) days' notice in writing to the Contractor, and

[206] Ainsi, le fait qu'une partie soit consciente de la croyance erronée de son cocontractant ne suffira pas à donner naissance à une obligation de divulgation, à moins que cette partie n'ait posé un acte concret qui a contribué à cette croyance de façon significative. Cet acte concret et cette croyance erronée doivent tous les deux se rapporter à l'exécution contractuelle; autrement, il serait difficile de prétendre qu'une partie a « induit[t] intentionnellement [l'autre] en erreur au sujet de questions directement liées à l'exécution du contrat » (*Bhasin*, par. 73).

[207] En somme, la « norme minimale » d'honnêteté qu'impose l'obligation d'exécution honnête doit cadrer avec les autres principes énoncés dans l'arrêt *Bhasin*. Elle doit aussi être réaliste et non exagérément formaliste. En l'absence d'une obligation de divulgation, une partie ne saurait être tenue d'empêcher son cocontractant de persister dans une croyance erronée. Cela ne veut pas dire qu'elle peut susciter ou renforcer une telle croyance par des déclarations ou des actes concrets d'une importance non négligeable. Une partie a l'obligation de corriger la croyance erronée de son cocontractant si elle y a contribué de *façon significative* par sa propre conduite.

### III. Analyse

[208] Callow et Baycrest ont conclu deux contrats de deux ans : un contrat hivernal visant principalement des services de déneigement pour la période allant du 1<sup>er</sup> novembre 2012 au 30 avril 2014, et un contrat de services d'entretien estival pour la période allant du 1<sup>er</sup> mai 2012 au 31 octobre 2013. Le contrat hivernal, qui fait l'objet du présent litige, contenait la disposition suivante :

[TRADUCTION]

9. Si l'Entrepreneur [c.-à-d. Callow] ne rend pas des services satisfaisants à la Société [c.-à-d. Baycrest] conformément aux dispositions du présent Contrat et aux devis et conditions générales qui y sont joints, ou si, pour toute raison autre, les services de l'Entrepreneur ne sont plus requis pour les immeubles visés par le Contrat ou pour toute partie de ces immeubles, la Société peut résilier le présent contrat en donnant à l'Entrepreneur un préavis

upon such termination, all obligations of the Contractor shall cease and the Corporation shall pay to the Contractor any monies due to it up to the date of such terminations. [Emphasis added.]

(A.R., vol. III, at p. 10)

[209] In March or April 2013, Baycrest decided to terminate the winter agreement. On September 12, 2013, it gave Callow 10 days' notice that it was terminating the contract. In the meantime, Baycrest had learned that Callow was performing free extra landscaping work and that he was under the impression the winter agreement would not be terminated (trial reasons, 2017 ONSC 7095, at para. 48 (CanLII)).

[210] It can easily be understood from these circumstances that Callow was “shocked” by the termination. Callow believed that, “if there was a problem, he would have expected [Baycrest] to bring it to his attention like [it] had done in the past” (trial reasons, at para. 49). Baycrest’s behaviour was certainly discourteous and cavalier. Yet, that is not the question here. The question is whether Baycrest materially contributed to Callow’s mistaken belief that the contract would not be terminated. If Baycrest did, then it had an obligation to correct that mistaken belief in accordance with its duty of honest performance. Otherwise, it had no obligation to disclose anything.

[211] Before our Court, Callow acknowledged that by entering into the winter agreement, he had taken the risk that Baycrest “may terminate [the contract], but only disclose the termination decision on 10 days’ written notice” (transcript, at p. 11; see also C.A. reasons, 2018 ONCA 896, 429 D.L.R. (4th) 704, at para. 14). I am of the view that according to the terms of the winter agreement, Callow could have found himself in the exact same situation regardless of Baycrest’s behaviour during the spring and summer of 2013. Such a possibility was in fact inherent in the contract he had bargained for.

écrit de dix (10) jours, et dès la résiliation, toutes les obligations de l’Entrepreneur prendront fin et la Société paiera à l’Entrepreneur les sommes qui lui sont dues jusqu’à la date de résiliation. [Je souligne.]

(d.a., vol. III, p. 10)

[209] En mars ou avril 2013, Baycrest a décidé de résilier le contrat hivernal. Le 12 septembre 2013, elle a donné à Callow un préavis de résiliation de 10 jours. Entre-temps, Baycrest a appris que Callow exécutait gratuitement certains travaux d’aménagement paysager, étant sous l’impression que le contrat hivernal ne serait pas résilié (motifs de première instance, 2017 ONSC 7095, par. 48 (CanLII)).

[210] Étant donné ces circonstances, on comprend sans peine que Callow ait été [TRADUCTION] « stupéfait » par la résiliation. Selon ce que croyait Callow, [TRADUCTION] « s’il y avait un problème, il se serait attendu à ce que [Baycrest] le porte à son attention, comme [elle] l’avait fait par le passé » (motifs de première instance, par. 49). Certes, le comportement de Baycrest manquait de courtoisie et de considération. Toutefois, telle n’est pas la question en l’espèce. Il s’agit plutôt de savoir si Baycrest a contribué de façon significative à la croyance erronée de Callow que le contrat ne serait pas résilié. Dans l’affirmative, Baycrest avait l’obligation de corriger cette croyance erronée conformément à son obligation d’exécution honnête. Autrement, elle n’était pas tenue de divulguer quoi que ce soit.

[211] Devant notre Cour, Callow a reconnu qu’en concluant le contrat hivernal, il avait accepté le risque que Baycrest [TRADUCTION] « puisse résilier [le contrat] et divulguer sa décision à cet effet en ne donnant qu’un préavis écrit de 10 jours » (transcription, p. 11; voir également les motifs de la C.A., 2018 ONCA 896, 429 D.L.R. (4th) 704, par. 14). À mon avis, les dispositions du contrat hivernal étaient telles que Callow aurait pu se retrouver exactement dans la situation où il se trouve à présent, et ce quelle que fût la conduite de Baycrest au cours du printemps et de l’été 2013. Une telle possibilité découlait nécessairement du contrat qu’il avait négocié.

[212] Callow essentially submits that Baycrest’s active conduct led him to believe that the winter agreement was no longer at risk of being terminated despite the clear wording of the termination provision. He stresses the following points:

- (1) Baycrest deliberately kept its decision secret because it did not want to jeopardize the performance of the summer agreement;
- (2) Baycrest showed satisfaction with Callow’s services;
- (3) Callow had discussions with Mr. Peixoto and Mr. Campbell regarding the renewal of the winter agreement;
- (4) Baycrest accepted Callow’s “freebie” work; and
- (5) Baycrest was aware of Callow’s mistaken belief.

[213] In my view, the appeal should be dismissed.

[214] The trial judge’s understanding of “active dishonesty” is tainted by an error of law. She did not consider the principle that, in order to amount to a breach of the duty of honest performance, any active dishonesty had to be “directly linked to the performance of the contract” (*Bhasin*, at para. 73). In assessing Baycrest’s conduct, she did not inquire into whether Baycrest had “lie[d] or otherwise knowingly misle[d]” Callow about the exercise of its right to terminate the winter agreement for *any other reason* than unsatisfactory services. This explains why she wrongly insisted on, amongst other things, the need to “address the alleged performance issues” (para. 67) despite the fact that the winter agreement could be terminated even if Callow’s services were satisfactory.

[215] Furthermore, although the trial judge seems to have been aware that there was no duty of disclosure (para. 60), she nonetheless found that Baycrest had acted in bad faith by “withholding the information to ensure Callow performed the summer maintenance services contract” (para. 65; see also para. 76). She never asked herself whether Baycrest

[212] Pour l’essentiel, Callow prétend que la conduite de Baycrest l’a amené à croire que le contrat hivernal ne risquait plus d’être résilié, malgré le libellé clair de la clause de résiliation. Il insiste sur les éléments suivants :

- (1) Baycrest a délibérément tenu sa décision secrète, parce qu’elle ne voulait pas compromettre l’exécution du contrat estival;
- (2) Baycrest s’est montrée satisfaite de ses services;
- (3) Il a eu des discussions avec M. Peixoto et M. Campbell relativement au renouvellement du contrat hivernal;
- (4) Baycrest a accepté ses travaux « bénévoles »;
- (5) Baycrest était au courant de sa croyance erronée.

[213] À mon avis, le pourvoi devrait être rejeté.

[214] L’analyse de la « tromperie active » par la juge de première instance relève d’une compréhension erronée du droit. Aucune considération n’a été accordée au fait que, pour constituer un manquement à l’obligation d’exécution honnête, la tromperie active doit être « directement li[ée] à l’exécution du contrat » (*Bhasin*, par. 73). Lors de son examen de la conduite de Baycrest, la juge de première instance n’a pas cherché à savoir si Baycrest avait [TRADUCTION] « ment[i] [à Callow] ou [l’avait] autrement [induit] intentionnellement en erreur » au sujet de l’exercice de son droit à la résiliation du contrat hivernal *pour toute raison autre* qu’une insatisfaction liée aux services rendus. C’est pourquoi, par exemple, elle a insisté à tort sur la nécessité pour Baycrest [TRADUCTION] « d’aborder les problèmes de rendement allégués » (par. 67) malgré le fait que le contrat hivernal pouvait être résilié même si les services rendus par Callow étaient satisfaisants.

[215] De plus, bien que la juge de première instance semble s’être souvenue de l’inexistence d’une obligation de divulgation (par. 60), elle a néanmoins conclu que Baycrest avait fait preuve de mauvaise foi en [TRADUCTION] « retenant l’information pour s’assurer de la bonne exécution du contrat de services d’entretien estival par Callow » (par. 65; voir aussi

had explicitly or implicitly said or done anything that could have misled Callow into thinking that the contract was at no risk of being terminated for any other reason than unsatisfactory services. It is clear from reading the trial judge's reasons as a whole that the "representations" she found had been made by Baycrest (at paras. 65, 67 and 76) were not directly linked to the performance of the winter agreement. In sum, the trial judge's misunderstanding of the applicable legal principles vitiated the fact-finding process.

[216] Baycrest had bargained for a right to terminate its winter agreement *for any reason and at any time* upon giving 10 days' notice. Its duty of honest performance did not require it to "forego" this undeniable "advantag[e] flowing from the contract" (*Bhasin*, at para. 73). It had no obligation to tell Callow about its decision to terminate the winter agreement until 10 days before the termination was to take effect, as the contract stipulated. Even after Baycrest became aware of Callow's mistaken belief, it had no obligation to refuse the "freebie" work Callow was performing on his own initiative or to correct this mistaken belief he was operating under. Such an obligation would have arisen only if Baycrest had contributed materially to that mistaken belief by inducing it or reinforcing it. In light of the evidence and the trial judge's findings, I am not convinced that Baycrest had done so.

[217] I do not have the same reading as my colleague Kasirer J. about certain of the trial judge's findings of fact (para. 100). These findings expressed in very broad terms should not be insulated from the reasons as a whole and from the evidence that was before the trial judge. For instance, my colleague writes that "Mr. Peixoto made statements to Mr. Callow suggesting that a renewal of the winter maintenance agreement was likely" (para. 95), and he considers that to be a "key finding" (para. 96). However, the trial judge's finding pertained to *what Callow had thought*, not to *what Baycrest had said*

par. 76). Elle ne s'est jamais demandé si Baycrest avait, explicitement ou implicitement, dit ou fait quoi que ce soit qui aurait pu induire Callow à croire erronément que le contrat était à l'abri d'un risque de résiliation pour toute raison autre qu'une insatisfaction liée aux services rendus. À la lecture de l'ensemble des motifs de la juge de première instance, il est clair que les « déclarations » faites par Baycrest (par. 65, 67 et 76) n'étaient pas directement liées à l'exécution du contrat hivernal. En somme, la compréhension erronée par la juge de première instance des principes juridiques applicables a vicié le processus d'appréciation des faits.

[216] Baycrest avait négocié un droit de résilier son contrat hivernal *pour toute raison et à tout moment*, moyennant un préavis de 10 jours. Son obligation d'exécution honnête ne la contraignait pas à « renoncer » à cet indéniable « advantag[e] découlant du contrat » (*Bhasin*, par. 73). Elle n'avait aucune obligation d'informer Callow de sa décision de procéder à la résiliation jusqu'au moment de transmettre le préavis de 10 jours stipulé dans le contrat hivernal. Même après qu'elle eut pris connaissance de la croyance erronée de Callow, Baycrest n'avait pas l'obligation de refuser les travaux que celui-ci a exécutés « bénévolement » de sa propre initiative, ni de corriger la croyance erronée qui l'animait. Une telle obligation n'aurait pris naissance que si Baycrest avait contribué de façon significative à cette croyance erronée en la suscitant ou en la renforçant. Considérant la preuve et les conclusions de la juge de première instance, je ne suis pas convaincue que Baycrest a agi ainsi.

[217] Je ne partage pas la lecture que fait mon collègue, le juge Kasirer, de certaines conclusions de fait tirées par la juge de première instance (par. 100). Ces conclusions, formulées de manière très générale, ne devraient pas être isolées du contexte global des motifs et de la preuve qui a été faite. Par exemple, mon collègue écrit que « M. Peixoto a fait des déclarations à M. Callow laissant entendre qu'un renouvellement du contrat d'entretien hivernal était probable » (par. 95) et il qualifie cela de « conclusion clef » (par. 96). Toutefois, la conclusion tirée par la juge de première instance se rapportait à *ce que*

(trial reasons, at para. 41), which is something quite different. Indeed, as I demonstrate below, the evidence supporting this “key finding” shows that Callow’s thoughts regarding a renewal of the winter agreement had nothing to do with what Baycrest said to him.

[218] I now turn to the application of the foregoing legal principles to the facts of this case.

#### A. *Discussions About Renewal*

[219] Callow argues that Baycrest materially contributed to his mistaken belief by discussing a possible renewal. Indeed, the renewal issue is central in this appeal. It is not disputed that unlike the contract at issue in *Bhasin*, the winter agreement did not contemplate any automatic renewal; it only contemplated termination. Since renewal was not a term of the winter agreement, it cannot be considered “performance of the contract” within the meaning of *Bhasin*. For Callow’s claim to succeed, any breach of the duty of honest performance must pertain to termination.

[220] Both of my colleagues accept Callow’s submission that it can be inferred from the discussions about renewal that the winter agreement was not in danger of termination. I would agree with such a proposition in the following circumstances: if one party leads another to believe that their contract will be renewed, it follows that the other party can reasonably expect their business relationship to be extended rather than terminated. But an inference to that effect cannot be drawn in the abstract. In order to infer that one party, through discussions about renewal, led the other party to think that there was no risk their existing agreement would be terminated, the inference-drawing process must obviously take into account the nature of the risk at stake and what was actually communicated during those discussions. Otherwise, the inference would entail a palpable and overriding error that would be subject to appellate

*Callow pensait* plutôt qu’à *ce que Baycrest avait dit* (motifs de première instance, par. 41), ce qui est très différent. De fait, comme je l’explique ci-dessous, la preuve à l’appui de cette « conclusion clef » démontre que les idées de Callow au sujet du renouvellement du contrat hivernal n’avaient rien à voir avec ce que lui avait dit Baycrest.

[218] J’en viens maintenant à l’application aux faits de l’espèce des principes juridiques exposés ci-avant.

#### A. *Les discussions sur le renouvellement*

[219] Callow soutient que Baycrest a contribué de façon significative à sa croyance erronée en discutant d’un possible renouvellement. Cette question est au cœur du présent pourvoi. Il n’est pas contesté que le contrat hivernal, à la différence du contrat en cause dans l’arrêt *Bhasin*, ne prévoyait pas de renouvellement automatique; il ne prévoyait qu’un droit de résiliation. Comme il ne fait l’objet d’aucune stipulation du contrat hivernal, le renouvellement ne saurait se rapporter à « l’exécution [de ce] contrat » au sens de l’arrêt *Bhasin*. Pour que sa réclamation soit accueillie, Callow doit donc établir que le manquement à l’obligation d’exécution honnête concerne la résiliation du contrat.

[220] Mes deux collègues acceptent l’argument de Callow selon lequel on peut inférer, des discussions sur le renouvellement, qu’aucune menace de résiliation ne pesait sur le contrat hivernal. Je serais d’accord avec une telle proposition dans la situation suivante : si une partie amène l’autre à croire que leur contrat sera renouvelé, il s’ensuit que cette dernière peut raisonnablement s’attendre à ce que la relation d’affaires soit prolongée plutôt que résiliée. Toutefois, une inférence en ce sens ne peut être tirée dans l’abstrait. Pour conclure qu’une partie, par des discussions sur un renouvellement, a amené l’autre partie à penser qu’aucun risque de résiliation ne menaçait le contrat en vigueur, le processus inférentiel doit évidemment tenir compte de la nature du risque en jeu et de ce qui a été communiqué pendant ces discussions. Autrement, l’inférence donnerait lieu à une erreur manifeste et dominante

review (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 22-23).

[221] Here, s. 9 of the winter agreement contemplated that the agreement might be terminated (1) for unsatisfactory services, or (2) for any other reason than unsatisfactory services. Did Baycrest, by discussing renewal, communicate anything that might have led Callow to believe there was no risk the winter agreement would be terminated for *any other reason* than unsatisfactory services? The trial judge described the discussions between the parties as follows:

During the spring and summer of 2013, Callow performed regular weekly grass cutting, garbage pick-up and was in discussions with the condominium corporations' board members to renew the contract for the following summer and also the winter maintenance services contract for a further two years. At this time, Callow had only completed year one of a two-year contract. The contract was supposed to remain in place for the winter of 2013-2014.

After his discussions with Mr. Peixoto and Mr. Campbell, Mr. Callow thought that he was likely to get a two-year renewal of his winter maintenance services contract and they were satisfied with his services. [Emphasis added; paras. 40-41.]

[222] The trial judge, who found Callow to be credible, relied on the following part of his testimony:

**Q.** Now is probably a good time to — well tell me about these discussions. Let's hear what discussions were you having.

**A.** Mostly with Joe [Peixoto], we discussed it, and he said “yeah, it looks good, I'm sure they'll be up for it, let me talk to them”.

**Q.** Up for what?

**A.** A two-year renewal.

qui serait susceptible de contrôle en appel (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 22-23).

[221] En l'espèce, l'art. 9 du contrat hivernal permettait la résiliation (1) si les services n'étaient pas satisfaisants, ou (2) pour toute raison autre que l'insatisfaction liée aux services rendus. Il s'agit de savoir si, en discutant du renouvellement, Baycrest a communiqué quoi que ce soit qui aurait pu amener Callow à croire que le contrat hivernal n'était menacé d'aucun risque de résiliation pour *toute raison autre* que l'insatisfaction liée aux services rendus. Dans ses motifs, la juge de première instance a décrit les discussions entre les parties de la façon suivante :

[TRADUCTION] Au cours du printemps et de l'été 2013, Callow exécutait des services hebdomadaires réguliers de tonte de pelouse et de cueillette des ordures et avait des discussions avec les membres des conseils des sociétés condominiales en vue de renouveler le contrat pour l'été suivant, et aussi le contrat de services d'entretien hivernal pour deux autres années. À cette époque, un an seulement s'était écoulé sur un contrat de deux ans. Le contrat devait demeurer en vigueur pour l'hiver 2013-2014.

Après ses discussions avec M. Peixoto et M. Campbell, M. Callow croyait qu'il allait probablement obtenir un renouvellement de deux ans de son contrat de services d'entretien hivernal et qu'ils étaient satisfaits de ses services. [Je souligne; par. 40-41.]

[222] La juge de première instance, qui a jugé Callow crédible, s'est appuyée sur la partie suivante de son témoignage :

[TRADUCTION]

**Q.** Ce serait probablement un bon moment pour — eh bien parlez-moi de ces discussions. Racontez-nous quelles discussions vous aviez.

**R.** Surtout avec Joe [Peixoto], nous en avons discuté, et il a dit « ouais, ça se présente bien, je suis sûr qu'ils seront preneurs, laisse-moi leur parler ».

**Q.** Preneurs pour quoi?

**R.** Un renouvellement de deux ans.

**Q.** All right. Anyone else?

**A.** Kyle Campbell I ran into once or twice on site and we had discussions as well too.

**Q.** Okay, and what was your impression of —of — I mean I suppose you already answered....

**A.** That I was likely going to be getting a two-year renewal, there was no reason not to, they were satisfied with the service, they were happy with it. [Emphasis added.]

(A.R., vol. II, at pp. 67-68)

[223] Apparently not much importance was attached to the renewal issue at trial. The amended statement of claim did not even address this issue; it instead focused on Baycrest’s knowledge, Callow’s “freebie” work and the provision of satisfactory services. Even though the trial judge did consider renewal, I note that her findings in this regard bore on Callow’s *mistaken belief* that the winter agreement was likely to be renewed (at para. 41); they did *not* bear on anything Baycrest actually did or said that would have misled Callow into that belief.

[224] What Callow thought is one thing; what Baycrest said or did is another. According to Callow himself, Mr. Peixoto did not propose anything on behalf of Baycrest. Mr. Peixoto’s statement that “I’m sure they’ll be up for it, let me talk to them” (A.R., vol. II, at p. 67) clearly meant that despite his favorable opinion, he was not the one making the decision and that Baycrest had not even considered the mere possibility of a renewal at the time. It certainly could not be inferred from this statement that a renewal was likely. Callow’s testimony does not suggest that he was misled into believing that Baycrest was actually contemplating a renewal — Mr. Peixoto’s response instead presupposes the contrary — nor does it suggest that Baycrest did or said anything to negate the risk Callow took that his contract might be terminated for any other reason than unsatisfactory services. Indeed, Callow insisted that he had believed a renewal was likely because “there was no reason

**Q.** D’accord. Quelqu’un d’autre?

**R.** J’ai croisé Kyle Campbell une ou deux fois sur place et nous avons aussi eu des discussions.

**Q.** D’accord, et quelle a été votre impression de — de — en fait, je suppose que vous avez déjà répondu. . .

**R.** Que j’allais vraisemblablement obtenir un renouvellement de deux ans, il n’y avait aucune raison de ne pas l’obtenir, ils étaient satisfaits du service, ils en étaient ravis. [Je souligne.]

(d.a., vol. II, p. 67-68)

[223] Apparemment, on n’a pas accordé beaucoup d’importance à la question du renouvellement en première instance. La déclaration modifiée n’en faisait aucune mention; elle se focalisait plutôt sur ce que Baycrest savait, sur le « bénévolat » de Callow et sur la prestation de services satisfaisants. Même si la juge de première instance a abordé la question du renouvellement, je souligne que ses conclusions à cet égard portent sur la *croissance erronée* de Callow que le contrat hivernal serait sans doute renouvelé (par. 41); elles ne portent *pas* sur ce que Baycrest a fait ou dit qui aurait pu amener Callow à croire erronément cela.

[224] Ce que pensait Callow est une chose; ce qu’a dit ou fait Baycrest en est une autre. Selon Callow lui-même, M. Peixoto n’a rien proposé au nom de Baycrest. Il est clair que l’affirmation de M. Peixoto — [TRADUCTION] « je suis sûr qu’ils seront preneurs, laisse-moi leur parler » (d.a., vol. II, p. 67) — signifiait que malgré son opinion favorable, ce n’était pas lui qui prenait la décision et que Baycrest n’avait même pas envisagé la possibilité d’un renouvellement à ce moment. On ne pouvait certainement pas inférer de cette affirmation la probabilité d’un renouvellement. Le témoignage de Callow ne laisse pas entendre qu’on l’a faussement amené à croire que Baycrest envisageait bel et bien un renouvellement — la réponse de M. Peixoto présuppose plutôt le contraire —; il ne laisse pas non plus entendre que Baycrest a dit ou fait quoi que ce soit pour éliminer le risque pris par Callow de voir son contrat résilié pour toute raison autre

not to, they were satisfied with the service, they were happy with it” (A.R., vol. II, at p. 68).

[225] In his examination for discovery, Callow had given the same reason for thinking his winter agreement would be renewed, that is, because “there was no reason not to” (A.R., vol. II, at p. 49). He did *not* refer to his discussions with Mr. Peixoto or Mr. Campbell. When asked if anyone had told him that his contract would be renewed, he said he could not recall. The evidence does *not* establish that Mr. Peixoto or Mr. Campbell initiated the discussions about renewal. On the contrary, it suggests that Callow did. When cross-examined about his “freebie” work, Callow admitted that, although he was under the mistaken belief that his contract was likely to be renewed, he was in fact only “*hopeful*” that it would be. *Nowhere* in his testimony did he suggest that he had been given *any* information that could mislead him into believing that Baycrest was seriously contemplating a two-year renewal instead of termination.

[226] The trial judge referred to “active communications . . . between March/April and September 12, 2013, which deceived Callow” (para. 66), and to “representations in anticipation of the notice period” (para. 67; see also paras. 65 and 76). But those references must be read in light of the evidence and the reasons as a whole. Even though the trial judge made credibility findings against Mr. Peixoto and Mr. Campbell and credibility findings in favour of Callow, the evidence pertaining to renewal supports only a very limited number of inferences regarding termination.

[227] At most, it can be said that Mr. Peixoto and Mr. Campbell did not dissuade Callow from entertaining hopes when they had a chance to do so. But, and most importantly, they did not suggest that

qu’une insatisfaction liée aux services rendus. De fait, Callow a affirmé croire en la probabilité d’un renouvellement, car [TRADUCTION] « il n’y avait aucune raison de ne pas l’obtenir, ils étaient satisfaits du service, ils en étaient ravis » (d.a., vol. II, p. 68).

[225] Au cours de son interrogatoire préalable, Callow a justifié de la même façon sa croyance que le contrat hivernal serait renouvelé : parce [TRADUCTION] « [qu’]il n’avait aucune raison de ne pas l’être » (d.a., vol. II, p. 49). Il n’a *pas* fait allusion à ses discussions avec M. Peixoto ou M. Campbell. Lorsqu’on lui a demandé si quelqu’un lui avait dit que son contrat serait renouvelé, il a affirmé ne pas se souvenir. La preuve n’établit *pas* que M. Peixoto ou M. Campbell avaient amorcé les discussions sur le renouvellement. Au contraire, elle tend à indiquer que Callow en est à l’origine. Contre-interrogé au sujet de ses travaux « bénévoles », Callow a admis que derrière sa croyance erronée en un renouvellement probable de son contrat, il n’y avait rien de plus qu’un [TRADUCTION] « *bon espoir* ». Rien dans son témoignage ne laisse entendre qu’on lui a communiqué *quoi que ce soit* qui aurait pu l’induire à croire à tort que Baycrest envisageait sérieusement non pas la résiliation, mais un renouvellement de deux ans du contrat hivernal.

[226] Dans ses motifs, la juge de première instance renvoie aux [TRADUCTION] « communications actives [. . .] entre mars/avril et le 12 septembre 2013, qui ont trompé Callow » (par. 66), et aux « déclarations précédant la période de préavis » (par. 67; voir également par. 65 et 76). Toutefois, ces renvois doivent être considérés à la lumière de la preuve et de l’ensemble des motifs. Même si la juge de première instance a tiré des conclusions défavorables quant à la crédibilité de M. Peixoto et de M. Campbell, ainsi que des conclusions favorables quant à la crédibilité de Callow, la preuve ayant trait au renouvellement n’autorise qu’un nombre très limité d’inferences concernant la résiliation.

[227] Tout au plus peut-on dire que M. Peixoto et M. Campbell n’ont pas mis fin aux espoirs de Callow lorsqu’ils ont eu l’occasion de le faire. Cependant, et cela s’avère déterminant, ils n’ont pas laissé entendre

Baycrest was actually contemplating a continuation of their business relationship. If that had been the case, then I would agree that it might have been justifiable to infer that Callow had been led to believe there was no risk that his existing contract would be terminated before its term. But that was simply not the case here. In my view, the trial judge did not infer from the discussions about renewal that Baycrest had done or said anything to negate the risk that the winter agreement would be terminated for any other reason than unsatisfactory services. Had she made such an inference, it would be subject to appellate review, as it would not be supported by the evidence. Given the context discussed above, Mr. Peixoto's and Mr. Campbell's vague and evasive declarations did not materially contribute to Callow's mistaken belief that would have required Baycrest to disclose additional information.

*B. Baycrest's Satisfaction With Callow's Services*

[228] The trial judge placed great importance on the fact that Callow's services had been satisfactory and that Baycrest's conduct had given him no reason to think otherwise (paras. 22, 27, 29-30, 34-36, 39, 41, 46-47 and 55). I note there is no finding that Baycrest communicated any particular sign of satisfaction pertaining to the performance of the winter agreement past March 19, 2013. That being said, there is nothing dishonest about Baycrest terminating the winter agreement after showing its satisfaction with the quality of Callow's work.

[229] Further, the parties had explicitly contemplated that Baycrest could terminate the winter agreement even if it was satisfied with Callow's performance, as the contract provided that Baycrest could exercise its termination right for any other reason than unsatisfactory services. Thus, positive feedback about Callow's services cannot justify Callow's mistaken belief that the contract would not be terminated.

que Baycrest envisageait réellement la poursuite de leur relation d'affaires. Si tel avait été le cas, je reconnais qu'il aurait pu être justifié d'inférer que Callow avait été amené à croire qu'aucun risque de résiliation ne pouvait précipiter la fin du contrat en vigueur avant l'échéance. Mais ce n'est tout simplement pas ce qui s'est produit en l'espèce. À mon avis, la juge de première instance n'a pas inféré des discussions sur le renouvellement que Baycrest avait, par ses paroles ou ses actions, éliminé le risque que le contrat hivernal soit résilié pour toute raison autre qu'une insatisfaction liée aux services rendus. L'eût-elle fait, son inférence serait susceptible de contrôle en appel, car elle ne se fonderait pas sur la preuve. Considérant le contexte décrit ci-dessus, les déclarations vagues et évasives de M. Peixoto et de M. Campbell n'ont pas contribué de façon significative à la croyance erronée de Callow; partant, Baycrest n'était pas tenue de divulguer des renseignements supplémentaires.

*B. La satisfaction de Baycrest à l'égard des services rendus par Callow*

[228] La juge de première instance a accordé beaucoup d'importance au caractère satisfaisant des services rendus par Callow et à la conduite de Baycrest qui ne lui avait donné aucune raison de penser le contraire (par. 22, 27, 29-30, 34-36, 39, 41, 46-47 et 55). Je constate d'après ses conclusions que Baycrest n'a jamais, après la date du 19 mars 2013, communiqué quelque signe précis de satisfaction que ce soit à l'égard de l'exécution du contrat hivernal. Cela dit, il n'y a rien de malhonnête à ce que Baycrest résilie le contrat hivernal après s'être montrée satisfaite de la qualité des travaux exécutés par Callow.

[229] De plus, les parties avaient expressément prévu que Baycrest pouvait résilier le contrat hivernal malgré sa satisfaction à l'égard des prestations de Callow, car le contrat stipulait que Baycrest pouvait exercer son droit de résiliation pour toute raison autre qu'une insatisfaction liée aux services rendus. Par conséquent, des rétroactions positives concernant les services fournis ne sauraient justifier la croyance erronée de Callow selon laquelle le contrat ne serait pas résilié.

C. *Callow's Mistaken Belief That the Winter Agreement Would Remain in Effect*

[230] The trial judge found that Baycrest had “continu[ed] to represent that the contract was not in danger” (paras. 65 and 76; see also para. 13). This finding was essentially grounded on the overall signs of satisfaction communicated by Baycrest, on its acceptance of the “freebie” work and on Callow’s mistaken belief following the discussions pertaining to renewal. As I have already explained, nothing here required Baycrest to disclose its intent to terminate the winter agreement.

[231] What the trial judge *did not find* is also relevant. She did *not* find that Baycrest had decided to forego its right to terminate the winter agreement. She did *not* find that Baycrest had lied to Callow. She did *not* find that Baycrest had negated the risk taken by Callow that his contract would be terminated for any other reason than unsatisfactory services. Lastly, she did not clearly indicate why Callow so firmly believed “that his winter maintenance services contract would remain in place during the following winter” (para. 13).

[232] Callow’s belief that there was no risk Baycrest would exercise its termination right was based on two things. First, on the positive feedback he had received regarding his services. In his words, Baycrest was “happy with it”. However, this is not very relevant in a context in which Baycrest could terminate the winter agreement for any other reason than unsatisfactory services. Second, and most importantly, Callow’s mistaken belief was based on an erroneous interpretation of the winter agreement.

[233] At trial, Callow testified that he was aware of the termination clause, but that he thought the two-year term made it unenforceable:

C. *La croyance erronée de Callow que le contrat hivernal demeurerait en vigueur*

[230] La juge de première instance a conclu que Baycrest avait [TRADUCTION] « continu[é] d’affirmer que le contrat n’était pas en danger » (par. 65 et 76; voir également par. 13). Cette conclusion était essentiellement fondée sur les signes généraux de satisfaction communiqués par Baycrest, sur son acceptation des travaux « bénévoles » de Callow et sur la croyance erronée qu’avait celui-ci à la suite des discussions sur le renouvellement. Comme je l’ai déjà expliqué, rien de tout cela n’obligeait Baycrest à divulguer son intention de résilier le contrat hivernal.

[231] Les conclusions que la juge de première instance *n’a pas tirées* sont tout aussi pertinentes. Elle *n’a pas* conclu que Baycrest avait décidé de renoncer à son droit de résilier le contrat hivernal. Elle *n’a pas* conclu que Baycrest avait menti à Callow. Elle *n’a pas* conclu que Baycrest avait éliminé le risque pris par Callow de voir son contrat résilié pour toute raison autre qu’une insatisfaction liée aux services rendus. Enfin, elle *n’a pas* indiqué pourquoi Callow croyait si fermement [TRADUCTION] « que son contrat de services d’entretien hivernal demeurerait en vigueur l’hiver suivant » (par. 13).

[232] La croyance de Callow que son contrat était à l’abri d’un risque de résiliation de la part de Baycrest reposait sur deux choses. D’abord, sur la rétroaction positive qu’il avait reçue concernant ses services. Comme il le dit, Baycrest [TRADUCTION] « en étai[t] ravi[e] ». Toutefois, cela n’est pas très pertinent dans un contexte où Baycrest pouvait résilier le contrat hivernal pour toute raison autre qu’une insatisfaction liée aux services rendus. Ensuite, ce qui est le plus important, la croyance erronée de Callow s’appuyait sur une interprétation fautive du contrat hivernal.

[233] Lors de son témoignage au procès, Callow a affirmé avoir eu connaissance de la clause de résiliation, mais avoir cru que la durée de deux ans du contrat rendait cette clause inexécutoire :

**Q.** . . . So, in that letter, there is a — a statement that the termination was in breach of the agreement. So, my question for you is, at that point in time what was your understanding, why was the termination in breach of the agreement?

**A.** Because they asked me, and we entered into a two year agreement, to provide services both summer and winter; and I did so at a reduced rate. I upheld my end of the bargain which was to perform that work at that reduced rate. They — and which I might add, I was not paid for, the landscaping and the final aspect of it, they were supposed to pay me. They didn't do it. And I continued to fulfill my contractual obligations. I expected nothing less than the same from them.

**Q.** So — so, when you — because you talk — but you knew that in the winter contract, there was that termination clause.

**A.** They had a clause written in there. I didn't believe it be enforceable because we had a two year contract. That's the whole idea to a two year contract. You have contract for two years. I provide services for two years and they pay me for those services. [Emphasis added.]

(A.R., vol. II, at p. 120; see also pp. 106-7.)

[234] Even though that was not the position he took in this Court, Callow's uninformed interpretation of the termination provision casts an important light on the reason why he did not believe there was a risk the winter agreement would be terminated for any other reason than unsatisfactory services. The evidence does not suggest that Baycrest said or did anything that could have negated that risk, nor does it suggest that Baycrest had anything to do with Callow's erroneous interpretation of the termination provision. I am therefore of the view that Baycrest was not required to correct Callow's mistaken belief by disclosing information it decided not to disclose.

#### IV. Conclusion

[235] The trial judge erred in concluding that Baycrest had to address performance issues or

[TRADUCTION]

**Q.** . . . Donc, dans cette lettre, il y a une — une déclaration que la résiliation constituait une violation du contrat. Donc, la question que je vous pose est, à ce moment-là, que compreniez-vous, pourquoi la résiliation constituait-elle une violation du contrat?

**R.** Parce qu'ils m'ont demandé, et nous avons conclu un contrat de deux ans, de fournir des services l'été et l'hiver; et je l'ai fait à un tarif réduit. J'ai respecté ma part du marché, qui était de faire les travaux à ce tarif réduit. Ils — et ce pour lesquels, j'ajouterais, je n'ai pas été payé, l'aménagement paysager et l'aspect final de ces travaux, ils devaient me payer. Ils ne l'ont pas fait. Et j'ai continué à remplir mes obligations contractuelles. Je ne m'attendais à rien de moins qu'ils en fassent autant.

**Q.** Donc — donc, lorsque vous — parce que vous parlez — mais vous saviez que dans le contrat hivernal, il y avait cette clause de résiliation.

**R.** Ils avaient une clause écrite là-dedans. Je ne croyais pas qu'elle était exécutoire parce que nous avons un contrat de deux ans. C'est ça l'idée d'un contrat de deux ans. Vous avez un contrat pendant deux ans. Je fournis des services pendant deux ans et ils me paient pour ces services. [Je souligne.]

(d.a., vol. II, p. 120; voir également p. 106-107.)

[234] Même si Callow n'a pas soutenu cette prétention devant notre Cour, son interprétation fautive de la clause de résiliation jette un éclairage important sur la raison pour laquelle il croyait le contrat hivernal à l'abri d'un risque de résiliation pour toute raison autre qu'une insatisfaction liée aux services rendus. La preuve ne suggère pas que Baycrest a dit ou fait quoi que ce soit qui eût pu éliminer ce risque, ni qu'elle a eu quoi que ce soit à voir avec l'interprétation fautive que Callow s'est faite de la clause de résiliation. Par conséquent, je suis d'avis que Baycrest n'était pas tenue de corriger la croyance erronée de Callow en divulguant des renseignements qu'elle avait décidé de taire.

#### IV. Conclusion

[235] La juge de première instance a eu tort de conclure que Baycrest devait aborder les problèmes

provide prompt notice prior to termination (para. 67). She did not inquire into whether Baycrest had made any representations that had misled Callow into thinking Baycrest would not terminate the winter agreement for any other reason than unsatisfactory services. In my view, the trial judge extended the ambit of the duty of honest performance in a way that was not consistent with the other principles set out in *Bhasin*.

[236] In sum, the narrow issue in this appeal comes down to this: Did Baycrest lie or otherwise knowingly mislead Callow into thinking that there was no risk it would exercise its right to terminate the winter agreement for any other reason than unsatisfactory services? There were no outright lies. Baycrest was aware of Callow's mistaken belief that his services would be required for the upcoming winter. But Baycrest never forewent the contractual advantage it had of being able to end the winter agreement at any time upon 10 days' notice. Nor did Baycrest say or do anything that materially contributed to Callow's mistaken belief that the winter agreement would not be terminated for any other reason than unsatisfactory services. Regardless of how its conduct is characterized, Baycrest had no obligation to correct Callow's mistaken belief.

[237] To be clear, the result I arrive at should not be interpreted as meaning that Baycrest's behaviour was appropriate or that Callow has no recourse. It means that Callow's recourse cannot be based on a breach of the duty of honest performance. The trial judge did in fact find that Baycrest had been unjustly enriched by the "freebie" work (at para. 77), but she stated that Callow had not provided evidence of his expenses. That question exceeds the scope of this appeal, however.

[238] I would therefore dismiss the appeal.

*Appeal allowed with costs throughout, CÔTÉ J. dissenting.*

de rendement ou fournir plus tôt le préavis de résiliation (par. 67). Elle ne s'est pas demandé si, par ses déclarations, Baycrest avait induit Callow à croire erronément qu'elle ne mettrait pas fin au contrat hivernal pour toute raison autre qu'une insatisfaction liée aux services rendus. À mon avis, la juge de première instance a élargi la portée de l'obligation d'exécution honnête d'une façon qui n'était pas compatible avec les autres principes énoncés dans l'arrêt *Bhasin*.

[236] En somme, le point en litige dans le présent pourvoi consiste à savoir si Baycrest a menti à Callow ou l'a intentionnellement induit à croire qu'elle ne risquait pas d'exercer son droit à la résiliation du contrat hivernal pour toute raison autre qu'une insatisfaction liée aux services rendus. Il n'y a eu aucun mensonge éhonté. Baycrest savait que Callow croyait à tort qu'on aurait recours à ses services une fois l'hiver venu. Cependant, Baycrest n'a jamais renoncé à l'avantage contractuel qu'elle avait de pouvoir résilier le contrat hivernal à tout moment, moyennant un préavis de 10 jours. Baycrest n'a pas non plus dit ou fait quoi que ce soit qui a contribué de façon significative à la croyance erronée de Callow selon laquelle le contrat hivernal était à l'abri d'un risque de résiliation pour toute raison autre qu'une insatisfaction liée aux services rendus. Aussi discutable qu'ait été sa conduite, Baycrest n'était pas tenue de corriger cette croyance erronée.

[237] Je précise que le résultat auquel j'arrive ne devrait pas être interprété comme voulant dire que le comportement de Baycrest était approprié ou que Callow n'a aucun recours. Il signifie que le recours de Callow ne saurait être fondé sur un manquement à l'obligation d'exécution honnête. En fait, la juge de première instance a conclu que Baycrest s'était injustement enrichie grâce aux travaux « bénévoles » de Callow (par. 77), mais elle a affirmé que celui-ci n'a fourni aucune preuve des dépenses encourues lors de ses travaux. Cette question, toutefois, nous entraîne hors du cadre du présent pourvoi.

[238] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours, la juge CÔTÉ est dissidente.*

*Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Toronto; KMH Lawyers, Ottawa.*

*Procureurs de l'appelante : McCarthy Tétrault, Toronto; KMH Lawyers, Ottawa.*

*Solicitors for the respondents: Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

*Procureurs des intimées : Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Federation of Independent Business: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

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

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