



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2018 Vol. 3

1^{er} cahier, 2018 Vol. 3

Cited as [2018] 3 S.C.R. 3-258

Renvoi [2018] 3 R.C.S. 3-258

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
RENÉE MARIA TREMBLAY

Legal Counsel / Conseillers juridiques

AUDREY-ANNE BERGERON
CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
ANDRÉ GOLDENBERG

LEE ANN GORMAN
LAUREN KOSHURBA
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
ANDREA SUURLAND
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
DIANE THERRIEN
LESLIE-ANNE WOOD

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

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes
MARIE-CHRISTIANE BOUCHER
JULIE BOULANGER
ALEXANDRE CLÉMENT

AUDRA POIRIER
MARIE RODRIGUE

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

Technical Revisors / Révisseuses techniques
SANDRINE AMPLEMAN SUZANNE AUDET
MARYAM ARZANI CATHERINE BALOGH

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 3, 2018

3^e volume, 2018

CONTENTS

R. v. Gagnon 3
Criminal law — Sexual assault — Defences — Honest but mistaken belief in consent — Chief Military Judge putting defence of honest but mistaken belief in consent to court martial panel — Accused acquitted of sexual assault — Appeal Court finding that defence could not be put to panel before limitations set out in Criminal Code were considered — Setting aside of acquittal and order for new trial affirmed — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 273.2(b).

R. v. Normore 5
Criminal law — Trial — Contempt of court — Witness refusing to answer defence counsel's question — Trial judge not taking further steps to elicit evidence and not citing witness for contempt — Court of Appeal holding that trial judge erred in not taking further steps to address refusal to answer and ordering new trial — Convictions restored.

3091-5177 Québec inc. (Éconolodge Aéroport) v. Lombard General Insurance Co. of Canada 8
Civil liability — Contract for services — Obligation to act with prudence and diligence — Theft of cars belonging to guests of park and fly hotel — Guests required to leave their vehicle in open, unfenced, unattended and freely accessible parking lot while travelling — Whether hotel operator liable for theft of cars because of failure to take reasonable steps to secure its parking lot — Civil Code of Québec, art. 2100.

Insurance — Liability insurance — Exclusion — Theft of cars belonging to guests of park and fly hotel — During winter, guests required to hand over their vehicle keys to hotel operator while travelling so that parking lot could be cleared of snow — Hotel operator's liability insurance policy excluding coverage for personal property in its care, custody or control — Whether handover of keys triggered application of exclusion clause.

R. v. Gubbins 35
Criminal law — Evidence — Disclosure — Breathalyzer maintenance records — Scope of Crown's disclosure

Continued on next page

SOMMAIRE

R. c. Gagnon 3
Droit criminel — Agression sexuelle — Moyens de défense — Croyance sincère mais erronée au consentement — Juge militaire en chef soumettant la défense de croyance sincère mais erronée au consentement au comité de la cour martiale — Accusé acquitté d'agression sexuelle — Cour d'appel concluant que ce moyen de défense ne pouvait être soumis au comité avant que soient considérées les limites prévues au Code criminel — Annulation de l'acquiescement et ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès confirmées — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 273.2b).

R. c. Normore 5
Droit criminel — Procès — Outrage au tribunal — Refus par un témoin de répondre à une question de l'avocate de la défense — Juge du procès ne prenant pas d'autres mesures pour obtenir des éléments de preuve et ne citant pas le témoin pour outrage au tribunal — Cour d'appel concluant que le juge a commis une erreur en ne prenant pas d'autres mesures pour traiter le refus de répondre, et ordonnant un nouveau procès — Déclarations de culpabilité rétablies.

3091-5177 Québec inc. (Éconolodge Aéroport) c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard 8
Responsabilité civile — Contrat de service — Obligation d'agir avec prudence et diligence — Vol des voitures de clients d'un hôtel offrant la formule hébergement, stationnement et envol — Clients devant laisser leur véhicule dans un stationnement à aire ouverte, non clôturé, non surveillé et librement accessible pendant leur déplacement — L'hôtelier est-il responsable du vol des voitures en raison de l'absence de mesures raisonnables pour sécuriser son stationnement? — Code civil du Québec, art. 2100.

Assurances — Assurance de responsabilité — Exclusion — Vol des voitures de clients d'un hôtel offrant la formule hébergement, stationnement et envol — Clients devant remettre les clés de leur véhicule à l'hôtelier durant l'hiver afin d'assurer le déneigement du stationnement pendant leur déplacement — Police d'assurance responsabilité de l'hôtelier prévoyant l'exclusion des biens meubles dont il a la garde ou sur lesquels il a un pouvoir de direction ou de gestion de la couverture d'assurance — La remise des clés entraîne-t-elle l'application de la clause d'exclusion?

R. c. Gubbins 35
Droit criminel — Preuve — Communication de la preuve — Registres d'entretien de l'alcootest — Étendue des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

obligations — Crown refusing disclosure of maintenance records for breathalyzer devices to accused charged with impaired driving and driving with blood alcohol level over limit — Whether maintenance records subject to first party disclosure rules or third party disclosure rules — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c).

R. v. Awashish 87

Criminal law — Interlocutory orders — Review — Provincial court judge granting application by accused for disclosure of information regarding existence and relevance of records — Crown applying to superior court for certiorari to quash order — Whether certiorari available to challenge interlocutory rulings.

Prerogative writs — Certiorari — Availability of remedy — Application by Crown for certiorari to quash interlocutory order made by provincial court judge in criminal matter — Whether certiorari available to Crown to challenge order.

Churchill Falls (Labrador) Corp. v. Hydro-Québec 101

Contracts — Performance — Good faith and equity — Duty to renegotiate — Doctrine of unforeseeability — Contract between company and Hydro-Québec respecting construction and operation of hydroelectric plant — Take-or-pay undertaking by Hydro-Québec to buy fixed quantity of electricity produced by plant at fixed prices for 65 years — Hydro-Québec reaping substantial profits from resale of electricity as result of changes in market — Company bringing action for order that Hydro-Québec renegotiate contract and agree to reallocation of benefits — Whether party to contract can require other party to renegotiate contract because of allegedly unforeseeable changes in market since it was signed — Civil Code of Québec, arts. 1375, 1431, 1434.

Callidus Capital Corp. v. Canada 186

Taxation — Goods and services tax — Collection and remittance — Trust for amounts collected — Effect of bankruptcy — Statute creating deemed trust on property of tax debtor in favour of Crown for payment of all amounts of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

obligations du ministère public en matière de communication de la preuve — Refus du ministère public de communiquer les registres d'entretien des alcootests au prévenu accusé de conduite avec les facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite permise — Les registres d'entretien sont-ils assujettis aux règles de communication de la preuve par la partie principale ou à celles de communication de la preuve par un tiers? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 258(1)c).

R. c. Awashish 87

Droit criminel — Ordonnances interlocutoires — Révision — Juge de la cour provinciale accueillant la demande présentée par l'accusée en vue d'obtenir la communication de renseignements sur l'existence et la pertinence de documents — Certiorari demandé par le ministère public en cour supérieure pour faire annuler l'ordonnance — Est-il possible de se prévaloir du certiorari pour contester des décisions interlocutoires?

Brefs de prérogative — Certiorari — Possibilité d'exercer ce recours — Certiorari demandé par le ministère public pour faire annuler l'ordonnance interlocutoire d'une juge de la cour provinciale en matière criminelle — Le ministère public peut-il recourir au certiorari pour contester l'ordonnance?

Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec 101

Contrats — Exécution — Bonne foi et équité — Obligation de renégociation — Théorie de l'imprévision — Contrat entre une compagnie et Hydro-Québec relatif à la construction et à l'exploitation d'une centrale hydroélectrique — Engagement ferme d'Hydro-Québec pour l'achat à prix fixes pendant 65 ans d'une quantité fixe d'électricité produite par la centrale — Profits substantiels au bénéfice d'Hydro-Québec à la suite de changements survenus sur le marché lors de la revente de l'électricité par celle-ci — Recours de la compagnie visant à imposer à Hydro-Québec la renégociation du contrat et une nouvelle répartition des bénéfices — Une partie à un contrat peut-elle exiger de son cocontractant qu'il renégocie le contrat en raison de changements dits imprévisibles survenus sur le marché depuis sa conclusion? — Code civil du Québec, art. 1375, 1431, 1434.

Callidus Capital Corp. c. Canada 186

Droit fiscal — Taxe sur les produits et services — Perception et remise — Montants perçus détenus en fiducie — Effet de la faillite — Fiducie présumée créée par la loi en faveur de la Couronne à l'égard des biens d'un

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

tax collected by tax debtor but not remitted to Crown — Statute also providing that after tax debtor becomes bankrupt, deemed trust does not apply to amounts that were collected or became collectible by tax debtor prior to bankruptcy — Tax debtor failing to remit collected harmonized sales tax and goods and services tax — Crown seeking payment of unremitted tax from tax debtor’s secured creditor on basis of statutory deemed trust mechanism — Tax debtor making assignment in bankruptcy — Crown commencing action against creditor for recovery of unremitted tax — Creditor bringing motion on consent for determination of question of law — Federal Court holding that bankruptcy of tax debtor and application of statute render deemed trust ineffective as against secured creditor who received, prior to the bankruptcy, proceeds from the assets of the tax debtor that were deemed to be held in trust for the Crown — Majority of Court of Appeal setting aside determination — Federal Court order reinstated — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222.

Reference re pan-Canadian securities regulation 189

Constitutional law — Division of powers — Trade and commerce — Securities — Proposal by federal government and some provincial and territorial governments to implement national cooperative capital markets regulatory system including model provincial and territorial statute, federal statute and national securities regulator overseen by federal and provincial ministers — Whether Constitution authorizes implementation of cooperative system — Whether draft federal statute exceeds authority of Parliament over general branch of trade and commerce power — Constitution Act, 1867, s. 91(2).

SOMMAIRE (Fin)

débiteur fiscal en vue du paiement de tous les montants perçus au titre de la taxe par le débiteur fiscal mais non remis à la Couronne — Autre disposition de la loi précisant qu’à compter du moment de la faillite d’un débiteur fiscal la fiducie présumée ne s’applique plus aux montants perçus ou devenus percevables par ce dernier avant la faillite au titre de la taxe — Absence de remise par le débiteur fiscal de la taxe de vente harmonisée et de la taxe sur les produits et services — Demande de paiement des taxes non remises présentée à un créancier garanti du débiteur fiscal sur la base du mécanisme de la fiducie présumée établi par la loi — Cession en faillite par le débiteur fiscal — Introduction par la Couronne contre le créancier d’une action en recouvrement des taxes non remises — Dépôt par consentement d’une requête du créancier en vue de faire trancher un point de droit — Décision de la Cour fédérale portant que la faillite du débiteur fiscal et l’application de la loi ont pour effet de rendre la fiducie présumée inopposable à un créancier garanti qui a reçu, avant la faillite, le produit de biens du débiteur fiscal réputés détenus en fiducie pour la Couronne — Décision infirmée à la majorité par la Cour d’appel — Ordonnance de la Cour fédérale rétablie — Loi sur la taxe d’accise, L.R.C. 1985, c. E-15, art. 222.

Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières 189

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Trafic et commerce — Valeurs mobilières — Proposition du gouvernement fédéral et de certains gouvernements provinciaux et territoriaux pour la mise en place d’un régime coopératif national de réglementation des marchés des capitaux comprenant une loi provinciale et territoriale type, une loi fédérale et un organisme national de réglementation des valeurs mobilières surveillé par un ministre fédéral et des ministres provinciaux — La Constitution autorise-t-elle la mise en place du régime coopératif? — L’ébauche de la loi fédérale excède-t-elle le volet général de la compétence du Parlement en matière de trafic et de commerce? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2).

Warrant Officer J.G.A. Gagnon *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Women’s Legal Education and Action Fund Inc. *Intervener*

INDEXED AS: R. v. GAGNON

2018 SCC 41

File No.: 37972.

2018: October 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT MARTIAL
APPEAL COURT OF CANADA

Criminal law — Sexual assault — Defences — Honest but mistaken belief in consent — Chief Military Judge putting defence of honest but mistaken belief in consent to court martial panel — Accused acquitted of sexual assault — Appeal Court finding that defence could not be put to panel before limitations set out in Criminal Code were considered — Setting aside of acquittal and order for new trial affirmed — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 273.2(b).

Cases Cited

Referred to: *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 273.2.

APPEAL from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada (Bell C.J. and Bennett and Trudel J.J.A.), 2018 CMAC 1, [2018] C.M.A.J. No. 1 (QL), 2018 CarswellNat 234 (WL Can.),

Adjudant J.G.A. Gagnon *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes inc. *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. GAGNON

2018 CSC 41

N° du greffe : 37972.

2018 : 16 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA COUR
MARTIALE DU CANADA

Droit criminel — Agression sexuelle — Moyens de défense — Croyance sincère mais erronée au consentement — Juge militaire en chef soumettant la défense de croyance sincère mais erronée au consentement au comité de la cour martiale — Accusé acquitté d’agression sexuelle — Cour d’appel concluant que ce moyen de défense ne pouvait être soumis au comité avant que soient considérées les limites prévues au Code criminel — Annulation de l’acquittement et ordonnance intimant la tenue d’un nouveau procès confirmées — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 273.2b).

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 273.2.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la cour martiale du Canada (le juge en chef Bell et les juges Bennett et Trudel), 2018 CACM 1, [2018] A.C.A.C. n° 1 (QL), 2018 CarswellNat 233

setting aside the acquittal of the accused and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Mark Létourneau, Jean-Bruno Cloutier and Francesca Ferguson, for the appellant.

Dominic G. J. Martin, Bruce W. MacGregor and Anthony T. Farris, for the respondent.

Kelly McMillan and Shaun O'Brien, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are all of the opinion that the appeal should be dismissed, substantially for the reasons of the majority of the Court Martial Appeal Court of Canada.

[2] However, with respect, on the record before us, we are of the opinion that there was no evidence from which a trier of fact could find that the appellant had taken reasonable steps to ascertain that the complainant was consenting.

[3] In so concluding, we are also of the view that the principles enunciated in *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021, are of no assistance in applying s. 273.2 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[4] It follows that the defence of honest but mistaken belief should not have been put to the panel.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Defence Counsel Services, Gatineau.

Solicitor for the respondent: Canadian Military Prosecution Service, Ottawa.

Solicitor for the intervener: Women's Legal Education and Action Fund Inc., Toronto.

(WL Can.), qui a annulé le verdict d'acquittement prononcé en faveur de l'accusé et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Mark Létourneau, Jean-Bruno Cloutier et Francesca Ferguson, pour l'appelant.

Dominic G. J. Martin, Bruce W. MacGregor et Anthony T. Farris, pour l'intimé.

Kelly McMillan et Shaun O'Brien, pour l'intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE EN CHEF — Nous sommes unanimement d'avis de rejeter le pourvoi, essentiellement pour les motifs de la majorité de la Cour d'appel de la Cour martiale du Canada.

[2] Cependant, avec égards, sur la foi du dossier dont nous sommes saisis, nous sommes d'avis qu'il n'y avait aucune preuve qui permettait à un juge des faits de conclure que l'appelant avait pris des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de la plaignante.

[3] En concluant ainsi, nous sommes également d'opinion que les enseignements de l'arrêt *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021, ne sont d'aucun secours dans l'application de l'art. 273.2 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

[4] Il s'ensuit que la défense de la croyance sincère mais erronée n'aurait pas dû être soumise au comité.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant : Services d'avocats de la défense, Gatineau.

Procureur de l'intimé : Service canadien des poursuites militaires, Ottawa.

Procureur de l'intervenant : Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes inc., Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Alex Normore *Respondent*

INDEXED AS: R. v. NORMORE

2018 SCC 42

File No.: 37993.

2018: October 17.

Present: Wagner C.J. and Abella, Côté, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Criminal law — Trial — Contempt of court — Witness refusing to answer defence counsel's question — Trial judge not taking further steps to elicit evidence and not citing witness for contempt — Court of Appeal holding that trial judge erred in not taking further steps to address refusal to answer and ordering new trial — Convictions restored.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Newfoundland and Labrador (White, Harrington and Hoegg JJ.A.), 2018 NCLA 10, 44 C.R. (7th) 269, [2018] N.J. No. 43 (QL), 2018 CarswellNfld 45 (WL Can.), setting aside the convictions entered by Hurley J., 2016 NLTD(G) 43, 380 Nfld. & P.E.I.R. 248, 1177 A.P.R. 248, [2016] N.J. No. 87 (QL), 2016 CarswellNfld 87 (WL Can.), and ordering a new trial. Appeal allowed.

Sheldon Steeves, for the appellant.

Derek Hogan, for the respondent.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Alex Normore *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. NORMORE

2018 CSC 42

N° du greffe : 37993.

2018 : 17 octobre.

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

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

Droit criminel — Procès — Outrage au tribunal — Refus par un témoin de répondre à une question de l'avocate de la défense — Juge du procès ne prenant pas d'autres mesures pour obtenir des éléments de preuve et ne citant pas le témoin pour outrage au tribunal — Cour d'appel concluant que le juge a commis une erreur en ne prenant pas d'autres mesures pour traiter le refus de répondre, et ordonnant un nouveau procès — Déclarations de culpabilité rétablies.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges White, Harrington et Hoegg), 2018 NCLA 10, 44 C.R. (7th) 269, [2018] N.J. No. 43 (QL), 2018 CarswellNfld 45 (WL Can.), qui a annulé les déclarations de culpabilité prononcées par le juge Hurley, 2016 NLTD(G) 43, 380 Nfld. & P.E.I.R. 248, 1177 A.P.R. 248, [2016] N.J. No. 87 (QL), 2016 CarswellNfld 87 (WL Can.), et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Sheldon Steeves, pour l'appelante.

Derek Hogan, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par

[1] THE CHIEF JUSTICE — Mr. Normore was convicted at trial of attempting to commit murder, uttering a threat to cause death, and breaking and entering a place and committing attempted murder. His appeal against these convictions was allowed by a majority of the Court of Appeal, Hoegg J.A. dissenting. The Crown appeals to this Court as of right. We would allow the appeal.

[1] LE JUGE EN CHEF — Au procès, M. Normore a été déclaré coupable des infractions de tentative de meurtre, de menaces de mort et d'introduction par effraction et tentative de meurtre. L'appel formé par ce dernier contre ces déclarations de culpabilité a été accueilli par la Cour d'appel à la majorité, la juge Hoegg étant dissidente. Le ministère public interjette appel de plein droit devant notre Cour. Nous sommes d'avis d'accueillir l'appel.

[2] We are of the view that the trial judge did not err in the way in which he addressed a witness's refusal to answer a question put to him by defence counsel. It was open to the trial judge to take further steps to attempt to elicit an answer from the witness. However, in all the circumstances of this case, including the marginal bearing of defence counsel's line of questioning on the matters in issue, it was a proper exercise of the trial judge's discretion to instead continue with the main proceedings and to leave the issue of potential contempt proceedings against the witness until a later point in time.

[2] Nous estimons que le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans la manière dont il a traité le refus d'un témoin de répondre à une question que lui a posée l'avocate de la défense. Il était loisible au juge de prendre d'autres mesures pour essayer d'obtenir une réponse de la part du témoin. Cependant, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, y compris l'incidence marginale de la série de questions posées par l'avocate de la défense relativement aux points en litige, le juge du procès a bien exercé son pouvoir discrétionnaire en décidant plutôt de continuer l'instance principale et de remettre à plus tard l'examen de la question relative à la possibilité d'engager une procédure pour outrage contre le témoin.

[3] Even if it is assumed that the trial judge committed an error in the way he addressed the refusal of a witness to answer a question put to him by defence counsel, any such error did not result in a substantial wrong or miscarriage of justice, and the convictions should therefore be upheld pursuant to s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The question the witness refused to answer was put to him by defence counsel in an attempt to raise doubts about who wrote two notes found in Mr. Normore's residence. The trial judge relied on these notes, along with other evidence, to find that Mr. Normore had committed the offences in question. However, in all of the circumstances of this case, including that Mr. Normore subsequently admitted to writing the most incriminating statement in these notes, we are of the view that the trial judge's failure to take further steps to compel the witness to

[3] Même en supposant que le juge de première instance a commis une erreur dans la manière dont il a traité le refus d'un témoin de répondre à une question posée par l'avocate de la défense, une telle erreur n'a pas entraîné un tort important ou une erreur judiciaire grave, et les déclarations de culpabilité devraient donc être maintenues en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. La question à laquelle le témoin a refusé de répondre lui a été posée par l'avocate de la défense en vue de soulever des doutes au sujet de l'identité de l'auteur de deux notes trouvées dans la résidence de M. Normore. Le juge du procès s'est fondé sur ces notes, ainsi que sur d'autres éléments de preuve, pour conclure que M. Normore avait commis les infractions en question. Cependant, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, y compris le fait que M. Normore a par la suite reconnu être l'auteur de

answer the question put to him could not have had an effect on the verdict.

[4] Therefore, the appeal is allowed and the convictions are restored.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Special Prosecutions Office, St. John's.

Solicitor for the respondent: Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.

la déclaration la plus incriminante figurant dans ces notes, nous sommes d'avis que l'omission du juge de prendre d'autres mesures pour obliger le témoin à répondre à la question lui ayant été posée n'aurait pas pu avoir d'incidence sur le verdict.

[4] En conséquence, l'appel est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Special Prosecutions Office, St. John's.

Procureur de l'intimé : Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.

3091-5177 Québec inc., c.o.b. as Éconolodge Aéroport *Appellant*

v.

Lombard General Insurance Company of Canada (now known as Northbridge General Insurance Corporation) *Respondent*

- and -

3091-5177 Québec inc., c.o.b. as Éconolodge Aéroport *Appellant*

v.

AXA Insurance Inc. (now known as Intact Insurance Company) *Respondent*

and

Promutuel Insurance Portneuf-Champlain *Intervener*

Promutuel Insurance Portneuf-Champlain *Appellant*

v.

Lombard General Insurance Company of Canada (now known as Northbridge General Insurance Corporation) *Respondent*

INDEXED AS: 3091-5177 QUÉBEC INC. (ÉCONOLOGIE AÉROPORT) v. Lombard GENERAL INSURANCE CO. OF CANADA
2018 SCC 43

File Nos.: 37421, 37422.

2018: January 10; 2018: October 19.

3091-5177 Québec inc., f.a.s.r.s. Éconolodge Aéroport *Appelante*

c.

Compagnie canadienne d'assurances générales Lombard (maintenant connue sous le nom de Société d'assurance générale Northbridge) *Intimée*

- et -

3091-5177 Québec inc., f.a.s.r.s. Éconolodge Aéroport *Appelante*

c.

AXA Assurances inc. (maintenant connue sous le nom d'Intact compagnie d'assurance) *Intimée*

et

Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d'assurance générale *Intervenante*

Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d'assurance générale *Appelante*

c.

Compagnie canadienne d'assurances générales Lombard (maintenant connue sous le nom de Société d'assurance générale Northbridge) *Intimée*

RÉPERTORIÉ : 3091-5177 QUÉBEC INC. (ÉCONOLOGIE AÉROPORT) c. CIE CANADIENNE D'ASSURANCES GÉNÉRALES LOMBARD
2018 CSC 43

N^{os} du greffe : 37421, 37422.

2018 : 10 janvier; 2018 : 19 octobre.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Civil liability — Contract for services — Obligation to act with prudence and diligence — Theft of cars belonging to guests of park and fly hotel — Guests required to leave their vehicle in open, unfenced, unattended and freely accessible parking lot while travelling — Whether hotel operator liable for theft of cars because of failure to take reasonable steps to secure its parking lot — Civil Code of Québec, art. 2100.

Responsabilité civile — Contrat de service — Obligation d'agir avec prudence et diligence — Vol des voitures de clients d'un hôtel offrant la formule hébergement, stationnement et envol — Clients devant laisser leur véhicule dans un stationnement à aire ouverte, non clôturé, non surveillé et librement accessible pendant leur déplacement — L'hôtelier est-il responsable du vol des voitures en raison de l'absence de mesures raisonnables pour sécuriser son stationnement? — Code civil du Québec, art. 2100.

Insurance — Liability insurance — Exclusion — Theft of cars belonging to guests of park and fly hotel — During winter, guests required to hand over their vehicle keys to hotel operator while travelling so that parking lot could be cleared of snow — Hotel operator's liability insurance policy excluding coverage for personal property in its care, custody or control — Whether handover of keys triggered application of exclusion clause.

Assurances — Assurance de responsabilité — Exclusion — Vol des voitures de clients d'un hôtel offrant la formule hébergement, stationnement et envol — Clients devant remettre les clés de leur véhicule à l'hôtelier durant l'hiver afin d'assurer le déneigement du stationnement pendant leur déplacement — Police d'assurance responsabilité de l'hôtelier prévoyant l'exclusion des biens meubles dont il a la garde ou sur lesquels il a un pouvoir de direction ou de gestion de la couverture d'assurance — La remise des clés entraîne-t-elle l'application de la clause d'exclusion?

The hotel operator owned a park and fly hotel, which invited guests to sleep in its rooms, leave their car in its parking lot while travelling and use its shuttle service to get to the airport. During the winter, guests who left their car in the hotel's parking lot had to hand over their keys at the front desk so that their car could be moved for snow removal. During the winters of 2005 and 2006, two guests had their cars stolen from the hotel's parking lot. The owners were compensated for their losses by their respective insurers, AXA Insurance Inc. and Promutuel Insurance Portneuf-Champlain. Since the insurers were subrogated to the rights of their insured, each of them brought an action against the hotel operator to recover the amount of compensation paid. Promutuel also brought a direct action against the hotel operator's insurer, Lombard General Insurance Company of Canada. In the case between the hotel operator and Axa, the hotel operator pleaded Lombard in warranty. The actions were joined and were heard together.

L'hôtelier est propriétaire d'un hôtel offrant la formule hébergement, stationnement et envol (« *park and fly* »), qui invite les clients à dormir dans ses chambres, à laisser leur voiture dans son stationnement pendant leur voyage et à se rendre à l'aéroport grâce à son service de navette. Durant la période hivernale, les clients qui laissent leur voiture dans le stationnement de l'hôtel doivent remettre leurs clés à la réception afin que leur voiture puisse être déplacée pour assurer le déneigement. Au cours des hivers 2005 et 2006, les voitures de deux clients sont volées dans le stationnement de l'hôtel. Les propriétaires sont indemnisés pour leur perte par leur assureur respectif, soit AXA Assurances Inc. et Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d'assurance générale. Subrogés dans les droits de leurs assurés, ces assureurs intentent chacun un recours contre l'hôtelier pour recouvrer le montant de l'indemnisation versée. Promutuel intente également un recours direct contre l'assureur de l'hôtelier, la Compagnie canadienne d'assurances générales Lombard. Dans le dossier qui l'oppose à Axa, l'hôtelier appelle Lombard en garantie. Les recours intentés sont réunis et instruits ensemble.

In the case between the hotel operator and Axa, the trial judge found the hotel operator liable for the theft of the car, while the hotel operator's liability was accepted in the case between it and Promutuel as a result of a default judgment. The trial judge also found that the clause in the hotel operator's liability insurance policy excluding coverage for property damage (loss of use or physical injury) to personal property in the care, custody or control of the insured did not apply in these cases, despite the fact that the keys to guests' cars had to be left at the hotel's front desk. She therefore ordered Lombard to compensate the hotel operator and Promutuel. The Court of Appeal affirmed the trial judge's judgment with respect to liability for the thefts of cars but allowed the appeal in both cases on the issue of the exclusion clause, which it found to be applicable.

Held: The hotel operator's appeal (file No. 37421) is allowed in part.

Held: Promutuel's appeal (file No. 37422) is allowed.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown and Martin J.J.: The courts below did not err in finding the hotel operator liable for the theft of the car insured by Axa, and there are therefore no grounds for intervention on this issue.

The trial judge did not err in characterizing the contract between the hotel operator and its guests as a contract for services within the meaning of art. 2098 of the *Civil Code of Québec* ("C.C.Q."). The characterization of the contractual relationship between the hotel operator and its guests is a question of mixed fact and law, since it is necessary here to consider the evidence of the parties' common intention; the characterization is therefore entitled to deference on appeal. In characterizing the contract, the trial judge properly considered the full range of services offered by the hotel operator. As a park and fly hotel, it offered its guests a number of services, including accommodation, parking and a shuttle service. It is not appropriate to separate these services given that a package of services is what was considered by guests and advertised by the hotel operator. Because the hotel operator encouraged its guests to leave their vehicle in its parking lot while they were away, the guests were reasonably entitled to expect that it would look after their interests and take such security measures as were necessary in the circumstances. Since there was a contract for services, the hotel operator had an obligation under art. 2100 C.C.Q. to act in the best interests of its guests, with prudence and diligence. The determination

La première juge retient la responsabilité de l'hôtelier pour le vol de la voiture dans le dossier qui l'oppose à Axa, alors que cette responsabilité est acquise par jugement rendu par défaut dans le dossier qui oppose l'hôtelier à Promutuel. La première juge conclut ensuite que la clause incluse dans la police d'assurance responsabilité civile de l'hôtelier, prévoyant une exclusion de couverture pour la privation de jouissance, la détérioration ou la destruction des biens meubles dont l'assurée a la garde ou sur lesquels il a un pouvoir de direction ou gestion, ne s'applique pas en l'espèce, malgré le fait que les clés des voitures des clients doivent être laissées à la réception de l'hôtel. Elle condamne donc Lombard à indemniser l'hôtelier et Promutuel. La Cour d'appel confirme le jugement de la première juge en ce qui concerne la responsabilité pour les vols de voitures mais elle accueille l'appel dans les deux dossiers sur la question de la clause d'exclusion, estimant que celle-ci s'applique en l'espèce.

Arrêt : Le pourvoi formé par l'hôtelier (n° de greffe 37421) est accueilli en partie.

Arrêt : Le pourvoi formé par Promutuel (n° de greffe 37422) est accueilli.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown et Martin : Les instances inférieures n'ont pas erré en concluant que l'hôtelier est responsable du vol de la voiture assurée par Axa, et il n'y a donc pas matière à intervention sur cette question.

La juge de première instance n'a pas commis d'erreur en qualifiant le contrat qui lie l'hôtelier à ses clients de contrat de services au sens de l'art. 2098 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »). La qualification de la relation contractuelle entre l'hôtelier et ses clients est une question mixte de fait et de droit puisqu'elle nécessite ici l'examen de la preuve de l'intention commune des parties; par conséquent, elle commande la déférence en appel. La juge de première instance a considéré avec raison la globalité de l'offre de services de l'hôtelier pour procéder à la qualification du contrat. En tant qu'hôtel de type « park and fly », il offre plusieurs services à ses clients, notamment des services d'hébergement, de stationnement et de navette. Il est inapproprié de dissocier ces services alors que c'est l'ensemble de l'offre qui est considérée par les clients et qui est publicisée par l'hôtelier. Puisque les clients sont invités par l'hôtelier à laisser leur véhicule dans son stationnement pendant leur absence, ils sont raisonnablement en droit de s'attendre à ce que l'hôtelier veille à leurs intérêts et prenne les mesures de sécurité qui s'imposent dans les circonstances. S'agissant d'un contrat de services, l'hôtelier avait l'obligation d'agir au mieux des intérêts de ses clients, avec prudence et diligence, aux

that the hotel operator breached its obligation of prudence and diligence by failing to take reasonable steps to secure its parking lot, unbeknownst to its guests, is a finding of mixed fact and law that is also entitled to deference on appeal, since an assessment of the facts is necessary to make such a finding. Finally, the trial judge's finding that there was a clear causal connection between the fault and the damage is not open to review unless a palpable and overriding error was made, since it is a question of fact.

In addition, there is no palpable and overriding error in the trial judge's finding on the issue of custody of the stolen vehicles that could justify the Court of Appeal's intervention. The guests' handover of their car keys to the hotel operator did not trigger the application of the care, custody or control exclusion clause in the insurance policy.

While custody is a legal concept, the determination of custody is a highly factual question that depends on the specific circumstances of each case. Whether the hotel operator had custody of the vehicles is therefore a question of mixed fact and law, and the trial judge's answer to this question is entitled to deference on appeal. In the instant cases, the judge's finding on the limited effect of the handover of keys was firmly based on an assessment of the evidence.

The handover of keys is certainly a relevant fact in determining custody of the property, since the keys provide access to the vehicle. However, the handover of keys does not automatically transfer custody. To determine whether there has been a transfer of custody and thus control of property, a court must consider all the circumstances, including the reason for any handover of keys. That reason is important because it distinguishes custody from mere physical holding of the vehicles, which are two distinct concepts. A holder of property does not have custody of it where the holder is able to exercise only a limited, and not a general, power over the property. Here, the trial judge's finding that the keys were handed over solely for the purpose of snow removal in the parking lot is supported by the evidence concerning the parties' intention. It was open to the judge to conclude from her analysis of the evidence heard that the hotel operator had the power to move vehicles only when there was a build-up of snow and that this was not sufficient in itself to transfer custody of the stolen cars.

termes de l'art. 2100 *C.c.Q.* La détermination voulant que l'hôtelier ait violé son obligation de prudence et de diligence en ne prenant pas des mesures raisonnables afin de sécuriser son stationnement, et ce, à l'insu de sa clientèle, est une conclusion mixte de fait et de droit qui commande également déférence en appel, car une évaluation des faits est nécessaire pour parvenir à cette conclusion. Enfin, la conclusion de la juge de première instance que le lien causal entre la faute et le dommage était évident ne peut être révisée en l'absence d'erreur manifeste et déterminante, puisqu'il s'agit d'une question de fait.

Par ailleurs, la conclusion de la juge de première instance sur la question de la garde des véhicules volés n'était entachée d'aucune erreur manifeste et déterminante pouvant justifier l'intervention de la Cour d'appel. La remise des clés de leur voiture par les clients à l'hôtelier n'entraîne pas l'application de la clause d'exclusion de garde, direction ou gestion prévue à la police d'assurance.

Bien que la garde soit un concept juridique, la détermination de la garde est une question hautement factuelle qui reste tributaire des circonstances particulières de chaque espèce. Par conséquent, déterminer si l'hôtelier avait ou non la garde des véhicules est une question mixte de fait et de droit et la réponse donnée par la juge de première instance mérite la déférence en appel. En l'espèce, la conclusion de la juge sur la portée limitée de la remise des clés prend solidement appui sur l'évaluation de la preuve administrée.

La remise des clés est certes un fait pertinent dans la détermination de la garde du bien puisque celles-ci permettent l'accès au véhicule. Par contre, la remise des clés ne constitue pas automatiquement un transfert de la garde. Pour déterminer s'il y a eu transfert de la garde et donc du contrôle d'un bien, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances, incluant, le cas échéant, la raison pour laquelle il y a eu une remise de clés. Cette raison est importante, car elle marque la distinction entre la garde et la simple détention physique des véhicules, qui sont deux notions distinctes. Le détenteur d'un bien n'en a pas la garde lorsqu'il ne peut exercer qu'un pouvoir limité, et non général, sur le bien. En l'espèce, la conclusion de la juge de première instance que la remise des clés avait pour seul but de permettre le déneigement du stationnement prend appui sur la preuve de l'intention des parties. La juge pouvait conclure de son analyse de la preuve entendue que le pouvoir de l'hôtelier de déplacer les véhicules était limité aux cas d'accumulation de neige et que cela n'était pas suffisant en soi pour opérer transfert de la garde des voitures volées.

Lastly, there is no inconsistency in the findings of the trial judge, who recognized both that the hotel operator had an obligation of prudence and diligence and that the cars were not in its care, custody or control. The obligations are different in nature. The hotel operator's obligation of prudence and diligence originates in art. 2100 *C.C.Q.*, which governs contracts for services, and attaches to its performance of services. The care, custody or control clause excludes coverage for property over which the insured exercises certain powers; it does not attach to the insured's acts. The hotel operator's obligation to take reasonable steps to secure its parking lot does not imply a sufficient transfer of control and of responsibility for the preservation of a vehicle to result in a change in legal custody.

Per Rowe J.: There is agreement with Gascon J.'s analysis and disposition. With respect to the characterization of the contract between the hotel operator and its clients, it is a question of mixed fact and law because the trial judge found it necessary to have regard to extrinsic evidence in order to ascertain the true nature of the contract. However, where having regard to extrinsic evidence is not needed, characterization remains a question of law.

Cases Cited

By Gascon J.

Referred to: *Uniprix inc. v. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 SCC 43, [2017] 2 S.C.R. 59; *Station Mont-Tremblant v. Banville-Joncas*, 2017 QCCA 939; *Montréal, Maine & Atlantique Canada Cie (Montreal, Maine & Atlantic Canada Co.) (MMA), Re*, 2014 QCCA 2072, 49 R.P.R. (5th) 210; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Groupe Ledor inc., mutuelle d'assurances v. 7041730 Canada inc. (Éconolodge Aéroport (TM))*, 2014 QCCQ 2920; *Tremblay v. 4328175 Canada inc. (Marriott Fairfield Inn & Suites Montréal Aéroport)*, 2017 QCCQ 13774; *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491; *Montréal (Ville) v. Lonardi*, 2018 SCC 29, [2018] 2 S.C.R. 103; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23; *American Home assurances inc. v. Compagnie d'assurances générales Lombard*, 2006 QCCA 112, [2006] R.R.A. 35; *Arkwright-Boston Manufacturers Insurance Co. v. Zurich Insurance Co.*, [1996] R.R.A. 923; *Guay inc. v. I.C.I. Canada inc.*, [1997] R.R.A. 717; *Guardian Insurance Co. of Canada v. Dale and Co.*,

Enfin, il n'existe aucune incohérence entre les conclusions de la juge de première instance qui reconnaît, d'une part, que l'hôtelier avait une obligation de prudence et de diligence et, d'autre part, qu'il n'avait pas la garde des voitures ou de pouvoir de direction ou de gestion sur celles-ci. Il s'agit d'obligations de nature différente. L'obligation de prudence et de diligence de l'hôtelier trouve sa source dans l'art. 2100 *C.c.Q.* qui régit le contrat de service et s'attache à l'exécution des services rendus par l'hôtelier. La clause de garde, direction ou gestion exclut de la couverture les biens sur lesquels l'assurée exerce certains pouvoirs et ne s'attache pas à ses actes. L'obligation de l'hôtelier de prendre des mesures raisonnables pour sécuriser son stationnement ne suppose pas un transfert suffisant du contrôle et de la responsabilité de préservation d'un véhicule pour entraîner un changement de la garde juridique de celui-ci.

Le juge Rowe : Il y a accord avec l'analyse du juge Gascon et le résultat auquel il arrive. Pour ce qui est de la qualification du contrat entre l'hôtelier et ses clients, comme la juge de première instance a estimé nécessaire de tenir compte d'éléments de preuve extrinsèques pour établir la véritable nature du contrat, il s'agit d'une question mixte de fait et de droit. Toutefois, dans les cas où il n'est pas nécessaire de recourir à des éléments de preuve extrinsèques, la qualification d'un contrat reste une question de droit.

Jurisprudence

Citée par le juge Gascon

Arrêts mentionnés : *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43, [2017] 2 R.C.S. 59; *Station Mont-Tremblant c. Banville-Joncas*, 2017 QCCA 939; *Montréal, Maine & Atlantique Canada Cie (Montreal, Maine & Atlantic Canada Co.) (MMA), Re*, 2014 QCCA 2072, 49 R.P.R. (5th) 210; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Groupe Ledor inc., mutuelle d'assurances c. 7041730 Canada inc. (Éconolodge Aéroport (TM))*, 2014 QCCQ 2920; *Tremblay c. 4328175 Canada inc. (Marriott Fairfield Inn & Suites Montréal Aéroport)*, 2017 QCCQ 13774; *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491; *Montréal (Ville) c. Lonardi*, 2018 CSC 29, [2018] 2 R.C.S. 103; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23; *American Home assurances inc. c. Compagnie d'assurances générales Lombard*, 2006 QCCA 112, [2006] R.R.A. 35; *Arkwright-Boston Manufacturers Insurance Co. c. Zurich Insurance Co.*, [1996] R.R.A. 923; *Guay inc. c. I.C.I. Canada inc.*, [1997] R.R.A. 717; *Guardian Insurance Co. of Canada c. Dale*

[1972] C.A. 231; *United States Fire Insurance Co. v. Bouchard et Blanchette Marine Itée*, [1990] R.R.A. 667; *Indemnity Insurance Co. of North America v. Excel Cleaning Service*, [1954] S.C.R. 169; *Atlantic Consolidated Foods Ltd. v. Barnes Security Ltd.*, [1981] C.S. 7; 9144-6765 *Québec inc. v. Plante*, 2013 QCCS 1279; *Société d'assurance des caisses populaires v. Hains*, [1986] R.R.A. 644; *Garage G.T.D. inc. v. Lévesque*, [1986] R.J.Q. 466; *Groupe Commerce Compagnie d'assurances v. Service d'entretien Ribo inc.*, [1992] R.R.A. 959; 3457265 *Canada inc. v. 9124-8948 Québec inc.*, 2016 QCCS 2462; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888.

By Rowe J.

Referred to: *Uniprix inc. v. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 SCC 43, [2017] 2 S.C.R. 59.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, arts. 2098, 2100.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.

Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre) : lignes et entre-lignes*, t. 1. Sherbrooke: SEM Inc., 1989.

Karim, Vincent. *Les obligations*, vol. 1, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2015.

Lluelles, Didier. *Droit des assurances terrestres*, 6^e éd. Montréal: Thémis, 2017.

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2012.

Massé, Chantale. "L'exclusion des biens sous les 'soin, garde et contrôle' de l'assuré: où en sommes-nous?", dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 243, *Développements récents en droit des assurances*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2006, 121.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Bélanger and Hogue J.J.A.), 2016 QCCA 1903, [2016] AZ-51345275, [2016] J.Q. n° 16781 (QL), 2016 CarswellQue 11276 (WL Can.), setting aside in part a decision of Chalifour J.C.Q., 2015 QCCQ 1539, [2015] AZ-51156874, [2015] J.Q. n° 1736 (QL), 2015 CarswellQue 1949 (WL Can.). Appeal of 3091-5177 Québec inc., c.o.b. as Éconolodge Aéroport, allowed in part. Appeal of Promutuel Insurance Portneuf-Champlain allowed.

and Co., [1972] C.A. 231; *United States Fire Insurance Co. c. Bouchard et Blanchette Marine Itée*, [1990] R.R.A. 667; *Indemnity Insurance Co. of North America c. Excel Cleaning Service*, [1954] R.C.S. 169; *Atlantic Consolidated Foods Ltd. c. Barnes Security Ltd.*, [1981] C.S. 7; 9144-6765 *Québec inc. c. Plante*, 2013 QCCS 1279; *Société d'assurance des caisses populaires c. Hains*, [1986] R.R.A. 644; *Garage G.T.D. inc. c. Lévesque*, [1986] R.J.Q. 466; *Groupe Commerce Compagnie d'assurances c. Service d'entretien Ribo inc.*, [1992] R.R.A. 959; 3457265 *Canada inc. c. 9124-8948 Québec inc.*, 2016 QCCS 2462; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888.

Citée par le juge Rowe

Arrêt mentionné : *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43, [2017] 2 R.C.S. 59.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 2098, 2100.

Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.

Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre) : lignes et entre-lignes*, t. 1, Sherbrooke, SEM Inc., 1989.

Karim, Vincent. *Les obligations*, vol. 1, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.

Lluelles, Didier. *Droit des assurances terrestres*, 6^e éd., Montréal, Thémis, 2017.

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2012.

Massé, Chantale. « L'exclusion des biens sous les "soin, garde et contrôle" de l'assuré : où en sommes-nous? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 243, *Développements récents en droit des assurances*. Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 121.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Bélanger et Hogue), 2016 QCCA 1903, [2016] AZ-51345275, [2016] J.Q. n° 16781 (QL), 2016 CarswellQue 11276 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision de la juge Chalifour, 2015 QCCQ 1539, [2015] AZ-51156874, [2015] J.Q. n° 1736 (QL), 2015 CarswellQue 1949 (WL Can.). Le pourvoi formé par 3091-5177 Québec inc., f.a.s.r.s. Éconolodge Aéroport est accueilli en partie. Le pourvoi formé par Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d'assurance générale est accueilli.

Maurice Cantin, Q.C., and Marc Cantin, for the appellant 3091-5177 Québec inc., c.o.b. as Éconolodge Aéroport (37421).

Amélie Thériault and Ronald Silverson, for the respondent Lombard General Insurance Company of Canada (now known as Northbridge General Insurance Corporation) (37421 and 37422).

Yan Romanowski and Gabriel Romanowski, for the respondent AXA Insurance Inc. (now known as Intact Insurance Company) (37421).

Louis Dufour and Pierre Gourdeau, for the intervener (37421) and appellant (37422) Promutuel Insurance Portneuf-Champlain.

English version of the judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown and Martin JJ. delivered by

GASCON J. —

I. Overview

[1] This appeal concerns both a hotel establishment’s civil liability for the theft of cars belonging to its guests and the applicability of an exclusion clause in its liability insurance policy in this situation.

[2] Éconolodge Aéroport (“Éconolodge”) is a park and fly hotel located near Montréal–Pierre Elliott Trudeau International Airport. Its main purpose is to provide travellers with accommodation before they leave for the airport and upon their return from a trip. During the winters of 2005 and 2006, two of Éconolodge’s guests had their cars stolen from the hotel’s parking lot while they were abroad. The owners were compensated for their losses by their respective insurers, AXA Insurance Inc. (now Intact Insurance Company) (“Axa”) and Promutuel Insurance Portneuf-Champlain (“Promutuel”). Since each insurer was subrogated to the rights of its insured, it brought an action against Éconolodge to recover the amount of compensation paid to its client. Promutuel

Maurice Cantin, c.r., et Marc Cantin, pour l’appelante 3091-5177 Québec inc., f.a.s.r.s. Éconolodge Aéroport (37421).

Amélie Thériault et Ronald Silverson, pour l’intimée la Compagnie canadienne d’assurances générales Lombard (maintenant connue sous le nom de Société d’assurance générale Northbridge) (37421 et 37422).

Yan Romanowski et Gabriel Romanowski, pour l’intimée AXA Assurances inc. (maintenant connue sous le nom d’Intact compagnie d’assurance) (37421).

Louis Dufour et Pierre Gourdeau, pour l’intervenante (37421) et l’appelante (37422) Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d’assurance générale.

Le jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown et Martin a été rendu par

LE JUGE GASCON —

I. Aperçu

[1] Ce pourvoi concerne, d’une part, la responsabilité civile d’un établissement hôtelier pour le vol de voitures appartenant à ses clients et, d’autre part, l’application d’une clause d’exclusion de sa police d’assurance responsabilité civile dans cette situation.

[2] Éconolodge Aéroport (« Éconolodge ») est un hôtel offrant la formule hébergement, stationnement et envol (« *park and fly* ») situé à proximité de l’Aéroport international Pierre-Elliott-Trudeau de Montréal. Sa vocation principale est d’accueillir les voyageurs avant leur départ pour l’aéroport et à leur retour de voyage. Au cours des hivers 2005 et 2006, les voitures de deux clients d’Éconolodge sont volées dans le stationnement de l’hôtel pendant leur séjour à l’étranger. Les propriétaires sont indemnisés pour leur perte par leur assureur respectif, soit AXA Assurances Inc. (maintenant Intact compagnie d’assurance) (« Axa ») et Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d’assurance générale (« Promutuel »). Subrogé dans les droits de

also brought a direct action against Éconolodge's insurer, Lombard General Insurance Company of Canada (now Northbridge General Insurance Corporation) ("Lombard"). In the case between Éconolodge and Axa, Éconolodge itself impleaded its insurer, Lombard, in warranty.

[3] The actions concerning the two thefts were joined and were heard together in the Court of Québec. In the case between Éconolodge and Axa, the trial judge found Éconolodge liable for the theft of the car and the Court of Appeal upheld that finding. In the case between Éconolodge and Promutuel, Éconolodge's liability was accepted, since a default judgment had been rendered in that case against the hotel operator. It should be noted that, at the times the thefts occurred, Éconolodge was owned successively by two different entities, 3091-5177 Québec inc. (theft from Axa's insured) and A.M.A. Investments inc. (theft from Promutuel's insured).

[4] The judge also held that the standard care, custody or control exclusion clause in Éconolodge's liability insurance policy did not apply in these cases, with the result that Lombard had to compensate its insured in the first case and Promutuel in the second. However, the Court of Appeal found that the judge had made a palpable and overriding error in this regard; in its view, the clause applied in the circumstances and the stolen cars were therefore excluded from Éconolodge's insurance coverage. The central point on which the courts below were divided was how the guests' handover of car keys to the hotel operator affected the determination of who had custody of the vehicles.

[5] This Court is called upon to decide two issues in this context. First, in the case involving Axa only, it must be decided whether Éconolodge is liable for the theft of the car because it did not take reasonable steps to secure its parking lot. Second, in both cases, it must be determined whether the clause in Éconolodge's insurance contract excluding coverage for property damage (loss of use or physical injury)

son assuré, chacun des assureurs intente alors un recours contre Éconolodge pour recouvrer le montant de l'indemnisation versée à son client. Promutuel intente également un recours direct contre l'assureur d'Éconolodge, la Compagnie canadienne d'assurances générales Lombard (maintenant Société d'assurance générale Northbridge) (« Lombard »). Dans le dossier qui l'oppose à Axa, Éconolodge appelle elle-même son assureur Lombard en garantie.

[3] Les recours concernant les deux vols sont réunis et instruits ensemble devant la Cour du Québec. Le juge de première instance retient la responsabilité d'Éconolodge pour le vol de la voiture dans le dossier qui l'oppose à Axa, et la Cour d'appel confirme cette conclusion. La responsabilité d'Éconolodge est acquise dans le dossier qui l'oppose à Promutuel, puisque jugement y est rendu par défaut à l'encontre de l'hôtelier. Il faut retenir que deux entités distinctes, 3091-5177 Québec inc. (pour l'assuré d'Axa) et Les Investissements A.M.A. inc. (pour l'assuré de Promutuel), sont successivement propriétaires d'Éconolodge au moment des vols.

[4] La juge décide par ailleurs que la clause d'exclusion standard de « garde, direction ou gestion » incluse dans la police d'assurance responsabilité civile d'Éconolodge ne s'applique pas en l'espèce, si bien que Lombard doit indemniser son assurée dans le premier dossier et Promutuel dans le second. La Cour d'appel estime toutefois que la juge a commis une erreur manifeste et déterminante à cet égard; à ses yeux, la clause trouve application dans les circonstances, ce qui exclut les voitures volées de la couverture d'assurance d'Éconolodge. L'élément névralgique qui divise les instances inférieures est l'impact de la remise par les clients des clés de la voiture à l'hôtelier sur la détermination de la garde des véhicules.

[5] Notre Cour est appelée à trancher deux questions dans ce contexte. Premièrement, dans le dossier impliquant Axa uniquement, il faut décider si Éconolodge est responsable pour le vol de la voiture en raison de l'absence de mesures raisonnables pour sécuriser son stationnement. Deuxièmement, dans les deux dossiers cette fois, il faut déterminer si la clause du contrat d'assurance d'Éconolodge

to personal property in the care, custody or control of the insured applies on the facts.

[6] With respect, I am of the view that the Court of Appeal erred in intervening and that the judgment of the Court of Québec should be restored. I would therefore dismiss the appeal of 3091-5177 Québec inc. against Axa in the first file (37421), but I would allow its appeal in the same file against its insurer, Lombard, as well as Promutuel's appeal against the same insurer in the second file (37422).

II. Factual Background

[7] In the two cases before us, Éconolodge was owned successively in 2005 and 2006 by 3091-5177 Québec inc. (theft from Axa's insured) and A.M.A. Investments inc. (theft from Promutuel's insured). Under both of those companies, Éconolodge adopted the same promotional strategy. Capitalizing on its convenient location a few minutes from the site of the airport, the hotel invited travellers to sleep in its rooms, leave their car in its parking lot while travelling and use its shuttle service to get to the airport.

[8] Éconolodge's parking lot was located behind the hotel. It was an open, unfenced and unattended lot that was freely accessible to guests of the hotel, clients of the neighbouring office building and restaurant and others who were passing by. Éconolodge's guests kept their car keys after parking. However, during the winter, guests who left their car in the hotel's parking lot while travelling had to hand over their keys at the front desk so that their car could be moved if necessary for snow removal. They filled out a registration form to enable the hotel staff to identify their car. The form did not indicate the date when the vehicle was expected to be picked up.

prévoyant une exclusion de couverture pour la privation de jouissance, la détérioration ou la destruction des biens meubles dont l'assuré a la garde ou sur lesquels elle a un pouvoir de direction ou gestion s'applique dans les faits.

[6] Soit dit avec égards, je suis d'avis que la Cour d'appel a eu tort d'intervenir et qu'il y a lieu de rétablir le jugement de la Cour du Québec. Je rejetterais donc l'appel de 3091-5177 Québec inc. à l'égard d'Axa dans le premier dossier (37421), mais j'accueillerais son appel dans ce même dossier à l'égard de son assureur Lombard, ainsi que l'appel de Promutuel contre ce même assureur dans le second dossier (37422).

II. Contexte factuel

[7] Dans les deux dossiers qui nous occupent, 3091-5177 Québec inc. (pour l'assuré d'Axa) et Les Investissements A.M.A. inc. (pour l'assuré de Promutuel) sont successivement propriétaires d'Éconolodge au cours des années 2005 et 2006. Sous les deux administrations, Éconolodge adopte la même stratégie promotionnelle. Profitant de son emplacement avantageux à quelques minutes de la zone aéroportuaire, l'hôtel invite les voyageurs à dormir dans ses chambres, à laisser leur voiture dans son stationnement pendant leur déplacement et à se rendre à l'aéroport grâce à son service de navette.

[8] Le stationnement d'Éconolodge se situe derrière l'hôtel. Il est à aire ouverte, non clôturé, non surveillé et librement accessible à la fois aux clients de l'hôtel et des immeubles à bureaux et restaurant voisins, ainsi qu'aux autres passants. Après avoir stationné leur véhicule, les clients d'Éconolodge conservent les clés de leur voiture. Cependant, durant la période hivernale, les clients qui laissent leur voiture dans le stationnement de l'hôtel pendant leur voyage doivent remettre leurs clés à la réception afin que leur voiture puisse être déplacée si cela s'avère nécessaire pour assurer le déneigement. Les clients remplissent une fiche d'enregistrement pour permettre aux préposés de l'hôtel d'identifier leur voiture. Cette fiche n'indique pas la date prévue pour la reprise du véhicule.

[9] On returning from a trip in January 2005, a first guest of Éconolodge discovered that his car was no longer in the parking lot. He turned to his insurance company, Axa, which compensated him for his loss. As Axa was subrogated to the rights of its insured, it sued Éconolodge (3091-5177 Québec inc.) to recover the amount of compensation it had paid. Éconolodge impleaded its insurer, Lombard, in warranty.

[10] In March 2006, a second guest of Éconolodge made the same discovery. His insurance company, Promutuel, also compensated him and became subrogated to his rights. It instituted proceedings both against Éconolodge (A.M.A. Investments inc.) and against Lombard directly.

[11] Both victims of the thefts in question had handed over their keys at the hotel's front desk before leaving. Éconolodge was not aware that their cars had been stolen from its parking lot until they informed it. The keys were, at that point, still in the same place and in the hotel operator's possession. At the time of the thefts, Éconolodge held property and liability insurance policies issued by Lombard. Two successive policies, which were identical with respect to the issues in these cases, were therefore in effect during the relevant period. Both of them contained a clause excluding liability insurance coverage for property damage to personal property in the care, custody or control of the insured.

III. Judicial History

A. *Court of Québec (2015 QCCQ 1539)*

[12] The actions brought by Axa and Promutuel were joined and were heard together by Judge Chalifour of the Court of Québec. In both cases, the quantum of damages was agreed.

[13] In the case between Éconolodge and Promutuel, Éconolodge's liability for the theft of the car was accepted, since a default judgment had been rendered against A.M.A. Investments inc. The judge

[9] Au retour d'un voyage en janvier 2005, un premier client d'Éconolodge constate que sa voiture n'est plus dans le stationnement. Il se tourne vers sa compagnie d'assurance, Axa, qui l'indemnise pour sa perte. Subrogée dans les droits de son assuré, Axa poursuit Éconolodge (3091-5177 Québec inc.) pour recouvrer le montant de l'indemnisation versée. Cette dernière appelle son assureur, Lombard, en garantie.

[10] En mars 2006, un second client d'Éconolodge fait le même constat. Sa compagnie d'assurance, Promutuel, l'indemnise également et devient subrogée dans les droits de son assuré. Elle intente pour sa part un recours à la fois contre Éconolodge (Les Investissements A.M.A. inc.) et contre Lombard directement.

[11] Les deux victimes des vols en question avaient remis leurs clés à la réception de l'hôtel avant leur départ. Éconolodge ignorait que leurs voitures avaient été volées dans son stationnement avant que ses clients ne l'en informent. Les clés étaient alors toujours au même endroit et en possession de l'hôtelier. Au moment des vols, Éconolodge était titulaire de polices d'assurance biens et responsabilité civile émises par Lombard. Deux polices identiques quant aux enjeux en cause se succèdent ainsi au cours de la période pertinente. Toutes deux contiennent une clause qui exclut de la couverture d'assurance responsabilité civile la privation de jouissance, la détérioration ou la destruction des biens meubles dont l'assuré a la garde ou sur lesquels il a un pouvoir de direction ou de gestion.

III. Historique judiciaire

A. *Cour du Québec (2015 QCCQ 1539)*

[12] Les recours intentés par Axa et Promutuel sont réunis et instruits ensemble devant la juge Chalifour de la Cour du Québec. Dans les deux dossiers, le montant des dommages subis est admis.

[13] La responsabilité d'Éconolodge pour le vol de la voiture est acquise dans le dossier qui l'oppose à Promutuel puisque jugement est rendu par défaut contre Les Investissements A.M.A. inc. La

found that the hotel operator was also liable for the theft of the car insured by Axa. Refusing to separate the various services offered through Éconolodge's park and fly system, the judge found the contractual relationship between Éconolodge and its guests to be a contract for services that included an obligation to look after the guests' interests with prudence and diligence. In light of its business model, the hotel operator's failure to take reasonable steps to secure its parking lot was a fault that engaged its liability.

[14] In Éconolodge's action in warranty against its insurer, Lombard, and Promutuel's direct action against Lombard, the judge found that the thefts of the guests' cars were covered by Éconolodge's liability insurance policies. In her view, the exclusion clause relied on by Lombard did not apply in these cases because Éconolodge had neither custody nor real control or care of its guests' cars. The fact that the keys had been left at the front desk so that the parking lot could be cleared of snow did not have the effect of transferring custody of the cars to Éconolodge. The judge noted that applying the exclusion clause in such a manner would produce absurd results.

B. *Quebec Court of Appeal (2016 QCCA 1903)*

[15] Lombard filed an appeal against Éconolodge and Promutuel on the issue of the applicability of the care, custody or control exclusion clause. Éconolodge appealed the judge's finding concerning its liability for the theft of the car insured by Axa.

[16] The Court of Appeal affirmed the trial judge's judgment with respect to Éconolodge's liability. However, it came to a different conclusion on the application of the exclusion clause. In its view, the judge had made a reviewable error by failing to consider the evidence concerning the handover to the hotel operator of the keys to the stolen cars. The Court of Appeal found that possession of the keys meant that Éconolodge had custody of the cars and that the insurance coverage was therefore inapplicable. It added

le juge conclut que l'hôtelier est également responsable pour le vol de la voiture assurée par Axa. Refusant de scinder les divers services offerts par sa formule de type « *park and fly* », la juge considère la relation contractuelle entre Éconolodge et ses clients comme un contrat de services qui comprend une obligation de veiller avec prudence et diligence aux intérêts des clients. L'absence de mesures raisonnables pour sécuriser son stationnement constitue une faute génératrice de responsabilité pour l'hôtelier compte tenu de sa formule commerciale.

[14] Sur le recours en garantie d'Éconolodge contre son assureur Lombard et sur le recours direct de Promutuel contre celui-ci, la juge conclut que les vols des voitures des clients sont couverts par les polices d'assurance responsabilité d'Éconolodge. Selon elle, la clause d'exclusion invoquée par Lombard ne s'applique pas aux cas présents, car Éconolodge n'a ni la garde ni un réel pouvoir de direction ou de gestion sur les voitures de ses clients. Le fait que les clés soient laissées à la réception pour permettre le déneigement du stationnement n'entraîne pas de ce fait un transfert de la garde de la voiture à Éconolodge. La juge souligne qu'une telle application de la clause d'exclusion mènerait à des résultats absurdes.

B. *Cour d'appel du Québec (2016 QCCA 1903)*

[15] Lombard se pourvoit en appel à l'encontre d'Éconolodge et de Promutuel sur la question de l'applicabilité de la clause d'exclusion de garde, direction ou gestion. Éconolodge fait appel de la conclusion de la juge quant à sa responsabilité pour le vol de la voiture assurée par Axa.

[16] La Cour d'appel confirme le jugement de la juge de première instance sur la responsabilité d'Éconolodge. La cour parvient toutefois à une conclusion différente sur l'application de la clause d'exclusion. Elle estime que la juge a commis une erreur révisable en ne tenant pas en compte la preuve de la remise à l'hôtelier des clés des voitures volées. La Cour d'appel conclut que la possession des clés implique qu'Éconolodge a la garde des voitures et que la couverture d'assurance ne s'applique donc

that the judge had been wrong to [TRANSLATION] “try to come up with a single solution applicable to every case” (para. 22 (CanLII)). The Court of Appeal stated that it would be incongruous for the hotel operator to have an obligation of prudence and diligence without having custody of its guests’ vehicles.

IV. Analysis

A. *Éconolodge’s Civil Liability for the Theft*

[17] To begin with, I am of the view that the courts below did not err in finding Éconolodge liable for the theft of the car insured by Axa. I note that Éconolodge’s civil liability is in issue only in the case between it and Axa. The hotel operator’s liability for the theft of the car insured by Promutuel is not disputed by anyone before this Court.

[18] As the Court of Appeal stated, the characterization of the contractual relationship between Éconolodge and its guests is a question of mixed fact and law (para. 17). Characterizing a contract involves determining the purpose of the contract or the essential prestation that is central to it (D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at No. 1733). However, the characterization of a contract is not a pure question of law when this determination makes it necessary, as it does here, to consider the evidence of the parties’ common intention (*Uniprix inc. v. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 SCC 43, [2017] 2 S.C.R. 59, at para. 42; *Station Mont-Tremblant v. Banville-Joncas*, 2017 QCCA 939, at paras. 63-64 (CanLII); *Montréal, Maine & Atlantique Canada Cie (Montreal, Maine & Atlantic Canada Co.) (MMA), Re*, 2014 QCCA 2072, 49 R.P.R. (5th) 210, at para. 20). As a mixed question, the trial judge’s characterization of the contract is therefore entitled to deference on appeal (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 32).

[19] In characterizing the contract, the trial judge properly considered the full range of services offered

pas. Elle ajoute que la juge a eu tort de « chercher à parvenir à une solution unique applicable à tous les cas de figure » (par. 22 (CanLII)). La Cour d’appel affirme qu’il serait incongru que l’hôtelier ait une obligation de prudence et de diligence sans toutefois avoir la garde des véhicules de ses clients.

IV. Analyse

A. *La responsabilité civile d’Éconolodge pour le vol*

[17] Dans un premier temps, je suis d’avis que les instances inférieures n’ont pas erré en concluant qu’Éconolodge est responsable du vol de la voiture assurée par Axa. Je rappelle que cette question de la responsabilité civile d’Éconolodge ne concerne que le dossier qui l’oppose à Axa. La responsabilité de l’hôtelier pour le vol de la voiture assurée par Promutuel n’est pas remise en question par quiconque devant nous.

[18] Comme le mentionne la Cour d’appel, la qualification de la relation contractuelle entre Éconolodge et ses clients est une question mixte de fait et de droit (par. 17). L’exercice de qualification du contrat consiste à rechercher le but ou la prestation essentielle au cœur de celui-ci (D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (2^e éd. 2012), n° 1733). Or, la qualification d’un contrat n’est pas une question de droit pure quand une telle détermination nécessite, comme ici, l’examen de la preuve de l’intention commune des parties (*Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43, [2017] 2 R.C.S. 59, par. 42; *Station Mont-Tremblant c. Banville-Joncas*, 2017 QCCA 939, par. 63-64 (CanLII); *Montréal, Maine & Atlantique Canada Cie (Montreal, Maine & Atlantic Canada Co.) (MMA), Re*, 2014 QCCA 2072, 49 R.P.R. (5th) 210, par. 20). En tant que question mixte, la qualification du contrat par la juge de première instance commande par conséquent la déférence en appel (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 32).

[19] La juge de première instance a considéré avec raison la globalité de l’offre de services

by Éconolodge. As a park and fly hotel, Éconolodge offered its guests a number of services, including accommodation, parking and a shuttle service. It is not appropriate to separate these services given that a package of services is what was considered by guests and advertised by Éconolodge. In fact, Éconolodge encouraged its guests — mainly travellers — to leave their vehicle in its parking lot while they were away. In doing so, the guests were reasonably entitled to expect that Éconolodge would look after their interests and take such security measures as were necessary in the circumstances.

[20] This holistic approach to the contract between Éconolodge and its guests is consistent with the testimony given by the owner of the car insured by Axa, the prestations provided for in the contract and the case law on park and fly hotels (*Groupe Ledor inc., mutuelle d'assurances v. 7041730 Canada inc. (Éconolodge Aéroport (TM))*, 2014 QCCQ 2920, at paras. 41-43 (CanLII); *Tremblay v. 4328175 Canada inc. (Marriott Fairfield Inn & Suites Montréal Aéroport)*, 2017 QCCQ 13774, at paras. 14-15 (CanLII)).

[21] On the basis of this analysis, the trial judge characterized the contract between Éconolodge and its guests as a contract for services within the meaning of art. 2098 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”) (C.Q. reasons, at para. 24). Under art. 2100 C.C.Q., Éconolodge therefore had an obligation “to act in the best interests of [its] client[s], with prudence and diligence”.

[22] Both the Court of Québec and the Court of Appeal found that Éconolodge had breached its obligation of prudence and diligence by failing to take reasonable steps to secure its parking lot, unbeknownst to its guests (C.Q. reasons, at para. 30; C.A. reasons, at para. 20). The evidence before the trial judge showed that Éconolodge was not taking even minimal steps to watch over or monitor the parking lot. The judge was also of the view that the discrepancy between the guests’ reasonable expectations and Éconolodge’s nonchalant attitude toward

d’Éconolodge pour procéder à la qualification du contrat. En tant qu’hôtel de type « *park and fly* », Éconolodge offre plusieurs services à ses clients, notamment des services d’hébergement, de stationnement et de navette. Il est inapproprié de dissocier ces services alors que c’est l’ensemble de l’offre qui est considérée par les clients et qui est publicisée par Éconolodge. De fait, les clients d’Éconolodge — essentiellement des voyageurs — sont invités par l’hôtelier à laisser leur véhicule dans son stationnement pendant leur absence. Ce faisant, les clients sont raisonnablement en droit de s’attendre à ce qu’Éconolodge veille à leurs intérêts et prenne les mesures de sécurité qui s’imposent dans les circonstances.

[20] Cette approche globale du contrat entre Éconolodge et ses clients est cohérente avec le témoignage du propriétaire de la voiture assurée par Axa, les prestations prévues au contrat, ainsi que la jurisprudence relative aux hôtels de type « *park and fly* » (*Groupe Ledor inc., mutuelle d'assurances c. 7041730 Canada inc. (Éconolodge Aéroport (TM))*, 2014 QCCQ 2920, par. 41-43 (CanLII); *Tremblay c. 4328175 Canada inc. (Marriott Fairfield Inn & Suites Montréal Aéroport)*, 2017 QCCQ 13774, par. 14-15 (CanLII)).

[21] Sur la foi de cette analyse, la juge de première instance qualifie le contrat qui lie Éconolodge à ses clients de contrat de services au sens de l’art. 2098 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. ») (motifs de la C.Q., par. 24). Aux termes de l’art. 2100 C.c.Q., Éconolodge a ainsi l’obligation « d’agir au mieux des intérêts de [ses] client[s], avec prudence et diligence ».

[22] Tant la Cour du Québec que la Cour d’appel retiennent qu’Éconolodge a violé son obligation de prudence et de diligence en ne prenant pas des mesures raisonnables afin de sécuriser son stationnement, et ce, à l’insu de sa clientèle (motifs de la C.Q., par. 30; motifs de la C.A., par. 20). La preuve présentée à la juge de première instance révèle en effet qu’Éconolodge ne prenait aucune mesure pour garder ou surveiller le stationnement, même de façon minimale. La juge estime d’ailleurs que la disparité entre les attentes raisonnables des clients et la

the security of its parking lot was such that the hotel operator could be found to have deceived its guests.

[23] This determination of fault is a finding of mixed fact and law (*St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491, at paras. 60 and 104). It is entitled to deference on appeal, since an assessment of the facts is necessary to make such a finding (*Housen*, at para. 32). In the instant case, there is no error that would justify reversing the trial judge's finding on this point.

[24] The judge further found that [TRANSLATION] “the causal connection between this fault and the damage is clear” (para. 30). Again, the determination of causation is a question of fact that is not open to review by an appellate court unless a palpable and overriding error has been made (*Montréal (Ville) v. Lonardi*, 2018 SCC 29, [2018] 2 S.C.R. 103, at para. 41; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, at para. 36; *St-Jean*, at paras. 104-5). In any event, the parties are not challenging the judge's finding on this point.

[25] The Court of Appeal was therefore right to uphold Éconolodge's liability for the theft of the car insured by Axa. There are no grounds for this Court's intervention on this first issue.

B. *The Care, Custody or Control Exclusion Clause*

[26] On the second issue raised by these cases, this Court must decide whether the Court of Appeal was correct in stating that the trial judge had made a reviewable error by finding that the handover of keys did not trigger the application of the care, custody or control exclusion clause. This issue relates to Lombard's defence both to the direct action brought against it by Promutuel and to Éconolodge's action in warranty in the case between it and Axa.

[27] In this regard, Lombard argues that it does not have to compensate Éconolodge for the theft of its guests' cars because that property is excluded from its liability insurance coverage. Lombard relies on

nonchalance d'Éconolodge quant à la sécurité de son stationnement est telle que l'on peut conclure que l'hôtelier dupe sa clientèle.

[23] Cette détermination portant sur la faute est une conclusion mixte de fait et de droit (*St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491, par. 60 et 104). Elle commande la déférence en appel, car une évaluation des faits est nécessaire pour parvenir à cette conclusion (*Housen*, par. 32). En l'espèce, aucune erreur ne justifie de renverser la conclusion de la juge de première instance sur cet aspect.

[24] La juge a en outre conclu que « le lien causal entre cette faute et le dommage est évident » (par. 30). Là encore, la détermination du lien de causalité est une question de fait qui ne peut être révisée par un tribunal d'appel en l'absence d'erreur manifeste et déterminante (*Montréal (Ville) c. Lonardi*, 2018 CSC 29, [2018] 2 R.C.S. 103, par. 41; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, par. 36; *St-Jean*, par. 104-105). Du reste, les parties ne contestent pas la conclusion de la juge à cet égard.

[25] Il s'ensuit que la Cour d'appel a eu raison de confirmer qu'Éconolodge est responsable du vol de la voiture assurée par Axa. Il n'y a pas matière à intervention de notre part sur cette première question.

B. *La clause d'exclusion dite de « garde, direction ou gestion »*

[26] Sur la deuxième question qui se soulève, notre Cour doit décider si la Cour d'appel a eu raison d'affirmer que la juge de première instance commet une erreur révisable lorsqu'elle retient que la remise des clés n'entraîne pas l'application de la clause d'exclusion de garde, direction ou gestion. Cette question touche à la défense qu'invoque Lombard tant à l'encontre du recours direct de Promutuel contre elle que du recours en garantie d'Éconolodge dans le dossier qui l'oppose à Axa.

[27] À ce chapitre, Lombard soutient qu'elle n'a pas à indemniser Éconolodge pour les vols des voitures de ses clients puisque ces biens sont exclus de sa couverture d'assurance responsabilité. Lombard

the care, custody or control exclusion clause in its insurance policies, which reads as follows:

[TRANSLATION]

This insurance does not apply to:

...

(H) “Property damage” to:

...

(d) Personal property in your care, custody or control;

(See A.R., vol. II, at pp. 123-24, and A.R., vol. III, at pp. 64-65.)

[28] It is well established that the party relying on an exclusion clause in an insurance policy has the onus of proving that the clause applies on the facts of the case (*Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23, at para. 52; *American Home assurances inc. v. Compagnie d’assurances générales Lombard*, 2006 QCCA 112, [2006] R.R.A. 35, at para. 23). In order to succeed, Lombard therefore had to establish that the vehicles in question were in Éconolodge’s care, custody or control. In this regard, Lombard submits that custody of a vehicle is necessarily transferred by handing over the keys, which are needed to start it.

[29] In the instant cases, the applicability of the exclusion clause is the point on which the judges below were divided. The Court of Québec judge found the exclusion inapplicable because Éconolodge did not have care, custody or control of its guests’ vehicles (C.Q. reasons, at paras. 39-49). The Court of Appeal was rather of the view that Éconolodge had [TRANSLATION] “a real power of preservation, safekeeping, direction and physical control over its guests’ cars while they were travelling” (para. 33).

[30] As the Court of Appeal correctly stated, whether Éconolodge had custody of the vehicles

invoque la clause d’exclusion de garde, direction ou gestion des polices d’assurance qui se lit comme suit :

Sont exclus de la présente assurance :

...

H) La privation de jouissance, la détérioration ou la destruction :

...

d) De biens meubles dont vous avez la garde ou sur lesquels vous avez pouvoir de direction ou gestion;

(Voir d.a., vol. II, p. 123-124, et d.a., vol. III, p. 64-65.)

[28] Il est acquis que la partie qui invoque une clause d’exclusion d’une police d’assurance a le fardeau de prouver que celle-ci s’applique aux faits concernés (*Ledcor Construction Ltd. c. Société d’assurance d’indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23, par. 52; *American Home assurances inc. c. Compagnie d’assurances générales Lombard*, 2006 QCCA 112, [2006] R.R.A. 35, par. 23). Pour avoir gain de cause, Lombard devait donc établir qu’Éconolodge avait la garde ou un pouvoir de direction ou de gestion sur les véhicules en question. À ce propos, Lombard soutient que la garde d’un véhicule est nécessairement transférée par la remise de ses clés, lesquelles sont nécessaires pour le mettre en marche.

[29] En l’espèce, c’est l’applicabilité de la clause d’exclusion qui divise les juges des instances inférieures. La juge de la Cour du Québec considère que l’exclusion est inapplicable, car Éconolodge n’avait ni la garde ni un pouvoir de direction ou de gestion sur les véhicules de ses clients (motifs de la C.Q., par. 39-49). La Cour d’appel est plutôt d’avis qu’Éconolodge a « un réel pouvoir de préservation, de conservation, de direction et de contrôle physique sur les voitures de ses clients, pendant que ceux-ci sont en voyage » (par. 33).

[30] Comme le mentionne avec justesse la Cour d’appel, déterminer si Éconolodge avait ou non la

is, once again, a question of mixed fact and law; the trial judge's answer to this question is entitled to deference on appeal (para. 22). While custody is a legal concept, the determination of custody is a highly factual question that [TRANSLATION] "depends on the specific circumstances of each case" (J.-L. Baudouin, P. Deslauriers and B. Moore, *La responsabilité civile* (8th ed. 2014), at No. 1-958). The applicability of the care, custody or control clause is therefore [TRANSLATION] "largely a question of fact" (*Arkwright-Boston Manufacturers Insurance Co. v. Zurich Insurance Co.*, [1996] R.R.A. 923 (Que. C.A.), at p. 928; *Guay inc. v. I.C.I. Canada inc.*, [1997] R.R.A. 717 (Que. Sup. Ct.), at p. 727).

[31] I also note that the issue before us involves the application of the clause, not its interpretation. It is true that this Court established in *Ledcor* that the interpretation of a standard form contract is a question of law subject to correctness review where the interpretation is of precedential value and is not based on any meaningful factual matrix (para. 24). However, this principle does not apply here. There is no ambiguity in the care, custody or control clause that needs to be resolved through the interpretation process. Rather, what is in issue is the application of the clause to the facts (see *Guardian Insurance Co. of Canada v. Dale and Co.*, [1972] C.A. 231 (Que.), at p. 239). Specifically, the issue before us is whether the clause applies in a factual context in which guests handed over the keys to their vehicle at the hotel's front desk.

[32] This being the case, I am of the view that the trial judge's finding of mixed fact and law with regard to custody of the stolen vehicles was not open to appellate review unless a palpable and overriding error had been made. As a result, in my view, the Court of Appeal's intervention was unwarranted, for three reasons.

[33] First, it is not accurate to say that the judge did not consider the handover of keys. On the contrary, she did consider it, but she found that, in the circumstances, it was not sufficient in itself to transfer custody of the vehicles to Éconolodge. Second, the

garde des véhicules est, ici encore, une question mixte de fait et de droit; la réponse donnée par la juge de première instance mérite la déférence en appel (par. 22). En effet, bien que la garde soit un concept juridique, la détermination de la garde est une question hautement factuelle qui « reste tribunaire des circonstances particulières de chaque espèce » (J.-L. Baudouin, P. Deslauriers et B. Moore, *La responsabilité civile* (8^e éd. 2014), n^o 1-958). Conséquemment, l'application de la clause de garde, direction ou gestion est « largement une question de faits » (*Arkwright-Boston Manufacturers Insurance Co. c. Zurich Insurance Co.*, [1996] R.R.A. 923 (C.A. Qc), p. 928; *Guay inc. c. I.C.I. Canada inc.*, [1997] R.R.A. 717 (C.S. Qc), p. 727).

[31] Je précise par ailleurs que la question devant nous en est une d'application de la clause, et non pas d'interprétation de celle-ci. Dans l'arrêt *Ledcor*, notre Cour a certes établi que l'interprétation d'un contrat type qui a valeur de précédent et ne repose sur aucun fondement factuel significatif est une question de droit sujette à révision selon la norme de la décision correcte (par. 24). Ce principe n'est cependant pas applicable en l'espèce. La clause de garde, direction ou gestion ne comporte ici aucune ambiguïté qui requiert d'être dissipée par un exercice d'interprétation. C'est plutôt son application aux faits qui est en cause (voir *Guardian Insurance Co. of Canada c. Dale and Co.*, [1972] C.A. 231 (Qc), p. 239). Plus précisément, la question qui nous occupe est l'application de la clause dans le contexte factuel de la remise des clés des véhicules par les clients à la réception de l'hôtel.

[32] Cela étant, je considère que la conclusion mixte de fait et de droit de la juge de première instance sur la garde des véhicules volés ne pouvait être révisée en appel en l'absence d'une erreur manifeste et déterminante. Partant, je suis d'avis que l'intervention de la Cour d'appel était injustifiée, et ce, pour trois raisons.

[33] Premièrement, il est inexact d'affirmer que la juge n'a pas tenu compte de la remise des clés. Elle en a au contraire bel et bien tenu compte, mais elle a considéré que, dans les circonstances, la remise des clés n'était pas en soi suffisante pour transférer la

record did not permit the Court of Appeal to review the judge’s finding on the reason why the guests handed over their keys to the hotel. Third, there is no contradiction or inconsistency in law between the judge’s finding that Éconolodge had an obligation of prudence and diligence and her finding that the stolen cars were not in its care, custody or control.

(1) Trial Judge’s Consideration of the Handover of Keys

[34] The Court of Appeal stated that the judgment of the Court of Québec [TRANSLATION] “contains an overriding error in that it fails to take into account the specific circumstances in which the two losses occurred. The judge had to consider the evidence concerning the handover of keys by the guests . . .” (para. 22). With respect, I believe that this statement does not do justice to the judge’s reasons. She specifically considered the handover of keys at paras. 38 and 39 of her judgment:

[TRANSLATION] Counsel for Lombard argues that the handover of keys during the winter months is fatal to the insured; the exclusion then becomes applicable. Had the theft occurred in the summer, Lombard could not have relied on the exclusion. The Court cannot accept this argument; it might lead to absurd results, depending on the situation.

In the cases at bar, the hotel does not have a “*real power of preservation, safekeeping, direction and physical control*” over its guests’ cars. The hotel operator’s duties do not change simply because the keys to vehicles are left on site during the winter in case the parking lot needs to be cleared of snow. [Emphasis in original.]

[35] Based on these paragraphs, it cannot be said that the judge failed to consider the handover of keys by the hotel’s guests. She considered it, but she found that it was insufficient in itself to transfer custody of the car to Éconolodge in the circumstances. In my view, the judge did not make a palpable and overriding error on this point, and her finding on the limited effect of the handover of keys was firmly based on

garde des véhicules à Éconolodge. Deuxièmement, le dossier ne permettait pas à la Cour d’appel de réviser la conclusion de la juge concernant la raison pour laquelle les clients ont remis leurs clés à l’hôtel. Troisièmement, il n’y a pas de contradiction ou d’incohérence en droit entre les conclusions de la juge voulant que, d’une part, Éconolodge ait une obligation de prudence et de diligence et que, d’autre part, elle n’ait pas la garde des voitures volées ou de pouvoir de direction ou de gestion sur celles-ci.

(1) La considération par la juge de première instance de la remise des clés

[34] Selon la Cour d’appel, le jugement de la Cour du Québec « comporte une erreur déterminante en ce qu’il ne tient pas compte des circonstances particulières dans lesquelles les deux sinistres se sont produits. La juge devait tenir compte de la preuve de la remise des clés par les clients . . . » (par. 22). Avec égards, je considère que cette affirmation ne rend pas justice aux motifs de la juge. Cette dernière a explicitement considéré la remise des clés aux par. 38-39 de son jugement :

Le procureur de Lombard plaide que la remise des clés durant les mois d’hiver est fatale à l’assuré; l’exclusion devient dès lors applicable. Si le vol avait eu lieu en été, Lombard n’aurait pas pu l’invoquer. Cet argument ne peut être retenu par le Tribunal; il peut conduire à des solutions insensées selon les situations.

En l’espèce, l’hôtel n’a pas un « *véritable pouvoir de préservation, de conservation, de direction et de contrôle physique* » sur les voitures de ses clients. Les devoirs de l’hôtelier ne sont pas modifiés du seul fait que les clés des véhicules sont laissées sur place pendant la période hivernale, au cas où il faudrait déneiger le stationnement. [En italique dans l’original.]

[35] À la lecture de ces paragraphes, on ne peut affirmer que la juge n’a pas tenu compte de la remise des clés par les clients de l’hôtel. Elle l’a prise en considération, mais elle a jugé ce fait insuffisant en soi pour entraîner un transfert de la garde de la voiture à Éconolodge dans les circonstances. Je suis d’avis que la juge n’a pas commis d’erreur manifeste et déterminante à ce chapitre et que sa conclusion

an assessment of all of the evidence. Essentially, the Court of Appeal criticized her for coming to a different conclusion than it did on the transfer of custody of the vehicles because of the limited effect she attributed to the handover of keys. With respect, this did not justify appellate intervention.

[36] The clause at issue here excludes liability insurance coverage for personal property that is in the care, custody or control of the insured. Its purpose is to prevent liability coverage from being transformed into property coverage (here, for the property of another). Since liability insurance is not intended to cover the risk of loss of the insured's property, it is equally not intended to cover the risk of loss of property of which the insured assumes custody. An insurer does not want to cover a risk that is unrelated to the purpose for which coverage is purchased, since it is unable to assess the value of the property entrusted to the insured and to set premiums that reflect the risk of its loss (*United States Fire Insurance Co. v. Bouchard et Blanchette Marine ltée*, [1990] R.R.A. 667 (Que. C.A.), at pp. 671-72). In short, the exclusion attaches to certain property, not to the acts of the insured (Baudouin, Deslauriers and Moore, at No. 2-533; C. Massé, "L'exclusion des biens sous les 'soin, garde et contrôle' de l'assuré: où en sommes-nous?", in Barreau du Québec, vol. 243, *Développements récents en droit des assurances* (2006), 121, at p. 127; *Bouchard et Blanchette Marine*, at p. 671; *Guay*, at p. 727).

[37] While the clause in the instant cases is clear and does not need to be interpreted, it is helpful to consider the meaning given by the authorities to the words used in the original French: "*garde*" (custody), "*direction*" (direction) and "*gestion*" (management). It is not a matter of determining the nature of these concepts, which is already well established. Rather, this exercise offers guidance in assessing whether the particular facts of these cases show that these concepts apply here (see *Guardian Insurance*, at p. 239).

[38] The authorities indicate that "*garde*" (custody) and "*pouvoir de direction ou de gestion*" (power

sur la portée limitée de la remise des clés prend solidement appui sur l'évaluation de l'ensemble de la preuve administrée. Essentiellement, la Cour d'appel lui reproche d'être parvenue à une conclusion différente de la sienne sur le transfert de la garde des véhicules en raison de la portée limitée que la juge a accordée à la remise des clés. Avec égards, cela ne justifiait pas une intervention en appel.

[36] La clause qui nous concerne exclut de la couverture d'assurance responsabilité les biens meubles dont l'assuré a la garde ou sur lesquels il exerce un pouvoir de direction ou de gestion. Elle vise à empêcher de transformer une garantie de responsabilité civile en une garantie d'assurance pour les biens (d'autrui en l'occurrence). Une garantie de responsabilité civile n'étant pas conçue pour couvrir le risque de perte des biens de l'assuré, elle ne l'est pas davantage pour couvrir le risque de perte des biens dont l'assuré assume la garde. L'assureur ne veut pas couvrir un risque étranger à l'objet de la garantie souscrite puisqu'il n'est pas en mesure d'évaluer la valeur des biens confiés à l'assuré et de refléter sur ses primes le risque de leur perte (*United States Fire Insurance Co. c. Bouchard et Blanchette Marine ltée*, [1990] R.R.A. 667 (C.A. Qc), p. 671-672). En somme, l'exclusion s'attache à certains biens, et non aux actes de l'assuré (Baudouin, Deslauriers et Moore, n° 2-533; C. Massé, « L'exclusion des biens sous les "soin, garde et contrôle" de l'assuré : où en sommes-nous? », dans Barreau du Québec, vol. 243, *Développements récents en droit des assurances* (2006), 121, p. 127, *Bouchard et Blanchette Marine*, p. 671; *Guay*, p. 727).

[37] Bien que la clause en l'espèce soit claire et ne nécessite pas ici d'interprétation, il est utile de se pencher sur le sens que la doctrine et la jurisprudence attribuent aux termes « garde », « direction » et « gestion ». Il ne s'agit pas de déterminer la nature déjà bien établie de ces notions. Cet exercice nous éclaire plutôt pour évaluer si les faits particuliers des présents dossiers démontrent l'application de ces notions en l'espèce (voir *Guardian Insurance*, p. 239).

[38] La doctrine et la jurisprudence enseignent que les notions de « garde » et de « pouvoir de direction

of direction or management) are related concepts pertaining to control over property. According to Professor Karim, [TRANSLATION] “the custodian of a thing is the person that exercises a power of supervision, control or direction” (V. Karim, *Les obligations* (4th ed. 2015), vol. 1, at para. 3109). Baudouin, Deslauriers and Moore state that [TRANSLATION] “custody is assessed directly by reference to the power of control, supervision and direction over the property” and that the “power of direction and management must . . . enable the insured to prevent the damage that may be caused to the property . . .” (at Nos. 1-970 and 2-533, respectively). Chantale Massé notes that the concept of [TRANSLATION] “power of direction or management” has guided the courts in determining when a person has custody of property (Massé, at p. 126).

[39] In *Indemnity Insurance Co. of North America v. Excel Cleaning Service*, [1954] S.C.R. 169,¹ this Court interpreted the clause at issue here — the French version of which used the words “soin, garde et contrôle” (care, custody and control) at the time — as requiring that control and responsibility for the preservation of the property be transferred sufficiently to change legal custody of the property (pp. 174-75, per Rand J., and 179, per Estey J.; see also Baudouin, Deslauriers and Moore, who note at No. 2-533 that while the French wording of this standard clause has changed somewhat over the years, its logic has remained the same). In *Arkwright*, the Quebec Court of Appeal determined that this clause [TRANSLATION] “will apply only if the insured exercises a real power of preservation, safekeeping, direction and physical control over the property” (p. 927). This is the same language used by the courts below in the instant cases (C.Q. reasons, at para. 39; C.A. reasons, at para. 33). In *Guay*, the Superior Court similarly found that [TRANSLATION] “[c]ustody is . . . in a broad sense, the relationship between the person responsible and the object, a relationship based on a power of supervision, control and direction that enables the former to prevent the damage that may be caused to the latter” (p. 726).

¹ *Excel Cleaning* is a common law case. However, the principles laid down in that case have been reiterated by the Quebec courts on many occasions: see, for example, *American Home*, at para. 29; *Arkwright*, at pp. 926-27; *Guardian Insurance*, at p. 240.

ou de gestion » sont des notions connexes en ce qui a trait à la maîtrise d’un bien. Selon le professeur Karim, « le gardien d’une chose est la personne qui exerce un pouvoir de surveillance, de contrôle ou de direction » (V. Karim, *Les obligations* (4^e éd. 2015), vol. 1, par. 3109). Baudouin, Deslauriers et Moore affirment pour leur part que la « garde s’appréci[e] directement par rapport au pouvoir de contrôle, de surveillance et de direction sur le bien » et que le « pouvoir de direction et de gestion doit [. . .] permettre à l’assuré de prévenir le dommage susceptible d’être causé au bien . . . » (respectivement nos 1-970 et 2-533). M^e Chantale Massé souligne que la notion de « pouvoir de direction ou de gestion » a inspiré les tribunaux pour déterminer quand une personne a la garde d’un bien (Massé, p. 126).

[39] Dans l’arrêt *Indemnity Insurance Co. of North America c. Excel Cleaning Service*, [1954] R.C.S. 169¹, notre Cour a interprété la clause qui nous intéresse — quoique sous son ancien libellé de « soin, garde et contrôle » — comme exigeant un transfert suffisant du contrôle et de la responsabilité pour la préservation du bien pour qu’il y ait un changement de la garde juridique de celui-ci (p. 174-175, le juge Rand, et 179, le juge Estey; voir aussi Baudouin, Deslauriers et Moore, n^o 2-533, qui notent que si le libellé de cette clause standard a quelque peu changé au fil des ans, sa logique est demeurée la même). Dans l’arrêt *Arkwright*, la Cour d’appel du Québec a déterminé que cette clause « ne sera applicable que si l’assuré exerce un véritable pouvoir de préservation, de conservation, de direction et de contrôle physique sur le bien » (p. 927). Cette dernière formulation est d’ailleurs celle utilisée dans les décisions des instances inférieures dans la présente affaire (motifs de la C.Q., par. 39; motifs de la C.A., par. 33). Dans l’affaire *Guay*, la Cour supérieure a conclu de façon similaire que « [l]a garde est [. . .], dans un sens large, la relation entre le responsable et l’objet, relation qui est basée sur un pouvoir de surveillance, de contrôle et de direction permettant au premier de prévenir le dommage pouvant être causé au second » (p. 726).

¹ L’arrêt *Excel Cleaning* est issu de la common law. Ses enseignements ont cependant été repris à maintes occasions par les tribunaux québécois : voir, par exemple, *American Home*, par. 29; *Arkwright*, p. 926-927; *Guardian Insurance*, p. 240.

[40] Here, there is no doubt that the handover of keys is a relevant fact in determining custody of the property, since the keys provide access to the vehicle (see *Atlantic Consolidated Foods Ltd. v. Barnes Security Ltd.*, [1981] C.S. 7 (Que.), at pp. 10-11). Nevertheless, I cannot accept Lombard’s argument that custody is transferred automatically when the keys to a vehicle are handed over. Such an absolute rule is inconsistent with the highly contextual nature of the determination of custody and with the principles developed in the case law. For example, in *9144-6765 Québec inc. v. Plante*, 2013 QCCS 1279, the Superior Court held that custody of a boat had not been transferred despite the handover of keys because the delegated power over the boat was too limited in time (para. 55 (CanLII)). In *Société d’assurance des caisses populaires v. Hains*, [1986] R.R.A. 644 (Que. C.A.), and *Garage G.T.D. inc. v. Lévesque*, [1986] R.J.Q. 466 (Sup. Ct.), the Court of Appeal and the Superior Court both found that custody of immovable property had not been transferred despite the handover of keys because the keys had been handed over solely to provide access and to accommodate the insured.

[41] To determine whether there has been a transfer of custody and thus control of property, a court must consider all the circumstances, including the reason for any handover of keys. This is precisely what the trial judge did in the instant cases. This brings me to the second error in the Court of Appeal’s intervention.

(2) Reason for the Handover of Keys

[42] The Court of Appeal found that, when guests hand over their car keys at the front desk, Éconolodge [TRANSLATION] “is then responsible for looking after the vehicles, not only when there is a build-up of snow, but also if anything at all occurs that may affect them while they are parked in its lot” (C.A. reasons, at para. 33; see also para. 23). However, in writing this, the Court of Appeal unjustifiably overturned the trial judge’s finding of fact that the keys were handed over solely for the purpose of snow removal in the parking lot (C.Q. reasons, at paras. 15 and 39). With

[40] En l’espèce, il ne fait aucun doute que la remise des clés est un fait pertinent dans la détermination de la garde du bien puisque celles-ci permettent l’accès au véhicule (voir *Atlantic Consolidated Foods Ltd. c. Barnes Security Ltd.*, [1981] C.S. 7 (Qc), p. 10-11). Je ne peux néanmoins adhérer à l’argument de Lombard qui soutient qu’un transfert de garde s’opère automatiquement avec la remise des clés d’un véhicule. Un tel absolu est incompatible avec la nature hautement contextuelle de la détermination de la garde et est contraire aux enseignements de la jurisprudence. Par exemple, dans l’affaire *9144-6765 Québec inc. c. Plante*, 2013 QCCS 1279, la Cour supérieure a décidé qu’il n’y a pas eu transfert de la garde d’un bateau malgré la remise des clés étant donné que le pouvoir délégué sur celui-ci était trop limité dans le temps (par. 55 (CanLII)). Dans les affaires *Société d’assurance des caisses populaires c. Hains*, [1986] R.R.A. 644 (C.A. Qc), et *Garage G.T.D. inc. c. Lévesque*, [1986] R.J.Q. 466 (C.S.), la Cour d’appel et la Cour supérieure ont toutes deux conclu qu’il n’y avait pas de transfert de la garde d’un immeuble malgré la remise des clés parce que cette remise n’était qu’une question d’accès et d’accommodement.

[41] Pour déterminer s’il y a eu transfert de la garde et donc du contrôle d’un bien, il faut tenir compte de l’ensemble des circonstances, incluant, le cas échéant, la raison pour laquelle il y a eu une remise de clés. C’est précisément ce que la juge de première instance a fait ici. Ceci m’amène à la deuxième erreur entachant l’intervention de la Cour d’appel.

(2) La raison pour laquelle il y a eu remise des clés

[42] La Cour d’appel conclut que, lorsque les clients remettent les clés de leur voiture à la réception, Éconolodge « a alors la responsabilité de voir aux véhicules, non seulement lorsqu’il y a accumulation de neige, mais aussi s’il se produit quelque incident que ce soit pouvant affecter ceux-ci lorsqu’ils sont stationnés sur son terrain » (motifs de la C.A., par. 33; voir aussi par. 23). Or, en écrivant cela, la Cour d’appel se trouve à écarter sans justification la conclusion de fait de la juge de première instance voulant que la remise des clés avait pour seul objectif

all due respect for the appellate judges, I am of the view that this intervention was unwarranted.

[43] The reason the guests handed over their keys is important because it distinguishes custody from mere physical holding of the vehicles. Of course, both custody and physical holding imply that there is some power to control property. They are nonetheless two distinct concepts. A holder of property does not have custody of it where the holder is able to exercise only a limited, and not a general, power over the property (Baudouin, Deslauriers and Moore, at No. 1-962).

[44] Where a contractual relationship exists, as in the instant cases, [TRANSLATION] “reference must be made to the obligational content of the agreement to determine whether custody has been transferred” (Baudouin, Deslauriers and Moore, at No. 1-964). For example, in *Excel Cleaning*, Estey J. noted that the owner of the property had given the service provider permission to deal with the property only to the extent necessary to perform the service. Because of the nature of the service in question, that limited permission was not sufficient to transfer custody of the property. Thus, mere permission to handle a rug in order to clean it did not give rise to an obligation to keep it intact and to preserve it generally (p. 179).

[45] Here, the trial judge’s finding that the keys were handed over solely for the purpose of snow removal in the parking lot is supported by the evidence concerning the parties’ intention, particularly the testimony given by the owner of one of the stolen cars and by the first owner of the hotel. Moreover, the fact that Éconolodge required keys to be handed over only during the winter by guests who left their car in the hotel parking lot while they were away supports the finding that the handover of keys gave the hotel operator only a limited, clearly circumscribed power. It was therefore open to the judge to conclude from her analysis of the evidence heard that Éconolodge had the power to move vehicles only when there was a build-up of snow and that this was not sufficient in itself to transfer custody of the stolen cars. Contrary

de permettre le déneigement du stationnement (motifs de la C.Q., par. 15 et 39). En tout respect pour les juges d’appel, cette intervention est selon moi injustifiée.

[43] La raison pour laquelle les clients ont remis leurs clés est importante, car elle marque la distinction entre la garde et la simple détention physique des véhicules. Certes, la garde et la détention physique impliquent l’existence d’un certain pouvoir de contrôle sur un bien. Il n’en demeure pas moins qu’il s’agit de deux notions distinctes. Le détenteur d’un bien n’en a pas la garde lorsqu’il ne peut exercer qu’un pouvoir limité, et non général, sur le bien (Baudouin, Deslauriers et Moore, n° 1-962).

[44] Dans le cadre d’une relation contractuelle comme dans les cas présents, « c’est au contenu obligationnel de la convention qu’il faut se référer pour déterminer s’il y a transfert de garde » (Baudouin, Deslauriers et Moore, n° 1-964). Par exemple, dans *Excel Cleaning*, le juge Estey souligne que le propriétaire du bien n’avait accordé au prestataire de service qu’une autorisation d’agir sur le bien limitée à ce qui était nécessaire pour accomplir le service. Vu la nature du service en question, cette autorisation restreinte n’était pas suffisante pour opérer transfert de la garde du bien. Ainsi, la simple autorisation de manipuler un tapis pour le nettoyer n’entraînait pas l’obligation d’assurer son intégrité et sa préservation de manière générale (p. 179).

[45] En l’espèce, la conclusion de la juge de première instance que la remise des clés avait pour seul but de permettre le déneigement du stationnement prend appui sur la preuve de l’intention des parties, plus particulièrement les témoignages du propriétaire d’une des voitures volées et du premier propriétaire de l’hôtel. De plus, le fait qu’Éconolodge n’exige la remise des clés qu’aux clients qui laissent leur voiture l’hiver dans le stationnement de l’hôtel pendant leur absence confirme la conclusion que la remise des clés n’accordait à l’hôtelier qu’un pouvoir bien circonscrit et limité. La juge pouvait ainsi conclure de son analyse de la preuve entendue que le pouvoir d’Éconolodge de déplacer les véhicules était limité aux cas d’accumulation de neige et que cela n’était pas suffisant en soi pour opérer transfert de la garde

to what Lombard argues, the handover of keys does not automatically transfer custody regardless of the circumstances.

[46] With respect, the Court of Appeal's statement that the handover of keys could serve other purposes was not based on the facts in evidence, let alone on an improper assessment of that evidence by the trial judge that could be characterized as a palpable and overriding error.

(3) Distinction Between Custody and an Obligation of Prudence and Diligence

[47] Lastly, I am of the view that the Court of Appeal erred in suggesting that there was an inconsistency in the findings of the trial judge, who recognized both that Éconolodge had an obligation of prudence and diligence and that the cars were not in its care, custody or control (C.A. reasons, at paras. 3 and 33).

[48] In *Arkwright*, the Quebec Court of Appeal specifically rejected the idea of equating a contractor's obligation of prudence with a power of direction or management under a care, custody and control exclusion clause in a liability insurance policy:

[TRANSLATION] . . . I understand that the [care, custody and control] exclusion will apply only where the insured exercises a real power of preservation, safekeeping, direction and physical control over the property and does not merely have a duty of prudence or care in carrying out an activity in respect of the property. [Emphasis added; p. 927.]

[49] The obligations are indeed different in nature. Éconolodge's obligation of prudence and diligence originates in art. 2100 *C.C.Q.*, which governs contracts for services. It therefore attaches to the performance of *services* by the hotel operator. But as I have stated, unlike the obligations in art. 2100 *C.C.Q.*, the care, custody or control clause excludes coverage for *property* over which the insured exercises certain powers; it does not attach to the insured's *acts*. The

des voitures volées. Contrairement à ce que soutient Lombard, la remise des clés ne constitue pas automatiquement un transfert de la garde, peu importe les circonstances.

[46] Avec égards, l'affirmation de la Cour d'appel voulant que la remise des clés puisse servir à d'autres fins ne relève pas des faits mis en preuve, et encore moins d'une appréciation inappropriée de cette preuve par la juge de première instance qui puisse se qualifier d'erreur manifeste et déterminante de sa part.

(3) La distinction entre la garde et l'obligation de prudence et de diligence

[47] Finalement, j'estime que la Cour d'appel se trompe en suggérant qu'il y aurait une incohérence entre les conclusions de la juge de première instance qui reconnaît d'une part, qu'Éconolodge avait une obligation de prudence et de diligence et, d'autre part, qu'elle n'avait pas la garde des voitures ou de pouvoir de direction ou de gestion sur celles-ci (motifs de la C.A., par. 3 et 33).

[48] Dans l'arrêt *Arkwright*, la Cour d'appel du Québec a explicitement rejeté l'idée d'une adéquation entre l'obligation de prudence d'un entrepreneur et le pouvoir de direction ou de gestion au sens d'une clause d'exclusion de « soin, garde et contrôle » incluse dans une police d'assurance responsabilité :

. . . je comprends que l'exclusion [de soin, garde et contrôle] ne sera applicable que si l'assuré exerce un véritable pouvoir de préservation, de conservation, de direction et de contrôle physique sur le bien et n'est pas seulement soumis à un simple devoir de prudence ou de soin à l'occasion d'une activité sur ce bien. [Je souligne; p. 927.]

[49] Il s'agit en effet d'obligations de nature différente. L'obligation de prudence et de diligence d'Éconolodge trouve sa source dans l'art. 2100 *C.c.Q.* qui régit le contrat de service. Elle s'attache donc à l'exécution des *services* rendus par l'hôtelier. Or, comme je le mentionne, contrairement aux obligations de l'art. 2100 *C.c.Q.*, la clause de garde, direction ou gestion exclut de la couverture les *biens* sur lesquels l'assurée exerce certains pouvoirs et ne s'attache

fact that the insured breached its duty of prudence and diligence in performing a service does not mean that it necessarily had legal custody of the property in question; it must still be found that the insured had control over the property and an obligation to preserve it.

[50] In *Excel Cleaning*, Rand J. emphasized the distinction between an obligation that exists in performing a service and the powers granted in relation to property: “Clearly custody [of the property] was not transferred; the only care called for was in the execution of the service, not toward the property as such; and no control [over the property in question], in a proprietary sense, was intended” (p. 175). More recently, the Quebec Court of Appeal reiterated this admonition against confusing the insured’s obligations relating to the manner of providing a service with the insured’s obligations toward the property (*American Home*, at paras. 27-29). In these two decisions, the courts were specifically considering the application of the exclusion clause at issue here.

[51] In her judgment, the trial judge properly distinguished Éconolodge’s obligation of prudence and diligence from custody of the cars. The hotel operator’s obligation to take reasonable steps to secure its parking lot — such as monitoring the lot or putting up fences, cameras or concrete blocks — did not *ipso facto* lead to a change in custody of the vehicles left in the lot. There was no inconsistency in the judge’s findings in this regard. Éconolodge could very well have been merely holding a vehicle physically and been subject to an obligation of prudence and diligence in performing a service. In itself, this obligation does not imply a sufficient transfer of control and of responsibility for the preservation of the vehicle to result in a change in legal custody.

[52] I therefore conclude that the trial judge’s judgment contained no error warranting appellate intervention as regards Éconolodge’s liability insurance coverage. My conclusion is also supported by two additional considerations.

pas à ses *actes*. Ce n’est pas parce que l’assurée a contrevenu à son devoir de prudence et de diligence dans l’exécution d’un service qu’elle avait nécessairement la garde juridique du bien en question; encore faut-il conclure qu’elle avait le contrôle de ce bien et l’obligation de le préserver.

[50] Dans *Excel Cleaning*, le juge Rand insiste sur la distinction entre l’obligation dans l’exécution d’un service et les pouvoirs conférés à l’égard d’un bien : [TRADUCTION] « De toute évidence, la garde [du bien] n’a pas été transférée; la seule obligation de soin requise visait l’exécution du service, et non le bien en tant que tel; et aucun pouvoir de contrôle [sur le bien en question], au sens du droit de propriété, n’était envisagé » (p. 175). Plus récemment, la Cour d’appel du Québec réitérait cette mise en garde contre la confusion entre les obligations de l’assuré quant à la manière de fournir un service et celles quant au bien (*American Home*, par. 27-29). Dans ces deux décisions, les tribunaux se penchaient précisément sur l’application de la clause d’exclusion qui nous concerne.

[51] Dans son jugement, la juge de première instance a correctement distingué l’obligation de prudence et de diligence d’Éconolodge et la garde des voitures. L’obligation de l’hôtelier de prendre des mesures raisonnables pour sécuriser son stationnement — telles qu’assurer une surveillance ou installer des clôtures, des caméras ou des blocs de béton — n’entraîne pas *ipso facto* un changement de garde des véhicules laissés dans le stationnement en question. Il n’y avait aucune incohérence entre les conclusions de la juge à ce chapitre. Éconolodge peut très bien avoir la simple détention physique d’un véhicule ainsi qu’une obligation de prudence et de diligence dans l’exécution d’un service. À elle seule, cette obligation ne suppose pas un transfert suffisant du contrôle et de la responsabilité de préservation de ce véhicule pour entraîner un changement de la garde juridique de celui-ci.

[52] J’en conclus que le jugement de la juge de première instance n’était entaché d’aucune erreur justifiant une intervention en appel sur la couverture d’assurance responsabilité civile d’Éconolodge. Je suis en outre conforté dans cette conclusion par deux éléments additionnels.

[53] First, the care, custody or control exclusion clause should not be applied in such a way that the coverage offered by the insurer becomes ineffective (Baudouin, Deslauriers and Moore, at No. 2-533; J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurance (terrestre): lignes et entre-lignes* (1989), t. 1, at p. 237). The courts have therefore been reluctant to exclude coverage for the main activities engaged in by an insured (*Excel Cleaning*, at p. 179, per Estey J.; *Groupe Commerce Compagnie d'assurances v. Service d'entretien Ribo inc.*, [1992] R.R.A. 959, at p. 964 (Que. C.A.); *3457265 Canada inc. v. 9124-8948 Québec inc.*, 2016 QCCS 2462, at paras. 37-38 (CanLII); *Atlantic Consolidated*, at p. 11). This approach helps to maintain some balance between the coverage taken out by an insured and the exclusions in the policy (*3457265 Canada inc.*, at para. 35) and promotes a sensible commercial result in accordance with *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, at pp. 901-2; see also D. Lluelles, *Droit des assurances terrestres* (6th ed. 2017), at Nos. 130, 133 and 157.

[54] In this regard, I note that one rationale for the care, custody or control exclusion clause is to prevent the insurer from [TRANSLATION] “tying its obligation to pay compensation to uncertainties resulting from initiatives that may be taken by an insured who agrees to store items that belong to third parties and have nothing to do with the kind of commercial activities engaged in by the insured and known to the insurer” (*Bouchard et Blanchette*, at p. 671). In the instant cases, however, parking was a key component of the package of services offered by Éconolodge as a park and fly hotel. Excluding liability for its guests' cars from its insurance coverage would have undercut the usefulness of the coverage for one of its main activities. The trial judge found that Lombard was well aware of Éconolodge's business model and had chosen to insure it with full knowledge of the situation (C.Q. reasons, at paras. 43-48). As the judge put it, [TRANSLATION] “Lombard is not taken by surprise by the claims in issue” (para. 48).

[55] Second, I agree with the trial judge that Lombard's argument leads to results that are incongruous, if not

[53] D'abord, il faut éviter d'appliquer la clause d'exclusion de garde, direction ou gestion d'une façon telle qu'elle rendrait inefficace la garantie offerte par l'assureur (Baudouin, Deslauriers et Moore, n° 2-533; J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurance (terrestre): lignes et entre-lignes* (1989), t. 1, p. 237). Les tribunaux se sont ainsi montrés réticents à exclure de la couverture les activités principales d'un assuré (*Excel Cleaning*, p. 179, le juge Estey; *Groupe Commerce Compagnie d'assurances c. Service d'entretien Ribo inc.*, [1992] R.R.A. 959, p. 964 (C.A. Qc); *3457265 Canada inc. c. 9124-8948 Québec inc.*, 2016 QCCS 2462, par. 37-38 (CanLII); *Atlantic Consolidated*, p. 11). Cette approche permet de maintenir un certain équilibre entre la couverture souscrite par un assuré et les exclusions de la police (*3457265 Canada inc.*, par. 35) et de favoriser l'atteinte d'un résultat commercial raisonnable conformément à l'arrêt *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, p. 901-902; voir aussi D. Lluelles, *Droit des assurances terrestres* (6^e éd. 2017), n^{os} 130, 133 et 157.

[54] À ce propos, je rappelle qu'une raison qui sous-tend la clause d'exclusion de garde, direction ou gestion est d'éviter à l'assureur de « lier son obligation d'indemniser à des aléas résultant des initiatives que peut entreprendre l'assuré qui accepterait d'entreposer des objets appartenant à des tiers et qui n'auraient rien à voir avec le genre d'activités commerciales auquel il s'adonne et que l'assureur connaît » (*Bouchard et Blanchette*, p. 671). Or ici, le stationnement constitue une composante cruciale de la gamme de services offerts par Éconolodge en tant qu'hôtel de type « *park and fly* ». Exclure de la couverture d'assurance sa responsabilité pour les voitures de ses clients minerait l'utilité de la garantie quant à l'une des activités principales de l'assurée. La juge de première instance a conclu que Lombard savait fort bien quelle était la formule commerciale d'Éconolodge et avait choisi de l'assurer en toute connaissance de cause (motifs de la C.Q., par. 43-48). Pour reprendre les mots de la juge, « Lombard n'est pas prise par surprise par les réclamations en litige » (par. 48).

[55] Ensuite, à l'instar de la juge de première instance, je considère que l'argumentaire de Lombard

absurd. In the Court of Québec, Lombard’s senior analyst conceded that the exclusion clause was inapplicable in the summer, since Éconolodge did not have the keys to parked vehicles in its possession during that time. In short, in the same year of coverage, the applicability of the exclusion clause would depend on the season or even on the amount of precipitation. Moreover, if we follow Lombard’s line of reasoning, the insurance policy would cover the theft of a car during the winter if its owner remained at the hotel, but not the contemporaneous theft of the car next to it whose owner went abroad and handed over the keys at the front desk in case the parking lot needed to be cleared of snow. The purpose of highlighting the absurdity of this situation is not to [TRANSLATION] “come up with a single solution applicable to every case”, as the Court of Appeal suggested (para. 22). Rather, it is to emphasize the importance of considering all the relevant facts and not presumptively giving decisive weight to a particular fact without factoring in all the relevant circumstances.

V. Conclusion

[56] The finding by the courts below that Éconolodge is liable for the theft of the car insured by Axa does not warrant any intervention by this Court. I would therefore dismiss the appeal of 3091-5177 Québec inc. against Axa in file 37421, with costs.

[57] However, the trial judge did not make any palpable and overriding error that is reviewable on appeal in finding that the keys were handed over solely for the purpose of snow removal in the parking lot and that this was insufficient to transfer custody and control to Éconolodge. Since the exclusion clause in Éconolodge’s liability insurance policy is therefore inapplicable on the facts, I would allow the appeal of 3091-5177 Québec inc. against Lombard in file 37421 as well as Promutuel’s appeal against the same insurer in file 37422, with costs throughout. I would thus restore the trial judge’s decision ordering Lombard to pay damages, interest and the

mène à des résultats qui restent incongrus, voire insensés. Devant la Cour du Québec, l’analyste principale de Lombard a en effet concédé que la clause d’exclusion était inapplicable pendant la période estivale, puisqu’Éconolodge n’avait alors pas en sa possession les clés des véhicules stationnés. Bref, au cours d’une même année de couverture, la clause d’exclusion serait applicable au gré des saisons, voire des précipitations reçues. En outre, si l’on suit le raisonnement de Lombard, la police d’assurance couvrirait le vol d’une voiture intervenu au cours de l’hiver si son propriétaire était resté à l’hôtel, mais non le vol concomitant de la voiture voisine dont le propriétaire est parti à l’étranger en remettant ses clés à la réception au cas où un déneigement du stationnement s’avérait nécessaire. L’intérêt de souligner l’absurde de cette situation n’est pas de « parvenir à une solution unique applicable à tous les cas de figure » comme le suggère la Cour d’appel (par. 22). Il s’agit plutôt de mettre en relief l’importance de prendre en considération tous les faits pertinents et de ne pas accorder de manière présomptive un poids décisif à un fait en particulier sans le situer dans l’ensemble des circonstances pertinentes.

V. Conclusion

[56] La conclusion des instances inférieures qu’Éconolodge est responsable du vol de la voiture assurée par Axa ne justifie aucune intervention de notre part. Par conséquent, je rejeterais avec dépens l’appel de 3091-5177 Québec inc. à l’égard d’Axa dans le dossier 37421.

[57] Par contre, la juge de première instance n’a commis aucune erreur manifeste et déterminante pouvant faire l’objet d’une révision en appel en concluant que la remise des clés avait pour seul but de permettre le déneigement du stationnement, ce qui était insuffisant pour en transférer la garde et le contrôle à Éconolodge. Puisque la clause d’exclusion de la police d’assurance responsabilité civile d’Éconolodge est en conséquence inapplicable dans les faits, j’accueillerais avec dépens dans toutes les cours l’appel de 3091-5177 Québec inc. à l’égard de Lombard dans le dossier 37421, ainsi que l’appel de Promutuel contre ce même assureur dans

additional indemnity to 3091-5177 Québec inc. and Promutuel.

[58] I note in closing that the parties have agreed on terms for the payment by Lombard of Éconolodge's extrajudicial defence costs for the proceedings in the Court of Appeal and this Court. It is therefore unnecessary for me to deal with this aspect of the case.

The following are the reasons delivered by

[59] ROWE J. — I agree with my colleague Justice Gascon in his analysis and in the result. I would add only the following regarding the jurisprudence relating to contract characterization. My colleague states (at para. 18) that characterization of the contract between Éconolodge and its clients is a question of mixed fact and law. As the trial judge found it necessary to have regard to extrinsic evidence in order to ascertain the true nature of the contract (2015 QCCQ 1539, at paras. 17-24 (CanLII)), I would agree that, in this case, characterization is a mixed question. By contrast, where having regard to extrinsic evidence is not needed, characterization remains a question of law: *Uniprix inc. v. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 SCC 43, [2017] 2 S.C.R. 59, at para. 42.

Appeal of 3091-5177 Québec inc., c.o.b. as Éconolodge Aéroport, allowed in part. Appeal of Promutuel Insurance Portneuf-Champlain allowed.

Solicitors for the appellant 3091-5177 Québec inc., c.o.b. as Éconolodge Aéroport (37421): Martel, Cantin, Montréal.

Solicitors for the respondent Lombard General Insurance Company of Canada (now known as Northbridge General Insurance Corporation)

le dossier 37422. Je rétablirais donc le jugement de la juge de première instance en ce qui a trait à la condamnation de Lombard au paiement des dommages, des intérêts et de l'indemnité additionnelle en faveur de 3091-5177 Québec inc. et de Promutuel.

[58] Je note en terminant que les parties se sont entendues sur les modalités du paiement par Lombard des frais extrajudiciaires de défense d'Éconolodge pour les procédures devant la Cour d'appel et devant notre Cour. Il n'est donc pas nécessaire que je me prononce sur cet aspect du débat.

Version française des motifs rendus par

[59] LE JUGE ROWE — Je souscris à l'analyse de mon collègue le juge Gascon ainsi qu'au résultat auquel il arrive. J'ajouterais uniquement ce qui suit quant à la jurisprudence portant sur la qualification des contrats. Mon collègue affirme (au par. 18) que la qualification du contrat qui lie Éconolodge et ses clients est une question mixte de fait et de droit. Comme la juge de première instance a estimé nécessaire de tenir compte d'éléments de preuve extrinsèques pour établir la véritable nature du contrat (2015 QCCQ 1539, par. 17-24 (CanLII)), je reconnais que, dans la présente cause, la qualification était une question mixte. En revanche, lorsqu'il n'est pas nécessaire de recourir à des éléments de preuve extrinsèques, la qualification du contrat reste une question de droit : *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43, [2017] 2 R.C.S. 59, par. 42.

Pourvoi de 3091-5177 Québec inc., f.a.s.r.s. Éconolodge Aéroport, accueilli en partie. Pourvoi de Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d'assurance générale accueilli.

Procureurs de l'appelante 3091-5177 Québec inc., f.a.s.r.s. Éconolodge Aéroport (37421) : Martel, Cantin, Montréal.

Procureurs de l'intimée la Compagnie canadienne d'assurances générales Lombard (maintenant connue sous le nom de Société d'assurance

(37421 and 37422): *Gasco Goodhue St-Germain, Montréal.*

Solicitors for the respondent AXA Insurance Inc. (now known as Intact Insurance Company) (37421): Romanowski & Associés, Île-des-Sœurs, Québec.

Solicitors for the intervener (37421) and appellant (37422) Promutuel Insurance Portneuf-Champlain: Carter Gourdeau, Québec.

générale Northbridge) (37421 et 37422) : Gasco Goodhue St-Germain, Montréal.

Procureurs de l'intimée AXA Assurances inc. (maintenant connue sous le nom d'Intact compagnie d'assurance) (37421) : Romanowski & Associés, Île-des-Sœurs, Québec.

Procureurs de l'intervenante (37421) et l'appelante (37422) Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d'assurance générale : Carter Gourdeau, Québec.

Kevin Patrick Gubbins *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

- and -

Darren John Chip Vallentgoed *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario and Director of
Criminal and Penal Prosecutions** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. GUBBINS

2018 SCC 44

File Nos.: 37395, 37403.

2018: February 6; 2018: October 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Criminal law — Evidence — Disclosure — Breathalyzer maintenance records — Scope of Crown’s disclosure obligations — Crown refusing disclosure of maintenance records for breathalyzer devices to accused charged with impaired driving and driving with blood alcohol level over limit — Whether maintenance records subject to first party disclosure rules or third party disclosure rules — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c).

Kevin Patrick Gubbins *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureure générale de l’Ontario
Intervenante

- et -

Darren John Chip Vallentgoed *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureure générale de l’Ontario et directeur
des poursuites criminelles et pénales**
Intervenants

RÉPERTORIÉ : R. c. GUBBINS

2018 CSC 44

N^{os} du greffe : 37395, 37403.

2018 : 6 février; 2018 : 26 octobre.

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

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

Droit criminel — Preuve — Communication de la preuve — Registres d’entretien de l’alcooltest — Étendue des obligations du ministère public en matière de communication de la preuve — Refus du ministère public de communiquer les registres d’entretien des alcooltests au prévenu accusé de conduite avec les facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite permise — Les registres d’entretien sont-ils assujettis aux règles de communication de la preuve par la partie principale ou à celles de communication de la preuve par un tiers? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 258(1)c.

V and G were each charged with impaired driving and with driving “over 80”. Their breath samples were obtained and analyzed using approved instruments and standard procedures. At each step of the process, the breathalyzers performed internal and external diagnostic tests to ensure accuracy of the results and generated printed results. The printouts indicated that the instruments functioned properly. The Crown disclosed a standard package of documents related to the process. Both V and G requested additional disclosure, namely of the maintenance records for the breathalyzers used to obtain their breath samples. The Crown produced a basic maintenance log to V but otherwise refused to provide the requested disclosure. V applied for an order compelling disclosure and G applied for a stay of proceedings on the basis that his rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been breached. V’s application was dismissed and he was subsequently convicted of both charges, but G was granted a stay of proceedings. The Court of Queen’s Bench jointly heard appeals by V and by the Crown in G’s case. It held that maintenance records are first party records and should have been disclosed by the Crown, and upheld G’s stay of proceedings and ordered a new trial for V. A majority of the Court of Appeal allowed the Crown’s appeals, holding that the maintenance records are third party records that are not to be disclosed routinely. It reinstated V’s conviction, and set aside G’s stay of proceedings and remitted his case for a new trial.

Held (Côté J. dissenting): The appeals should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ.: The breathalyzer maintenance records are subject to the rules applicable to the disclosure of third party records. As such, in order to obtain disclosure of the records, V and G were required to show that the records were likely relevant in this case, which they failed to do.

The disclosure of first party records is subject to the *Stinchcombe* regime. The Crown has a duty to disclose all relevant, non-privileged information in its possession or control, whether inculpatory or exculpatory. The duty, which is triggered upon request and does not require

V et G ont tous les deux été accusés de conduite avec les facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg ». Leurs échantillons d’haleine ont été prélevés et analysés au moyen d’alcootests approuvés et des procédures habituelles. À chaque étape de la séquence, les alcootests ont effectué des analyses diagnostiques internes et externes afin de garantir l’exactitude des résultats et ont généré des résultats imprimés. Les documents imprimés montraient que les instruments fonctionnaient correctement. Le ministère public a communiqué la série habituelle de documents liés au processus. Tant V que G ont demandé des documents additionnels, soit les registres d’entretien des alcootests utilisés pour prélever leurs échantillons d’haleine. Le ministère public a communiqué un registre d’entretien de base à V mais il a refusé de lui fournir les autres renseignements demandés. V a sollicité une ordonnance de communication et G a demandé l’arrêt des procédures au motif que les droits qui lui sont garantis par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* avaient été violés. La requête de V a été rejetée et il a ensuite été déclaré coupable des deux accusations, mais G a obtenu l’arrêt des procédures. La Cour du Banc de la Reine a entendu conjointement l’appel de V et celui formé par le ministère public dans le cas de G. Elle a jugé que les registres d’entretien constituaient des dossiers en la possession de la partie principale et que le ministère public aurait dû les communiquer, confirmé l’arrêt des procédures à l’endroit de G et ordonné que V subisse un nouveau procès. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont accueilli les appels du ministère public, concluant que les registres d’entretien sont des dossiers en la possession de tiers qui ne doivent pas être communiqués de manière routinière. Elle a rétabli la déclaration de culpabilité de V, annulé l’arrêt des procédures accordé à G et renvoyé l’affaire pour la tenue d’un nouveau procès.

Arrêt (la juge Côté est dissidente) : Les pourvois sont rejetés.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin : Les registres d’entretien des alcootests sont assujettis aux règles applicables à la communication de dossiers en la possession de tiers. Par conséquent, pour obtenir la communication des registres, V et G devaient démontrer que les registres étaient vraisemblablement pertinents en l’espèce, ce qu’ils n’ont pas réussi à faire.

La communication de documents relevant de la partie principale est assujettie au régime de l’arrêt *Stinchcombe*. Le ministère public a l’obligation de communiquer tous les renseignements pertinents non protégés — inculpatatoires ou disculpatoires — se trouvant en sa possession

an application to court, applies only to the prosecuting Crown. However, the Crown has a duty to make reasonable inquiries when put on notice of material in the hands of police or other Crown entities that is potentially relevant. The police have a corresponding duty to disclose the fruits of the investigation, and any other information obviously relevant to an accused's case. The "fruits of the investigation" refers to all material pertaining to the investigation of the accused, that is, the police's investigative files, as opposed to operational records or background information. The phrase "obviously relevant" describes information that is not within the investigative file but that relates to the accused's ability to meet the Crown's case, raise a defence, or otherwise consider the conduct of the defence.

The disclosure of third party records is subject to the *O'Connor* regime. To obtain disclosure of such records, an accused must make a court application. The burden is on the accused to show that the record is likely relevant. Information will be likely relevant where there is a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or to the competence of a witness to testify. Where the accused discharges this burden, the judge will examine the record to determine whether, and to what extent, it should be produced to the accused.

To determine which regime is applicable, the following must be considered: (1) whether the information that is sought is in the possession or control of the prosecuting Crown, and (2) whether the nature of the information sought is such that the police or another Crown entity in possession or control of the information ought to have supplied it to the prosecuting Crown. This will be the case if the information can be qualified as being part of the fruits of the investigation or obviously relevant. An affirmative answer to either of these questions will call for the application of the first party disclosure regime. Otherwise, the third party disclosure regime applies.

The requested breathalyzer maintenance records in the instant case are not part of first party disclosure. They were not in the possession or control of the Crown, as

ou sous son contrôle. L'obligation, qui entre en jeu sur demande sans qu'il soit nécessaire de faire appel à la cour, s'applique au seul poursuivant. Cependant, le ministère public a l'obligation de se renseigner suffisamment auprès de la police ou d'autres entités étatiques lorsqu'il est informé de l'existence de renseignements potentiellement pertinents se trouvant en la possession de ces dernières. La police a l'obligation correspondante de divulguer les fruits de l'enquête et tous les autres renseignements qui se rapportent manifestement à la poursuite engagée contre l'accusé. Les « fruits de l'enquête » renvoient à tous les documents concernant l'enquête menée à l'égard de l'accusé, c'est-à-dire les dossiers d'enquête de la police, par opposition aux dossiers opérationnels ou aux renseignements sur les antécédents. L'expression « manifestement pertinents » désigne les renseignements qui ne font pas partie du dossier d'enquête, mais qui concernent la capacité de l'accusé de réfuter la preuve du ministère public, de présenter un moyen de défense ou d'envisager autrement la conduite qu'adoptera la défense.

La communication de dossiers en la possession de tiers est visée par le régime de l'arrêt *O'Connor*. Pour obtenir la production de ces dossiers, l'accusé doit en faire la demande à la cour. C'est à lui qu'il incombe de prouver que ces dossiers sont vraisemblablement pertinents. Les renseignements seront vraisemblablement pertinents dans le cas où il existe une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin. Lorsque l'accusé s'acquitte de ce fardeau, le juge examine les dossiers en question pour décider s'ils devraient être transmis à l'accusé, et si oui, dans quelle mesure.

Il y a lieu de se poser les questions suivantes au moment de décider lequel des deux régimes s'applique : (1) les renseignements demandés se trouvent-ils en la possession ou sous le contrôle du poursuivant? et (2) les renseignements recherchés sont-ils d'une nature telle que la police ou l'autre entité étatique qui les a en sa possession ou sous son contrôle aurait dû les transmettre au poursuivant? Tel sera le cas si les renseignements visés peuvent être considérés comme faisant partie des fruits de l'enquête ou comme étant manifestement pertinents. Une réponse affirmative à l'une ou l'autre de ces questions commandera l'application du régime de communication par la partie principale. Autrement, le régime de communication de renseignements en la possession de tiers s'applique.

Les registres d'entretien d'alcootest demandés en l'espèce ne font pas partie des documents à communiquer par la partie principale. Ils n'étaient pas en la possession ou

they were held both by the RCMP and by other third parties. They are not part of the fruits of the investigation; rather, they are created as operational records that are not specific to any particular investigation. Furthermore, the maintenance records are not obviously relevant. The Court's decision in *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, did not conclusively determine that all maintenance records are obviously relevant. The majority expressly declined to determine what evidence was relevant to determining the proper functioning and operation of the breathalyzer instrument. Moreover, the Court in *St-Onge Lamoureux* did not have the benefit of the Alcohol Test Committee's current position that records relating to periodic maintenance or inspections cannot address the working status of an approved instrument at the time of a breath test procedure. Further, the language of the presumption of accuracy set out in s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*, which contemplates receiving evidence that the approved instrument was malfunctioning or was operating improperly, makes no reference to maintenance. Parliament therefore did not expressly contemplate that the presumption of accuracy will be rebutted based on evidence as to the maintenance of the approved instrument. In addition, the expert evidence in this case supports the view that the maintenance records are not obviously relevant to the reliability of the approved instruments or to determine whether the instrument malfunctioned. The breathalyzer machines are designed to produce a fail reading where they malfunction. Maintenance records cannot indicate whether any particular result is a false positive. The existence of maintenance records and the fact that the instrument underwent maintenance from time to time is not sufficient to justify the disclosure requested by the accused.

Applying the *O'Connor* standard for third party disclosure, the maintenance records have not been shown to be likely relevant in this case. The Court in *St-Onge Lamoureux* contemplated that rebutting the statutory presumption of accuracy in s. 258(1)(c) would likely require expert evidence. In the instant case, expert evidence was only presented by the Crown. In the absence of any evidence by the accused rebutting the statutory presumption, the expert evidence of the Crown is persuasive that the maintenance records are not relevant. The conclusion that the maintenance records are subject to third party disclosure rules does not put the constitutionality of s. 258(1)(c) in jeopardy. A defence is not illusory simply because accused persons will rarely succeed in raising a reasonable

sous le contrôle du ministère public, car ils étaient détenus tant par la GRC que par d'autres tiers. Ils ne font pas partie des fruits de l'enquête; ils sont plutôt créés en tant que dossiers opérationnels, qui ne sont pas propres à une enquête en particulier. En outre, les registres d'entretien ne sont pas manifestement pertinents. L'arrêt *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187, n'a pas établi de manière concluante que tous les registres d'entretien sont manifestement pertinents. La majorité a expressément refusé de décider quelle preuve était pertinente pour juger du bon fonctionnement et de l'utilisation correcte de l'alcootest. De plus, dans l'affaire *St-Onge Lamoureux*, la Cour ne bénéficiait pas de la position actuelle du Comité des analyses d'alcool que les registres concernant l'entretien ou les inspections périodiques ne peuvent permettre de déterminer l'état de fonctionnement d'un alcootest approuvé au moment où un test d'haleine est effectué. En outre, le texte de la présomption d'exactitude établie à l'al. 258(1)c) du *Code criminel*, lequel envisage l'admission d'éléments de preuve faisant foi du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé, ne parle pas de l'entretien. Le législateur n'a donc pas explicitement prévu que la présomption d'exactitude pourrait être réfutée sur la base d'éléments de preuve relatifs à l'entretien de l'alcootest approuvé. De plus, la preuve d'expert produite en l'espèce étaye le point de vue selon lequel les registres d'entretien ne sont pas manifestement pertinents pour ce qui est de la fiabilité des alcootests approuvés ou pour ce qui est de savoir si l'alcootest a mal fonctionné. Les appareils sont conçus de manière à produire un message d'erreur en cas de mauvais fonctionnement. Les registres d'entretien ne peuvent pas indiquer si un résultat donné est un faux positif. L'existence des registres d'entretien et le fait que l'appareil ait pu faire l'objet de travaux d'entretien de temps en temps ne sont pas suffisants pour justifier la communication des documents réclamés par les accusés.

Si l'on applique la norme établie dans *O'Connor* pour la communication de renseignements en la possession de tiers, la pertinence probable des registres d'entretien n'a pas été démontrée en l'espèce. Dans l'arrêt *St-Onge Lamoureux*, la Cour a estimé que pour repousser la présomption d'exactitude de l'al. 258(1)c), une preuve d'expert serait vraisemblablement nécessaire. En l'espèce, la preuve d'expert a été présentée uniquement par le ministère public. Faute d'une preuve présentée par l'accusé pour réfuter la présomption légale, la preuve d'expert produite par le ministère public démontre de façon convaincante que les registres d'entretien sont dénués de pertinence. La conclusion selon laquelle les registres d'entretien sont assujettis aux règles de communication de renseignements

doubt by using it. The time-of-test records along with testimony from the technician or the officer involved are evidence that the accused may use to rebut the presumption of accuracy. Maintenance records may also be available to the defence where it can show that such records are likely relevant to a material issue in the case.

Per Côté J. (dissenting): The appeals should be allowed. Maintenance records should be subject to first party disclosure rules. They are obviously relevant to rebutting the statutory presumption of the accuracy of an approved instrument established by s. 258 of the *Criminal Code*. Disclosing maintenance records ensures that the defence has a minimum evidentiary basis upon which it may attempt to establish that an instrument was malfunctioning. This opportunity is guaranteed by the *Criminal Code* and underlies the majority's reasons in *St-Onge Lamoureux*.

The Court's reasoning in *St-Onge Lamoureux* was dependent in large part on two assumptions: (1) that one means available to an accused to raise a doubt as to the functioning of an instrument was by raising deficiencies in its maintenance; and (2) that the evidentiary basis for such a defence would be readily available to that accused. The Court should not depart from these assumptions on the basis of the Alcohol Test Committee's current position on the relevance of maintenance records. The Committee continues to endorse the standards and procedures that were before the Court when it decided *St-Onge Lamoureux*. Caution should be exercised when considering the extent to which the Committee's updated recommendations are determinative of the relevance of maintenance records, a question of law that is to be decided by the courts. The fact that only one expert opinion is before the Court, while the position of experts that may disagree on the relevance of maintenance records is notably absent from the record, is further cause for caution.

In *St-Onge Lamoureux*, it was assumed on the basis of a fulsome evidentiary record that maintenance records were relevant to rebutting the presumption at issue and the impugned scheme's constitutionality was confirmed on this basis. No new evidentiary basis calls those assumptions into question. The Court assumed that the accused would be provided with an evidentiary basis to raise a reasonable

en la possession de tiers ne met pas en péril la constitutionnalité de l'al. 258(1)c). Un moyen de défense n'est pas illusoire simplement parce que les accusés parviennent rarement à soulever un doute raisonnable lorsqu'ils l'invoquent. Les relevés établis au moment des analyses, de même que les témoignages du technicien ou du policier chargé de l'enquête, sont des éléments de preuve que l'accusé peut utiliser afin de repousser la présomption d'exactitude. Les registres d'entretien peuvent être communiqués à la défense si elle est en mesure de démontrer qu'ils sont probablement pertinents à l'égard d'une question importante pour l'issue de l'affaire.

La juge Côté (dissidente) : Les pourvois doivent être accueillis. Les registres d'entretien doivent être assujettis aux règles de communication de la preuve par la partie poursuivante. Ils sont manifestement pertinents pour réfuter la présomption d'exactitude d'un alcootest approuvé établie par l'art. 258 du *Code criminel*. La communication des registres d'entretien garantit que la défense dispose d'une preuve minimale qui lui permet de tenter d'établir qu'un appareil fonctionnait mal. Cette possibilité est garantie par le *Code criminel* et sous-tend le raisonnement des juges majoritaires de la Cour dans *St-Onge Lamoureux*.

Le raisonnement adopté par la Cour dans *St-Onge Lamoureux* reposait en grande partie sur les deux postulats suivants : (1) l'accusé peut mettre en doute le fonctionnement de l'appareil notamment en invoquant des défaillances dans son entretien; (2) l'accusé aurait facilement accès à la preuve lui permettant de faire valoir cette défense. La Cour ne devrait pas s'écarter de ces postulats en se fondant sur la position actuelle du Comité des analyses d'alcool à l'égard de la pertinence des registres d'entretien. Le Comité fait toujours siennes les normes et procédures dont avait été saisie la Cour quand elle a jugé l'affaire *St-Onge Lamoureux*. Il convient de faire preuve de prudence lorsqu'on se demande dans quelle mesure les recommandations mises à jour du Comité sont déterminantes pour juger de la pertinence des registres d'entretien, une question de droit que doivent trancher les tribunaux. Le fait qu'un seul avis d'expert soit soumis à la Cour en l'espèce, alors que la position d'experts susceptibles d'être en désaccord avec lui sur la pertinence des registres d'entretien brille par son absence dans le dossier, incite lui aussi à la prudence.

Dans *St-Onge Lamoureux*, il a été tenu pour acquis, sur la base d'une preuve exhaustive au dossier, que les registres d'entretien pouvaient servir à réfuter les présomptions en cause, et la constitutionnalité du régime attaqué a été confirmée sur cette base. Aucune nouvelle preuve n'a été produite en l'espèce pour remettre en question ces hypothèses. La Cour s'est fondée sur l'hypothèse

doubt as to the instrument's functioning on the basis of its maintenance. Deciding that maintenance records are not available under first party disclosure will upset the delicate balance struck in *St-Onge Lamoureux* and put the constitutionality of s. 258(1)(c) back into question.

Holding that only time-of-test records produced by the instrument can demonstrate malfunctioning effectively assumes that the machine is infallible. This confines the defence to arguments raising a doubt as to the instrument's operation, contrary to Parliament's intent to make malfunctioning and improper operation two distinct grounds for rebutting the presumption of accuracy. Recourse to third party disclosure will, in practice, be illusory. For an accused to have a real opportunity to show that an instrument was malfunctioning, an expert must have an evidentiary basis either to opine as to the possibility that the instrument malfunctioned or to establish the likely relevance of other information to be sought through third party disclosure. Providing nothing by way of first party disclosure forces accused persons and their experts to resort to conjecture and speculation.

Finally, disclosing maintenance records as first party records also serves the interests of justice. Where maintenance records reveal no issues, their disclosure may compel the accused to plead guilty. Where they reveal certain issues and an expert is of the opinion that these issues may prove that the instrument malfunctioned, the maintenance records provide a basis for the accused to raise such a defence or to make subsequent *O'Connor* requests in a grounded, non-speculative manner.

Cases Cited

By Rowe J.

Applied: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; **considered:** *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; **referred to:** *R. v. Kilpatrick*, 2013 ABCA 168; *R. v. Kilpatrick*, 2013 ABQB 5, 42 M.V.R. (6th) 92; *R. v. Sutton*, 2013 ABPC 308, 576 A.R. 14; *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *R. v. Jackson*, 2015 ONCA 832, 128 O.R. (3d) 161; *R. v. Black*, 2011 ABCA 349, 286 C.C.C. (3d) 432; *R. v. Chaplin*,

qu'on fournirait à l'accusé la preuve lui permettant de soulever un doute raisonnable quant au fonctionnement de l'appareil sur la base de son entretien. En décidant que les registres d'entretien échappent à l'obligation de communication incombant à la partie poursuivante, on rompra l'équilibre fragile établi dans *St-Onge Lamoureux* et remettra en question la constitutionnalité de l'al. 258(1)c).

Conclure que seuls les relevés produits par l'appareil au moment des analyses peuvent démontrer que l'appareil fonctionnait mal revient à supposer dans les faits que la machine est infallible. Cette approche restreint le moyen de défense aux arguments qui mettent en doute l'utilisation correcte de l'appareil, ce qui va à l'encontre de l'intention du législateur de faire du mauvais fonctionnement et de l'utilisation incorrecte deux moyens distincts permettant de réfuter la présomption d'exactitude. Le recours au régime de communication applicable aux dossiers en la possession de tiers sera en pratique illusoire. Pour que l'accusé ait une possibilité réelle de démontrer qu'un appareil fonctionnait mal, un expert doit disposer d'une preuve sur laquelle il peut se fonder pour soit juger de la possibilité qu'un appareil fonctionne mal, soit établir la pertinence probable des autres renseignements à demander en vertu du régime de communication des dossiers en la possession de tiers. L'absence totale de communication par la partie poursuivante oblige les accusés et leurs experts à s'appuyer sur des conjectures.

Enfin, la communication des registres d'entretien en tant que documents relevant de la partie poursuivante sert aussi l'intérêt de la justice. Lorsque les registres d'entretien ne révèlent aucun problème, leur communication pourrait convaincre l'accusé de plaider coupable. Dans le cas de ceux qui révèlent certains problèmes et où un expert est d'avis que ces problèmes peuvent démontrer que l'appareil fonctionnait mal, les registres d'entretien servent de fondement à l'accusé pour faire valoir une telle défense, ou pour présenter par la suite des demandes de type *O'Connor* sur la base de motifs, et non de conjectures.

Jurisprudence

Citée par le juge Rowe

Arrêt appliqué : *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; **arrêts examinés :** *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; **arrêts mentionnés :** *R. c. Kilpatrick*, 2013 ABCA 168; *R. c. Kilpatrick*, 2013 ABQB 5, 42 M.V.R. (6th) 92; *R. c. Sutton*, 2013 ABPC 308, 576 A.R. 14; *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *R. c. Jackson*, 2015 ONCA 832, 128 O.R. (3d) 161; *R. c. Black*, 2011 ABCA 349, 286

[1995] 1 S.C.R. 727; *World Bank Group v. Wallace*, 2016 SCC 15, [2016] 1 S.C.R. 207; *R. v. Gubins*, 2009 ONCJ 80; *R. v. Lo*, 2009 ONCJ 307, 86 M.V.R. (5th) 284; *R. v. Klug*, 2010 ABPC 88, 500 A.R. 293; *R. v. Kristianson*, 2011 ABPC 309, 24 M.V.R. (6th) 298; *R. v. Turnbull*, 2012 ABPC 45, 32 M.V.R. (6th) 162; *R. v. Hudye*, 2013 SKPC 122, 425 Sask. R. 302; *R. v. Pankiw*, 2013 SKPC 47, 416 Sask. R. 206; *R. v. Martens*, 2013 ABPC 349; *R. v. Carter*, 2014 ABPC 291, 603 A.R. 366; *R. v. Oleksiuk*, 2014 ONCJ 313; *R. v. Sinclair*, 2015 ABQB 113, 75 M.V.R. (6th) 252; *R. v. Timmons* (1994), 132 N.S.R. (2d) 360; *R. v. Anutooshkin* (1994), 92 C.C.C. (3d) 59; *R. v. Williams*, 2000 BCSC 207, 1 M.V.R. (4th) 288; *R. v. Keirsted*, 2004 ABQB 491; *R. v. Singleton*, [2004] O.J. No. 5583 (QL); *R. v. Nicolle*, 2005 ONCJ 346, 27 M.V.R. (5th) 206; *R. v. Coopsammy*, 2008 ABQB 266, 68 M.V.R. (5th) 226; *R. v. Balfour*, 2009 ONCJ 308, 86 M.V.R. (5th) 278; *R. v. Ahmed*, 2010 ONCJ 130, 253 C.C.C. (3d) 378; *Duff v. Alberta (Attorney General)*, 2010 ABPC 250, 497 A.R. 16; *R. v. Worden*, 2014 SKPC 143, 68 M.V.R. (6th) 141; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Lam*, 2014 ONCJ 247; *R. v. Awashish*, 2018 SCC 45, [2018] 3 S.C.R. 87.

By Côté J. (dissenting)

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *R. v. Drolet*, 2010 QCCQ 7719; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Sutton*, 2013 ABPC 308, 59 M.V.R. (6th) 89; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Awashish*, 2018 SCC 45, [2018] 3 S.C.R. 87.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253(1), 254(1), 258(1), (7), 278.1 to 278.9.
Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6.

Authors Cited

Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 8, 2nd Sess., 39th Parl., February 20, 2008, p. 8:75.
 Canadian Society of Forensic Science. “Alcohol Test Committee Position Paper: Documentation Required for Assessing the Accuracy and Reliability of Approved Instrument Breath Alcohol Test Results” (2012), 45 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 101.

C.C.C. (3d) 432; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *Groupe de la Banque Mondiale c. Wallace*, 2016 CSC 15, [2016] 1 R.C.S. 207; *R. c. Gubins*, 2009 ONCJ 80; *R. c. Lo*, 2009 ONCJ 307, 86 M.V.R. (5th) 284; *R. c. Klug*, 2010 ABPC 88, 500 A.R. 293; *R. c. Kristianson*, 2011 ABPC 309, 24 M.V.R. (6th) 298; *R. c. Turnbull*, 2012 ABPC 45, 32 M.V.R. (6th) 162; *R. c. Hudye*, 2013 SKPC 122, 425 Sask. R. 302; *R. c. Pankiw*, 2013 SKPC 47, 416 Sask. R. 206; *R. c. Martens*, 2013 ABPC 349; *R. c. Carter*, 2014 ABPC 291, 603 A.R. 366; *R. c. Oleksiuk*, 2014 ONCJ 313; *R. c. Sinclair*, 2015 ABQB 113, 75 M.V.R. (6th) 252; *R. c. Timmons* (1994), 132 N.S.R. (2d) 360; *R. c. Anutooshkin* (1994), 92 C.C.C. (3d) 59; *R. c. Williams*, 2000 BCSC 207, 1 M.V.R. (4th) 288; *R. c. Keirsted*, 2004 ABQB 491; *R. c. Singleton*, [2004] O.J. No. 5583 (QL); *R. c. Nicolle*, 2005 ONCJ 346, 27 M.V.R. (5th) 206; *R. c. Coopsammy*, 2008 ABQB 266, 68 M.V.R. (5th) 226; *R. c. Balfour*, 2009 ONCJ 308, 86 M.V.R. (5th) 278; *R. c. Ahmed*, 2010 ONCJ 130, 253 C.C.C. (3d) 378; *Duff c. Alberta (Attorney General)*, 2010 ABPC 250, 497 A.R. 16; *R. c. Worden*, 2014 SKPC 143, 68 M.V.R. (6th) 141; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Lam*, 2014 ONCJ 247; *R. c. Awashish*, 2018 CSC 45, [2018] 3 R.C.S. 87.

Citée par la juge Côté (dissidente)

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *R. c. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, [2010] R.J.Q. 2610; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Sutton*, 2013 ABPC 308, 59 M.V.R. (6th) 89; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Awashish*, 2018 CSC 45, [2018] 3 R.C.S. 87.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(d).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 253(1), 254(1), 258(1), (7), 278.1 à 278.9.
Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, c. 6.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 8, 2^e sess., 39^e lég., 20 février 2008, p. 8:75.
 Société canadienne des sciences judiciaires. « “L’Énoncé de position” du Comité des analyses d’alcool : Documents nécessaires pour évaluer l’exactitude et la fiabilité des résultats des alcootests approuvés » (2012), 45 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 104.

Canadian Society of Forensic Science. “Canadian Society of Forensic Science Alcohol Test Committee Recommended Best Practices for a Breath Alcohol Testing Program” (2014), 47 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 179.

Canadian Society of Forensic Science. “Recommended Standards and Procedures of the Canadian Society of Forensic Science Alcohol Test Committee” (2009), 42 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 1.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Slatter and Rowbotham JJ.A.), 2016 ABCA 358, 344 C.C.C. (3d) 85, 33 C.R. (7th) 359, 3 M.V.R. (7th) 40, 44 Alta. L.R. (6th) 248, [2017] 4 W.W.R. 8, [2016] A.J. No. 1180 (QL), 2016 CarswellAlta 2195 (WL Can.), setting aside a decision of Kenny J., 2015 ABQB 206, 608 A.R. 197, [2015] A.J. No. 360 (QL), 2015 CarswellAlta 584 (WL Can.), which affirmed the stay of proceedings entered by Schaffter Prov. Ct. J., 2014 ABPC 195, 596 A.R. 351, 13 Alta. L.R. (6th) 45, [2014] A.J. No. 989 (QL), 2014 CarswellAlta 1594 (WL Can.), and remitting the matter to trial. Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Slatter and Rowbotham JJ.A.), 2016 ABCA 358, 344 C.C.C. (3d) 85, 33 C.R. (7th) 359, 3 M.V.R. (7th) 40, 44 Alta. L.R. (6th) 248, [2017] 4 W.W.R. 8, [2016] A.J. No. 1180 (QL), 2016 CarswellAlta 2195 (WL Can.), setting aside a decision of Kenny J., 2015 ABQB 206, 608 A.R. 197, [2015] A.J. No. 360 (QL), 2015 CarswellAlta 584 (WL Can.), which ordered a new trial for the accused, and restoring the accused’s conviction entered by Golden Prov. Ct. J. Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

Timothy Foster, Q.C., and *Katherin J. Beyak*, for the appellant Kevin Patrick Gubbins.

Stephen M. Smith, for the appellant Darren John Chip Vallentgoed.

Robert J. Palser and *Jason R. Russell*, for the respondent.

Michael Fawcett and *Philip Perlmutter*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Société canadienne des sciences judiciaires. « Normes et procédures recommandées par la Société canadienne des sciences judiciaires — Comité des analyses d’alcool » (2009), 42 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 31.

Société canadienne des sciences judiciaires. « Société canadienne des sciences judiciaires — Comité des analyses d’alcool : Les bonnes pratiques d’analyse de l’alcool dans l’haleine » (2014), 47 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 189.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Berger, Slatter et Rowbotham), 2016 ABCA 358, 344 C.C.C. (3d) 85, 33 C.R. (7th) 359, 3 M.V.R. (7th) 40, 44 Alta. L.R. (6th) 248, [2017] 4 W.W.R. 8, [2016] A.J. No. 1180 (QL), 2016 CarswellAlta 2195 (WL Can.), qui a écarté une décision de la juge Kenny, 2015 ABQB 206, 608 A.R. 197, [2015] A.J. No. 360 (QL), 2015 CarswellAlta 584 (WL Can.), laquelle avait confirmé l’arrêt des procédures ordonné par la juge Schaffter, 2014 ABPC 195, 596 A.R. 351, 13 Alta. L.R. (6th) 45, [2014] A.J. No. 989 (QL), 2014 CarswellAlta 1594 (WL Can.), et qui a renvoyé l’affaire à procès. Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Berger, Slatter et Rowbotham), 2016 ABCA 358, 344 C.C.C. (3d) 85, 33 C.R. (7th) 359, 3 M.V.R. (7th) 40, 44 Alta. L.R. (6th) 248, [2017] 4 W.W.R. 8, [2016] A.J. No. 1180 (QL), 2016 CarswellAlta 2195 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Kenny, 2015 ABQB 206, 608 A.R. 197, [2015] A.J. No. 360 (QL), 2015 CarswellAlta 584 (WL Can.), laquelle avait ordonné la tenue d’un nouveau procès pour l’accusé, et qui a rétabli la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Golden. Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

Timothy Foster, c.r., et *Katherin J. Beyak*, pour l’appelant Kevin Patrick Gubbins.

Stephen M. Smith, pour l’appelant Darren John Chip Vallentgoed.

Robert J. Palser et *Jason R. Russell*, pour l’intimée.

Michael Fawcett et *Philip Perlmutter*, pour l’intervenante la procureure générale de l’Ontario.

Nicolas Abran and Justin Tremblay, for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions.

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

ROWE J. —

I. Overview

[1] These appeals deal with the scope of the Crown’s disclosure obligations with respect to maintenance records of breathalyzer instruments. These instruments are used to determine the blood alcohol content of suspected drunk drivers. It is important that these instruments provide accurate results. These cases deal with what information is relevant to assessing the reliability of these instruments. Are the maintenance records part of first party disclosure, subject to inclusion in the Crown’s standard disclosure package? Or, are these records third party records, which require the defence to demonstrate their likely relevance before an order for disclosure can be made?

[2] Courts have provided inconsistent answers to the foregoing questions. These reasons deal with two appeals in which the two trial judges came to different conclusions as to whether breathalyzer maintenance records should be disclosed by the Crown. For the reasons that follow, I find that such records are subject to third party (rather than first party) disclosure. On the evidence in both cases, the defence failed to show that the maintenance records meet the requisite threshold for third party disclosure. Accordingly, I would dismiss the appeals.

Nicolas Abran et Justin Tremblay, pour l’intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin JJ. rendu par

LE JUGE ROWE —

I. Aperçu

[1] Les présents pourvois portent sur l’étendue de l’obligation de communication du ministère public en ce qui a trait aux registres d’entretien des alcootests. Ceux-ci sont des instruments utilisés pour mesurer la concentration d’alcool dans le sang de personnes soupçonnées de conduite en état d’ébriété, et il importe qu’ils fournissent des résultats exacts. Dans les affaires qui nous occupent, il est question des renseignements pertinents que l’on peut prendre en compte afin d’évaluer leur fiabilité. Les registres d’entretien des alcootests sont-ils des renseignements visés par le régime de communication de la preuve par la partie principale, donc susceptibles de compter parmi les renseignements que le ministère public doit normalement communiquer? Ou s’agit-il plutôt de dossiers en la possession de tiers, lesquels exigent de la défense qu’elle démontre leur pertinence avant qu’une ordonnance de communication puisse être rendue?

[2] Les tribunaux ont donné des réponses contradictoires aux questions précédentes. Les présents motifs concernent précisément des appels entendus dans deux affaires où les juges de première instance sont parvenues à des conclusions différentes sur la question de savoir si le ministère public devait communiquer les registres d’entretien des alcootests. Pour les raisons exposées ci-après, je suis d’avis que de tels documents sont assujettis au régime de communication applicable aux dossiers en la possession de tiers (plutôt qu’au régime de communication qui incombe à la partie principale). Au vu de la preuve présentée dans chacune de ces affaires, la défense n’a pas réussi à établir que les registres d’entretien répondaient au critère préliminaire de la pertinence applicable à la communication de renseignements en la possession de tiers. En conséquence, je rejeterais les pourvois.

II. Facts

[3] Both accused in this appeal were charged with impaired driving and with driving “over 80”, contrary to s. 253(1)(a) and (b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Mr. Vallentgoed and Mr. Gubbins provided breath samples. Mr. Vallentgoed’s samples showed blood alcohol readings of 130 mg% and 120 mg%. Mr. Gubbins’ samples showed two readings of 120 mg%.

[4] Each of these breath samples was analyzed using an “approved instrument”, as required by s. 254(1) of the *Criminal Code*. The Crown led expert evidence that described in detail the operation of the instruments, including that they perform internal and external diagnostic tests at the time each breath sample is taken in order to ensure accuracy of the results. When a breath sample is obtained, the procedure is as follows:

- (a) Air Blank: The instrument purges any alcohol remaining in it. It then tests the alcohol content of the ambient air. The result of this test should be zero, but if it is different, the instrument sets a baseline that eliminates the effect of any ambient alcohol on the test results. If there is an excessive amount of ambient alcohol, the instrument will stop and the test will be cancelled.
- (b) Calibration Check (or Alcohol Standard Test): The instrument is tested against an alcohol vapour of known concentration from a certified sample. The sample generally has a concentration equal to 100 mg% of alcohol in the blood. The instrument must accurately measure the concentration within 10% (i.e., the result must be between 95 mg% and 105 mg%). If the instrument fails to perform within this range, the test will be cancelled.

II. Les faits

[3] En l’espèce, les deux accusés sont visés par des accusations de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg », en contravention des al. 253(1)a) et b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. M. Vallentgoed et M. Gubbins ont tous les deux fourni des échantillons d’haleine. Les échantillons de M. Vallentgoed indiquaient respectivement une alcoolémie de 130 et de 120 mg d’alcool par 100 ml de sang. Quant aux échantillons de M. Gubbins, ils ont tous les deux produit un résultat de 120 mg d’alcool par 100 ml de sang.

[4] Chacun de ces échantillons d’haleine a été analysé au moyen d’un « alcootest approuvé », comme l’exige le par. 254(1) du *Code criminel*. Le ministère public a présenté une preuve d’expert qui décrivait en détail le fonctionnement de tels instruments, et précisait notamment que ceux-ci effectuent des analyses diagnostiques internes et externes lors du prélèvement de chaque échantillon d’haleine afin de garantir l’exactitude des résultats. Voici les étapes suivies lors du prélèvement d’un échantillon d’haleine :

- a) Échantillon témoin : L’instrument évacue toute trace d’alcool qu’il pourrait contenir. Il mesure ensuite la quantité d’alcool dans l’air ambiant. Le résultat obtenu devrait être zéro, mais en cas de résultat différent, l’instrument établit une valeur de référence qui élimine les éventuels effets de l’alcool dans l’air ambiant sur les résultats d’analyse. Si une quantité excessive d’alcool est présente dans l’air ambiant, l’appareil cessera de fonctionner, et l’analyse sera annulée.
- b) Contrôle de l’étalonnage (ou test normalisé d’alcool) : L’instrument est mis à l’essai au moyen de vapeurs d’alcool de concentration connue provenant d’un échantillon certifié. Cet échantillon a généralement une concentration égale à 100 mg d’alcool par 100 ml de sang. L’appareil doit mesurer cette concentration avec exactitude, à l’intérieur d’une marge de 10 % (c.-à-d. que le résultat doit se situer entre 95 et 105 mg d’alcool par 100 ml de sang). Si les résultats de l’appareil ne se situent pas dans cette fourchette, l’analyse sera annulée.

- (c) Air Blank: The instrument performs a second air blank test in order to purge any residual alcohol vapour left from the sample used in the Calibration Check.
- (d) Breath Sample, First Test: The accused provides a deep lung breath sample into the instrument, which measures the concentration of alcohol present. The instrument is designed to (slightly) underestimate blood alcohol concentration.
- (e) Air Blank: The instrument performs another air blank check to purge any alcohol vapour.
- (f) Breath Sample, Second Test: After fifteen minutes, the process (steps (a) through (e) above) is repeated. The readings from the two breath samples are rounded down to the lowest 10 (i.e., a reading of 99 mg% is recorded as 90 mg%). The results of the two samples must be within 20 mg% of each other; the lower of the two results will be used: s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*. If the two results are not within the foregoing range, further breath samples will be taken.
- c) Échantillon témoin : l'appareil effectue un autre test par échantillon témoin afin d'éliminer tout résidu de vapeur d'alcool qui pourrait rester de l'échantillon utilisé lors du contrôle de l'étalonnage.
- d) Échantillon d'haleine — premier test : le prévenu expire dans l'appareil de façon à fournir un échantillon d'haleine provenant du fond des poumons. L'appareil mesure alors la concentration d'alcool dans l'haleine. Il est conçu de manière à sous-estimer (légèrement) la concentration d'alcool dans le sang.
- e) Échantillon témoin : l'appareil effectue de nouveau un test par échantillon témoin afin d'éliminer tout résidu de vapeurs d'alcool qu'il pourrait contenir.
- f) Échantillon d'haleine — deuxième test : au bout de 15 minutes, la procédure (les étapes a) à e), ci-dessus) est répétée. Les résultats d'analyse des deux échantillons d'haleine sont arrondis à la dizaine inférieure (p. ex., un résultat indiquant une alcoolémie de 99 mg sera enregistré à 90 mg). Les résultats des deux échantillons ne doivent pas différer l'un de l'autre par plus de 20 mg par 100 ml, et l'alcoolémie la plus faible des deux sera retenue : al. 258(1)c) du *Code criminel*. Si les deux résultats obtenus ne se situent pas dans cette précédente fourchette d'étalonnage, on prélèvera d'autres échantillons d'haleine.

[5] Each step in this sequence generates printed results. A “fail” in any step is indicated in the printouts. For both Mr. Vallentgoed and Mr. Gubbins, the instruments indicated no problems. None of the internal controls were triggered; the results were within the accepted ranges indicated above. The printouts generated at the time of the tests indicated that the instruments functioned properly.

[5] Chaque étape de cette séquence génère un document imprimé où sont inscrits les résultats. Le cas échéant, un « message d'erreur » sera inscrit sur ce document à l'une ou l'autre des étapes de la procédure. Dans le cas de M. Vallentgoed comme dans celui de M. Gubbins, les appareils n'ont fait état d'aucun problème survenu en cours d'utilisation. Aucun des dispositifs de contrôle interne ne s'est déclenché, et les résultats obtenus se situaient à l'intérieur des limites précisées ci-dessus. Du reste, les documents imprimés produits au moment des analyses montraient que les instruments fonctionnaient correctement.

[6] The Crown provided Mr. Vallentgoed with a disclosure package that included documents created during the investigation, as well as other documents certifying that various components used in the testing process had been tested, maintained and certified. The documents included in this package were: (a) the Intoxilyzer 5000C Operational Check Sheet, (b) the Intoxilyzer 5000C Test Record, and (c) the Certificate of Analyses. These records provide details of the test results of the breath samples, as well as the results of the calibration checks. Also included was information about the officers involved, the date and time of the tests, and particulars of the instrument used. The Check Sheet includes the analyst's handwritten notes of his or her observations of the accused's condition at the time of testing. The Test Record is the printout from the instrument, signed by the technician who operated it. The Certificate of Analyses is the official record of the test results; it indicates the blood alcohol reading. The Certificate of Analyses also gives notice that it will be used as evidence in court: s. 258(1)(e) and (g) and s. 258(7) of the *Criminal Code*.

[7] Other documents in the Crown's disclosure package included: (a) the Intoxilyzer 5000C Simulator Alcohol Solution Log; (b) the Intoxilyzer 5000C Test Record for alcohol solution change; (c) the Certificate of Annual Maintenance; (d) the Certificate of Annual Maintenance for the standard alcohol solution breath simulator; (e) the Intoxilyzer 5000C Use and Calibration Check Log; and (f) the Certificate of an Analyst (Alcohol Standard). These documents provide particulars of the alcohol solution (when its use commenced, when it was changed, as well as when it was tested and found to be suitable) and the instrument itself (when it was sent for annual maintenance and the details of each time the instrument was calibrated).

[6] Le ministère public a communiqué à M. Vallentgoed une série de documents, dont ceux établis au cours de l'enquête et une série d'autres documents certifiant que les diverses composantes de l'appareil utilisées au cours de l'analyse ont été mises à l'épreuve, entretenues et certifiées. Les documents communiqués étaient les suivants : a) la fiche de vérification opérationnelle de l'appareil Intoxilyzer 5000C; b) le registre du test de l'Intoxilyzer 5000C; et c) le certificat d'analyse. Ces documents contiennent les résultats détaillés des analyses d'échantillons d'haleine ainsi que les résultats des contrôles d'étalonnage. Au nombre des documents communiqués figuraient également des renseignements concernant les policiers ayant participé à l'enquête, la date et l'heure des analyses, et les caractéristiques de l'appareil employé. La fiche de vérification renferme les notes d'observation manuscrites de l'analyste concernant l'état du prévenu au moment de l'analyse. Quant au relevé des tests, il s'agit d'un document imprimé par l'alcootest et signé par le technicien qui a manipulé l'appareil. Le certificat d'analyse est le relevé officiel des résultats d'analyse; il indique le taux d'alcoolémie relevé par l'appareil. Le certificat d'analyse renferme également un avis mentionnant qu'il sera utilisé en preuve devant le tribunal : al. 258(1)e) et g) et par. 258(7) du *Code criminel*.

[7] Se trouvaient également parmi les documents communiqués par le ministère public : a) le registre d'utilisation du simulateur Intoxilyzer 5000C avec solution d'alcool type; b) le registre des changements des solutions d'alcool type utilisées dans le cadre des contrôles de l'Intoxilyzer 5000C; c) le certificat d'entretien annuel de l'appareil, d) le certificat d'entretien annuel du simulateur d'haleine avec solution d'alcool type, e) le registre de vérification de l'utilisation et de l'étalonnage de l'Intoxilyzer 5000C, et f) le certificat de l'analyste (alcool type). Ces documents fournissent des précisions sur la solution d'alcool (c.-à-d. les dates où on a commencé à l'utiliser, où on l'a changée et où elle a été testée et jugée convenable) ainsi que sur l'appareil lui-même (la date où il a été envoyé aux fins d'entretien annuel et les détails concernant chaque fois où il a fait l'objet d'un étalonnage).

[8] In addition, the Crown indicated that it would provide, on request, the RCMP Operational Manual for the instrument, as well as the Qualified Technician's designation.

[9] Mr. Gubbins was provided a disclosure package as described above, save that it did not include any documents relating to the maintenance of the instrument in question.

[10] Both Mr. Vallentgoed and Mr. Gubbins requested additional disclosure. Mr. Vallentgoed requested: (1) maintenance records for the breathalyzer instrument for the past two years; (2) maintenance and inspection records for the external simulator; and (3) records showing the cumulative uses of the alcohol standard for a one month period before testing. The Crown produced a basic maintenance log. Upon inspecting the records, Mr. Vallentgoed noted that the machine had been sent for repairs the day after he was charged, two months before that, and again two months before that. Mr. Vallentgoed requested detailed reports of the work performed on these dates. The Crown refused, on the basis that these maintenance reports were third party records and were not relevant. In response, Mr. Vallentgoed applied for disclosure in the Alberta Provincial Court.

[11] Mr. Gubbins demanded disclosure of all maintenance records for the instrument from the time it was imported into Canada and first put into use. The Crown refused to provide the requested disclosure, on the basis that these were third party records held by the contractor that maintained the equipment and they did not meet the required threshold of relevance. Mr. Gubbins brought an application for a stay of proceedings, arguing that his rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were infringed by the Crown's refusal to provide the additional disclosure that he had requested.

[8] En outre, le ministère public a indiqué qu'il fournirait, sur demande, le guide d'utilisation de la GRC concernant l'appareil, de même que la désignation du technicien qualifié.

[9] M. Gubbins s'est vu remettre un ensemble de documents correspondant à celui décrit précédemment, mis à part le fait qu'il ne comprenait pas de document au sujet de l'entretien des appareils en question.

[10] M. Vallentgoed et M. Gubbins ont tous deux sollicité la communication d'éléments de preuve additionnels. M. Vallentgoed a ainsi réclamé : (1) les registres d'entretien de l'alcootest pour les deux dernières années, (2) les registres d'entretien et d'inspection du simulateur externe; et (3) les registres indiquant les utilisations cumulatives de l'alcool type pendant une période d'un mois avant qu'il ne subisse l'alcootest. Le ministère public a communiqué un registre d'entretien de base. En inspectant les documents, M. Vallentgoed a relevé que la machine avait été envoyée pour réparation le lendemain du dépôt des accusations à son encontre, ainsi que deux mois avant cette date, puis encore deux mois plus tôt. M. Vallentgoed a demandé à obtenir les rapports détaillés des travaux effectués à ces dates. Le ministère public a refusé au motif que ces rapports d'entretien étaient des documents en la possession de tiers, et qu'ils étaient par ailleurs dénués de pertinence. En réponse à ce refus, M. Vallentgoed a déposé une demande de communication à la Cour provinciale de l'Alberta.

[11] M. Gubbins, pour sa part, a exigé la communication de tous les documents relatifs à l'entretien de l'instrument à compter de son importation au Canada et de sa première utilisation. Le ministère public a refusé de lui transmettre ces renseignements, pour le motif qu'il s'agissait de documents en la possession d'un tiers, soit le contractant responsable de l'entretien de l'équipement, et qu'ils ne satisfaisaient pas au critère préliminaire de la pertinence. M. Gubbins a présenté une requête en arrêt des procédures, en soutenant que le refus du ministère public de lui fournir les renseignements additionnels demandés avait porté atteinte à ses droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

III. Judicial History

A. *Provincial Court of Alberta — R. v. Vallentgoed, March 11, 2014*

[12] In dealing with Mr. Vallentgoed's disclosure application, Golden Prov. Ct. J. noted there was disagreement in the case law regarding disclosure of maintenance records. The Alberta Court of Appeal in *R. v. Kilpatrick*, 2013 ABCA 168, dismissed an application for leave to appeal from a decision which held that maintenance records were subject to first party disclosure: 2013 ABQB 5, 42 M.V.R. (6th) 92. Golden Prov. Ct. J. noted that the Court of Appeal decided *Kilpatrick* without evidence being adduced as to the relevance of the maintenance records. By contrast, the Alberta Provincial Court in *R. v. Sutton*, 2013 ABPC 308, 576 A.R. 14, had received expert evidence. The judge in *Sutton* concluded that the maintenance records were not relevant; thus, they did not meet the threshold for first party disclosure. Golden Prov. Ct. J. favoured the approach in *Sutton*. He concluded that the maintenance records were not relevant. Accordingly, he dismissed the application for disclosure. Mr. Vallentgoed was later convicted.

B. *Provincial Court of Alberta — R. v. Gubbins, 2014 ABPC 195, 596 A.R. 351*

[13] Schaffter Prov. Ct. J. dealt with Mr. Gubbins' application for a stay of proceedings under s. 7 of the *Charter* based on the Crown's refusal to provide additional disclosure. Schaffter Prov. Ct. J. took the view that she was bound by *Kilpatrick*. As well, she noted that in *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, the Court held that police discipline records were first party records, as they are relevant to assessing the credibility of the officer, despite not being fruits of the investigation. By analogy, the maintenance records are relevant to the reliability of the approved instrument. The requested disclosure was, therefore, first party. Accordingly, the Crown

III. Historique judiciaire

A. *Cour provinciale de l'Alberta — R. c. Vallentgoed, 11 mars 2014*

[12] Appelé à statuer sur la demande de communication de M. Vallentgoed, le juge Golden, de la Cour provinciale, a souligné que la jurisprudence divergeait sur la question de la communication des registres d'entretien. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Kilpatrick*, 2013 ABCA 168, la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté une demande d'autorisation d'appel à l'encontre de la décision portant que les registres d'entretien étaient soumis au régime de communication de la preuve par la partie principale : 2013 ABQB 5, 42 M.V.R. (6th) 92. Le juge Golden a souligné que la Cour d'appel avait décidé de l'affaire *Kilpatrick* sans qu'aucun élément de preuve n'ait été produit relativement à la pertinence des registres d'entretien. À l'inverse, la Cour provinciale de l'Alberta, dans la décision *R. c. Sutton*, 2013 ABPC 308, 576 A.R. 14, avait reçu une preuve d'expert. Dans cette affaire, le juge a conclu que les registres d'entretien n'étaient pas pertinents et que, par conséquent, ils ne satisfaisaient pas à l'exigence minimale relative à la communication de la preuve par la partie principale. Le juge Golden, de la Cour provinciale, a privilégié l'approche retenue dans *Sutton*. Il a conclu que les registres d'entretien étaient dénués de pertinence, en conséquence de quoi il a rejeté la demande de communication. M. Vallentgoed a ensuite été déclaré coupable.

B. *Cour provinciale de l'Alberta — R. c. Gubbins, 2014 ABPC 195, 596 A.R. 351*

[13] La juge Schaffter, de la Cour provinciale, s'est penchée sur la requête en arrêt des procédures présentée par M. Gubbins sur le fondement de l'art. 7 de la *Charte* en raison du refus du ministère public de lui communiquer des éléments de preuve additionnels. La juge Schaffter a dit s'estimer liée par l'arrêt *Kilpatrick*. Elle a en outre souligné que, dans l'arrêt *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, la Cour avait déclaré que, bien qu'ils ne soient pas assimilables à des fruits de l'enquête, les dossiers disciplinaires des policiers étaient visés par l'obligation de communication incombant à la partie principale, étant donné leur pertinence pour établir la crédibilité d'un

should have disclosed the records sought. Schaffter Prov. Ct. J. concluded that a breach of s. 7 was made out. Given that Mr. Gubbins' driving license was suspended pending the outcome of the trial, and that this suspension would continue if she ordered an adjournment, Schaffter Prov. Ct. J. was satisfied that Mr. Gubbins would be prejudiced. She entered a stay of proceedings.

C. *Court of Queen's Bench of Alberta — 2015 ABQB 206, 608 A.R. 197*

[14] Mr. Vallentgoed appealed his conviction. The Crown appealed Mr. Gubbins' stay of proceedings. The appeals were heard jointly before Kenny J., sitting as summary conviction appeal judge. In her view, it was problematic for the Crown to have to tender expert evidence in every case to demonstrate that the maintenance records are irrelevant. These records may or may not meet the threshold for relevancy. In Kenny J.'s view, it is a waste of judicial resources to re-litigate this issue repeatedly, especially given that the Court's ruling in *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, determined conclusively (in her view) that maintenance records are first party records. She dismissed the Crown's appeal of Mr. Gubbins' stay of proceedings and ordered a new trial for Mr. Vallentgoed.

D. *Court of Appeal of Alberta — 2016 ABCA 358, 344 C.C.C. (3d) 85*

(1) Per Slatter J.A. (Berger J.A. Concurring)

[15] Slatter J.A., with Berger J.A. concurring, allowed the appeals. He took the view that the maintenance records are not fruits of the investigation

policier. Par analogie, les registres d'entretien étaient pertinents relativement à la fiabilité de l'alcootest approuvé. Ainsi, les documents visés par la demande de communication relevaient de ceux à communiquer par la partie principale. Par conséquent, le ministère public aurait dû divulguer les dossiers demandés. La juge Schaffter a conclu que l'atteinte à l'art. 7 avait été établie. Puisque le permis de conduire de M. Gubbins avait été suspendu en attendant l'issue du procès, et que cette suspension se poursuivrait si elle ordonnait un ajournement, la juge Schaffter était convaincue que M. Gubbins en subirait un préjudice. Elle a donc ordonné l'arrêt des procédures.

C. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta — 2015 ABQB 206, 608 A.R. 197*

[14] M. Vallentgoed, pour sa part, a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité, et le ministère public, quant à lui, a fait appel de l'arrêt des procédures accordé à M. Gubbins. La juge Kenny, siégeant en tant que juge d'appel des poursuites sommaires, a entendu conjointement les deux appels. À son avis, il était problématique pour le ministère public d'avoir à présenter à tout coup une preuve d'expert afin de démontrer l'absence de pertinence des registres d'entretien. Ces documents peuvent ou non répondre au critère préliminaire de la pertinence. De l'avis de la juge Kenny, c'est un gaspillage de ressources judiciaires que de remettre constamment en litige cette même question, d'autant plus que dans l'arrêt *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187, la Cour avait (à son avis) statué de façon définitive que les registres d'entretien constituaient des dossiers en la possession de la partie principale. Elle a rejeté l'appel formé par le ministère public à l'encontre de l'arrêt des procédures accordé à M. Gubbins, et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour M. Vallentgoed.

D. *Cour d'appel de l'Alberta — 2016 ABCA 358, 344 C.C.C. (3d) 85*

(1) Le juge Slatter (avec l'appui du juge Berger)

[15] Le juge d'appel Slatter, avec l'appui du juge Berger, a accueilli les appels. Il a exprimé l'avis que les registres d'entretien n'étaient pas des fruits de

to be disclosed routinely. Rather, they are third party records subject to the procedure set out in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. Maintenance records differ from time-of-test records; the latter show how the device was operating when the breath sample was taken. Time-of-test records are relevant; they can also be the basis for an argument for further disclosure. Based on the expert evidence on behalf of the Crown, Slatter J.A. concluded that a “fail” reading is not evidence of a malfunction in the instrument. Rather, a “fail” indicates that the instrument is functioning properly by alerting the technician that there is a problem. Thus, a “fail” on an earlier or later occasion (than the test of the breath samples of the accused) that leads to maintenance of the instrument tells us nothing about whether the instrument was functioning properly on the occasion when the breath samples of the accused were tested. Rather, what is relevant is whether a “fail” occurred in the test sequence (described above in para. 4) that produced the results for the breath samples of the accused; no “fail” indicates the instrument was functioning properly. In the result, Slatter J.A. reinstated Mr. Vallentgoed’s conviction; he set aside Mr. Gubbins’ stay of proceedings and remitted his case for a new trial.

(2) Per Rowbotham J.A. (Dissenting)

[16] In Rowbotham J.A.’s view, this Court’s decision in *St-Onge Lamoureux* provided authoritative guidance that maintenance records are relevant and should form part of the standard disclosure package. The maintenance records could be the basis for an application to obtain further, and more detailed, maintenance records. In Mr. Vallentgoed’s case, the trial judge erred by not ordering disclosure of the maintenance records. Rowbotham J.A. would have dismissed the Crown appeal in Mr. Vallentgoed’s case. With respect to Mr. Gubbins, Rowbotham J.A. would

l’enquête qui devaient être communiqués de manière routinière, mais qu’il s’agissait plutôt de dossiers en la possession de tiers visés par la procédure énoncée dans l’arrêt *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. Les registres d’entretien diffèrent des relevés établis au moment de l’alcootest, car ces derniers font état du fonctionnement de l’appareil au moment du prélèvement de l’échantillon d’haleine. Les relevés établis au moment de l’alcootest sont pertinents; ils peuvent également servir de fondement à un argument en vue d’obtenir la communication de renseignements supplémentaires. Sur la foi de la preuve d’expert produite pour le compte du ministère public, le juge Slatter a conclu qu’un « message d’erreur » n’était pas la preuve d’un mauvais fonctionnement de l’appareil. Il indiquait plutôt que celui-ci fonctionnait correctement, dans la mesure où il avertissait le technicien de l’existence d’un problème. Ainsi donc, un « message d’erreur » qui serait obtenu à un moment antérieur ou ultérieur à celui du prélèvement des échantillons d’haleine de l’accusé, et qui conduirait à un entretien de l’appareil, n’indique en rien si l’instrument fonctionnait convenablement lors de l’analyse des échantillons d’haleine. De fait, ce qui importe est plutôt de savoir si un « message d’erreur » est apparu au cours de la séquence de tests (déjà décrite au par. 4) qui a généré les résultats d’analyse des échantillons d’haleine de l’accusé; l’absence d’un tel message indique que l’appareil fonctionnait correctement. Au final, le juge Slatter a rétabli la déclaration de culpabilité de M. Vallentgoed. Il a annulé l’arrêt des procédures accordé à M. Gubbins et renvoyé l’affaire pour la tenue d’un nouveau procès.

(2) La juge Rowbotham (dissidente)

[16] De l’avis de la juge Rowbotham, l’arrêt *St-Onge Lamoureux* de la Cour fournissait des directives péremptoires quant au fait que les registres d’entretien étaient pertinents et qu’ils devraient faire partie des documents normalement communiqués. Des registres d’entretien, au demeurant, pouvaient servir de fondement à une demande visant l’obtention de registres d’entretien supplémentaires plus détaillés. Dans l’affaire Vallentgoed, la juge du procès avait commis une erreur en n’ordonnant pas la communication des registres d’entretien. Dans

have allowed the appeal in part, as Mr. Gubbins had (later) received disclosure of the complete service records that he had sought. Accordingly, she would have lifted the stay and remitted Mr. Gubbins' case to trial.

IV. Issues

[17] These appeals require the Court to consider which disclosure regime applies to maintenance records of breathalyzer instruments. The Court must then decide whether the requisite threshold for disclosure has been met in these cases.

V. Analysis

A. *Stinchcombe and O'Connor: Two Disclosure Regimes*

[18] In *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, this Court held that the Crown has a duty to disclose all relevant, non-privileged information in its possession or control, whether inculpatory or exculpatory. This is referred to as first party disclosure. The Crown's duty to disclose corresponds to the accused's constitutional right to the disclosure of all material which meets the *Stinchcombe* standard: *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, at para. 22. The purpose of disclosure is to protect the accused's *Charter* right to full answer and defence, which will be impaired where there is a "reasonable possibility that the undisclosed information could have been used in meeting the case for the Crown, advancing a defence or otherwise making a decision which could have affected the conduct of the defence": *ibid.*

[19] The Crown's duty to disclose is triggered upon request and does not require an application to court: *Stinchcombe*, at pp. 342-43. The duty is ongoing; new information must be disclosed when

le cas de M. Vallentgoed, la juge Rowbotham aurait rejeté l'appel du ministère public. S'agissant de M. Gubbins, la juge Rowbotham aurait accueilli l'appel en partie, étant donné que ce dernier avait, par la suite, obtenu communication de la totalité des relevés d'entretien qu'il avait réclamés. En conséquence, la juge Rowbotham aurait levé l'arrêt des procédures et renvoyé à procès le dossier de M. Gubbins.

IV. Questions en litige

[17] En l'espèce, notre Cour est appelée à examiner, dans un premier temps, lequel des régimes de communication s'applique aux registres d'entretien des alcootests. Elle devra ensuite décider si, dans l'un et l'autre des présents pourvois, il a été satisfait au critère préliminaire relatif à la communication de la preuve.

V. Analyse

A. *Stinchcombe et O'Connor : deux régimes de communication de la preuve*

[18] Dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, la Cour a jugé que le ministère public avait l'obligation de communiquer tous les renseignements pertinents non protégés — inculpatives ou disculpatives — se trouvant en sa possession ou sous son contrôle. C'est ce que l'on appelle la communication de la preuve par la partie principale. L'obligation de communication incombant au ministère public correspond au droit constitutionnel de l'accusé à la communication de tous les documents qui satisfont à la norme énoncée dans *Stinchcombe : R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, par. 22. La communication a pour objet de protéger le droit à une défense pleine et entière conféré par la *Charte* à l'accusé, droit auquel il est porté atteinte lorsqu'il existe une « possibilité raisonnable que les renseignements non divulgués [aient] été utilisés pour réfuter la preuve du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou, par ailleurs, pour prendre une décision qui aurait pu avoir une incidence sur la façon de présenter la défense » : *ibid.*

[19] L'obligation de communication incombant au ministère public entre en jeu sur demande, sans qu'il soit nécessaire de faire appel à la cour : *Stinchcombe*, p. 342-343. Cette obligation est permanente, de sorte

it is received: *ibid.* The Crown's duty to disclose is not absolute. The Crown considers relevance and the rules of privilege. Where the Crown refuses to disclose evidence for reasons of privilege or irrelevance, the defence can request a review; in such an instance, the burden is on the Crown to justify its refusal to disclose by showing that the information is "clearly irrelevant" or privileged: *Stinchcombe*, at pp. 339-40.

[20] The "Crown" for the purposes of *Stinchcombe* does not refer to all Crown entities, but only to the prosecuting Crown: *McNeil*, at para. 22; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, at para. 11. All other Crown entities, including police, are third parties for the purposes of disclosure. They are not subject to the *Stinchcome* regime. This is because the law cannot impose an obligation on the Crown to disclose material that it does not have or cannot obtain: *McNeil*, at para. 22.

[21] In *McNeil*, this Court clarified that "the Crown cannot explain a failure to disclose relevant material on the basis that the investigating police force failed to disclose it to the Crown": para. 24. The Crown has a duty to make reasonable inquiries when put on notice of material in the hands of police or other Crown entities that is potentially relevant: *McNeil*, at para. 49. As well, the police have a corresponding duty to disclose "all material pertaining to its investigation of the accused": *McNeil*, at paras. 23 and 52. Such material is often referred to as "the fruits of the investigation": *McNeil*, at paras. 14, 22-23. As well, the police may be required to hand over information beyond the fruits of the investigation where such information is "obviously relevant to the accused's case": *McNeil*, at para. 59.

que, dès leur réception, les nouveaux renseignements doivent être communiqués : *ibid.* Cela dit, l'obligation de communication du ministère public n'est pas absolue. Ce dernier tient compte de la pertinence des renseignements, mais aussi des règles en matière de privilège. Advenant que le ministère public refuse de communiquer des éléments de preuve pour des motifs de privilège ou d'absence de pertinence, la défense peut demander que cette décision fasse l'objet d'un contrôle; en pareil cas, il incombera au ministère public de justifier son refus de communiquer les renseignements visés en démontrant qu'ils ne sont « manifestement pas pertinents » ou sont l'objet d'un privilège : *Stinchcombe*, p. 339-340.

[20] Pour l'application de l'arrêt *Stinchcombe*, le terme « ministère public » ne renvoie pas à l'ensemble des entités étatiques, mais s'entend du seul poursuivant : *McNeil*, par. 22; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, par. 11. Toutes les autres entités du ministère public, y compris la police, sont des tiers pour les besoins de la communication. Elles ne sont pas assujetties au régime de production établi dans *Stinchcome*. La raison en est que la loi ne saurait imposer au ministère public l'obligation de communiquer des renseignements qu'il n'a pas en sa possession ou qu'il ne peut obtenir : *McNeil*, par. 22.

[21] Dans l'arrêt *McNeil*, notre Cour a précisé que « le ministère public ne peut justifier la non-communication de renseignements pertinents en faisant valoir que le service de police chargé de l'enquête a omis de les lui communiquer » : par. 24. Ainsi, le ministère public a l'obligation de se renseigner suffisamment auprès de la police ou d'autres entités étatiques lorsqu'il est informé de l'existence de renseignements potentiellement pertinents se trouvant en la possession de ces dernières : *McNeil*, par. 49. Du reste, la police a l'obligation correspondante de divulguer « tous les renseignements se rapportant à son enquête sur l'accusé » : *McNeil*, par. 23 et 52. Ces renseignements sont souvent appelés « les fruits de l'enquête » : *McNeil*, par. 14, 22 et 23. En outre, la police peut être tenue de transmettre des renseignements qui ne font pas partie des fruits de l'enquête si ces renseignements « se rapportent manifestement à la poursuite engagée contre l'accusé » (*McNeil*, par. 59).

[22] The “fruits of the investigation” refers to the police’s investigative files, as opposed to operational records or background information. This information is generated or acquired during or as a result of the specific investigation into the charges against the accused. Such information is necessarily captured by first party/*Stinchcombe* disclosure, as it likely includes

relevant, non-privileged information related to the matters the Crown intends to adduce in evidence against an accused, as well as any information in respect of which there is a reasonable possibility that it may assist an accused in the exercise of the right to make full answer and defence. The information may relate to the unfolding of the narrative of material events, to the credibility of witnesses or the reliability of evidence that may form part of the case to meet.

In its normal, natural everyday sense, the phrase “fruits of the investigation” posits a relationship between the subject matter sought and the investigation that leads to the charges against an accused.

(*R. v. Jackson*, 2015 ONCA 832, 128 O.R. (3d) 161, at paras. 92-93)

[23] In addition to information contained in the investigative file, the police should disclose to the prosecuting Crown any additional information that is obviously relevant to the accused’s case. The phrase “obviously relevant” should not be taken as indicating a new standard or degree of relevance: *Jackson*, at para. 125, per Watt J.A. Rather, this phrase simply describes information that is not within the investigative file, but that would nonetheless be required to be disclosed under *Stinchcombe* because it relates to the accused’s ability to meet the Crown’s case, raise a defence, or otherwise consider the conduct of the defence. *McNeil* requires the police to hand such information to the Crown.

[24] These qualifiers are significant, as they contemplate that not all police records will be subject to first party disclosure. For example, as this Court noted in *McNeil*, “not every finding of police

[22] Les « fruits de l’enquête » renvoient aux dossiers d’enquête de la police, par opposition aux dossiers opérationnels ou aux renseignements sur les antécédents. Ils sont générés au cours ou à la suite d’une enquête donnée concernant les accusations portées contre l’accusé. Pareils renseignements sont forcément soumis au régime de communication applicable à la partie principale selon l’arrêt *Stinchcombe*, car ils comprennent probablement

[TRADUCTION] de l’information pertinente non protégée qui se rapporte aux éléments de preuve que le ministère public entend produire contre un accusé ainsi que toute information pouvant raisonnablement aider l’accusé à exercer son droit à une défense pleine et entière. L’information peut porter sur le déroulement des faits importants, la crédibilité des témoins ou la fiabilité de la preuve susceptible de faire partie du dossier du ministère public.

Dans son sens ordinaire, naturel et courant, l’expression « fruits de l’enquête » suppose un lien entre l’objet recherché et l’enquête à l’origine des accusations portées contre un inculpé.

(*R. c. Jackson*, 2015 ONCA 832, 128 O.R. (3d) 161, par. 92-93)

[23] Outre les renseignements contenus dans le dossier d’enquête, la police devrait communiquer au poursuivant tous les renseignements additionnels qui se rapportent manifestement à la poursuite engagée contre l’accusé. Il ne faut pas considérer que les mots « se rapportent manifestement » ou « manifestement pertinents » dénotent une nouvelle norme ou un nouveau degré de pertinence : *Jackson*, par. 125, le juge Watt. Cette expression ne fait plutôt que désigner les renseignements qui ne font pas partie du dossier d’enquête, mais qui doivent néanmoins être communiqués selon l’arrêt *Stinchcombe* parce qu’ils concernent la capacité de l’accusé de réfuter la preuve du ministère public, de présenter un moyen de défense ou d’envisager autrement la conduite qu’adoptera la défense. L’arrêt *McNeil* oblige la police à transmettre ces renseignements au ministère public.

[24] De tels qualificatifs sont importants, puisqu’ils donnent à entendre que les dossiers de la police ne seront pas tous visés par le régime de communication applicable à la partie principale. Par exemple,

misconduct by an officer involved in the investigation will be of relevance to an accused's case": para. 59. Similarly, as the Alberta Court of Appeal stated in *R. v. Black*, 2011 ABCA 349, 286 C.C.C. (3d) 432, at paras. 37-38:

All *McNeil* established is that disclosure of police misconduct records where they are obviously relevant is a matter of first party disclosure. In reaching that conclusion, the Supreme Court likened those types of records to records relating to convictions for perjury for Crown witnesses. Only records of misconduct that are obviously relevant form a part of first party disclosure. If the record of police misconduct is not obviously relevant, an accused person can still gain access to it relying on the *O'Connor* process for third party disclosure.

For all other records held by a public body, including the police, the *Stinchcombe-O'Connor* distinction continues to be the rule. The police are required to disclose the investigative file as first party *Stinchcombe* disclosure and other files or records in the hands of the police are subject to the *O'Connor* process. This would include files relating to complaints of criminal activity by Crown witnesses and the operational records of the police force or government body from whom records are sought. [Emphasis added.]

From the foregoing, it is evident that there is an important role for third party disclosure where the records are neither part of the investigative file nor obviously relevant, therefore not part of first party disclosure: *McNeil*, at para. 60.

[25] Third party disclosure is dealt with in *O'Connor*. To obtain disclosure of such records,

ainsi que notre Cour l'a souligné dans *McNeil*, « les conclusions d'inconduite prononcées contre un policier qui participe à l'enquête ne seront pas toutes pertinentes quant à la poursuite engagée contre l'accusé » : par. 59. Dans la même veine, la Cour d'appel de l'Alberta a déclaré dans l'arrêt *R. c. Black*, 2011 ABCA 349, 286 C.C.C. (3d) 432, par. 37-38 :

[TRADUCTION] Tout ce que l'arrêt *McNeil* a établi, c'est que la communication de dossiers relatifs à l'inconduite de policiers, dans les cas où de tels renseignements sont manifestement pertinents, relève de la communication par la partie principale. En parvenant à cette conclusion, la Cour suprême a fait un rapprochement entre ce type de dossiers et les dossiers ayant trait aux déclarations de culpabilité pour parjure de témoins cités par le ministère public. Seuls les renseignements relatifs à l'inconduite qui sont manifestement pertinents font partie des documents qui doivent être communiqués par la partie principale. À supposer que des dossiers concernant l'inconduite d'un policier ne soient pas manifestement pertinents, une personne accusée pourra tout de même y accéder en recourant à la procédure établie dans *O'Connor* relativement à la communication de renseignements détenus par des tiers.

Quant à tous les autres documents détenus par un organisme public, y compris la police, il convient toujours de faire la distinction entre les régimes de communication respectifs des arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor*. La police est tenue de produire les dossiers de l'enquête en tant que documents visés par le régime de communication établi dans *Stinchcombe* pour la partie principale, alors que les autres dossiers qui se trouvent en la possession de la police sont soumis à la procédure énoncée dans *O'Connor*. Ces dossiers comprendraient les dossiers se rapportant à des plaintes déposées par des témoins du ministère public relativement à des activités criminelles, ainsi que les dossiers opérationnels de la force policière ou de l'organisme gouvernemental desquels on cherche à obtenir ces dossiers. [Je souligne.]

Il ressort de ce qui précède que le régime applicable à la communication de renseignements en la possession de tiers remplit une fonction importante lorsque les renseignements voulus ne font pas partie du dossier d'enquête et ne sont pas manifestement pertinents, et qu'ils ne font donc pas partie des renseignements à communiquer par la partie principale : *McNeil*, par. 60.

[25] La communication de dossiers en la possession de tiers est traitée dans l'arrêt *O'Connor*. Pour obtenir

an accused must make a court application. First, the burden is on the accused to show that the record is likely relevant. Second, where the accused discharges this burden, the judge will examine the record to determine whether, and to what extent, it should be produced to the accused.

[26] Information will be “likely relevant” where there is “a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or to the competence of a witness to testify”: *O’Connor*, at para. 22 (emphasis deleted). The “likely relevant” threshold has been described as significant, but not onerous: *O’Connor*, at para. 24; *McNeil*, at para. 29. The reason that the relevance threshold is “significant” is to allow the courts to act as gatekeepers, preventing “speculative, fanciful, disruptive, unmeritorious, obstructive, and time consuming” requests for production: *O’Connor*, at para. 24, quoting *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at para. 32.

[27] Nevertheless, the burden on the accused is not onerous. “Likely relevance” is a lower threshold than “true relevance”, and has a “wide and generous connotation” that “includes information in respect of which there is a reasonable possibility that it may assist the accused in the exercise of the right to make full answer and defence”: *McNeil*, at para. 44; see also *O’Connor*, at para. 21. Only after information has been shown to be likely relevant will the courts assess the actual relevance of the record sought. The courts then consider competing interests at the second stage of an *O’Connor* application: *McNeil*, at para. 39. It may be apparent “upon inspection by the court that the claim of likely relevance established at the first stage of the *O’Connor* application is simply not borne out”: *McNeil*, at para. 40.

[28] There are two reasons why the threshold in an *O’Connor* application is not onerous. First, the only issue at this stage is likely relevance. The application judge is not determining the admissibility of records,

la production de ces dossiers, l’accusé doit en faire la demande à la cour. Premièrement, c’est à lui qu’il incombe de prouver que ces dossiers sont vraisemblablement pertinents. Deuxièmement, une fois que l’accusé se sera acquitté de ce fardeau, le juge examinera les dossiers en question pour décider s’ils devraient être transmis à l’accusé, et si oui, dans quelle mesure.

[26] Les renseignements seront « vraisemblablement pertinents » dans le cas où il existe « une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l’habilité à témoigner d’un témoin » : *O’Connor*, par. 22 (soulignement omis). Ce critère de la « pertinence probable » a été qualifié d’important, sans être onéreux : *O’Connor*, par. 24; *McNeil*, par. 29. Il est « important » en ce qu’il permet aux tribunaux de jouer le rôle de gardien, de manière à éviter les demandes de production « qui reposent sur la conjecture et qui sont fantaisistes, perturbatrices, mal fondées, obstructionnistes et dilatoires » : *O’Connor*, par. 24, citant *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, par. 32.

[27] Néanmoins, le fardeau qui incombe à l’accusé n’est pas onéreux. Du reste, le critère de « la pertinence vraisemblable » — moins rigoureux que celui de « la pertinence véritable » — a une « portée très large » qui « comprend des renseignements qui seraient raisonnablement susceptibles d’aider l’accusé dans l’exercice de son droit à une défense pleine et entière » : *McNeil*, par. 44; voir également *O’Connor*, par. 21. Ce n’est qu’une fois établie la pertinence vraisemblable des renseignements qu’ils renferment que les tribunaux évalueront la pertinence véritable des dossiers réclamés. C’est à ce moment-là, c.-à-d. à la deuxième étape d’une demande de type *O’Connor*, que les intérêts opposés en jeu seront pris en compte par les tribunaux : *McNeil*, par. 39. De fait, « l’examen par la cour pourrait révéler que la prétention de pertinence vraisemblable établie à la première étape de la demande de type *O’Connor* n’est simplement pas étayée » : *McNeil*, par. 40.

[28] Il existe deux raisons qui expliquent pourquoi le critère préliminaire à satisfaire dans le cadre d’une demande de type *O’Connor* n’est pas exigeant. D’abord, à cette première étape, l’unique question à

nor has the judge reached the point at which he or she considers competing interests: *O'Connor*, at para. 24. Second, the accused at this stage is in the difficult position of having to make submissions without knowing the contents of the records being sought: *O'Connor*, at para. 25. The likely relevance threshold is a first-step inquiry designed to prevent fishing expeditions, but nothing more.

[29] To summarize, two different regimes govern disclosure in criminal cases. First party disclosure, as set out in *Stinchcombe* and supplemented by the duties on the Crown and the investigating police in *McNeil*, requires disclosure of all relevant information upon request. If the Crown refuses disclosure, it bears the burden to show that the information is clearly irrelevant. Third party disclosure per *O'Connor* requires an application to the court for third party disclosure (where the records sought do not fall under first party disclosure) for which the defence bears the burden to show that the record is likely relevant. In both instances, the purpose is “[to protect] an accused person’s right to make full answer and defence, while at the same time recognizing the need to place limits on disclosure when required”: *World Bank Group v. Wallace*, 2016 SCC 15, [2016] 1 S.C.R. 207, at para. 115. Such limits include avoiding fishing expeditions.

B. Which Disclosure Regime Applies?

[30] Canadian courts have differed as to which disclosure regime applies to breathalyzer maintenance records. Some courts have decided that maintenance records are first party records and have ordered disclosure: *R. v. Gubbins*, 2009 ONCJ 80; *R. v. Lo*, 2009 ONCJ 307, 86 M.V.R. (5th) 284; *R. v. Klug*, 2010

trancher est celle de la « pertinence probable » des renseignements. Le juge saisi de la demande ne se prononce pas sur l’admissibilité des documents demandés, et n’en est pas encore au stade d’examiner les intérêts opposés en jeu : *O'Connor*, par. 24. Ensuite, à cette étape, l’accusé se retrouve dans la situation difficile de devoir présenter des arguments sans connaître le contenu des dossiers demandés : *O'Connor*, par. 25. Ainsi, le critère de la pertinence probable est une première étape de l’analyse qui vise à éviter les recherches à l’aveuglette, mais rien de plus.

[29] En résumé, deux régimes différents régissent la communication de la preuve dans les affaires criminelles. D’une part, le régime de communication par la partie principale — comme il a été exposé dans *Stinchcombe*, et complété par les obligations incombant au ministère public et au service de police chargé de l’enquête, suivant l’arrêt *McNeil* — exige la communication, sur demande, de tous les renseignements pertinents que ces derniers ont en leur possession. Si le ministère public refuse cette communication, il lui appartient de démontrer que les renseignements concernés ne sont manifestement pas pertinents. D’autre part, le régime applicable à la communication de renseignements en la possession de tiers établi dans *O'Connor* nécessite la présentation à la cour d’une demande de production de dossiers détenus par un tiers — lorsque ceux-ci ne relèvent pas des documents devant être communiqués par la partie principale — dont la défense est tenue de démontrer qu’ils sont vraisemblablement pertinents. Dans les deux cas, l’objectif est « [de] protéger le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière, tout en reconnaissant la nécessité de restreindre la communication au besoin » : *Groupe de la Banque mondiale c. Wallace*, 2016 CSC 15, [2016] 1 R.C.S. 207, par. 115. De telles restrictions visent notamment à empêcher les recherches à l’aveuglette d’éléments de preuve.

B. Quel est le régime de communication applicable?

[30] Les tribunaux canadiens ont exprimé des points de vue divergents quant au régime de communication qu’il convient d’appliquer aux registres d’entretien des alcootests. Certains d’entre eux ont ainsi décidé que les registres d’entretien relevaient des documents devant être communiqués par la partie principale, et en

ABPC 88, 500 A.R. 293; *R. v. Kristianson*, 2011 ABPC 309, 24 M.V.R. (6th) 298; *R. v. Turnbull*, 2012 ABPC 45, 32 M.V.R. (6th) 162; *Kilpatrick*; *R. v. Hudye*, 2013 SKPC 122, 425 Sask. R. 302; *R. v. Pankiw*, 2013 SKPC 47, 416 Sask. R. 206; *R. v. Martens*, 2013 ABPC 349; *R. v. Carter*, 2014 ABPC 291, 603 A.R. 366; *R. v. Oleksiuk*, 2014 ONCJ 313; *R. v. Sinclair*, 2015 ABQB 113, 75 M.V.R. (6th) 252, at para. 11 (although the Crown in this last case conceded that the records were first party records). The reasoning in this line of cases is that maintenance records are both relevant and easy to produce.

[31] Other courts have disagreed with this analysis, taking the view that maintenance records are third party records as they are not always held by the police as part of the investigatory records, nor are they obviously relevant as to whether an instrument malfunctioned or was operated improperly: *R. v. Timmons* (1994), 132 N.S.R. (2d) 360 (C.A.); *R. v. Anutooshkin* (1994), 92 C.C.C. (3d) 59 (B.C.C.A.); *R. v. Williams*, 2000 BCSC 207, 1 M.V.R. (4th) 288, at para. 24; *R. v. Keirsted*, 2004 ABQB 491; *R. v. Singleton*, [2004] O.J. No. 5583 (QL) (Ont. C.J.); *R. v. Nicolle*, 2005 ONCJ 346, 27 M.V.R. (5th) 206; *R. v. Coopsammy*, 2008 ABQB 266, 68 M.V.R. (5th) 226; *R. v. Balfour*, 2009 ONCJ 308, 86 M.V.R. (5th) 278, at para. 24; *R. v. Ahmed*, 2010 ONCJ 130, 253 C.C.C. (3d) 378, at paras. 134 and 139-40; *Duff v. Alberta (Attorney General)*, 2010 ABPC 250, 497 A.R. 16; *Black* (this case dealt with ASD records not AI records); *Sutton*; *R. v. Worden*, 2014 SKPC 143, 68 M.V.R. (6th) 141.

[32] How should the courts determine whether a record in the possession or control of a state entity is subject to first party or third party disclosure? Relevance alone is not determinative. A record may be relevant to the case against an accused and still be a third party record.

ont ensuite ordonné la communication : *R. c. Gubbins*, 2009 ONCJ 80; *R. c. Lo*, 2009 ONCJ 307, 86 M.V.R. (5th) 284; *R. c. Klug*, 2010 ABPC 88, 500 A.R. 293; *R. c. Kristianson*, 2011 ABPC 309, 24 M.V.R. (6th) 298; *R. c. Turnbull*, 2012 ABPC 45, 32 M.V.R. (6th) 162; *Kilpatrick*; *R. c. Hudye*, 2013 SKPC 122, 425 Sask. R. 302; *R. c. Pankiw*, 2013 SKPC 47, 416 Sask. R. 206; *R. c. Martens*, 2013 ABPC 349; *R. c. Carter*, 2014 ABPC 291, 603 A.R. 366; *R. c. Oleksiuk*, 2014 ONCJ 313; *R. c. Sinclair*, 2015 ABQB 113, 75 M.V.R. (6th) 252, par. 11 (bien que le ministère public ait concédé, dans cette dernière affaire, que les dossiers visés étaient des dossiers susceptibles de communication par la partie principale). Le raisonnement qui se dégage de ce courant jurisprudentiel est que les registres d'entretien sont à la fois pertinents et faciles à produire.

[31] D'autres tribunaux, ne souscrivant pas à cette analyse, ont adopté le point de vue selon lequel les registres d'entretien constituent des dossiers en la possession de tiers, car ils ne sont pas toujours détenus par la police en tant qu'éléments du dossier d'enquête, et ne sont pas non plus manifestement pertinents pour établir s'il y a eu un mauvais fonctionnement ou une utilisation incorrecte de l'appareil : *R. c. Timmons* (1994), 132 N.S.R. (2d) 360 (C.A.); *R. c. Anutooshkin* (1994), 92 C.C.C. (3d) 59 (C.A.C.-B.); *R. c. Williams*, 2000 BCSC 207, 1 M.V.R. (4th) 288, par. 24; *R. c. Keirsted*, 2004 ABQB 491; *R. c. Singleton*, [2004] O.J. No. 5583 (QL) (C.J. Ont.); *R. c. Nicolle*, 2005 ONCJ 346, 27 M.V.R. (5th) 206; *R. c. Coopsammy*, 2008 ABQB 266, 68 M.V.R. (5th) 226; *R. c. Balfour*, 2009 ONCJ 308, 86 M.V.R. (5th) 278, par. 24; *R. c. Ahmed*, 2010 ONCJ 130, 253 C.C.C. (3d) 378, par. 134, 139 et 140; *Duff c. Alberta (Attorney General)*, 2010 ABPC 250, 497 A.R. 16; *Black* (dans cette affaire, il était question de registres concernant un appareil de détection approuvé, et non un alcootest approuvé); *Sutton*; *R. c. Worden*, 2014 SKPC 143, 68 M.V.R. (6th) 141.

[32] Dans ce contexte, de quelle manière les tribunaux peuvent-ils déterminer si un dossier en la possession ou sous le contrôle d'une entité étatique relève du régime de communication applicable à la partie principale, ou du régime applicable aux tiers? La pertinence, à elle seule, ne saurait être déterminante. Un dossier peut être pertinent quant à la poursuite engagée contre un accusé, tout en étant détenu par un tiers.

[33] Based on the previous discussion of disclosure regimes, to determine which regime is applicable, one should consider: (1) Is the information that is sought in the possession or control of the prosecuting Crown? and (2) Is the nature of the information sought such that the police or another Crown entity in possession or control of the information ought to have supplied it to the prosecuting Crown? This will be the case if the information can be qualified as being part of the fruits of the investigation or obviously relevant. An affirmative answer to either of these questions will call for the application of the first party disclosure regime.¹ Otherwise, the third party disclosure regime applies. For the reasons that follow, the maintenance records are subject to third party disclosure.

(1) Is the Information in the Possession or Control of the Prosecuting Crown?

[34] In these cases, the information sought is not in the possession or control of the Crown. Rather, the maintenance records are held both by the RCMP and by other third parties. The RCMP keeps certificates of annual inspection, as well as a record indicating when the instrument was sent out for repair. The repairs, however, are done off site; more extensive records relating to such repairs are kept by third party service providers. Even in those police departments where repair work is done on site, this information is not held by the prosecuting Crown, so the answer to the first question is no.

¹ Out of an abundance of caution, nothing in these reasons should be seen as detracting from the *Mills* regime which requires an application to obtain records “relating to a complainant or a witness” even if those records are in the possession or control of the Crown: see *Criminal Code*, ss. 278.1 to 278.9; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668.

[33] Compte tenu de la précédente analyse des différents régimes de communication, il y a lieu de se poser les questions suivantes au moment de décider lequel des deux régimes s’applique : (1) les renseignements demandés se trouvent-ils en la possession ou sous le contrôle du poursuivant? et (2) les renseignements recherchés sont-ils d’une nature telle que la police ou l’autre entité étatique qui les a en sa possession ou sous son contrôle aurait dû les transmettre au poursuivant? Tel sera le cas si les renseignements visés peuvent être considérés comme faisant partie des fruits de l’enquête ou comme étant manifestement pertinents. Une réponse affirmative à l’une ou l’autre de ces questions commandera l’application du régime de communication par la partie principale¹. Sinon, le régime de communication de renseignements en la possession de tiers s’appliquera. Pour les motifs ci-après, les registres d’entretien sont soumis au régime de communication des dossiers en la possession de tiers.

(1) Les renseignements sollicités se trouvent-ils en la possession ou sous le contrôle du poursuivant?

[34] Dans les affaires qui nous occupent, les renseignements sollicités ne sont pas en la possession ou sous le contrôle du ministère public. En fait, les registres d’entretien sont détenus tant par la GRC que par d’autres tiers. La GRC conserve des certificats d’inspection annuelle, de même qu’un registre indiquant les dates auxquelles l’appareil a été envoyé pour réparation. Les réparations ne se font toutefois pas aux installations de la GRC même; les dossiers plus détaillés les concernant sont conservés par des fournisseurs de services tiers. Même dans les commissariats de police où les travaux de réparation sont exécutés sur place, ces renseignements ne sont pas entre les mains du poursuivant; la réponse à la première question est donc non.

¹ Par excès de prudence, les présents motifs ne sauraient être interprétés comme une rupture d’avec le régime de l’arrêt *Mills* qui requiert une demande de dossiers « se rapportant à un plaignant ou à un témoin » même si ces dossiers sont en possession ou sous le contrôle du ministère public : voir *Code criminel*, art. 278.1 à 278.9; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668.

(2) Is the Nature of the Information Sought Such That the Police or Another Crown Entity in Possession or Control of the Information Ought to Have Supplied it to the Prosecuting Crown?

(a) *Is the Information Part of the Fruits of the Investigation?*

[35] The maintenance records are not part of the “fruits of the investigation”. Rather, they are created as operational records that are not specific to any particular investigation: *Black*, at para. 17. On this point, I respectfully differ from the Court of Queen’s Bench of Alberta, which held in *Kilpatrick* that there is no difference between a police officer’s notes and a breathalyzer instrument’s maintenance records: para. 81. When the former are specific to the particular investigation at issue, they are clearly part of the investigative record and must be disclosed to the accused. Nonetheless, records that are not part of the fruits of the investigation may still be subject to first party disclosure under *Stinchcombe* if they are obviously relevant to the accused’s case.

(b) *Is the Information Obviously Relevant?*

[36] Recall that the phrase “obviously relevant” does not create a new standard of relevance. Rather, it simply indicates to police that there will be times when they have to disclose information that is outside of the investigative file, due to the nature of the information in question.

[37] Some lower courts have found that maintenance records meet the obviously relevant threshold by analogy with this Court’s ruling in *McNeil*. In other cases, lower courts read this Court’s ruling in *St-Onge Lamoureux* as having conclusively determined that maintenance records are relevant. Properly read, I do not take *McNeil* and *St-Onge Lamoureux* to stand for these propositions. As well, I am persuaded by the expert evidence in this case which indicates that the maintenance records are *not* relevant to determine whether the instrument

(2) Les renseignements demandés sont-ils d’une nature telle que la police ou l’autre entité du ministère étatique qui les a en sa possession ou sous son contrôle aurait dû les transmettre au poursuivant?

a) *Les renseignements font-ils partie des fruits de l’enquête?*

[35] Les registres d’entretien ne font pas partie des fruits de l’enquête. Ils sont plutôt créés en tant que dossiers opérationnels, qui ne sont pas propres à une enquête en particulier : *Black*, par. 17. Soit dit en tout respect, je ne partage pas sur ce point l’avis de la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, laquelle a statué, dans l’arrêt *Kilpatrick*, qu’il n’y a pas de différence entre les notes prises par un policier et les registres d’entretien d’un alcootest : par. 81. Lorsque les premières se rapportent expressément à l’enquête en cause, elles font clairement partie du dossier d’enquête et doivent être communiquées à l’accusé. Toutefois, lorsqu’ils se rapportent manifestement à la poursuite engagée contre l’accusé, les documents ne faisant pas partie des fruits de l’enquête peuvent tout de même relever du régime de communication par la partie principale établi dans *Stinchcombe*.

b) *Les renseignements sont-ils manifestement pertinents?*

[36] Rappelons que l’expression « manifestement pertinent » ne crée pas une nouvelle norme de pertinence. Elle indique plutôt aux policiers qu’ils doivent parfois communiquer des renseignements qui, de par leur nature, dépassent le cadre du dossier d’enquête.

[37] Certains tribunaux d’instance inférieure ont décidé, en établissant une analogie avec l’arrêt *McNeil* de notre Cour, que les registres d’entretien satisfaisaient au critère préliminaire de la pertinence manifeste. Dans d’autres décisions, des tribunaux inférieurs ont interprété l’arrêt *St-Onge Lamoureux* comme ayant établi de manière concluante la pertinence des registres d’entretien. Or, il ne m’apparaît pas que, correctement interprétés, les arrêts *McNeil* et *St-Onge Lamoureux* appuient de telles thèses. Par ailleurs, j’ai été convaincu par la preuve d’expert

malfunctioned. I will turn now to each of the foregoing.

(i) Relying on the Analogy in *McNeil* Is Unhelpful

[38] Lower courts have often relied on the language in *McNeil* suggesting an analogy to perjury. For instance, in *Kilpatrick* (Q.B.), the court stated:

In this respect, I consider that there is an analogy between the approved instrument and an investigating police officer. If the credibility of an officer who is expected to provide significant evidence against the accused is of obvious relevance, then the credibility of the approved instrument which is expected to provide presumptively conclusive evidence against the accused must be equally relevant. Indeed, the credibility of a machine whose reliability is given statutory presumptiveness is much harder to challenge than the credibility of an individual who is entitled to no similar presumption. [para. 68]

I would agree with Slatter J.A. that this analogy is not apt (C.A. reasons, at para. 44; see also *Black*, at para. 39, for an analogy to perjury cases). The credibility of human witnesses is not commonly assessed by way of expert evidence. It is a matter of common sense that a person may lie. Whether a “mechanical witness” might “lie”, by contrast, is a technical and scientific matter; expert evidence may show that certain evidence is not relevant to a machine’s reliability.

(ii) *St-Onge Lamoureux* Did Not Determine Whether or Not Maintenance Records Are Relevant

[39] The constitutionality of the statutory presumptions in s. 258 of the *Criminal Code* was the issue in *St-Onge Lamoureux*. Under s. 258, once certain statutory preconditions are met, the results of the breathalyzer analyses used in impaired driving-related

présentée en l’espèce, qui montre que les registres d’entretien *ne* sont *pas* pertinents pour ce qui est de savoir si l’alcootest a mal fonctionné. Je vais maintenant examiner chacun des points qui viennent d’être soulevés.

(i) S’appuyer sur l’analogie employée dans *McNeil* n’est d’aucune utilité

[38] Les tribunaux inférieurs se sont souvent appuyés sur le passage de l’arrêt *McNeil* où l’on propose une analogie avec un cas de parjure. À titre d’exemple, dans la décision *Kilpatrick*, la Cour du Banc de la Reine a fait la déclaration suivante :

[TRADUCTION] À cet égard, j’estime qu’il y a une analogie à faire entre l’alcootest approuvé et le policier chargé d’une enquête. Si la crédibilité du policier appelé à fournir des éléments de preuve importants contre l’accusé est manifestement pertinente, alors celle de l’alcootest approuvé censé fournir des éléments de preuve présumément concluants doit l’être tout autant. En effet, la crédibilité d’une machine dont la fiabilité est présumée par la loi est plus difficile à mettre en question que la crédibilité d’une personne qui ne bénéficie d’aucune présomption semblable. [par. 68]

Je suis d’accord avec le juge Slatter pour dire que cette analogie n’est pas appropriée (motifs de la C.A., par. 44; voir aussi *Black*, par. 39, pour tracer un parallèle avec les cas de parjure). La crédibilité des témoins humains s’évalue rarement au moyen d’une preuve d’expert. Une personne peut mentir; cela relève du simple bon sens. La question de savoir si un « témoin mécanique » est susceptible de « mentir », par contre, est une question d’ordre technique et scientifique. La preuve d’expert peut démontrer que certains éléments de preuve ne sont pas pertinents relativement à la fiabilité d’une machine.

(ii) L’arrêt *St-Onge Lamoureux* n’a pas établi la pertinence ou non des registres d’entretien

[39] La constitutionnalité des présomptions prévues à l’art. 258 du *Code criminel* était la question en litige dans *St-Onge Lamoureux*. Suivant l’art. 258, une fois réunies certaines conditions préalables établies par la loi, les résultats des analyses utilisés

prosecutions are presumed to be accurate and are presumed to correspond to the accused's blood alcohol content at the time of the alleged offence. The accused can rebut these presumptions with evidence tending to show instrument malfunction or operator error. Properly read, *St-Onge Lamoureux* did not determine that all maintenance records are obviously relevant. In *St-Onge Lamoureux*, this Court assumed the records may be relevant, but made no final determination on this point. As well, to the extent that *St-Onge Lamoureux* relied on evidence from the Alcohol Testing Committee in stating this assumption, this no longer reflects the position taken by the Committee.

[40] Moreover, neither the questions posed by the judges of this Court nor the answers given in response shed much light on whether an issue was dealt with in the disposition of a case. This Court may decide not to address a particular issue, even if individual members of the Court showed interest in it during the hearing. Rather, one must look to the reasons for the decision. In *St-Onge Lamoureux*, the majority of this Court expressly declined to determine what evidence was relevant to determining the proper functioning and operation of the breathalyzer instrument (para. 42):

Since the nature and scope of the evidence that might be considered relevant has not been argued on this appeal, it would not be appropriate to rule on the specific limits of that evidence. I will merely note that, in light of the evidence accepted by the trial judge, there are several pieces of evidence that can be provided to a person who is charged under s. 253(1)(b) *Cr. C.*, including the breathalyzer readings, the qualified technician's certificate and the analyst's certificate concerning the sample of the alcohol standard. [Emphasis added.]

[41] Later in *St-Onge Lamoureux* (at para. 78), the majority reasons note that:

Although Parliament now requires evidence tending to establish a deficiency in the functioning or operation of the instrument, this does not mean that there are limits on the evidence that can reasonably be used by the accused

lors d'une poursuite pour conduite avec les facultés affaiblies sont présumés exacts et correspondre à l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction reprochée. L'accusé peut réfuter ces présomptions en produisant une preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil. Interprété comme il se doit, cet arrêt n'a pas établi que tous les registres d'entretien sont manifestement pertinents. Dans *St-Onge Lamoureux*, notre Cour a émis l'hypothèse que ces registres pouvaient se révéler pertinents, en se gardant toutefois de rendre une décision définitive à cet égard. Par ailleurs, dans la mesure où, dans l'arrêt *St-Onge Lamoureux*, la Cour s'est fondée sur des éléments de preuve émanant du Comité des analyses d'alcool pour formuler cette hypothèse, je précise que celle-ci ne reflète plus la position adoptée par le Comité.

[40] Qui plus est, ni les questions posées par les juges de notre Cour ni les réponses qui leur ont été données ne nous éclairent vraiment quant à savoir si elle a tranché une question en statuant sur une cause. Notre Cour peut décider de ne pas se prononcer sur une question en particulier même si certains juges ont manifesté de l'intérêt pour celle-ci durant l'audience. Il faut plutôt étudier les motifs de la décision. Dans l'arrêt *St-Onge Lamoureux*, la majorité de notre Cour a expressément refusé de décider quelle preuve était pertinente pour juger du bon fonctionnement et de l'utilisation correcte de l'alcootest (par. 42) :

Comme la nature et l'étendue de la preuve qui pourrait être jugée pertinente n'ont pas fait l'objet d'un débat contradictoire dans le présent pourvoi, il ne convient pas d'en étudier les limites précises. Je me contenterai de signaler que, suivant la preuve retenue par le juge de première instance, lors d'une accusation fondée sur l'al. 253(1)b) *C. cr.*, plusieurs éléments de preuve peuvent être transmis à la personne accusée, par exemple les relevés de l'alcootest, le certificat du technicien qualifié et celui de l'analyste concernant l'échantillon d'alcool type. [Je souligne.]

[41] Plus loin dans les motifs de cet arrêt (par. 78), la majorité précise ce qui suit :

Bien que le législateur exige maintenant une preuve tendant à établir une défaillance dans le fonctionnement ou l'utilisation de l'appareil, cela ne limite pas pour autant les éléments qui peuvent être raisonnablement

to raise a doubt in this regard. The accused can request the disclosure of any relevant evidence that is reasonably available in order to be able to present a real defence. If the prosecution denies such a request, the accused can invoke the rules on non-disclosure and the available remedies for non-disclosure (see *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411). In short, the accused might rely, for example, on a maintenance log that shows that the instrument was not maintained properly or on admissions by the technician that there had been erratic results, or he or she might argue that health problems had affected the functioning of the instrument (see *R. v. Kasim*, 2011 ABCA 336, 515 A.R. 254). [Emphasis added.]

This paragraph must be read in context. First, it states that only relevant evidence may be requested. There is no indication that the Court intended for defence counsel to be able to make unwarranted requests for irrelevant documents. Second, the passage must be read in light of the Court's earlier statement in para. 42 that the scope and nature of relevant evidence had not been argued in the case. Third, the citation to *O'Connor* indicates that the Court contemplated that materials such as the maintenance logs might be available as *third party* records. While this was not settled in *St-Onge Lamoureux*, in my view the foregoing passage indicates an awareness that the defence might have to make an application for the production of such records.

[42] Further, the presumption of accuracy in s. 258(1)(c) of the *Criminal Code* reads:

258 (1) In any proceedings under subsection 255(1) in respect of an offence committed under section 253 or subsection 254(5) or in any proceedings under any of subsections 255(2) to (3.2),

...

utilisés par la personne accusée pour soulever un doute sur ces aspects. En effet, les personnes accusées peuvent demander communication des éléments pertinents qui sont raisonnablement disponibles pour leur permettre de faire valoir une défense réelle. En cas de refus, la personne accusée peut invoquer les règles régissant la communication de la preuve ainsi que les réparations qui peuvent être accordées à cet égard (voir *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411). Bref, la personne accusée pourrait par exemple soit se fonder sur des relevés d'entretien de l'appareil révélant que celui-ci n'a pas été entretenu correctement ou sur des admissions du technicien concernant l'obtention de résultats erratiques, soit faire valoir des problèmes de santé ayant un effet sur le fonctionnement de l'appareil (voir *R. c. Kasim*, 2011 ABCA 336, 515 A.R. 254). [Je souligne.]

Il faut situer ce paragraphe dans son contexte. Premièrement, il précise que seuls les éléments pertinents peuvent faire l'objet d'une demande de communication. Rien n'indique que la Cour entendait par là permettre aux avocats de la défense de présenter des demandes non justifiées visant des documents dénués de pertinence. Deuxièmement, ce passage doit être lu eu égard à la déclaration faite plus tôt par la Cour, au par. 42, selon laquelle la nature et l'étendue de la preuve qui pourrait être jugée pertinente n'avaient pas fait l'objet d'un débat contradictoire dans le pourvoi. Troisièmement, la citation tirée de l'arrêt *O'Connor* indique que la Cour envisageait la possibilité que les documents tels les registres d'entretien puissent être communiqués en tant que documents en la possession de *tiers*. Bien que cette question n'ait pas été résolue dans *St-Onge Lamoureux*, j'estime que le passage précité témoigne de la possibilité que la défense ait à présenter une demande pour obtenir la production de ces documents.

[42] Qui plus est, la présomption d'exactitude de l'al. 258(1)c) du *Code criminel* est rédigée ainsi :

258 (1) Dans des poursuites engagées en vertu du paragraphe 255(1) à l'égard d'une infraction prévue à l'article 253 ou au paragraphe 254(5) ou dans des poursuites engagées en vertu de l'un des paragraphes 255(2) à (3.2) :

...

(c) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), if

(i) [Repealed, before coming into force, 2008, c. 20, s. 3]

(ii) each sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and, in the case of the first sample, not later than two hours after that time, with an interval of at least fifteen minutes between the times when the samples were taken,

(iii) each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and

(iv) an analysis of each sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

evidence of the results of the analyses so made is conclusive proof that the concentration of alcohol in the accused's blood both at the time when the analyses were made and at the time when the offence was alleged to have been committed was, if the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, if the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses, in the absence of evidence tending to show . . . that the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly . . .²

c) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), la preuve des résultats des analyses fait foi de façon concluante, en l'absence de toute preuve tendant à démontrer [. . .] [le] mauvais fonctionnement ou [. . .] l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé et que l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise [. . .] de l'alcoolémie de l'accusé tant au moment des analyses qu'à celui où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies :

(i) [Abrogé avant d'entrer en vigueur, 2008, c. 20, art. 3]

(ii) chaque échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction aurait été commise et, dans le cas du premier échantillon, pas plus de deux heures après ce moment, les autres l'ayant été à des intervalles d'au moins quinze minutes,

(iii) chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

(iv) une analyse de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié²,

² These portions of the text that have been removed (and are replaced by ellipses) were ruled unconstitutional by this Court in *St-Onge Lamoureux*. What remains above is the legal version of the text. For the original version, see C.A. reasons at paras. 48-50, per Slatter J.A.

² Les parties du texte qui ont été supprimées (et remplacées par des ellipses), ci-dessus, ont été jugées inconstitutionnelles par notre Cour dans *St-Onge Lamoureux*. La portion restante du libellé représente sa version légale. Pour consulter la version originale, voir les motifs de la Cour d'appel, par. 48-50, le juge Slatter.

[43] The language of s. 258(1)(c) contemplates receiving evidence that the approved instrument “was malfunctioning or was operated improperly”. There is no reference to maintenance. Parliament did not expressly contemplate that the presumption of accuracy will be rebutted based on evidence as to the maintenance of the approved instrument. As the majority of the Court of Appeal correctly noted, “it is not a defence to prove that the instrument was ‘improperly maintained’, nor that maintenance records were not kept in a particular format”: para. 69. The majority reasons of this Court in *St-Onge Lamoureux* should not be read as creating a new defence beyond those provided in the statutory scheme. What matters is whether evidence as to the maintenance of the instrument is relevant to its functioning or proper operation on the occasion when the accused’s breath samples were tested.

[44] This brings me to the second point. This Court did not have the benefit of the Alcohol Test Committee’s current position on the relevance of maintenance records to instrument reliability. In *St-Onge Lamoureux*, this Court considered the Alcohol Test Committee’s recommended standards and procedures, which included, *inter alia*, annual maintenance: para. 25.

[45] In 2012, the Alcohol Test Committee (“ATC”) updated their recommendation. In a position paper published by the Canadian Society of Forensic Science, on the documentation required for assessing the accuracy and reliability of approved instruments, the Committee stated:

Records relating to periodic maintenance or inspections cannot address the working status of an AI [Approved Instrument] at the time of a breath test procedure and are intentionally absent from the requirements listed above. Thus, while a failure to adhere to such quality assurance measures could lead to instrument malfunction, this occurrence will be detectable by the quality control tests done during the breath test procedure. Similarly, data collected

[43] Le texte de l’al. 258(1)c envisage l’admission d’éléments de preuve faisant foi « du mauvais fonctionnement ou de l’utilisation incorrecte » de l’alcootest approuvé. Il n’y est pas question d’entretien. Le législateur n’a pas explicitement prévu que la présomption d’exactitude pourrait être réfutée sur la base d’éléments de preuve relatifs à l’entretien de l’alcootest approuvé. Ainsi que la Cour d’appel l’a mentionné à juste titre, [TRADUCTION] « ne constitue pas un moyen de défense le fait de prouver que l’alcootest a été “mal entretenu”, ou que les registres d’entretien n’ont pas été conservés dans un format particulier » : par. 69. Les motifs majoritaires de la Cour dans *St-Onge Lamoureux* ne devraient pas être interprétés comme créant un nouveau moyen de défense qui s’ajoute à ceux prévus par le régime législatif. Ce qui importe, c’est de savoir si des éléments de preuve concernant l’entretien de l’appareil sont pertinents à l’égard du fonctionnement ou de l’utilisation correcte de celui-ci au moment de l’analyse des échantillons d’haleine de l’accusé.

[44] Voilà qui m’amène au deuxième point. Dans l’affaire *St-Onge Lamoureux*, la Cour ne bénéficiait pas de la position actuelle du Comité des analyses d’alcool à l’égard de la pertinence des registres d’entretien pour ce qui est de la fiabilité des appareils. En effet, dans *St-Onge Lamoureux*, la Cour a tenu compte des normes et procédures recommandées par le Comité des analyses d’alcool, dont, notamment, un entretien annuel : par. 25.

[45] En 2012, le Comité des analyses d’alcool (« CAA ») a mis à jour sa recommandation. Dans un énoncé de position publié par la Société canadienne des sciences judiciaires, le Comité a déclaré, au sujet des documents nécessaires pour évaluer l’exactitude et la fiabilité des alcootests approuvés :

Les registres concernant l’entretien ou les inspections périodiques ou un examen de l’alcootest approuvé précédant ou suivant les tests d’haleine sur un sujet ne peuvent permettre de déterminer l’état de fonctionnement d’un alcootest approuvé au moment où un test d’haleine est effectué et c’est donc intentionnellement qu’ils ont été omis des exigences susmentionnées. En conséquence, malgré le fait que l’inobservation des exigences susmentionnées

both prior to and after the subject test, or an examination of the approved instrument subsequent to the subject test, do not further assist in determining the reliability and accuracy of an AI during a specific breath testing procedure.

(Canadian Society of Forensic Science, “Alcohol Test Committee Position Paper: Documentation Required for Assessing the Accuracy and Reliability of Approved Instrument Breath Alcohol Test Results” (2012), 45 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 101, at p. 102)

Thus, to the extent that this Court relied on the ATC’s recommended standards for the Court’s assumption that maintenance is relevant to the test results’ reliability, this evidence has since been qualified.

(iii) The Expert Evidence Indicates That the Maintenance Records Are Not Obviously Relevant

[46] The introduction of expert evidence to assist the court in determining relevance in these appeals is a key factor distinguishing the present cases from some earlier authorities that held that the maintenance records were relevant (and thus subject to *Stinchcombe* disclosure). For example, in *Kilpatrick*, which was decided after *St-Onge Lamoureux*, the Court of Appeal of Alberta denied leave to appeal, upholding a decision in which it was found that the maintenance records were relevant. However, the court noted that the evidentiary record was “sparse” and that it contained “no expert evidence, nor any other evidence, relative to the operations of the Breathalyzer; nor [was] there any evidence regarding the multiple internal tests carried out by the approved instrument which it is argued make production of [records] irrelevant”: para. 4 (CanLII). This suggests that appellate courts did not consider *St-Onge Lamoureux* to have conclusively determined the issue of relevance, as they were asking for more

en matière d’assurance de la qualité pourrait donner lieu à un problème de fonctionnement de l’appareil, les tests de contrôle de la qualité effectués au cours de la réalisation du test d’haleine permettront de déceler cette faille. De manière similaire, les données recueillies tant avant qu’après la réalisation d’un test d’haleine sur un sujet ne sont pas utiles pour déterminer la fiabilité et l’exactitude d’un alcootest approuvé au cours de la réalisation d’un test donné.

(Société canadienne des sciences judiciaires, « “L’Énoncé de position” du Comité des analyses d’alcool : Documents nécessaires pour évaluer l’exactitude et la fiabilité des résultats des alcootests approuvés » (2012), 45 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 104, p. 105-106)

Donc, si tant est que notre Cour se soit fiée aux normes recommandées par le CAA pour en arriver à l’hypothèse que l’entretien des appareils constituait un facteur pertinent quant à leur fiabilité, cet élément de preuve a été nuancé depuis.

(iii) La preuve d’expert indique que les registres d’entretien ne sont pas manifestement pertinents

[46] En l’espèce, la présentation d’une preuve d’expert en vue d’aider le tribunal à statuer sur la pertinence constitue un facteur clé qui distingue les présents pourvois d’une certaine jurisprudence voulant que les registres d’entretien soient pertinents (et, donc, soumis au régime de communication établi dans *Stinchcombe*). Par exemple, dans l’arrêt *Kilpatrick*, rendu après *St-Onge Lamoureux*, la Cour d’appel de l’Alberta a rejeté la demande d’autorisation d’appel et confirmé la décision dans laquelle il avait été conclu que les registres d’entretien étaient pertinents. Toutefois, la Cour d’appel a fait remarquer que la preuve documentaire portée à sa connaissance était [TRADUCTION] « peu étoffée », et qu’elle ne renfermait « aucune preuve d’expertise, ni aucun autre élément de preuve relatif aux utilisations de l’alcootest, pas plus qu’elle ne [contenait] d’éléments de preuve se rapportant aux multiples contrôles internes effectués par l’alcootest approuvé, lesquels contrôles auraient pour effet, selon ce qui est

evidence on this point. I read *St-Onge Lamoureux* similarly, as I indicate above.

[47] The expert evidence in this case supports the view that the maintenance records are not relevant to the reliability of the approved instruments. As outlined in para. 4 above, breathalyzer machines are subject to a number of internal and external controls. The records that are obviously relevant to the functioning of the instrument are the time-of-test records. The statutory presumption of accuracy refers to the specific results generated by the instrument at that time. The only question that must be answered is whether the machines were operating properly at the time of the test — not before or after. The time-of-test records directly deal with this. The maintenance records, according to the expert evidence, do not.

[48] The machines are designed to produce a “fail” reading where they malfunction. Indeed, a fail reading indicates that the machines are reliable — not unreliable — in that they indicate when they are malfunctioning. The spectre looming over this case is the possibility of false positives. In other words, might the machines be malfunctioning when they appear to be working properly, in that they passed all of the internal and external controls? I agree with Slatter J.A. that this is highly unlikely. And, in any case, the maintenance records cannot tell us whether any particular result is a false positive. As Ms. Blake, a Forensic Alcohol Specialist, testified: “[A]lthough maintenance records should be kept they cannot be used to determine whether an error has or will occur on any given test or at any given time” (A.R. (Gubbins), p. 98, at para. 35). Even if there is a real, and not merely speculative, risk that the instruments may malfunction, the evidence in this case is that such errors would be discernible

allégué, de rendre non pertinente la production des dossiers » : par. 4 (CanLII). Cela donne à penser que, d’après les cours d’appel, l’arrêt *St-Onge Lamoureux* n’a pas tranché de manière concluante la question de la pertinence, car elles ont réclamé plus d’éléments de preuve sur ce point. Comme je l’ai mentionné précédemment, je donne la même interprétation à cet arrêt.

[47] La preuve d’expert produite en l’espèce étaye le point de vue selon lequel les registres d’entretien ne sont pas pertinents relativement à la fiabilité des alcootests approuvés. Ainsi qu’il est précisé au par. 4 ci-dessus, les alcootests sont soumis à une série de contrôles internes et externes. Les relevés manifestement pertinents quant au fonctionnement de l’alcootest sont ceux établis au moment des analyses effectuées par l’appareil. La présomption légale d’exactitude se rapporte aux résultats particuliers générés par l’appareil à ce moment-là. La seule question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si les machines fonctionnaient bien lors de l’alcootest — et pas avant ni après. Les relevés établis au moment des analyses répondent directement à cette question. Mais, d’après la preuve d’expert, tel n’est pas le cas des registres d’entretien.

[48] Les appareils sont conçus de manière à produire un « message d’erreur » en cas de mauvais fonctionnement. En effet, un tel message montre que les machines sont fiables — et non pas l’inverse — en ce sens qu’elles font état, le cas échéant, de leur mauvais fonctionnement. Le spectre qui plane au-dessus de la présente affaire est la possibilité d’obtenir des faux positifs. Autrement dit, se pourrait-il que les machines fonctionnent mal, alors qu’elles paraissent fonctionner correctement en ce sens qu’elles ont subi avec succès tous les contrôles internes et externes? Je partage l’avis du juge Slatter quant au fait que cela est fort peu probable. Et, en tout état de cause, les registres d’entretien ne peuvent pas nous dire si un résultat donné est un faux positif. Ainsi que M^{me} Blake, spécialiste judiciaire en matière d’alcool, l’a indiqué dans son témoignage : [TRADUCTION] « [b]ien qu’il y a lieu de tenir des registres d’entretien, ceux-ci ne sauraient être utilisés pour déterminer si une défaillance s’est produite ou se produira

as a result of the controls built into the instruments themselves.

[49] The appellants suggest that Ms. Blake’s evidence should be rejected, as it was by the trial judge in *Gubbins*. In drawing this conclusion, the trial judge relied on the fact that conflicting expert evidence was introduced in other cases, including *Sutton* and *R. v. Lam*, 2014 ONCJ 247. The trial judge cited *Sutton* for the proposition that “instinct and intuition” led her to believe that the maintenance records may be relevant: para. 44. To the extent that the trial judge in *Gubbins* relied on evidence not before her to assess the accuracy of the expert’s opinion, this was an error. It is also an error to rely on “instinct and intuition” in the face of unequivocal expert evidence to the contrary, *a fortiori* where one is dealing with a technical or scientific question. The existence of maintenance records and the fact that the instrument underwent maintenance from time to time is not sufficient to justify the disclosure. This is even more apparent when one considers the sweep and scope of the records sought in these cases. Can the fact that an instrument was sent for annual maintenance a decade earlier be relevant to its functioning on a particular occasion on which it passed all of the required internal and external checks? The answer, logically and analytically (rather than instinctively and intuitively), must be no.

[50] My colleague suggests that expert evidence would only have to be called by the defence after disclosure, since *St-Onge Lamoureux* establishes the relevance of these records: paras. 69 and 84. I would respectfully disagree. While the maintenance records are certainly *relevant* to whether the instrument was properly maintained, the expert evidence is that the

lors d’un test ou à n’importe quel autre moment donné » (d.a. (Gubbins), p. 98, par. 35). Même s’il existe un risque réel, et non pas simplement conjectural, que les appareils fonctionnent mal, la preuve produite en l’espèce démontre qu’on peut déceler de telles défaillances en raison des contrôles dont sont dotés les appareils eux-mêmes.

[49] Les appelants affirment que le témoignage de M^{me} Blake devrait être rejeté, comme il l’a été par la juge du procès dans l’affaire *Gubbins*. Pour parvenir à cette conclusion, la juge du procès s’est fondée sur le fait que des témoignages d’expert contradictoires avaient été présentés dans d’autres affaires, dont *Sutton* et *R. c. Lam*, 2014 ONCJ 247. La juge du procès a cité la décision *Sutton* à l’appui de la proposition selon laquelle [TRADUCTION] « l’instinct et l’intuition » l’avaient amenée à conclure que les registres d’entretien pouvaient être pertinents : par. 44. Étant donné que la juge du procès dans l’affaire *Gubbins* s’est appuyée sur des éléments de preuve qui ne lui ont pas été présentés pour évaluer l’exactitude de l’avis d’un témoin expert, elle a commis une erreur. Elle s’est également trompée en s’en remettant à l’« instinct et à l’intuition » pour tirer sa conclusion, malgré les éléments de preuve d’expert non équivoques à l’effet contraire, à plus forte raison lorsqu’il s’agit d’une question technique ou scientifique. L’existence des registres d’entretien et le fait que l’appareil ait pu faire l’objet de travaux d’entretien de temps en temps ne sont pas suffisants pour justifier la communication. Cela est d’autant plus évident si l’on considère la portée et l’étendue des documents demandés en l’espèce. Le fait qu’un appareil ait été l’objet d’un entretien annuel 10 ans plus tôt peut-il avoir quelque pertinence quant à son fonctionnement à un moment précis, où il a par ailleurs été soumis avec succès à toutes les vérifications internes et externes? La réponse à cette question, tant d’un point de vue logique qu’analytique (plutôt qu’instinctif et intuitif), doit être négative.

[50] Ma collègue laisse entendre que la défense aurait à appeler un témoin expert à la barre seulement après la communication de la preuve, car l’arrêt *St-Onge Lamoureux* établit la pertinence des registres en question (par. 69 et 84). Soit dit en tout respect, je ne suis pas de cet avis. Bien que les registres d’entretien soient assurément *pertinents* pour savoir si l’appareil

maintenance of the instrument on a given day is not *material* to the instrument's functioning or proper operation at the time of testing. Thus, the requested records are not obviously relevant to a material issue in the present case.

[51] Defence counsel for Mr. Vallentgoed argued that they did not have an opportunity to cross-examine Ms. Blake on her affidavit evidence, so her evidence should not be accepted. However, the trial judge and the summary conviction appeal judge both noted that it is not accurate that the defence had no opportunity to cross-examine Ms. Blake. Rather they chose not to delay the proceedings in order to do so, given their client's license suspension. That was the choice made by defence counsel.

(3) Conclusion

[52] From the foregoing, I conclude that the requested records are not part of first party disclosure. They are not in the possession or control of the prosecuting Crown. They do not form part of the fruits of the investigation; and the evidence in this case is that the maintenance records are not obviously relevant to the cases of the accused Mr. Gubbins and Mr. Vallentgoed. It follows that the standard to be met is that set out in *O'Connor*; the maintenance records are subject to the third party disclosure regime.

[53] This conclusion is consistent with the purpose of the overall disclosure regime, which is to provide the accused with relevant information while preventing fishing expeditions and other dilatory requests for information. The companion case to this appeal, *R. v. Awashish*, 2018 SCC 45, [2018] 3 S.C.R. 87, originally involved a defence request for 50 additional pieces of disclosure. My colleague's reasons do little to address these problems. The implication of this would be that fishing expeditions would continue.

a été bien entretenu, la preuve d'expert révèle que l'entretien de l'appareil un jour donné n'a pas de *rapport* avec son fonctionnement ou son utilisation correcte au moment de l'alcootest. Ainsi, les documents demandés ne sont pas manifestement pertinents à l'égard d'une question importante en l'espèce.

[51] Les avocats de la défense représentant M. Vallentgoed ont fait valoir qu'ils n'avaient pas eu la possibilité de contre-interroger M^{me} Blake au sujet de son témoignage par affidavit, si bien que celui-ci ne devrait pas être admis. Toutefois, la juge du procès et la juge d'appel des poursuites sommaires ont toutes les deux souligné qu'il était inexact d'affirmer que la défense ne s'était pas vu offrir la possibilité de contre-interroger M^{me} Blake. Les avocats de la défense avaient plutôt choisi de ne pas retarder la procédure à une telle fin, compte tenu de la suspension du permis de leur client. Ce sont les avocats de la défense qui en ont décidé ainsi.

(3) Conclusion

[52] À la lumière de ce qui précède, je conclus que les documents demandés ne font pas partie de ceux à communiquer par la partie principale. Non seulement ne se trouvent-ils pas en la possession ou sous le contrôle du poursuivant, mais ils ne font pas partie des fruits de l'enquête. Il ressort également de la preuve en l'espèce que les registres d'entretien ne sont pas manifestement pertinents pour les poursuites engagées contre les accusés MM. Gubbins et Vallentgoed. Il s'ensuit que la norme applicable dans les présents pourvois est celle établie dans l'arrêt *O'Connor*; par conséquent, les registres d'entretien sont soumis au régime de communication des renseignements en la possession de tiers.

[53] Cette conclusion cadre avec l'objet du régime général de communication de la preuve, qui consiste à fournir à l'accusé des renseignements pertinents tout en empêchant les recherches à l'aveuglette d'éléments de preuve et autres demandes d'information dilatoires. Le pourvoi connexe, *R. c. Awashish*, 2018 CSC 45, [2018] 3 R.C.S. 87, portait à l'origine sur une demande de communication présentée par la défense en vue d'obtenir 50 documents additionnels. Les motifs de ma collègue n'aident guère à résoudre ces problèmes. En

In many other cases, the accused has obtained a stay of proceedings on the basis of the Crown's refusal to disclose maintenance records, even though the accused blew "over 80" and the breathalyzer instrument did not register a fail. Such a result fails to respect the intention of Parliament to create a statutory presumption of accuracy in the instruments.

C. *Applying the O'Connor Standard*

[54] Having determined that the applicable regime is that set out in *O'Connor*, the question now is whether the maintenance records have been shown to be likely relevant in this case. Based on the evidence before the courts below, the answer is no.

[55] It is worth noting that the expert evidence in both *Vallentgoed* and *Gubbins* was presented only by the Crown. Its expert evidence was not countered by any defence expert. I would note the following statement in *St-Onge Lamoureux*, at para. 47:

The limits that flow from the requirement have a significant effect on the defences available to the accused, as it is now more difficult to rebut the presumptions. The evidence to be adduced is more complex. The accused must retain a technician or an expert to determine whether the instrument malfunctioned or was operated improperly. It is impossible for a layperson to do this. However, it should be borne in mind that the *Carter* defence also required the accused to retain an expert.³ [Emphasis added.]

³ The *Carter* defence is the name of the defence that was commonly used to challenge driving "over 80" charges before the statutory amendments that introduced s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*. The effect of these amendments was to preclude the defence from using evidence of alcohol consumption, combined with an expert opinion on the effect this would have on the accused's blood alcohol level, as a way to challenge the reliability of the breathalyzer test results. The introduction of s. 258(1)(c) created a presumption of accuracy.

conséquence, les recherches à l'aveuglette se poursuivraient. Dans bien d'autres affaires, l'accusé a obtenu un arrêt des procédures fondé sur le refus du ministère public de communiquer les registres d'entretien, même si l'alcoolémie de l'accusé dépassait 80 mg par 100 ml de sang, et que l'alcootest n'avait pas affiché de message d'erreur. Un tel résultat ne respecte pas l'intention du législateur de créer une présomption légale d'exactitude concernant les appareils.

C. *L'application de la norme définie dans l'arrêt O'Connor*

[54] Ayant conclu que le régime applicable en l'espèce est celui établi dans l'arrêt *O'Connor*, je me dois maintenant d'examiner la question de savoir si la pertinence probable des registres d'entretien a été démontrée en l'espèce. Sur la foi de la preuve présentée devant les tribunaux d'instance inférieure, la réponse est non.

[55] Il convient de souligner que, tant dans l'affaire *Vallentgoed* que dans l'affaire *Gubbins*, la preuve d'expert a été présentée uniquement par le ministère public. Sa preuve d'expert n'a été contredite par aucun témoin expert de la défense. Je tiens à reproduire, ici, la déclaration suivante faite dans l'arrêt *St-Onge Lamoureux*, par. 47 :

L'effet des limites résultant de cette exigence sur les moyens de défense ouverts à la personne accusée est important. La réfutation des présomptions s'en trouve plus difficile. La complexité de la preuve est augmentée. La personne accusée doit faire appel à un technicien ou à un expert pour examiner le fonctionnement ou l'utilisation de l'appareil. Ces notions ne sont pas à la portée du profane. Toutefois, il faut souligner qu'une défense de type *Carter* impliquait elle aussi que la personne accusée retienne les services d'un expert³. [Je souligne.]

³ La défense de type *Carter* désigne le moyen de défense qui, avant l'avènement des modifications législatives ayant introduit l'al. 258(1)c) du *Code criminel*, était couramment utilisé pour contester les accusations de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg ». Ces modifications ont eu pour conséquence d'empêcher la défense de se servir d'éléments de preuve relatifs à la consommation d'alcool, combinés à une opinion d'expert concernant l'effet de cette consommation sur l'alcoolémie de l'accusé, comme moyen de contester la fiabilité des résultats de l'alcootest. L'adoption de l'al. 258(1)c) a eu pour effet de créer une présomption d'exactitude.

[56] And at para. 57:

The scheme that has existed since the statutory amendments came into force is designed to require the prosecution to adduce technical evidence to counter an attempt to rebut the presumption of accuracy An accused who produces evidence to rebut one of these presumptions will do so by calling an expert, and the prosecution will have to call a technician, and possibly an expert. [Emphasis added.]

[57] The majority of this Court contemplated in *St-Onge Lamoureux* that rebutting the statutory presumption of accuracy in s. 258(1)(c) would likely require expert evidence. No such evidence was put forward in this case. Neither accused attempted to provide an expert opinion on how maintenance records might be relevant to the key material issue in this case: determining whether an instrument was malfunctioning or operated improperly. In the absence of any such evidence, the expert evidence of the Crown is persuasive that the maintenance records are not relevant. By its nature, this is a technical and scientific question, not a matter of doctrine. If in some future proceeding an accused leads persuasive evidence that maintenance records are likely relevant, then disclosure may be ordered.

[58] One final argument raised by the accused should be addressed. My conclusion that the maintenance records are subject to third party disclosure does not put the constitutionality of s. 258(1)(c) in jeopardy, as my colleague argues. As indicated in *St-Onge Lamoureux*, a defence is not illusory simply because accused persons will rarely succeed in raising a reasonable doubt by using it: para 79. There are records that are obviously relevant to the malfunctioning of the instrument — the “time-of-test” records. These, along with testimony from the technician or the officer involved, are evidence that the accused may use to rebut the presumption of accuracy. As well, as indicated above, maintenance

[56] Plus loin dans l’arrêt, la Cour précise également (au par. 57) :

Or, depuis les modifications législatives, la façon dont le régime est maintenant conçu oblige la poursuite à présenter une preuve technique pour repousser une attaque contre la présomption d’exactitude [. . .] En effet, si la personne accusée a présenté une telle preuve contraire, elle l’aura fait à l’aide d’un expert et la poursuite aura dû faire appel à un technicien et, possiblement, à un expert. [Je souligne.]

[57] Dans l’arrêt *St-Onge Lamoureux*, les juges majoritaires de la Cour ont estimé que pour repousser la présomption d’exactitude de l’al. 258(1)c), une preuve d’expert serait vraisemblablement nécessaire. Or, aucune preuve de ce genre n’a été produite en l’espèce. Les accusés n’ont pas non plus tenté de fournir un avis d’expert qui indiquerait en quoi les registres d’entretien pourraient s’avérer pertinents pour trancher la question déterminante en l’espèce : déterminer si un appareil a mal fonctionné ou a été incorrectement utilisé. Faute de tels éléments probants, la preuve d’expert produite par le ministère public démontre de façon convaincante que les registres d’entretien sont dénués de pertinence. Il s’agit là d’une question qui, de par sa nature, est d’ordre technique et scientifique; elle ne relève pas de la doctrine. Advenant que, dans le cadre d’une future instance, l’accusé produise une preuve convaincante démontrant que les registres d’entretien sont vraisemblablement pertinents, la communication de ceux-ci pourrait être ordonnée.

[58] Je me dois de traiter d’un dernier argument avancé par l’accusé. Ma conclusion selon laquelle les registres d’entretien sont soumis au régime de communication de renseignements en la possession de tiers ne met pas en péril la constitutionnalité de l’al. 258(1)c), comme le soutient ma collègue. Ainsi qu’il a déjà été précisé dans l’arrêt *St-Onge Lamoureux*, un moyen de défense n’est pas illusoire simplement parce que les accusés parviennent rarement à soulever un doute raisonnable lorsqu’ils l’invoquent : par. 79. Certains documents sont manifestement pertinents quant au mauvais fonctionnement de l’appareil, à savoir les relevés établis au moment des analyses. Ces documents, de même que

records may be available to the defence, where it can show that such records are likely relevant to a material issue in the case. The majority of this Court in *St-Onge Lamoureux* was aware of the possibility that such records might be obtained by way of an *O'Connor* application (*St-Onge Lamoureux*, at para. 78). This did not affect the constitutionality of the provision.

VI. Conclusion

[59] In *Vallentgoed*, the trial judge did not err when he held that the records sought were subject to third party disclosure, and that the threshold of likely relevance was not met. I would affirm Mr. Vallentgoed's conviction. In *Gubbins*, the trial judge erred in granting a stay. I would dismiss the appeal and remit the matter for a new trial.

[60] I would dismiss the appeals.

The following are the reasons delivered by

[61] CÔTÉ J. (dissenting) — While I accept my colleague Rowe J.'s statement of the law as it pertains to the two disclosure regimes set out by this Court in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, and *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, I disagree on its application.

[62] I am of the view that maintenance records are obviously relevant to rebutting the statutory presumption of accuracy established by s. 258 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The maintenance of approved instruments was central to this Court's reasoning in *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, in which the constitutionality of this provision was upheld. To conclude

les témoignages du technicien ou du policier chargé de l'enquête, sont des éléments de preuve que l'accusé peut utiliser afin de repousser la présomption d'exactitude. De plus, comme je l'ai déjà mentionné, les registres d'entretien peuvent être communiqués à la défense si elle est en mesure de démontrer qu'ils sont probablement pertinents à l'égard d'une question importante pour l'issue de l'affaire. Dans *St-Onge Lamoureux*, la majorité de la Cour était au fait de la possibilité d'obtenir ces documents au moyen d'une demande de type *O'Connor* (*St-Onge Lamoureux*, par. 78). Cela n'a eu aucune incidence sur la constitutionnalité de la disposition.

VI. Conclusion

[59] Dans l'affaire *Vallentgoed*, le juge du procès n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a décidé que les dossiers demandés étaient soumis au régime de communication des dossiers en la possession de tiers, et qu'il n'avait pas été satisfait au critère de la pertinence probable. Je confirmerais donc la déclaration de culpabilité de M. Vallentgoed. Dans l'affaire *Gubbins*, le juge du procès a commis une erreur en ordonnant l'arrêt des procédures. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[60] Je rejetterais les pourvois.

Version française des motifs rendus par

[61] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — Bien que je souscrive à l'énoncé du droit de mon collègue le juge Rowe au sujet des deux régimes de communication de la preuve établis par la Cour dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, je suis en désaccord quant à son application.

[62] J'estime que les registres d'entretien sont manifestement pertinents pour réfuter la présomption d'exactitude établie par l'art. 258 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. L'entretien des alcootests approuvés était au cœur du raisonnement adopté dans *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187, où la Cour a confirmé la constitutionnalité de cette disposition. Conclure qu'on ne peut

that maintenance records are not available under first party disclosure would upset the delicate balance struck by this Court in determining that the infringement of the right to be presumed innocent until proven guilty guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was justified. Since such records are obviously relevant, they are subject to first party disclosure. In my view, this ensures that the defence has a minimum evidentiary basis upon which it may attempt to establish that an instrument was malfunctioning. This opportunity is guaranteed by the *Criminal Code* and underlies the majority of this Court's reasons in *St-Onge Lamoureux*.

[63] My analysis will proceed as follows. I will begin by providing an overview of *St-Onge Lamoureux*. While I recognize that the main issue in that appeal did not pertain to the disclosure of records, I will show that the Court's reasoning is highly relevant to the matter before us. In my view, central to this Court's decision upholding the constitutionality of the provisions at issue in that case was the assumption that an approved instrument's maintenance history was relevant to rebutting the presumption that it produced accurate results. I will continue by comparing the submissions and evidentiary record before the Court in *St-Onge Lamoureux* and in the present appeal. Though this Court in *St-Onge Lamoureux* did not have the benefit of the updated position of the Alcohol Test Committee ("ATC"), on which the respondent now relies, it did have before it the *substance* of that position. Even so, the majority's justificatory analysis assumed the relevance and availability of maintenance records. My colleague's approach, which requires the defence to request maintenance records by way of an *O'Connor* application, risks making the possibility of raising a doubt as to an approved device's functioning illusory. This approach is contrary to Parliament's intent and, in my view, upsets the balance achieved in *St-Onge Lamoureux*.

avoir accès aux registres d'entretien en tant que renseignements visés par l'obligation de communication qui incombe à la partie poursuivante (ou « partie principale ») romprait l'équilibre fragile qu'a établi la Cour lorsqu'elle a décidé que l'atteinte au droit d'être présumé innocent jusqu'à preuve du contraire garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* se justifiait. Parce qu'ils sont manifestement pertinents, ces registres sont assujettis au régime de communication par la partie poursuivante. À mon avis, cette obligation garantit que la défense dispose d'une preuve minimale qui lui permet de tenter d'établir qu'un appareil fonctionnait mal. Cette possibilité est garantie par le *Code criminel* et sous-tend le raisonnement des juges majoritaires de la Cour dans *St-Onge Lamoureux*.

[63] J'exposerai mon analyse de la façon suivante. Tout d'abord, je donnerai un aperçu de l'arrêt *St-Onge Lamoureux*. Je reconnais que la principale question en litige dans cette affaire n'avait pas trait à la communication de dossiers, mais je démontrerai que le raisonnement de la Cour est extrêmement important quant à la question dont nous sommes saisis. Selon moi, le postulat que l'historique d'entretien d'un alcootest approuvé est pertinent pour réfuter la présomption d'exactitude de ses résultats constituait un élément central de la décision de la Cour de confirmer la constitutionnalité des dispositions en litige dans cette affaire. Je poursuivrai en comparant les arguments et la preuve dont disposait la Cour dans *St-Onge Lamoureux*, et ceux qui ont été présentés en l'espèce. Bien que, dans *St-Onge Lamoureux*, la Cour n'avait pas connaissance de la position mise à jour du Comité des analyses d'alcool (« CAA ») qu'invoque aujourd'hui l'intimée, elle disposait de la *teneur* de cette position. Les juges majoritaires ont néanmoins tenu pour acquises la pertinence et la disponibilité des registres d'entretien dans leur analyse de la justification en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'approche de mon collègue, laquelle oblige la défense à réclamer les registres d'entretien au moyen d'une demande de type *O'Connor*, risque de rendre illusoire la possibilité de soulever un doute quant au fonctionnement d'un alcootest approuvé. Cette approche est contraire à l'intention du législateur et elle me semble rompre l'équilibre établi dans *St-Onge Lamoureux*.

I. Analysis

[64] In *St-Onge Lamoureux*, this Court considered the constitutionality of certain provisions of the scheme applicable to prosecutions for driving with a blood alcohol level over the legal limit. The challenge related to s. 258 of the *Criminal Code*, which establishes presumptions of accuracy and identity for the results of breath alcohol testing, and, more particularly, to the constitutionality of the amendments limiting the type of evidence that could be adduced to rebut these statutory presumptions. Before going further, I note that the disclosure requested in this appeal is meant to aid the defence in rebutting the presumption of accuracy. According to these amendments, in order to succeed in rebutting the presumption of accuracy, the defence was required to produce evidence tending to (1) raise a doubt that an instrument was functioning or was operated properly, (2) show that the malfunction or improper operation of the instrument resulted in the determination that the accused's blood alcohol level exceeded the legal limit, and (3) show that the accused's blood alcohol level would not in fact have exceeded that limit at the time when the offence was alleged to have been committed (*St-Onge Lamoureux*, at para. 17).

[65] The Court's decision, which affirmed in part the constitutionality of this scheme, was largely predicated on striking a balance between Parliament's pressing and substantial objective — giving breath alcohol testing results a weight consistent with their scientific value — and the minimal impairment of the accused's rights.

[66] The Court began by considering whether the three requirements were consistent with the right to be presumed innocent. It relied on expert evidence to the effect that “the possibility of an instrument malfunctioning or being used improperly when breath samples are taken is not merely speculative, but is very real” and that “the calibration and maintenance of instruments are essential “to the integrity of the breath test program”” (para. 25). The Crown had been unable to demonstrate that “the rate of failure attributable to improper maintenance or operation is insignificant” (para. 27). In light of these findings,

I. Analyse

[64] Dans *St-Onge Lamoureux*, la Cour s'est penchée sur la constitutionnalité de certaines dispositions du régime applicable aux poursuites pour conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale. La contestation portait sur l'art. 258 du *Code criminel*, qui établit les présomptions d'exactitude et d'identité pour les résultats des alcootests et, plus particulièrement, la constitutionnalité des modifications qui restreignent le type de preuve pouvant être présentée pour réfuter ces présomptions légales. Avant d'aller plus loin, je signale que les documents demandés en l'espèce ont pour objet d'aider la défense à réfuter la présomption d'exactitude. D'après ces modifications, pour arriver à réfuter la présomption d'exactitude, la défense devait produire une preuve tendant (1) à soulever un doute quant au bon fonctionnement ou à l'utilisation correcte de l'appareil, (2) à démontrer qu'en raison du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'appareil, l'alcootest a indiqué que l'alcoolémie de l'accusé était supérieure à la limite légale, et (3) à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé n'aurait pas en fait dépassé cette limite au moment où l'infraction aurait été commise (*St-Onge Lamoureux*, par. 17).

[65] La décision de la Cour, qui a confirmé en partie la constitutionnalité du régime en question, reposait en grande partie sur l'établissement d'un équilibre entre l'objectif urgent et réel du législateur — à savoir conférer aux résultats des alcootests un poids compatible avec leur valeur scientifique — et l'atteinte minimale aux droits de l'accusé.

[66] La Cour s'est d'abord demandé si les trois conditions respectaient le droit d'être présumé innocent. Elle s'est appuyée sur une preuve d'expert selon laquelle « la possibilité de mauvais fonctionnement ou de mauvaise utilisation de l'appareil lors de la prise d'échantillons d'haleine n'est pas fondée sur de simples conjectures, mais est bien réelle » et « l'étalonnage et l'entretien des appareils sont essentiels “afin de garantir l'intégrité du programme d'analyse de l'alcool dans l'haleine” » (par. 25). Le ministère public n'était pas parvenu à démontrer que « le taux de défaillance attribuable à

the Court was of the view that a trier of fact could entertain a reasonable doubt about the validity of test results but “nevertheless remain bound by the statutory presumptions” and “be required to convict the accused unless the accused rebuts those presumptions in accordance with the [statutory] requirements” (para. 27). On this basis, the Court found that s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) infringed s. 11(d) of the *Charter*.

[67] The Court then turned to the important question of whether the infringement was justified. It framed its analysis by expressly stating that “the means available to the accused to rebut the presumption” (para. 30 (emphasis added)) and, more particularly, “whether it is possible, and how easy it is, for the accused to rebut the presumption” (para. 31 (emphasis added)) were relevant to its determination at this stage. In other words, the Court’s primary concern was ensuring that accused persons retained a viable means of rebutting the statutory presumptions in spite of the limits imposed on the evidence that could be adduced for that purpose.

[68] In light of the “ample” proof of the reliability of approved instruments (para. 35), the Court acknowledged the pressing and substantial objective of giving their results a weight consistent with their scientific value (para. 36). That being said, the Court found only the first requirement of s. 258(1)(c) (evidence of the malfunction or improper operation of the instrument) to be justified. The Court struck down the second and third requirements on the basis that the second imposed an “excessive burden” on the accused (para. 56) and that the third was not rationally connected with Parliament’s objective (para. 62).

[69] In upholding the first requirement, the Court considered both the means available to the accused to rebut the presumption of accuracy and how difficult it was for the accused to do so. First, the provisions did not make it impossible for an accused to disprove the test results. This could be accomplished

un mauvais entretien ou à une utilisation incorrecte [était] négligeable » (par. 27). Vu ces conclusions, la Cour a estimé que le juge des faits pourrait entretenir un doute raisonnable quant à la validité des résultats d’analyse mais qu’il « demeure néanmoins tenu par les présomptions légales et devra prononcer une déclaration de culpabilité, à moins que la personne accusée ne repousse ces présomptions conformément aux exigences [légales] » (par. 27). La Cour a jugé sur cette base que les al. 258(1)c) et 258(1)d.01) portaient atteinte à l’al. 11d) de la *Charte*.

[67] La Cour est ensuite passée à la question importante de savoir si l’atteinte était justifiée. Elle a circonscrit son analyse en mentionnant expressément que « les moyens dont dispose la personne accusée pour réfuter la présomption » (par. 30 (je souligne)) et, plus précisément, « la possibilité pour la personne accusée et la facilité avec laquelle elle peut le faire » (par. 31 (je souligne)) étaient pertinents pour trancher cette question à ce stade. Autrement dit, la Cour avait pour souci principal de voir à ce que les accusés conservent un moyen viable de réfuter les présomptions légales en dépit des limites imposées à la preuve qui pourrait être présentée à cette fin.

[68] Puisque la fiabilité des alcootests approuvés a été « amplement » établie (par. 35), la Cour a reconnu l’objectif urgent et réel de conférer à leurs résultats un poids compatible avec leur valeur scientifique (par. 36). En revanche, elle a conclu que seule la première condition de l’al. 258(1)c) (preuve du mauvais fonctionnement ou de l’utilisation incorrecte de l’appareil) était justifiée. La Cour a invalidé les deuxième et troisième conditions parce que la deuxième imposait un « fardeau excessif » à l’accusé (par. 56) et que la troisième n’avait pas de lien rationnel avec l’objectif du législateur (par. 62).

[69] En confirmant la validité de la première condition, la Cour a examiné à la fois les moyens dont dispose l’accusé pour réfuter la présomption d’exactitude et la difficulté avec laquelle l’accusé peut y parvenir. Premièrement, les dispositions n’empêchent pas complètement l’accusé de réfuter les

by raising deficiencies in either the operation *or the maintenance* of an instrument:

It should also be mentioned that the new provisions do not make it impossible to disprove the test results. Rather, Parliament has recognized that the results will be reliable only if the instruments are operated and maintained properly, and that there might be deficiencies in the maintenance of the instruments or in the test process. What the new provisions require is that evidence tending to cast doubt on the reliability of the results relate directly to such deficiencies. [Emphasis added; para. 41.]

In addition to finding that the accused could rebut the presumption by identifying deficiencies in an instrument's maintenance, the Court assumed that information permitting the accused to raise such a concern would be readily available to him or her. It found that, "in light of the evidence accepted by the trial judge, there are several pieces of evidence that can be provided" to the accused (para. 42) and that though the accused "must retain a technician or an expert to determine whether the instrument malfunctioned or was operated improperly" (para. 47 (emphasis added)), "[t]he prosecution must of course disclose certain information concerning the maintenance and operation of the instrument" (para. 48 (emphasis added)). In my view, the only possible reading of these passages is that the Court considered maintenance records to be included in the Crown's disclosure obligation *without* the defence needing to put forward expert evidence to that effect. It seems to me that the Court considered such expert evidence to be required *only* to address the substantive issue of whether the instrument malfunctioned or was operated improperly.

[70] Having concluded on this basis that only the first requirement imposed a justified limit on s. 11(d) of the *Charter*, the Court went on to consider the validity of that requirement in relation to the right to make full answer and defence guaranteed by s. 7 of the *Charter*. Notably, the defence argued that the new provisions created a defence that was so difficult to attain as to be practically illusory (para. 77).

résultats des analyses. Il peut y parvenir en signalant des défaillances soit dans le fonctionnement d'un appareil, *soit dans son entretien* :

Par ailleurs, il convient de souligner que les nouvelles dispositions n'ont pas pour effet de rendre irréfutables les résultats des analyses. Elles reconnaissent plutôt que les résultats ne seront fiables que dans la mesure où les appareils sont bien utilisés et bien entretenus, et que des défaillances peuvent survenir dans l'entretien ou le processus d'analyse. Ce que les nouvelles dispositions exigent, c'est que la preuve tendant à remettre en question la fiabilité des résultats porte directement sur de telles défaillances. [Je souligne; par. 41.]

En plus de conclure que l'accusé peut repousser la présomption en relevant des défaillances dans l'entretien d'un appareil, la Cour a également tenu pour acquis que l'accusé pourrait aisément obtenir les renseignements qui lui permettent d'exprimer pareille préoccupation. Elle a conclu que, « suivant la preuve retenue par le juge de première instance, [...] plusieurs éléments de preuve peuvent être transmis » à l'accusé (par. 42); et même si l'accusé « doit faire appel à un technicien ou à un expert pour examiner le fonctionnement ou l'utilisation de l'appareil » (par. 47 (je souligne)), « [la poursuite] devra certes donner accès à certaines informations concernant l'entretien et la manipulation de l'appareil » (par. 48 (je souligne)). Selon moi, la seule interprétation possible de ces passages est que la Cour a considéré que les registres d'entretien relèvent de l'obligation de communication incombant au ministère public *sans* que la défense n'ait à produire une preuve d'expert à cet effet. Il me semble que la Cour a jugé que cette preuve d'expert est nécessaire *uniquement* pour traiter de la question de fond consistant à savoir si l'appareil a mal fonctionné ou a été utilisé incorrectement.

[70] Ayant conclu pour ce motif que seule la première condition imposait une limite justifiée à l'al. 11(d) de la *Charte*, la Cour a procédé à l'étude de la validité de cette condition relativement au droit à une défense pleine et entière garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Notamment, la défense a plaidé que les nouvelles dispositions créaient un moyen de défense si difficile à faire valoir que celui-ci est pratiquement

The Court rejected this argument. It found that the requirement did not limit the evidence that could be used to establish a deficiency in the functioning or operation of the instrument and that “[t]he accused can request the disclosure of any relevant evidence that is reasonably available in order to be able to present a real defence” (para. 78). It is noteworthy that, when it made this statement, the Court had already stated that the prosecution “must of course” disclose certain information concerning the maintenance of approved instruments (para. 48), which it reaffirmed in disposing of the s. 7 argument by indicating that the accused might rely “on a maintenance log that shows that the instrument was not maintained properly” (para. 78).

[71] I agree with what Rowbotham J.A., dissenting, states at para. 101 of her reasons: “In light of Deschamps J.’s analysis, it cannot be said that the discussion of the relevance of maintenance records [in *St-Onge Lamoureux*] was peripheral to the court’s conclusion” (C.A. reasons, 2016 ABCA 358, 344 C.C.C. (3d) 85). In my view, the Court’s reasoning in *St-Onge Lamoureux* was dependent in large part on two assumptions: (1) that one means available to the accused to raise a doubt as to the functioning of an instrument was by raising deficiencies in its maintenance; and (2) that the evidentiary basis for such a defence would be readily available to the accused. As I explain below, this is confirmed by an examination of the record and the submissions before the Court in *St-Onge Lamoureux*.

[72] Importantly, these assumptions emerged from an extensive evidentiary record. As noted at para. 35 of *St-Onge Lamoureux*, the parties to the appeal had consented to the filing of the evidence adduced in *R. v. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, a case heard by Judge Chapdelaine, who also presided over the trial of Ms. St-Onge Lamoureux. In *Drolet*, the Attorney General of Quebec and the interveners, the Barreau du Québec and the Association québécoise des avocats et avocates de la défense, had each filed extensive expert evidence pertaining to the functioning

illusoire (par. 77). La Cour a rejeté cet argument. En effet, elle a jugé que cette exigence ne restreignait pas la preuve susceptible d’être utilisée pour établir une défaillance dans le fonctionnement ou l’utilisation de l’appareil, et que « les personnes accusées peuvent demander communication des éléments pertinents qui sont raisonnablement disponibles pour leur permettre de faire valoir une défense réelle » (par. 78). Il convient de souligner qu’au moment de faire cette affirmation, la Cour avait déjà dit que la poursuite « devra certes » donner accès à certaines informations concernant l’entretien des alcootests approuvés (par. 48), ce qu’elle a réaffirmé lorsqu’elle a écarté l’argument relatif à l’art. 7 en mentionnant que l’accusé pourrait se fonder « sur des relevés d’entretien de l’appareil révélant que celui-ci n’a pas été entretenu correctement » (par. 78).

[71] Je suis d’accord avec ce que dit la juge Rowbotham, dissidente, au par. 101 de ses motifs en Cour d’appel : [TRADUCTION] « Compte tenu de l’analyse de la juge Deschamps, on ne saurait affirmer que l’examen de la pertinence des registres d’entretien [dans *St-Onge Lamoureux*] était accessoire à la conclusion de la Cour » (motifs de la C.A., 2016 ABCA 358, 344 C.C.C. (3d) 85). Selon moi, le raisonnement adopté par la Cour dans *St-Onge Lamoureux* reposait en grande partie sur les deux postulats suivants : (1) l’accusé peut mettre en doute le fonctionnement de l’appareil notamment en invoquant des défaillances dans son entretien; (2) l’accusé aurait facilement accès à la preuve lui permettant de faire valoir cette défense. Comme je l’explique ci-dessous, c’est ce que confirme une étude du dossier et des arguments présentés à la Cour dans *St-Onge Lamoureux*.

[72] Fait important, ces postulats ont émergé de la preuve abondante présentée dans ce dossier. Tel qu’il est souligné au par. 35 de *St-Onge Lamoureux*, les parties à l’appel avaient consenti au dépôt de la preuve produite dans *R. c. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, une affaire instruite par le juge Chapdelaine, qui a également présidé le procès de M^{me} St-Onge Lamoureux. Dans *Drolet*, le procureur général du Québec et les intervenants, le Barreau du Québec et l’Association québécoise des avocats et avocates de la défense, avaient tous déposé une preuve d’expert

and operation of approved instruments. The fact that the parties consented to the use of the expert evidence adduced in *Drolet* does not surprise me given how detailed and balanced it was.

[73] My colleague Rowe J. would depart from the assumptions underlying *St-Onge Lamoureux* on the basis that “[t]his Court [in *St-Onge Lamoureux*] did not have the benefit of the Alcohol Test Committee’s current position on the relevance of maintenance records to instrument reliability” (para. 44). I respectfully disagree.

[74] In 2009, the ATC published the “Recommended Standards and Procedures of the Canadian Society of Forensic Science Alcohol Test Committee” (2009), 42 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 1. This was the version of the recommended standards and procedures for alcohol testing that was before the Court when it decided *St-Onge Lamoureux*. It addressed the question of maintenance as follows:

Proper calibration and/or calibration check procedures are the primary means of assuring accuracy of the Approved Instrument, Approved Screening Device and accessory equipment at the time of use. Calibration of Approved Instruments shall be done with a wet-bath simulator. In addition to these calibrations and/or calibration checks, formal maintenance procedures are essential to the integrity of the breath test program. [p. 14]

The ATC continues to endorse this statement, on which the Court relied at para. 25 of *St-Onge Lamoureux*. As my colleague acknowledges (at para. 45), the ATC has only qualified this statement in its updated publication:

Proper calibration and/or calibration check procedures are the primary means of assuring accuracy of the Approved Instrument, Approved Screening Device and accessory equipment at the time of use. Calibration of Approved Instruments and Approved Screening Devices shall be done with an aqueous alcohol standard. In addition to these calibrations and/or calibration checks, formal maintenance

abondante au sujet du fonctionnement et de l’utilisation des alcootests approuvés. Le fait que les parties aient consenti à l’usage de la preuve d’expert produite dans *Drolet* ne me surprend pas, considérant à quel point elle était détaillée et équilibrée.

[73] Mon collègue le juge Rowe est d’avis de s’écarter des postulats qui sous-tendent l’arrêt *St-Onge Lamoureux* parce que « [d]ans l’affaire *St-Onge Lamoureux*, la Cour n’a pas pu prendre connaissance de la position actuelle du Comité des analyses d’alcool à l’égard de la pertinence des registres d’entretien pour ce qui est de la fiabilité des appareils » (par. 44). Avec égards, je ne suis pas d’accord.

[74] En 2009, le CAA a rendu publiques les « Normes et procédures recommandées par la Société canadienne des sciences judiciaires — Comité des analyses d’alcool » (2009), 42 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 31. C’est la version des normes et procédures recommandées pour les analyses d’alcool dont disposait la Cour lorsque cette dernière a jugé l’affaire *St-Onge Lamoureux*. Ce document traitait ainsi de la question de l’entretien :

Des procédures appropriées d’étalonnage et/ou de vérification de l’étalonnage constituent des éléments de base pour assurer la précision des alcootests approuvés, des appareils de détection approuvés ainsi que des accessoires au moment de leur utilisation. L’étalonnage des alcootests approuvés doit s’effectuer avec un simulateur. En plus de ces étalonnages et/ou vérifications de l’étalonnage, des procédures d’entretien formelles sont essentielles afin de garantir l’intégrité du programme d’analyse de l’alcool dans l’haleine. [p. 45]

Le CAA fait toujours sien cet énoncé, sur lequel s’est appuyé la Cour au par. 25 de l’arrêt *St-Onge Lamoureux*. Comme le reconnaît mon collègue (au par. 45), le CAA n’a fait que nuancer cet énoncé dans sa publication mise à jour :

Des procédures appropriées d’étalonnage et/ou de vérification de l’étalonnage sont les éléments déterminants pour s’assurer de l’exactitude des Alcootests Approuvés, des Appareils de détection approuvés ainsi que des accessoires au moment de leur utilisation. L’étalonnage des Alcootests approuvés doit s’effectuer avec un alcool-type aqueux. En plus de ces étalonnages et/ou vérifications de l’étalonnage,

procedures are essential to the integrity of the breath test program. Records relating to periodic maintenance or inspections cannot address the working status of an Approved Instrument at the time of a breath test. The required quality control information which must be reviewed to assess the working order of an Approved Instrument is produced during the subject breath testing procedure. [Emphasis added.]

(Canadian Society of Forensic Science, “Canadian Society of Forensic Science Alcohol Test Committee Recommended Best Practices for a Breath Alcohol Testing Program” (2014), 47 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 179, at p. 187)

[75] Just as the courts subject experts to special scrutiny before allowing them to opine on the “ultimate issue” in a dispute (*R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at p. 25), so should this Court exercise caution, in this case, when considering the extent to which the ATC’s updated recommendations are determinative of the relevance of maintenance records, a question of law that is to be decided by the courts. Such caution is particularly warranted in light of the ATC’s composition, as explained by Judge Henderson in *R. v. Sutton*, 2013 ABPC 308, 59 M.V.R. (6th) 89:

I caution myself that the Alcohol Test Committee is not a truly independent body of scientific experts who offer purely objective opinions on topics relating to breath testing instruments. The Alcohol Test Committee is comprised of scientists who have direct connections with, and are employed by, policing services and Government Agencies. Five of the ten members of the Committee are employed by R.C.M.P. labs across the country. Four of the remaining five members are employed by Government agencies. [Emphasis added; para. 137.]

The fact that the expert opinion of a member of the ATC, Ms. Blake, is the *only* one before this Court in the present appeal, while the position of experts that may disagree with her on the relevance of maintenance records is notably absent from the record, is further cause for caution. I note that Ms. Blake and another witness tendered by the Crown have, in the

des procédures d’entretien bien établies sont essentielles afin d’assurer l’intégrité du programme d’analyse de l’alcool dans l’haleine. Les registres concernant l’entretien ou les inspections périodiques ne peuvent permettre de déterminer l’état de fonctionnement d’un Alcootest Approuvé lors des tests d’haleine. L’information sur le contrôle de qualité doit être examinée, afin d’évaluer le fonctionnement de l’Alcootest Approuvé qui est produite lors de la procédure des tests d’haleine sur le sujet. [Je souligne.]

(Société canadienne des sciences judiciaires, « Société canadienne des sciences judiciaires — Comité des analyses d’alcool : Les bonnes pratiques d’analyse de l’alcool dans l’haleine » (2014), 47 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 189, p. 197)

[75] Tout comme les tribunaux examinent rigoureusement les témoignages des experts avant de leur permettre de se prononcer sur la « question fondamentale » en litige (*R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 25), la Cour devrait elle aussi faire preuve de prudence en l’espèce lorsqu’elle se demande dans quelle mesure les recommandations mises à jour du CAA sont déterminantes pour juger de la pertinence des registres d’entretien, une question de droit que doivent trancher les tribunaux. Cette mise en garde est d’autant plus justifiée compte tenu de la composition du CAA, comme l’explique le juge Henderson dans *R. c. Sutton*, 2013 ABPC 308, 59 M.V.R. (6th) 89 :

[TRADUCTION] Je garde à l’esprit que le Comité des analyses d’alcool n’est pas un organisme d’experts scientifiques véritablement indépendant qui exprime des opinions purement objectives sur des sujets relatifs aux alcootests. Ce comité se compose de scientifiques qui ont des liens directs avec des corps de police et des organismes gouvernementaux et qui sont à leur service. Cinq des dix membres du Comité travaillent pour les laboratoires de la GRC partout au pays. Quatre des cinq autres membres sont des employés d’organismes gouvernementaux. [Je souligne; par. 137.]

Le fait que l’avis d’expert donné par une membre du CAA, M^{me} Blake, soit le *seul* soumis à la Cour en l’espèce, alors que la position d’experts susceptibles d’être en désaccord avec elle sur la pertinence des registres d’entretien brille par son absence dans le dossier, incite lui aussi à la prudence. Je souligne que M^{me} Blake et un autre témoin appelé par le ministère

past, admitted that “not all experts agree with them on this issue” (*Sutton*, at para. 152).

[76] In my respectful view, such caution is not reflected in an approach that relies on the ATC’s updated recommendations to conclude that maintenance records are not relevant. In *St-Onge Lamoureux*, it was assumed on the basis of a fulsome evidentiary record that maintenance records were relevant to rebutting the presumptions at issue, and the impugned scheme’s constitutionality was confirmed on this basis. Aside from the updated statement from the ATC, which has not been shown to be the product of new scientific evidence of any kind, there is no new evidentiary basis in the present case for calling the Court’s assumptions in *St-Onge Lamoureux* into question. In light of this context, I remain unconvinced that the wisdom of our recent jurisprudence should be so easily swept away.

[77] Moreover, I am persuaded that although the ATC’s updated recommendations were not published until after *St-Onge Lamoureux* was decided, their substance, to the effect that only time-of-test controls are capable of showing that an instrument was malfunctioning, was considered by this Court and the lower courts in *St-Onge Lamoureux*. In *Drolet*, Judge Chapdelaine accepted the evidence of the Crown’s experts that “[i]n principle, the diagnosis and control procedures for [the] instruments ensure their proper functioning and the reliability of their results” (para. 79 (CanLII)). A similar expert opinion was put forward by Randy Prokopanko, himself a member of the ATC, before the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs on February 20, 2008, when it was considering Bill C-2 (the *Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6). Asked how an accused could discharge his or her burden of proving that an instrument had malfunctioned, Mr. Prokopanko stated: “. . . I have confidence not that it cannot malfunction, but if it does that that will show up in our test procedure and you will not have gotten to the point of accepting a breath sample”: *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 8, 2nd Sess., 39th Parl., February 20, 2008, at p. 8:75. I note that

public ont admis auparavant que [TRADUCTION] « certains experts ne s’entendent pas avec eux sur ce point » (*Sutton*, par. 152).

[76] À mon humble avis, ce n’est pas faire preuve d’une telle prudence que de se fonder sur les recommandations mises à jour du CAA pour conclure que les registres d’entretien ne sont pas pertinents. Dans *St-Onge Lamoureux*, il a été tenu pour acquis, sur la base d’une preuve exhaustive au dossier, que les registres d’entretien pouvaient servir à réfuter les présomptions en cause, et la constitutionnalité du régime attaqué a été confirmée sur cette base. À part cet énoncé mis à jour du CAA, dont on n’a pas démontré qu’il découlait d’une nouvelle preuve scientifique de quelque genre que ce soit, aucune nouvelle preuve n’a été produite en l’espèce pour remettre en question les hypothèses de la Cour dans *St-Onge Lamoureux*. Dans ce contexte, je ne suis toujours pas convaincue que la sagesse de notre jurisprudence récente devrait être écartée aussi aisément.

[77] En outre, je suis persuadée que, même si les recommandations mises à jour du CAA n’ont été rendues publiques qu’après que l’affaire *St-Onge Lamoureux* ait été jugée, leur teneur, suivant laquelle seuls des contrôles effectués au moment de l’alcooltest peuvent démontrer qu’un appareil fonctionnait mal, a été prise en considération par la Cour et les juridictions inférieures dans *St-Onge Lamoureux*. Dans *Drolet*, le juge Chapdelaine a retenu le témoignage des experts de la Couronne voulant qu’« [e]n principe, le diagnostic et les procédures de contrôle dont sont munis [les] appareils assurent leur bon fonctionnement et la fiabilité des résultats qu’ils produisent » (par. 79 (CanLII)). Un avis d’expert semblable a été exprimé le 20 février 2008 par Randy Prokopanko, lui-même un membre du CAA, devant le Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles quand celui-ci a étudié le projet de loi C-2 (la *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6). Questionné sur la manière dont l’accusé pourrait s’acquitter de son fardeau de prouver que l’appareil avait mal fonctionné, M. Prokopanko a répondu : « j’ai la certitude non pas que l’appareil peut ne pas fonctionner convenablement, mais que, si cela se produit, nous détecterons le problème lors de l’alcooltest sans qu’on se soit rendu à l’acceptation d’un échantillon

Mr. Prokopanko admitted before the Senate Committee that maintenance records should be disclosed to the accused. In *St-Onge Lamoureux*, a similar position was taken by the Attorney General of Quebec in oral submissions before this Court:

[TRANSLATION] But the cornerstone, what permits to determine whether the instrument is not functioning properly, is the control test; it's the test that determines this; it's the test that is the cornerstone and the guarantee we have that the instrument is functioning reliably. [Emphasis added.]

(*St-Onge Lamoureux*, transcript, at p. 12)

[78] In both *Drolet* and *St-Onge Lamoureux*, the relevance of maintenance records was assumed *despite* such submissions. In *Drolet*, Judge Chapdelaine, having accepted that control mechanisms should ensure the reliability of instruments “in principle”, noted that “one of the experts stated that the degree of reliability, or even infallibility, that people seem to want to attribute to instruments . . . does not take sufficient account [of] the degree of overall compliance with usage procedures and protocols” (para. 80 (emphasis added)). This led him to find that “[t]he validity of the process by which breath samples are obtained for reliable testing depends in large part on competent, adequately trained staff and a regular preventive maintenance program” (para. 81 (emphasis added)).

[79] Similarly, despite submissions before this Court in *St-Onge Lamoureux* to the effect that internal and external controls are the cornerstone of the reliability of these instruments, members of the Court expressed concerns during the hearing about whether the accused would have access to maintenance records:

[TRANSLATION]

MR. JUSTICE LEBEL: Could the accused have access to these maintenance records through a disclosure request?

MR. DÉOM: That is an excellent question which — and I'll admit this to you candidly — I have avoided before

d'haleine » (*Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 8, 2^e sess., 39^e lég., 20 février 2008, p. 8:75). Je signale que M. Prokopanko a admis devant le Comité sénatorial qu'il y a lieu de communiquer les registres d'entretien à l'accusé. Dans *St-Onge Lamoureux*, le procureur général du Québec a adopté une position semblable lors de sa plaidoirie devant la Cour :

Mais la pierre d'assise, ce qui permet de déterminer si l'appareil ne fonctionne pas correctement, c'est le test de contrôle; c'est cela qui permet de le déterminer; c'est cela, la pierre d'assise puis la garantie de fiabilité que nous avons du fonctionnement de l'appareil. [Je souligne.]

(*St-Onge Lamoureux*, transcription, p. 12)

[78] Tant dans *Drolet* que dans *St-Onge Lamoureux*, la pertinence des registres d'entretien a été reconnue *malgré* de tels arguments. Dans *Drolet*, le juge Chapdelaine, tout en considérant que des mécanismes de contrôle devraient assurer la fiabilité des appareils « en principe », a signalé qu'« un expert a affirmé que ce concept de fiabilité, voire d'infaillibilité, qu'on semble vouloir attribuer aux alcootests [. . .] [ne tient pas] suffisamment compte du respect du processus et des protocoles d'utilisation dans leur intégralité » (par. 80 (je souligne)). Cela l'a amené à conclure que « [l]a validité du processus d'obtention d'échantillons d'haleine à des fins d'analyses fiables dépend en grande partie d'un personnel compétent et adéquatement formé et d'un programme régulier d'entretien préventif des appareils » (par. 81 (je souligne)).

[79] Dans le même ordre d'idées, malgré la plaidoirie devant la Cour dans *St-Onge Lamoureux* selon laquelle les contrôles internes et externes forment la pierre d'assise de la fiabilité de ces appareils, certains membres de la Cour ont fait part, durant l'audience, de leurs préoccupations quant à savoir si l'accusé aurait accès aux registres d'entretien :

M. LE JUGE LEBEL : Dans une demande de communication de preuve, est-ce que l'accusé pourrait avoir accès à ces registres d'entretien?

M^e DÉOM : C'est une excellente question que j'ai — puis je vais vous l'admettre candidement, évitée devant les

trial judges because — in fact, for one basic reason: because the question of disclosure is one that arises in a very, very specific context with — well, I’m going to answer it — but with specific information. My answer: if the maintenance record exists, the accused should have access to it. It isn’t something —

MR. JUSTICE LABEL: You say if it exists. Wouldn’t this system presuppose, in order to operate with a minimum of, say, fairness for accused persons, that the record does in fact exist and that the accused can have access to it? Because you say, for example — I am quite prepared to accept your position on this — you say that maintenance is done in such a way; that standards are in place; that all of this guarantees not the infallibility but, let’s say, the reliability of the instrument. But if there’s no record, what can establish these factors?

MR. DÉOM: You’re referring to the factors that may cause the court to have a reasonable doubt?

Well, it is because I would say that, in itself, the maintenance record is certainly relevant evidence under a disclosure request. What is its real probative value? That’s a different matter, since it depends on a set of circumstances.

MR. JUSTICE LABEL: Let’s say, for example, if the maintenance record, if the examination of the maintenance record shows in fact that there is no maintenance, that the scheduled checks are not being done. And does the record indicate who operates the instruments?

MR. DÉOM: In fact, the maintenance records I’ve seen — and I’ve seen a number of them — do not all have the same content. Many municipal police forces actually have no maintenance records; the records are with the distributor responsible for maintaining the instruments. The distributor keeps records on this. Some police forces have maintenance records designed around several parameters, but I would like to stress one point, Justice LeBel: if, for instance, my instrument was maintained last February or even last September, this does not guarantee that it is functioning properly today, apart from the control test being acceptable or not.

MADAM JUSTICE DESCHAMPS: And how can accused persons have access to these control tests?

juges de première instance parce que — en fait, pour une raison fondamentale : parce que la question de la divulgation, c’est une question qui se pose dans un contexte bien, bien précis, avec — bien, je vais y répondre — mais avec des données précises. Ma réponse : si le registre d’entretien existe, il devrait y avoir accès, au registre d’entretien. Ce n’est pas un élément —

M. LE JUGE LABEL : Vous me donnez une réponse s’il existe. Est-ce que ce système ne supposerait pas, pour fonctionner avec un minimum d’équité, disons, pour les accusés, qu’il existe, effectivement et que l’accusé puisse y avoir accès? Parce que vous affirmez, disons — je suis bien prêt à admettre votre position là-dessus — vous affirmez que l’entretien est fait de telle façon; que des normes sont en place; que tout cela garantit non pas l’infaillibilité mais disons la fiabilité de l’appareil. Mais s’il n’y a pas de registre, qu’est-ce qui peut établir ces facteurs-là?

M^e DÉOM : Là, vous faites référence aux facteurs qui sont de nature à susciter un doute raisonnable dans l’esprit du tribunal?

Bien, c’est parce que je vous dirais qu’en soi, le registre d’entretien est sûrement un élément pertinent dans le cadre d’une demande de divulgation. Quelle est sa valeur probante réelle? Cela, c’est une autre question puis cela dépend d’un ensemble de circonstances.

M. LE JUGE LABEL : Disons si, par exemple, ce registre d’entretien, si l’examen de ce registre d’entretien indiquait précisément qu’il n’y a pas d’entretien, que les vérifications prévues ne sont pas faites. Et puis est-ce que ce registre-là indique qui utilise les appareils?

M^e DÉOM : En fait, les registres d’entretien que j’ai vus — et j’en ai vus plusieurs — en fait ne sont pas tous de la même teneur. Plusieurs corps de police municipaux, en fait, n’ont pas de registres d’entretien; le registre d’entretien, il est situé chez le distributeur qui s’occupe de l’entretien des appareils. Lui, il tient des registres à propos de cela. Certains corps de police ont des registres d’entretien qui sont conçus en fonction de plusieurs tenants et aboutissants, mais je vais me permettre d’insister sur un point. Monsieur le Juge LeBel; si mon appareil, par exemple, a été entretenu en février dernier ou même en septembre dernier, cela ne vous donne aucune garantie que cet appareil-là fonctionne correctement aujourd’hui si ce n’est que le test de contrôle est adéquat ou pas.

MADAME LA JUGE DESCHAMPS : Et comment les accusés peuvent-ils avoir accès à ces tests de contrôle?

MR. DÉOM: The control test, or rather the printout made by the instrument, gives the result of the control test; gives the result of the blank test — because there is a blank test used to purge the system — it gives the result from the sample taken. The accused is generally given this information a short time after blowing into the instrument. [Emphasis added.]

(*St-Onge Lamoureux*, transcript, at pp. 12-14)

[80] This passage is significant. First, it shows that certain members of the Court were concerned about ensuring that the accused had an evidentiary basis for rebutting the presumption of accuracy. Second, it shows that the Attorney General of Quebec insisted that all that was needed to show that an instrument was functioning was the time-of-test records printed by the instrument itself. Third, it shows that despite taking this position, the Attorney General of Quebec conceded that maintenance records were relevant (“certainly relevant evidence”) and subject to either the *Stinchcombe* or the *O’Connor* disclosure regime. As mentioned, this is something Mr. Prokopanko also admitted before the Senate Committee considering Bill C-2, at p. 8:75.

[81] At para. 40 of his reasons, my colleague questions the utility of referring to these passages. Though it goes without saying that they do not carry the authority of the Court’s reasons, they can assist us in understanding these reasons by providing context. It is within this context, and in light of the extensive factual record in *Drolet*, that the Court’s comments on the importance of maintenance and the availability of maintenance records in *St-Onge Lamoureux* must be understood. Despite the Attorney General’s position that only time-of-test records were relevant to the question of whether an instrument had functioned properly, the Court concluded that the impugned scheme was constitutional *on the assumption* that the accused would have an opportunity to raise a reasonable doubt as to the instrument’s functioning on the basis of its maintenance and would “of course” be provided with an evidentiary basis to do so.

M^e DÉOM : Le test de contrôle, en fait, l’imprimé qui est émis par l’instrument donne le résultat du test de contrôle; donne le résultat du test à blanc — parce qu’il y a un test à blanc qui sert à purger le système — il donne le résultat de la prise d’échantillon. Ces données-là sont remises à l’accusé généralement peu de temps après qu’il ait soufflé dans l’instrument. [Je souligne.]

(*St-Onge Lamoureux*, transcription, p. 12-14)

[80] Ce passage est significatif. Premièrement, il démontre que certains membres de la Cour tenaient à ce que l’accusé dispose d’une preuve lui permettant de réfuter la présomption d’exactitude. Deuxièmement, il démontre que le procureur général du Québec a insisté sur le fait que tout ce qui était nécessaire pour établir qu’un appareil fonctionnait, c’étaient les relevés imprimés par l’appareil lui-même au moment de l’alcootest. Troisièmement, il démontre que même s’il a adopté cette position, le procureur général du Québec a concédé que les registres d’entretien étaient pertinents (« sûrement un élément pertinent ») et assujettis soit au régime de communication établi par l’arrêt *Stinchcombe*, soit à celui établi par l’arrêt *O’Connor*. Comme je l’ai mentionné, c’est également quelque chose que M. Prokopanko a admis devant le Comité sénatorial qui a étudié le projet de loi C-2 (p. 8:75).

[81] Au paragraphe 40 de ses motifs, mon collègue remet en question l’utilité de se référer à ces passages. Même s’il va sans dire que ceux-ci n’ont pas la même valeur que les motifs de la Cour, ils nous aident à les comprendre en les replaçant dans leur contexte. C’est dans ce contexte et à la lumière du dossier factuel étoffé dans *Drolet* qu’il faut situer les remarques de la Cour quant à l’importance de l’entretien et à l’accessibilité des registres d’entretien dans *St-Onge Lamoureux*. Même si le procureur général s’est dit d’avis que seuls les relevés imprimés au moment de l’alcootest étaient pertinents pour établir si un appareil avait bien fonctionné, la Cour a conclu à la constitutionnalité du régime attaqué *en se fondant sur l’hypothèse* que l’accusé aurait la possibilité de soulever un doute raisonnable quant au fonctionnement de l’appareil sur la base de son entretien et qu’on lui fournirait « certes » la preuve lui permettant de le faire.

[82] My concern is that, by deciding at this point that maintenance records are irrelevant and therefore not available under first party disclosure, my colleague would upset the delicate balance struck in *St-Onge Lamoureux* and put the very constitutionality of s. 258(1)(c) back into question.

[83] I am also concerned that my colleague's approach, which accepts that *the only* records that are "obviously relevant to the functioning of the instrument are the time-of-test records" (para. 47), effectively denies the accused the opportunity to rebut the presumption of accuracy by raising a doubt as to the *proper functioning* of the machine. The *Criminal Code* provides that the presumption of accuracy may be rebutted by evidence tending to show "that the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly" (s. 258(1)(c)). Holding that *only* time-of-test records produced *by the instrument* can demonstrate that the instrument was malfunctioning effectively assumes that the machine is infallible. With respect, I find this difficult to reconcile with this Court's reasoning in *St-Onge Lamoureux*, which recognized that "the possibility of an instrument malfunctioning . . . is not merely speculative, but is very real" (para. 25; see also paras. 27-28). Furthermore, this approach limits the defence's opportunity to rebut the presumption of accuracy by confining it to arguments raising a doubt as to the instrument's *operation*. It is reasonable to assume that if there are any deficiencies in the time-of-test records produced by the machine, the Crown will not press charges. In these circumstances, if evidence other than the time-of-test results is irrelevant, the accused will never be able to successfully defend against a charge on the basis that the instrument *malfunctioned*. This runs contrary to Parliament's intent to make malfunctioning and improper operation two *distinct* grounds for rebutting the presumption of accuracy. It also upsets the balance struck by this Court in *St-Onge Lamoureux* in determining that the violation of the right to be presumed innocent guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* was justified.

[82] Ce qui me préoccupe, c'est qu'en décidant à ce stade que les registres d'entretien sont dénués de pertinence et qu'ainsi, ils échappent à l'obligation de communication incombant à la partie poursuivante, mon collègue romprait l'équilibre fragile établi dans *St-Onge Lamoureux* et remettrait en question la constitutionnalité même de l'al. 258(1)c).

[83] Je crains également que l'approche de mon collègue, qui accepte que *les seuls* relevés « manifestement pertinents quant au fonctionnement de l'alcootest sont ceux établis au moment des analyses effectuées par l'appareil » (par. 47), prive effectivement l'accusé de l'occasion de réfuter la présomption d'exactitude en mettant en doute le *bon fonctionnement* de la machine. Selon le *Code criminel*, la présomption d'exactitude peut être réfutée par une preuve tendant à démontrer « [le] mauvais fonctionnement ou [. . .] l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé » (al. 258(1)c)). Conclure que *seuls* les relevés produits *par l'appareil* au moment des analyses peuvent démontrer que l'appareil fonctionnait mal revient à supposer dans les faits que la machine est infallible. Avec égards, j'ai du mal à concilier cette conclusion avec le raisonnement de la Cour dans *St-Onge Lamoureux*, où elle reconnaît que « la possibilité de mauvais fonctionnement [. . .] de l'appareil [. . .] n'est pas fondée sur de simples conjectures, mais est bien réelle » (par. 25; voir aussi les par. 27-28). De plus, cette approche limite la possibilité pour la défense de réfuter la présomption d'exactitude en la restreignant aux arguments qui mettent en doute l'*utilisation* correcte de l'appareil. Il est raisonnable de tenir pour acquis qu'en cas de défaillance dans les relevés produits par la machine au moment des analyses, le ministère public ne portera pas d'accusations. Dans les autres cas, si une autre preuve que les résultats obtenus au moment des analyses n'est pas pertinente, l'accusé ne pourra jamais se défendre avec succès contre une accusation en plaissant que l'appareil a *mal fonctionné*. Cela va à l'encontre de l'intention du législateur de faire du mauvais fonctionnement et de l'utilisation incorrecte deux moyens *distincts* permettant de réfuter la présomption d'exactitude. Cela rompt aussi l'équilibre établi par la Cour dans *St-Onge Lamoureux* en décidant que la violation du droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte* était justifiée.

[84] My colleague concludes that requests for the disclosure of maintenance records fall under the *O'Connor* regime (para. 52). I respectfully disagree. Saying that maintenance records are available under third party disclosure ignores the fact that this recourse would, in practice, be illusory. In my view, it is difficult to understand how an expert could opine on the “likely relevance” of maintenance records without first examining them and identifying specific deficiencies that may be used to prove that an instrument malfunctioned. As stated by my colleague, the *O'Connor* standard is “not onerous” but is nevertheless “significant” (para. 26). It is meant to allow courts to act as gatekeepers, avoiding speculative requests for production (*O'Connor*, at para. 24, quoting from *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at p. 744). In my view, requiring the disclosure of maintenance records to be sought under the *O'Connor* regime opens the door to the very “fishing expeditions” we are seeking to avoid (see para. 53 of my colleague’s reasons). Although *St-Onge Lamoureux* made it clear that expert evidence would be needed “to determine whether the instrument malfunctioned” (para. 47 (emphasis added)), it did not suggest that expert evidence would be needed for disclosure purposes, since it assumed that maintenance records would (“of course”) be disclosed. For an accused to have a real opportunity — and not only a theoretical one — to show that an instrument was malfunctioning, an expert must have an evidentiary basis either to opine as to the possibility that the instrument malfunctioned or to establish the “likely relevance” of other information sought through additional third party disclosure. Providing nothing by way of first party disclosure forces accused persons and their experts to resort to conjecture and speculation and undermines the promise of *St-Onge Lamoureux*.

[85] This is in no way inconsistent with para. 78 of *St-Onge Lamoureux*. With respect, my colleague gives this passage, which cites *O'Connor*, too much

[84] Mon collègue (par. 52) conclut que les demandes de communication des registres d’entretien relèvent du régime établi par l’arrêt *O'Connor*. Avec égards, je ne suis pas d’accord. L’affirmation qu’on peut avoir accès aux registres d’entretien parce qu’ils sont assujettis au régime de communication applicable aux dossiers en la possession de tiers ne tient pas compte du fait que ce recours serait en pratique illusoire. Il me paraît difficile de comprendre en quoi un expert pourrait se prononcer sur la « pertinence probable » des registres d’entretien sans les avoir examinés au préalable et cerné les défaillances précises qui pourraient servir à prouver le mauvais fonctionnement d’un appareil. Comme l’explique mon collègue, la norme fixée dans *O'Connor*, « sans être onéreuse », est néanmoins « importante » (par. 26). Cette norme a pour objet de permettre aux tribunaux d’agir à titre de gardien et d’empêcher les demandes de divulgation qui reposent sur la conjecture (*O'Connor*, par. 24, citant *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, p. 744). À mon avis, exiger que la communication des registres d’entretien soit demandée en vertu du régime établi par *O'Connor* ouvre la porte aux « recherches à l’aveuglette » que nous voulons éviter (voir le par. 53 des motifs de mon collègue). Bien que l’arrêt *St-Onge Lamoureux* ait clairement indiqué qu’il serait nécessaire de faire témoigner un expert « pour examiner le fonctionnement de l’appareil » (par. 47 (je souligne)), il n’a pas suggéré qu’on doit faire témoigner un expert à des fins de communication, car il supposait que les registres d’entretien seraient (« certes ») communiqués. Pour que l’accusé ait une possibilité réelle — et non seulement une possibilité théorique — de démontrer qu’un appareil fonctionnait mal, un expert doit disposer d’une preuve sur laquelle il peut se fonder pour soit juger de la possibilité qu’un appareil fonctionne mal, soit établir la « pertinence probable » des autres renseignements demandés en vertu du régime de communication des dossiers en la possession de tiers. L’absence totale de communication par la partie poursuivante oblige les accusés et leurs experts à s’appuyer sur des conjectures, et va à l’encontre de la promesse faite dans *St-Onge Lamoureux*.

[85] Cette proposition n’est aucunement incompatible avec le par. 78 de l’arrêt *St-Onge Lamoureux*. Avec égards, mon collègue accorde trop d’importance

weight. It certainly does not say that maintenance logs will *only* be available as third party records, and it should not be held out as supporting this conclusion. It simply reaffirms that *any* evidence tending to establish a deficiency in the functioning or operation of an instrument will be available to the accused according to the established rules of disclosure: first party records will be disclosed as per the Crown's duty under *Stinchcombe* and third party records may be requested by the accused under *O'Connor*.

[86] Finally, it is my view that disclosing maintenance records as first party records is not only consistent with *St-Onge Lamoureux* but also serves the interests of justice. Where maintenance records reveal no issues, their disclosure may compel the accused to plead guilty. Where they reveal certain issues *and an expert is of the opinion that these issues may prove that the instrument malfunctioned*, the maintenance records provide a basis for the accused to raise such a defence or to make subsequent *O'Connor* requests in a grounded, non-speculative manner.

II. Conclusion

[87] For all these reasons, I would conclude that maintenance records are subject to first party *Stinchcombe* disclosure. I agree with Rowbotham J.A., dissenting (para. 124), that maintenance records “should include the results of all inspections and documentation of the maintenance history including records of parts replaced and approved modifications to hardware or software”, as per the ATC's 2014 recommendation (p. 188). Any further disclosure arising from information in the maintenance records must be sought through an *O'Connor* application.

à ce passage où l'on cite *O'Connor*. Ce passage n'indique certainement pas que les relevés d'entretien sont *uniquement* susceptibles de communication en tant que dossiers en la possession de tiers, et il ne devrait pas être interprété comme appuyant cette conclusion. Ce passage réitère simplement que *toute* preuve tendant à établir une défaillance dans le fonctionnement ou l'utilisation d'un appareil sera mise à la disposition de l'accusé en conformité avec les règles de communication établies : les dossiers relevant de la partie poursuivante seront communiqués suivant l'obligation imposée au ministère public par l'arrêt *Stinchcombe*, tandis que l'accusé peut se fonder sur l'arrêt *O'Connor* pour demander des dossiers en la possession de tiers.

[86] Enfin, j'estime que la communication des registres d'entretien en tant que documents relevant de la partie poursuivante est non seulement conforme à l'arrêt *St-Onge Lamoureux*, mais sert aussi l'intérêt de la justice. Lorsque les registres d'entretien ne révèlent aucun problème, leur communication pourrait convaincre l'accusé de plaider coupable. Dans le cas de ceux qui révèlent certains problèmes *et où un expert est d'avis que ces problèmes peuvent démontrer que l'appareil fonctionnait mal*, les registres d'entretien servent de fondement à l'accusé pour faire valoir une telle défense, ou pour présenter par la suite des demandes de type *O'Connor* sur la base de motifs, et non de conjectures.

II. Conclusion

[87] Pour tous ces motifs, je conclus que les registres d'entretien sont soumis au régime de communication de la preuve par la partie poursuivante d'après l'arrêt *Stinchcombe*. Je suis d'accord avec la juge Rowbotham, dissidente (par. 124), pour dire que les registres d'entretien [TRADUCTION] « doivent contenir les résultats de toutes les inspections et la documentation retraçant l'historique de l'entretien, y compris les relevés des pièces remplacées et des modifications approuvées aux composantes ou au logiciel », conformément à la recommandation faite par le CAA en 2014 (p. 198). Toute autre communication découlant de renseignements qui figurent dans les registres d'entretien doit être sollicitée par voie de demande de type *O'Connor*.

[88] Contrary to what my colleague argues at para. 53 of his reasons, this approach *would* prevent fishing expeditions and other dilatory requests for information. It clearly defines the scope of first party disclosure, where prior jurisprudence was ambiguous. Moreover, it requires that the accused set out an evidentiary basis for any further third party disclosure. To use my colleague’s example, the request for additional pieces of disclosure in *R. v. Awashish*, 2018 SCC 45, [2018] 3 S.C.R. 87, would have failed insofar as the requested information fell outside the scope of “maintenance records” and the accused failed to put forward any evidentiary basis for the request.

[89] For these reasons, I would allow the appeals.

[90] In *Vallentgoed* (37403), the trial judge erred in not ordering the production of the requested records insofar as they fell within the scope of “maintenance records” as defined by the ATC’s recommended standards. I would order the disclosure of the requested records falling within this scope, quash the conviction and remit the matter for a new trial following such disclosure. In *Gubbins* (37395), the stay of proceedings should be restored.

Appeals dismissed, CÔTÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant Kevin Patrick Gubbins: Foster Iovinelli Beyak Kothari, Calgary.

Solicitors for the appellant Darren John Chip Vallentgoed: Gunn Law Group, Edmonton.

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

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

Solicitor for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Québec.

[88] Contrairement à ce qu’affirme mon collègue au par. 53 de ses motifs, cette approche *empêcherait* les recherches à l’aveuglette et autres demandes de renseignements dilatoires. Elle délimite clairement l’étendue des documents à communiquer par la partie poursuivante, alors que la jurisprudence antérieure était ambiguë. En outre, elle exige que l’accusé produise une preuve permettant de fonder toute autre communication de documents en la possession de tiers. Pour reprendre l’exemple cité par mon collègue, la demande visant à obtenir des éléments supplémentaires dans *R. c. Awashish*, 2018 CSC 45, [2018] 3 R.C.S. 87, aurait été vouée à l’échec parce que les renseignements demandés ne relevaient pas des « registres d’entretien » et que l’accusé n’a produit aucun élément de preuve susceptible de fonder la demande.

[89] Pour ces motifs, j’accueillerais les pourvois.

[90] Dans *Vallentgoed* (37403), le juge du procès a fait erreur en n’ordonnant pas la production des documents demandés dans la mesure où ils constituent des « registres d’entretien » au sens des normes recommandées du CAA. Je suis d’avis d’ordonner la communication des documents demandés qui répondent à cette définition, d’annuler la déclaration de culpabilité et de renvoyer l’affaire pour nouveau procès après communication de ces documents. Dans *Gubbins* (37395), il convient de rétablir l’arrêt des procédures.

Pourvois rejetés, la juge CÔTÉ est dissidente.

Procureurs de l’appelant Kevin Patrick Gubbins : Foster Iovinelli Beyak Kothari, Calgary.

Procureurs de l’appelant Darren John Chip Vallentgoed : Gunn Law Group, Edmonton.

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

Procureur de l’intervenante la procureure générale de l’Ontario : Procureure générale de l’Ontario, Toronto.

Procureur de l’intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Québec.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Justine Awashish *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. AWASHISH

2018 SCC 45

File No.: 37207.

2018: February 7; 2018: October 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF QUEBEC

Criminal law — Interlocutory orders — Review — Provincial court judge granting application by accused for disclosure of information regarding existence and relevance of records — Crown applying to superior court for certiorari to quash order — Whether certiorari available to challenge interlocutory rulings.

Prerogative writs — Certiorari — Availability of remedy — Application by Crown for certiorari to quash interlocutory order made by provincial court judge in criminal matter — Whether certiorari available to Crown to challenge order.

The accused was charged with impaired driving and driving “over 80”. She successfully brought an application before the Court of Québec to compel the Crown to inquire into the existence of certain documents relating to breathalyzer maintenance. The Crown then sought *certiorari* to quash the order, which was granted by the Superior Court. The accused appealed. The Court of Appeal allowed the appeal, holding that *certiorari* is available to an accused where a judge acts without jurisdiction and, in certain circumstances, when a judge makes an error of law on the face of the record. In this case, it was of the view that

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Justine Awashish *Intimée*

et

Procureure générale de l’Ontario
Intervenante

RÉPERTORIÉ : R. c. AWASHISH

2018 CSC 45

N° du greffe : 37207.

2018 : 7 février; 2018 : 26 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Ordonnances interlocutoires — Révision — Juge de la cour provinciale accueillant la demande présentée par l’accusée en vue d’obtenir la communication de renseignements sur l’existence et la pertinence de documents — Certiorari demandé par le ministère public en cour supérieure pour faire annuler l’ordonnance — Est-il possible de se prévaloir du certiorari pour contester des décisions interlocutoires?

Brefs de prérogative — Certiorari — Possibilité d’exercer ce recours — Certiorari demandé par le ministère public pour faire annuler l’ordonnance interlocutoire d’un juge de la cour provinciale en matière criminelle — Le ministère public peut-il recourir au certiorari pour contester l’ordonnance?

L’accusée a été inculpée de conduite avec les facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg ». Elle a eu gain de cause dans sa demande adressée à la Cour du Québec en vue de contraindre le ministère public à s’enquérir de l’existence de certains documents portant sur l’entretien de l’alcootest. Le ministère public a alors demandé un *certiorari* en vue de faire annuler l’ordonnance, ce que lui a accordé la Cour supérieure. L’accusée s’est pourvue en appel. La Cour d’appel a accueilli l’appel et statué que l’accusé peut se prévaloir du *certiorari* lorsqu’un juge agit sans compétence et, dans

certiorari should not have been granted as the decision was made in the exercise of the Court of Québec's jurisdiction.

Held: The appeal should be dismissed.

Certiorari in criminal proceedings is available to parties only for a jurisdictional error by a provincial court judge. The availability of extraordinary remedies, notably *certiorari*, is constrained by the general prohibition against interlocutory appeals in criminal matters. The use of *certiorari* is tightly limited so as to ensure that it is not used to run afoul of the prohibition. Fragmenting criminal proceedings by permitting interlocutory appeals risks having issues decided without the benefit of a full evidentiary record, which is a significant source of delay and an inefficient use of judicial resources. Permitting parties access to *certiorari* review for an error of law on the face of the record, in particular in an evidentiary ruling, gives rise to *de facto* interlocutory appeals and is in direct tension with the approach set out in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, to achieve prompt justice in criminal cases. Furthermore, allowing the use of *certiorari* to provide for *de facto* interlocutory appeals in criminal cases would give rise to an unprincipled distinction between trials that proceed before provincial courts and those before superior courts, since *certiorari* is not available against a superior court.

In the criminal context, jurisdictional errors occur where the court fails to observe a mandatory provision of a statute or where a court acts in breach of the principles of natural justice. In dealing with the accused's application, the Court of Québec made a legal error, not a jurisdictional one. The Crown was under no obligation to inquire into whether the records exist as the accused did not establish a basis for their existence or relevance. Nevertheless, given that the Court of Québec made no jurisdictional error, *certiorari* cannot be used to correct the error.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Gubbins*, 2018 SCC 44, [2018] 3 S.C.R. 35; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Awashish*, 2014 QCCQ 3984; *R. v. Paradis*, 2014 QCCS 4260; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944;

certain cas, lorsque le juge commet une erreur de droit manifeste à la lecture du dossier. Dans la présente affaire, elle estimait que le *certiorari* n'aurait pas dû être accordé car la décision a été rendue dans l'exercice de la compétence de la Cour du Québec.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les parties à une instance criminelle ne peuvent recourir au *certiorari* que s'il y a erreur de compétence d'un juge de la cour provinciale. L'accès aux recours extraordinaires, notamment le *certiorari*, est balisé par l'interdiction générale des appels interlocutoires en matière criminelle. L'utilisation du *certiorari* est strictement limitée pour empêcher qu'il serve à aller à l'encontre de l'interdiction. La fragmentation des instances criminelles résultant des appels interlocutoires risque de mener au règlement de questions en l'absence d'un dossier de preuve complet, ce qui constitue une source importante de retards et une utilisation inefficace des ressources des tribunaux. Si l'on permet aux parties d'obtenir, par voie de *certiorari*, le contrôle d'une erreur de droit manifeste à la lecture du dossier, tout particulièrement dans une décision en matière de preuve, cela donne lieu à des appels interlocutoires *de facto* et est en opposition directe avec la méthode énoncée dans *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, pour rendre justice promptement en matière criminelle. De plus, le fait d'autoriser le recours au *certiorari* pour prévoir des appels interlocutoires *de facto* en matière criminelle établirait une distinction injustifiée entre les procès en cour provinciale et ceux en cour supérieure parce qu'il n'est pas possible de recourir au *certiorari* à l'encontre d'une cour supérieure.

En matière criminelle, il y a erreur de compétence lorsque le tribunal ne se conforme pas à une disposition impérative d'une loi ou transgresse les principes de justice naturelle. Dans son analyse de la demande de l'accusée, la Cour du Québec a commis une erreur de droit, et non une erreur de compétence. Le ministère public n'était pas tenu de se pencher sur l'existence des documents car l'accusée n'a pas établi des motifs de conclure à leur existence ou pertinence. Néanmoins, comme la Cour du Québec n'a commis aucune erreur de compétence, le *certiorari* ne peut servir à corriger l'erreur.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Gubbins*, 2018 CSC 44, [2018] 3 R.C.S. 35; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Awashish*, 2014 QCCQ 3984; *R. c. Paradis*, 2014 QCCS 4260; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944;

R. v. Johnson (1991), 3 O.R. (3d) 49; *Attorney General of Quebec v. Cohen*, [1979] 2 S.C.R. 305; *R. v. Robertson* (1988), 41 C.C.C. (3d) 478; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409; *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268; *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366; *R. v. Deschamplain*, 2004 SCC 76, [2004] 3 S.C.R. 601; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60; *R. v. Black*, 2011 ABCA 349, 286 C.C.C. (3d) 432; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253(1)(a), (b), 674.

Authors Cited

Létourneau, Gilles. *The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure*. Toronto: Butterworths, 1976.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Thibault, Bouchard and Gagnon JJ.A.), 2016 QCCA 1164, 32 C.R. (7th) 111, [2016] AZ-51303926, [2016] J.Q. n° 8060 (QL), 2016 CarswellQue 6306 (WL Can.), setting aside a decision of Dionne J., 2016 QCCS 115, [2016] AZ-51245554, [2016] J.Q. n° 41 (QL), 2016 CarswellQue 175 (WL Can.), which allowed an application for *certiorari* against a decision of Paradis J.C.Q., 2015 QCCQ 4516, [2015] AZ-51180611, [2015] J.Q. n° 4807 (QL), 2015 CarswellQue 5175 (WL Can.). Appeal dismissed.

Justin Tremblay and Pierre Bienvenue, for the appellant.

Jean-Marc Fradette and Pascal Lévesque, for the respondent.

Milan Rupic and Avene Derwa, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

ROWE J. —

I. Introduction

[1] This case was heard shortly after *R. v. Gubbins*, 2018 SCC 44, [2018] 3 S.C.R. 35, and arises from a

R. c. Johnson (1991), 3 O.R. (3d) 49; *Procureur général du Québec c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305; *R. c. Robertson* (1988), 41 C.C.C. (3d) 478; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409; *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268; *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366; *R. c. Deschamplain*, 2004 CSC 76, [2004] 3 R.C.S. 601; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60; *R. c. Black*, 2011 ABCA 349, 286 C.C.C. (3d) 432; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 253(1)a), b), 674.

Doctrine et autres documents cités

Létourneau, Gilles. *The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure*, Toronto, Butterworths, 1976.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Thibault, Bouchard et Gagnon), 2016 QCCA 1164, 32 C.R. (7th) 111, [2016] AZ-51303926, [2016] J.Q. n° 8060 (QL), 2016 CarswellQue 6306 (WL Can.), qui a annulé une décision du juge Dionne, 2016 QCCS 115, [2016] AZ-51245554, [2016] J.Q. n° 41 (QL), 2016 CarswellQue 175 (WL Can.), lequel avait accueilli une requête en *certiorari* contre une décision de la juge Paradis, 2015 QCCQ 4516, [2015] AZ-51180611, [2015] J.Q. n° 4807 (QL), 2015 CarswellQue 5175 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Justin Tremblay et Pierre Bienvenue, pour l'appelante.

Jean-Marc Fradette et Pascal Lévesque, pour l'intimée.

Milan Rupic et Avene Derwa, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROWE —

I. Introduction

[1] La présente affaire a été instruite peu après *R. c. Gubbins*, 2018 CSC 44, [2018] 3 R.C.S. 35, et elle

similar context. However, it raises a distinct procedural issue, one that warrants separate reasons. The respondent, Ms. Justine Awashish, was charged with impaired driving and driving “over 80”. She sought to obtain additional disclosure from the Crown. The provincial court judge ordered the requested additional disclosure. The Crown successfully petitioned the Superior Court for *certiorari* to quash the order on the basis that the relevance of the records sought had not been established. Ms. Awashish then sought information relating to the same documents in order to prepare a second disclosure application. The provincial court judge granted this application in part. The Crown again applied for *certiorari*, which was again granted. Ms. Awashish appealed. The Court of Appeal reinstated the provincial court judge’s second order on the grounds that *certiorari* should not be granted in these circumstances, as to do so would circumvent the general prohibition against interlocutory appeals in criminal matters.

[2] *Certiorari* is an extraordinary remedy that is available only in narrow circumstances. Allowing parties to use it to challenge interlocutory rulings, including evidentiary matters, risks gravely slowing the criminal justice system. For similar reasons to those set out by the Court of Appeal, I would dismiss the Crown’s appeal.

II. Facts

[3] Ms. Awashish was charged with operating a vehicle while impaired by alcohol or drugs and with driving “over 80” contrary to s. 253(1)(a) and (b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The Crown made disclosure of documents that it believed it was required to disclose under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. Ms. Awashish then applied for disclosure of more records relating to, *inter alia*: the breathalyzer device, the technician, the simulators used to calibrate the device, and the standard

tire son origine d’un contexte semblable. Elle soulève toutefois une question de procédure distincte qui doit faire l’objet de motifs séparés. L’intimée, M^{me} Justine Awashish, a été inculpée de conduite avec les facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg ». Elle a cherché à obtenir la communication de documents additionnels de la part du ministère public. La juge de la cour provinciale a ordonné la communication des documents additionnels demandés. La Cour supérieure a accueilli la demande de *certiorari* du ministère public visant à faire annuler l’ordonnance parce que la pertinence des documents demandés n’avait pas été établie. M^{me} Awashish a ensuite sollicité de l’information sur les mêmes documents en vue de préparer une seconde demande de communication, demande que la juge de la cour provinciale a accueillie en partie. Le ministère public a de nouveau sollicité un *certiorari*, qui lui a été accordé encore une fois. M^{me} Awashish s’est pourvue en appel. La Cour d’appel a rétabli la seconde ordonnance de la juge de la cour provinciale au motif qu’il n’y a pas lieu d’accorder le *certiorari* dans les circonstances, car cette mesure aurait pour effet de contourner l’interdiction générale des appels interlocutoires en matière criminelle.

[2] Le *certiorari* est un recours extraordinaire qui n’est admis qu’en certaines circonstances particulières. Si l’on permet aux parties de s’en servir pour contester des décisions interlocutoires, dont celles portant sur des questions de preuve, cela risque de ralentir considérablement le fonctionnement du système de justice pénale. Pour des motifs semblables à ceux exposés par la Cour d’appel, je suis d’avis de rejeter le pourvoi du ministère public.

II. Faits

[3] M^{me} Awashish a été accusée d’avoir conduit un véhicule avec les facultés affaiblies par l’alcool ou la drogue et de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg » en contravention des al. 253(1)a) et b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Le ministère public a communiqué les documents qu’elle croyait devoir communiquer selon *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. M^{me} Awashish a ensuite sollicité la communication de documents supplémentaires concernant entre autres : l’alcootest, le technicien,

solution used for calibration. The Crown contested the application.

[4] Paradis J.C.Q. ordered the Crown to disclose the requested information (*R. v. Awashish*, 2014 QCCQ 3984). This information included: maintenance manuals, maintenance and repair logs, and evidence that the technician's training was up-to-date. The Crown sought *certiorari* to have Paradis J.C.Q.'s order quashed before the Superior Court. Lavoie J. found that Paradis J.C.Q. erred in granting the order in the absence of evidence establishing that the information sought existed and was relevant. Accordingly, Lavoie J. granted the Crown's application for *certiorari*, which had the effect of returning the matter for trial before Paradis J.C.Q. (*R. v. Paradis*, 2014 QCCS 4260).

III. Judicial History

A. *Court of Québec, 2015 QCCQ 4516*

[5] In response to the decision by Lavoie J., Ms. Awashish, together with two other accused, brought a *McNeil* application seeking information regarding the existence and relevance of the records in question, as well as who had possession of them (see *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66). This was done to lay the foundation for a further disclosure application. The Crown informed Ms. Awashish that it would neither confirm nor deny the existence of the records sought, as in the Crown's view the records were not relevant. Paradis J.C.Q. was again seized of the issue. She held that it was not sufficient for the Crown simply to reply as it did; rather, the Crown has a duty to inform itself of the existence and the relevance of the information sought by the defence. Paradis J.C.Q. ordered the Crown to inform Ms. Awashish, in writing, whether the documents existed, who had possession of them and whether they were subject to privilege.

les simulateurs utilisés pour calibrer l'appareil et la solution standard employée pour le calibrer. Le ministère public s'est opposé à la demande.

[4] La juge Paradis, de la Cour du Québec, a ordonné au ministère public de communiquer les renseignements demandés (*R. c. Awashish*, 2014 QCCQ 3984). Parmi ces renseignements, mentionnons : les manuels d'entretien, les registres d'entretien et de réparation et des éléments de preuve démontrant que la formation du technicien était à jour. Le ministère public a présenté une demande de *certiorari* à la Cour supérieure pour qu'elle annule l'ordonnance de la juge Paradis. La juge Lavoie a conclu que la juge Paradis avait fait erreur en rendant l'ordonnance en l'absence de preuve établissant que les renseignements sollicités existaient et étaient pertinents. Elle a donc accueilli la demande de *certiorari* du ministère public, ce qui a eu pour effet de renvoyer l'affaire pour instruction à la juge Paradis (*R. c. Paradis*, 2014 QCCS 4260).

III. Historique judiciaire

A. *Cour du Québec, 2015 QCCQ 4516*

[5] En réponse à la décision de la juge Lavoie, M^{me} Awashish et deux coaccusés ont présenté ensemble une requête de type *McNeil* dans laquelle ils demandaient de l'information à propos de l'existence et de la pertinence des documents en question, ainsi que l'identité de la ou des personnes qui en avaient possession (voir *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66). Cette requête devait jeter les bases d'une demande de communication subséquente. Le ministère public a informé M^{me} Awashish qu'il ne confirmerait ni ne nierait l'existence des documents demandés, car, à son avis, ceux-ci n'étaient pas pertinents. La juge Paradis, de la Cour du Québec, a été saisie à nouveau de la question. Elle a conclu que le ministère public ne pouvait pas se contenter de répliquer comme il l'avait fait; le ministère public doit plutôt s'enquérir de l'existence et de la pertinence des renseignements demandés par la défense. La juge Paradis a ordonné au ministère public d'indiquer par écrit à M^{me} Awashish si les documents existent, qui en a possession, le cas échéant, et s'ils sont visés par un privilège.

B. *Quebec Superior Court, 2016 QCCS 115*

[6] The Crown sought *certiorari* to quash Paradis J.C.Q.'s *McNeil* order. Dionne J. granted *certiorari* on the basis that the fruits of the investigation had already been disclosed by the Crown; as to the records sought, they were in the possession of third parties and their likely relevance had not been established. In Dionne J.'s view, Paradis J.C.Q.'s order constituted an error of law on the face of the record; the superior courts ought to be able to review such matters.

[7] Dionne J. also took the view that the order by Paradis J.C.Q. went against Lavoie J.'s statement that [TRANSLATION] "the trial can and must commence without the disclosure of further evidence being necessary" (*Paradis*, at para. 50 (CanLII)). By ignoring a ruling of a superior court relating to essentially the same issue, Paradis J.C.Q. failed to give effect to the doctrine of *res judicata* and she acted in excess of jurisdiction. As the order by Paradis J.C.Q. could not be appealed, *certiorari* was the only avenue available to the Crown. On this basis, Dionne J. granted the Crown's application for *certiorari* which had the effect of quashing Paradis J.C.Q.'s order.

C. *Quebec Court of Appeal, 2016 QCCA 1164, 32 C.R. (7th) 111*

[8] Thibault J.A., writing for the court, allowed the appeal and set aside Dionne J.'s order. She stated that *certiorari* is available to an accused where a judge acts without jurisdiction and, in certain circumstances, when a judge makes an error of law on the face of the record. This latter category of cases is narrow and does not include where an accused argues that a judge has erred regarding disclosure. There is no reason to treat the Crown differently. In addition to jurisdictional errors, *certiorari* is available to parties where there would be irreparable harm to fundamental rights of one of the parties; in such circumstances an appeal would not provide adequate

B. *Cour supérieure du Québec, 2016 QCCS 115*

[6] Le ministère public a demandé un *certiorari* en vue de faire annuler l'ordonnance de type *McNeil* rendue par la juge Paradis. Le juge Dionne, de la Cour supérieure, le lui a accordé au motif que le ministère public avait déjà communiqué les fruits de l'enquête; quant aux documents demandés, ils étaient en la possession de tiers et leur pertinence probable n'avait pas été établie. D'après le juge Dionne, l'ordonnance de la juge Paradis constituait une erreur de droit manifeste à la lecture du dossier; les cours supérieures devraient être à même d'étudier pareilles questions.

[7] Le juge Dionne s'est également dit d'avis que l'ordonnance de la juge Paradis allait à l'encontre de l'affirmation de la juge Lavoie selon laquelle « le procès peut et doit débiter sans qu'il ne soit nécessaire qu'une preuve additionnelle soit divulguée » (*Paradis*, par. 50 (CanLII)). En ignorant la décision d'une cour supérieure sur une question qui, pour l'essentiel, était la même, la juge Paradis n'a pas donné effet au principe de l'autorité de la chose jugée et a outrepassé sa compétence. Puisque l'ordonnance de la juge Paradis n'était pas susceptible d'appel, la demande de *certiorari* était la seule avenue ouverte au ministère public. En conséquence, le juge Dionne a fait droit à la demande de *certiorari* du ministère public, ce qui a eu pour effet d'annuler l'ordonnance de la juge Paradis.

C. *Cour d'appel du Québec, 2016 QCCA 1164, 32 C.R. (7th) 111*

[8] S'exprimant au nom de la Cour d'appel, la juge Thibault a fait droit à l'appel et annulé l'ordonnance du juge Dionne. Selon elle, l'accusé peut se prévaloir du *certiorari* lorsqu'un juge agit sans compétence et, dans certains cas, lorsque le juge commet une erreur de droit manifeste à la lecture du dossier. Cette deuxième catégorie est restreinte et ne comprend pas les instances où l'accusé prétend qu'un juge a commis une erreur portant sur la communication de la preuve. Il n'y a aucune raison de réserver un autre traitement au ministère public. Mis à part les erreurs de compétence, les parties peuvent se prévaloir du *certiorari* si une atteinte irréparable serait portée aux

relief. The situation of third parties is different in that they have no right of appeal. For this reason, *certiorari* should be available to them for both errors of jurisdiction and errors of law on the face of the record. *Certiorari* should not have been granted here as the decision was made in the exercise of Paradis J.C.Q.'s jurisdiction.

[9] Thibault J.A. also held that Dionne J. erred on the question of *res judicata*. She found that Dionne J. did not assess the objective underlying the *McNeil* application. Had he done so, he would have determined that the initial disclosure order does not preclude Ms. Awashish from verifying the existence of certain information. Thus, in Thibault J.A.'s view, Dionne J. erred in finding that Paradis J.C.Q. ignored *res judicata* in granting the *McNeil* application. Paradis J.C.Q.'s *McNeil* order was reinstated. After receiving further information from the Crown under that order, it would be open to Ms. Awashish to seek to establish the relevance of the records originally sought so as to obtain their disclosure.

IV. Analysis

A. *When Is Certiorari Available?*

[10] Criminal appeals are statutory; with limited exceptions, there are no interlocutory appeals (*Criminal Code*, s. 674; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 959; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, at p. 1774; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 857). There are a few statutory exceptions; and the extraordinary remedies, notably *certiorari*, provide relief in narrow circumstances. The general rule is that “criminal proceedings should not be fragmented by interlocutory proceedings which take on a life of their own” (*R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, at p. 954). Fragmenting criminal proceedings by permitting interlocutory appeals risks having issues decided without the benefit of a full evidentiary record — a significant source of delay and

droits fondamentaux de l'une d'elles; en pareils cas, un appel ne permettrait pas d'obtenir une réparation adéquate. La situation des tiers est différente en ce qu'ils n'ont aucun droit d'appel. C'est pourquoi ils devraient pouvoir recourir au *certiorari* tant pour des erreurs de compétence que pour des erreurs de droit manifestes à la lecture du dossier. La demande de *certiorari* n'aurait pas dû être accueillie en l'espèce car la décision a été rendue dans l'exercice de la compétence de la juge Paradis.

[9] La juge Thibault a également statué que le juge Dionne avait commis une erreur sur l'autorité de la chose jugée. D'après elle, le juge Dionne n'a pas évalué l'objectif sous-tendant la requête de type *McNeil*. S'il l'avait fait, il aurait décidé que l'ordonnance initiale de communication de la preuve n'empêche pas M^{me} Awashish de vérifier si certains renseignements existent. Par conséquent, de l'avis de la juge Thibault, le juge Dionne a conclu à tort que la juge Paradis avait fait abstraction de l'autorité de la chose jugée en accueillant la requête de type *McNeil*. L'ordonnance de type *McNeil* rendue par la juge Paradis a été rétablie. Après avoir reçu des renseignements supplémentaires de la part du ministère public, M^{me} Awashish pourrait chercher à établir la pertinence des documents demandés au départ afin d'en obtenir la communication.

IV. Analyse

A. *Dans quels cas peut-on recourir au certiorari?*

[10] Les appels permis en matière criminelle sont prévus par la loi; sauf exceptions limitées, il n'y a pas d'appel interlocutoire (*Code criminel*, art. 674; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 959; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, p. 1774; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 857). La loi prévoit peu d'exceptions et les recours extraordinaires, notamment le *certiorari*, permettent d'obtenir réparation en certaines circonstances particulières. D'après la règle générale, « les instances pénales ne doivent pas être fragmentées par des procédures interlocutoires qui deviennent des instances distinctes » (*R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, p. 954). La fragmentation des instances criminelles résultant des appels interlocutoires risque de mener

an inefficient use of judicial resources (*R. v. Johnson* (1991), 3 O.R. (3d) 49 (C.A.), at p. 54).

[11] The availability of extraordinary remedies is constrained by similar concerns (*Attorney General of Quebec v. Cohen*, [1979] 2 S.C.R. 305, at p. 310). The use of *certiorari* is therefore tightly limited by the *Criminal Code* and the common law so as to ensure that it is not used to do an “end-run” around the rule against interlocutory appeals (*R. v. Robertson* (1988), 41 C.C.C. (3d) 478 (Alta. C.A.), at p. 480). For example, in preliminary inquiries, jurisdictional error must be shown for *certiorari* to be granted. This includes where the preliminary inquiry judge commits an accused to stand trial in the absence of any evidence on an essential element of the offence (*Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93, at p. 104), or acts contrary to the rules of natural justice (*Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409, at p. 414, per Hall J.; *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268, at p. 272; *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366, at p. 377; *R. v. Deschamplain*, 2004 SCC 76, [2004] 3 S.C.R. 601, at para. 17).

[12] *Certiorari* is available to third parties in a wider range of circumstances than for parties, given that third parties have no right of appeal. In addition to having *certiorari* available to review jurisdictional errors, a third party can seek *certiorari* to challenge an error of law on the face of the record, such as a publication ban that unjustifiably limits rights protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (see *Dagenais*), or a ruling dismissing a lawyer’s application to withdraw (*R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331). The order has to have a final and conclusive character vis-à-vis the third party (*R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60, at para. 12).

[13] In this case, one of the issues is whether *certiorari* is available where a party alleges an error of law on the face of the record, in particular in an evidentiary ruling. Differing views have been expressed.

au règlement de questions en l’absence d’un dossier de preuve complet, ce qui constitue une source importante de retards et une utilisation inefficace des ressources des tribunaux (*R. c. Johnson* (1991), 3 O.R. (3d) 49 (C.A.), p. 54).

[11] L’accès aux recours extraordinaires est balisé par des considérations du même ordre (*Procureur général du Québec c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305, p. 310). Le *Code criminel* et la common law limitent donc strictement l’utilisation du *certiorari* pour empêcher qu’il serve à contourner la règle interdisant les appels interlocutoires (*R. c. Robertson* (1988), 41 C.C.C. (3d) 478 (C.A. Alb.), p. 480). Par exemple, lors d’une enquête préliminaire, il faut démontrer l’existence d’une erreur de compétence pour avoir droit au *certiorari*. Cela se produit entre autres lorsque le juge président l’enquête préliminaire renvoie l’accusé à procès en l’absence de toute preuve concernant un élément essentiel de l’infraction (*Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, p. 104) ou enfreint les règles de justice naturelle (*Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409, p. 414, le juge Hall; *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268, p. 272; *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366, p. 377; *R. c. Deschamplain*, 2004 CSC 76, [2004] 3 R.C.S. 601, par. 17).

[12] Les tiers peuvent se prévaloir du *certiorari* dans un éventail plus large de circonstances que les parties, vu qu’ils n’ont aucun droit d’appel. En plus de pouvoir recourir au *certiorari* pour faire contrôler des erreurs de compétence, un tiers peut le demander pour contester une erreur de droit manifeste à la lecture du dossier, telle une interdiction de publication qui limite de manière injustifiée les droits protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés* (voir *Dagenais*) ou une décision rejetant la demande pour cesser d’occuper présentée par un avocat (*R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331). L’ordonnance doit avoir un caractère définitif et contraignant vis-à-vis le tiers (*R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60, par. 12).

[13] En l’espèce, il s’agit notamment de savoir si une partie alléguant une erreur de droit manifeste à la lecture du dossier peut se voir accorder le *certiorari*, tout particulièrement dans une décision en matière de

In his treatise on the use of prerogative writs in criminal proceedings, Professor Gilles Létourneau (later a judge of the Federal Court of Appeal) opined that “judgments or orders made by a court in the course of criminal proceedings cannot be quashed on the basis of error of law on the face of the record”, and that Parliament’s failure to provide for interlocutory appeals indicates the “intent that there should be no review, except perhaps in extreme cases such as for jurisdictional errors” (*The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure* (1976), at pp. 152-53).

[14] The Alberta Court of Appeal has held that *certiorari* is available to parties for both errors of jurisdiction and errors of law on the face of the record “[i]f the order is such that it immediately and finally disposes of a legal right” (*R. v. Black*, 2011 ABCA 349, 286 C.C.C. (3d) 432, at para. 25). In the Alberta Court of Appeal’s view, such an error of law on the face of the record is a proper basis for superior courts to quash the decision. The Quebec Court of Appeal seemed to support this view when it stated that [TRANSLATION] “[a]n accused can have an interlocutory decision reviewed if the judge acted without jurisdiction or made an error of law on the face of the record” (para. 29). However, the court later held that:

A trial judge’s interlocutory decision to order or not to order the Crown to disclose information generally does not raise a question of want or excess of jurisdiction, but is a decision made in the exercise of the judge’s jurisdiction; in such a case, *certiorari* does not lie. In keeping with the paramount objective of limiting the intervention of superior courts in a trial and the delays that could result from such interventions, care must be taken not to see every order for the disclosure of information as an irreparable violation of a fundamental right. Dionne J. applied the wrong test. He should have asked whether the disclosure order irreparably violated a fundamental right of [Ms. Awashish], not whether the interlocutory order had a final and conclusive character vis-à-vis that right. [Emphasis added; para. 39.]

preuve. Des opinions divergentes ont été exprimées à ce sujet. Dans son traité sur l’utilisation des brefs de prérogative en matière criminelle, le professeur Gilles Létourneau (plus tard juge de la Cour d’appel fédérale) a exprimé l’avis que [TRADUCTION] « les jugements ou ordonnances rendus par un tribunal au cours d’un procès criminel ne peuvent être annulés en raison d’une erreur de droit manifeste à la lecture du dossier » et que l’omission du Parlement de prévoir des appels interlocutoires dénote « l’intention qu’il n’y ait aucun contrôle, sauf peut-être dans les cas extrêmes comme ceux d’erreurs de compétence » (*The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure* (1976), p. 152-153).

[14] La Cour d’appel de l’Alberta a jugé que les parties peuvent se prévaloir du *certiorari* tant pour des erreurs de compétence que pour des erreurs de droit manifestes à la lecture du dossier [TRADUCTION] « [s]i l’ordonnance est telle qu’elle dispose d’un droit sur-le-champ et de manière définitive » (*R. c. Black*, 2011 ABCA 349, 286 C.C.C. (3d) 432, par. 25). Selon la Cour d’appel de l’Alberta, pareille erreur de droit manifeste à la lecture du dossier fournit à la cour supérieure un motif valable de casser la décision. La Cour d’appel du Québec semble partager cet avis lorsqu’elle affirme qu’« [u]n accusé peut faire réviser une décision interlocutoire lorsque le juge a agi sans compétence ou si ce dernier a commis une erreur de droit manifeste à la face du dossier » (par. 29). La cour a cependant estimé par la suite que :

La décision interlocutoire du juge du procès d’ordonner ou non au ministère public de communiquer des renseignements ne soulève généralement pas une question d’absence ou d’excès de compétence, mais elle constitue une décision prononcée dans l’exercice de sa compétence, auquel cas le recours au *certiorari* n’est pas ouvert. Pour respecter l’objectif primordial de limiter l’intervention des tribunaux supérieurs pendant un procès et les délais susceptibles d’en résulter, il faut éviter de voir dans toute ordonnance de divulgation de renseignements une violation irréparable d’un droit fondamental. Le juge Dionne a appliqué un test erroné. Il devait se demander si l’ordonnance de divulgation violait un droit fondamental de [M^{me} Awashish], et ce, de façon irréparable et non pas se demander si l’ordonnance interlocutoire avait sur ce dernier un caractère contraignant et définitif. [Je souligne; par. 39.]

[15] In its submissions to this Court, the Attorney General of Ontario proposes a third view, that *certiorari* should be available to review an error of law on the face of the record where: first, the error engages an issue of overarching importance to the administration of justice; and, second, the error is one that does not normally crystallize on appeal. These would be “test cases” for difficult issues that recur, but tend not to be addressed on appeal.

[16] Statements made by this Court in *Dagenais*, at pp. 864-65, and *Cunningham*, at para. 57, have been taken by some lower courts to mean that errors of law on the face of the record are a basis to grant *certiorari* to both parties and third parties. This was the interpretation given by the Alberta Court of Appeal in *Black*, at para. 27. Having regard to the appellate jurisprudence (see above, at paras. 10-12) and the policy considerations underlying that jurisprudence, I respectfully differ from the view set out by the Alberta Court of Appeal. The approach in *Black* runs contrary to the general rule against interlocutory appeals and to the legislative objective behind s. 674 of the *Criminal Code* which abolishes appeals save as provided for in the *Code*.

[17] Permitting parties access to *certiorari* review for an error of law — even one that “immediately and finally disposes of a legal right” — risks fragmenting criminal trials, thereby introducing inefficiency, delay, and the determination of issues on an incomplete record. Such a rule would be in direct tension with the approach set out in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, to achieve prompt justice in criminal cases. For these reasons, I would not adopt the wider view taken by the Quebec Court of Appeal at para. 29 where it suggested that *certiorari* would be available to parties to correct errors of law on the face of the record (see above, at para. 14).

[15] Dans son argumentation devant notre Cour, la procureure générale de l’Ontario propose une troisième opinion, soit que l’on devrait pouvoir recourir au *certiorari* pour contrôler une erreur de droit manifeste à la lecture du dossier lorsque : premièrement, l’erreur fait intervenir une question d’importance primordiale pour l’administration de la justice; et, deuxièmement, l’erreur en est une qui ne se concrétise habituellement pas en appel. Il s’agirait de « causes types » servant à régler des questions épineuses qui reviennent sans cesse mais qui n’ont pas tendance à être abordées en appel.

[16] Certaines affirmations faites par notre Cour aux p. 864 et 865 de l’arrêt *Dagenais* et au par. 57 de l’arrêt *Cunningham* ont été interprétées par des juridictions inférieures comme signifiant que les erreurs de droit manifestes au vu du dossier permettent d’accorder le *certiorari* tant aux parties qu’aux tiers. C’est l’interprétation qu’a retenue la Cour d’appel de l’Alberta dans *Black*, par. 27. Compte tenu de la jurisprudence des cours d’appel (voir ci-dessus aux par. 10-12) et des considérations de politique générale qui la sous-tendent, je ne partage pas le point de vue exprimé par la Cour d’appel de l’Alberta. L’approche qu’elle adopte dans *Black* va à l’encontre de la règle générale interdisant les appels interlocutoires et de l’objectif législatif de l’art. 674 du *Code criminel* qui abolit les appels sauf dans les cas prévus au *Code*.

[17] Si l’on permet aux parties d’obtenir, par voie de *certiorari*, le contrôle d’une erreur de droit — même une erreur qui « dispose d’un droit sur-le-champ et de manière définitive » — cela risque de fragmenter des procès criminels et d’entraîner par le fait même une inefficacité, des retards et le règlement de questions sur la base d’un dossier incomplet. Une telle règle serait en opposition directe avec la méthode énoncée dans *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, pour rendre justice promptement en matière criminelle. Pour ces motifs, je ne ferais pas mienne l’interprétation plus large retenue par la Cour d’appel du Québec au par. 29, où elle a laissé entendre que les parties pourraient recourir au *certiorari* pour faire corriger des erreurs de droit manifestes à la lecture du dossier (voir ci-dessus au par. 14).

[18] Finally, the approach suggested by the Attorney General of Ontario, while it would open the door less fully, nonetheless, would also run afoul of the prohibition against interlocutory appeals in criminal proceedings. While more circumscribed than a broad right to *certiorari* as described in *Black*, it would likely result in extensive litigation as the superior courts grapple with the boundaries of this approach. For counsel, issues that engage their clients' interests are often seen as issues of overarching importance to the administration of justice. Thus, I would decline to adopt either of these three approaches.

[19] Allowing the use of *certiorari* to provide for *de facto* interlocutory appeals in criminal cases would give rise to an unprincipled distinction between trials that proceed before provincial courts and those before superior courts. As *certiorari* is not available against a superior court (*Dagenais*, at p. 865), interlocutory decisions by provincial courts would be reviewable, while those by superior courts would not be.

[20] Thus, to summarize, *certiorari* in criminal proceedings is available to parties only for a jurisdictional error by a provincial court judge (see above, at para. 11). For third parties, *certiorari* is available to review jurisdictional errors as well as errors on the face of the record relating to a decision of a final and conclusive character vis-à-vis the third party (see above, at para. 12).

[21] In *obiter*, Thibault J.A. stated that *certiorari* could be available where fundamental rights of an accused are irremediably affected by a ruling and where an appeal would offer no effective remedy. The example she gave was ordering an accused to remove her niqab while testifying. I leave for another day whether *certiorari* would be available in such circumstances.

[18] Enfin, bien qu'elle n'ouvre pas la porte aussi grande, l'approche proposée par la procureure générale de l'Ontario irait aussi néanmoins à l'encontre de l'interdiction des appels interlocutoires dans les instances criminelles. Même si elle est davantage circonscrite que le droit général au *certiorari* décrit dans *Black*, cette approche donnerait probablement lieu à de nombreux débats pendant que les cours supérieures définissent les pourtours de cette approche. Pour les avocats, les questions qui mettent en cause les intérêts de leurs clients revêtent souvent une importance primordiale pour l'administration de la justice. Je refuse donc d'adopter l'une ou l'autre de ces trois approches.

[19] Le fait d'autoriser le recours au *certiorari* pour prévoir des appels interlocutoires *de facto* en matière criminelle établirait une distinction injustifiée entre les procès en cour provinciale et ceux en cour supérieure. Comme il n'est pas possible de recourir au *certiorari* à l'encontre d'une cour supérieure (*Dagenais*, p. 865), les décisions interlocutoires des cours provinciales seraient susceptibles de contrôle, mais non celles des cours supérieures.

[20] Donc, pour résumer, les parties à une instance criminelle ne peuvent recourir au *certiorari* que s'il y a erreur de compétence d'un juge de la cour provinciale (voir ci-dessus au par. 11). Quant aux tiers, ils peuvent s'en prévaloir pour faire contrôler des erreurs de compétence ainsi que des erreurs manifestes à la lecture du dossier concernant une décision qui a un caractère définitif et contraignant à leur égard (voir ci-dessus au par. 12).

[21] En *obiter*, la juge Thibault a mentionné que l'on pourrait recourir au *certiorari* lorsqu'une décision porte atteinte de façon irrémédiable aux droits fondamentaux de l'accusé et lorsque l'appel n'offre aucune réparation adéquate. Elle a donné l'exemple du tribunal qui ordonne à l'accusée d'enlever son niqab lors de son témoignage. Je remets à une autre occasion l'examen de la question de savoir si une demande de *certiorari* peut être accueillie en pareilles circonstances.

B. *Is Certiorari Available in This Case?*

[22] The Crown argues that in dealing with the *McNeil* application, Paradis J.C.Q. also made two jurisdictional errors. First, Paradis J.C.Q. erred by disregarding the decision by Lavoie J. granting the Crown's first *certiorari* application. Second, the substance of Paradis J.C.Q.'s order exceeded her jurisdiction as a court cannot order the Crown to look into the existence of records until the accused demonstrates that they exist, they are relevant, and that it is possible for the Crown to obtain them.

[23] However, neither of these is a jurisdictional error. In the criminal context, jurisdictional errors occur where the court fails to observe a mandatory provision of a statute or where a court acts in breach of the principles of natural justice: see *Skogman*. Failure to give effect to *res judicata* is not a jurisdictional issue, it is a legal error. That said, I would question whether such an error occurred. Nothing in Lavoie J.'s order precluded Paradis J.C.Q. from ordering the Crown to inquire into the existence of the records. Indeed, Lavoie J. did not find that the records were irrelevant; she simply found that Ms. Awashish had not demonstrated their relevance. Further, an error as to whether the accused met his or her burden of proof on a disclosure application is not a jurisdictional error, but merely a legal error.

[24] In the absence of jurisdictional error, the Crown's appeal must fail, as *certiorari* is unavailable. This leaves Paradis J.C.Q.'s order standing. However, this Court's reasons should not be taken as endorsing Paradis J.C.Q.'s order insofar as it is based on a legal error, which I discuss below. While not necessary for the disposition of this case, I will clarify the nature of such orders, as guidance for the future.

[25] Ms. Awashish sought to compel the Crown to inquire into the existence of certain documents

B. *Peut-on recourir au certiorari en l'espèce?*

[22] Le ministère public prétend que la juge Paradis a également commis deux erreurs de compétence dans son analyse de la requête de type *McNeil*. Tout d'abord, elle a fait abstraction à tort de la décision de la juge Lavoie d'accueillir la première requête en *certiorari* du ministère public. Ensuite, la teneur de l'ordonnance de la juge Paradis excédait sa compétence parce qu'un tribunal ne peut ordonner au ministère public de s'enquérir de l'existence de documents avant que l'accusé n'ait démontré qu'ils existent, qu'ils sont pertinents et qu'il est possible pour le ministère public de les obtenir.

[23] Or, ni l'une ni l'autre de ces erreurs n'en est une de compétence. En matière criminelle, il y a erreur de compétence lorsque le tribunal ne se conforme pas à une disposition impérative d'une loi ou transgresse les principes de justice naturelle : voir *Skogman*. L'omission de donner effet à l'autorité de la chose jugée n'est pas une question de compétence : c'est une erreur de droit. Cela dit, je doute qu'il y ait eu pareille erreur. L'ordonnance de la juge Lavoie n'empêchait aucunement la juge Paradis d'ordonner au ministère public de s'enquérir de l'existence des documents. En fait, la juge Lavoie n'a pas conclu que les documents étaient dénués de pertinence; elle a simplement estimé que M^{me} Awashish n'avait pas démontré leur pertinence. De plus, une erreur sur le point de savoir si l'accusé s'est acquitté de son fardeau de preuve à l'égard d'une demande de communication est non pas une erreur de compétence, mais uniquement une erreur de droit.

[24] Faute d'une erreur de compétence, l'appel du ministère public est voué à l'échec, car on ne peut recourir au *certiorari*. L'ordonnance de la juge Paradis reste donc en vigueur. Il ne faut cependant pas considérer que les motifs de notre Cour cautionnent cette ordonnance puisqu'elle repose sur une erreur de droit, dont je traite plus loin. Bien que cela ne soit pas nécessaire pour trancher la présente affaire, je clarifierai la nature de ces ordonnances afin de guider les tribunaux pour l'avenir.

[25] M^{me} Awashish a tenté de contraindre le ministère public à s'enquérir de l'existence de certains

relating to breathalyzer maintenance, amongst others. I agree with the Crown that Paradis J.C.Q. erred in ordering it to look into whether the records exist; she applied the wrong framework to address the issue. Paradis J.C.Q. relied on *McNeil* as a basis of her order. But, *McNeil* does not require the Crown to look into the existence of records at the behest of the defence. Rather, it imposes an obligation on the Crown to make reasonable inquiries of other state agencies that *only* crystallizes once the Crown is made aware that the records in question exist: see *McNeil*, at para. 49.

[26] The Crown in this case denied the records' existence. When the Crown denies the existence of the records in question, the governing framework is that set out in *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727. Sopinka J. articulated the following procedure, at para. 30:

Once the Crown alleges that it has fulfilled its obligation to produce it cannot be required to justify the non-disclosure of material the existence of which it is unaware or denies. Before anything further is required of the Crown, therefore, the defence must establish a basis which could enable the presiding judge to conclude that there is in existence further material which is potentially relevant.

[27] Ms. Awashish did not establish a basis for the records' existence or relevance. The Crown was therefore under no obligation to inquire into the matter. Paradis J.C.Q. erred in holding otherwise. However, given that she made no jurisdictional error, *certiorari* cannot be used to correct that error.

V. Conclusion

[28] The Crown's appeal is dismissed. Paradis J.C.Q.'s order therefore stands. In the event that a disclosure application follows, the relevance of the documents should be considered in light of this Court's decision in *Gubbins*.

Appeal dismissed.

documents portant entre autres sur l'entretien de l'alcootest. Je conviens avec le ministère public que la juge Paradis a commis une erreur en lui ordonnant de vérifier si les documents existent; elle a appliqué le mauvais cadre pour étudier la question. La juge Paradis a invoqué l'arrêt *McNeil* comme fondement de son ordonnance. Or, cet arrêt n'oblige pas le ministère public à s'enquérir de l'existence de documents à la demande de la défense. Il lui impose plutôt une obligation de se renseigner auprès d'autres organes étatiques qui prend naissance *seulement* au moment où le ministère public est avisé de l'existence des documents en question (voir *McNeil*, par. 49).

[26] Le ministère public a nié l'existence des documents en l'espèce. Quand le ministère public nie l'existence des documents en cause, le cadre d'analyse applicable est celui établi dans *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, où le juge Sopinka a décrit la procédure suivante, au par. 30 :

Du moment que le ministère public affirme avoir rempli son obligation de produire, on ne saurait le contraindre à justifier la non-divulgence de renseignements dont il ignore ou nie l'existence. Le ministère public n'est donc tenu de rien faire d'autre tant que la défense n'a pas établi des motifs sur lesquels le juge qui préside peut se fonder pour conclure à l'existence d'autres renseignements qui sont peut-être pertinents.

[27] M^{me} Awashish n'a pas établi des motifs de conclure à l'existence ou à la pertinence des documents. Le ministère public n'était donc pas tenu de se pencher sur la question. La juge Paradis a eu tort de conclure le contraire. Toutefois, comme elle n'a commis aucune erreur de compétence, le *certiorari* ne peut servir à corriger l'erreur en cause.

V. Conclusion

[28] Le pourvoi du ministère public est rejeté. L'ordonnance de la juge Paradis reste donc en vigueur. Si une demande de communication de la preuve s'ensuit, il conviendra d'étudier la pertinence des documents eu égard à la décision rendue par notre Cour dans *Gubbins*.

Pourvoi rejeté.

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

Procureur de l'appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Québec.

Solicitors for the respondent: Fradette & Le Bel, Chicoutimi.

Procureurs de l'intimée : Fradette & Le Bel, Chicoutimi.

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

Procureur de l'intervenante : Procureure générale de l'Ontario, Toronto.

**Churchill Falls (Labrador) Corporation
Limited** *Appellant*

v.

Hydro-Québec *Respondent*

**INDEXED AS: CHURCHILL FALLS (LABRADOR)
CORP. v. HYDRO-QUÉBEC**

2018 SCC 46

File No.: 37238.

2017: December 5; 2018: November 2.

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

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

Contracts — Performance — Good faith and equity — Duty to renegotiate — Doctrine of unforeseeability — Contract between company and Hydro-Québec respecting construction and operation of hydroelectric plant — Take-or-pay undertaking by Hydro-Québec to buy fixed quantity of electricity produced by plant at fixed prices for 65 years — Hydro-Québec reaping substantial profits from resale of electricity as result of changes in market — Company bringing action for order that Hydro-Québec renegotiate contract and agree to reallocation of benefits — Whether party to contract can require other party to renegotiate contract because of allegedly unforeseeable changes in market since it was signed — Civil Code of Québec, arts. 1375, 1431, 1434.

In 1969, the Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited and Hydro-Québec signed a contract that set out a legal and financial framework for the construction and operation of a hydroelectric plant on the Churchill River in Labrador. In the contract, Hydro-Québec undertook to purchase, over a 65-year period, most of the electricity produced by the plant, whether it needed it or not, which allowed Churchill Falls to use debt financing for the construction of the plant. In exchange, Hydro-Québec obtained the right to purchase electricity at fixed prices for the entire term of the contract. After the contract was signed, there were changes in the electricity market, and

* McLachlin C.J. took no part in the judgment.

**Churchill Falls (Labrador) Corporation
Limited** *Appelante*

c.

Hydro-Québec *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : CHURCHILL FALLS (LABRADOR)
CORP. c. HYDRO-QUÉBEC**

2018 CSC 46

N° du greffe : 37238.

2017 : 5 décembre; 2018 : 2 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Contrats — Exécution — Bonne foi et équité — Obligation de renégociation — Théorie de l'imprévision — Contrat entre une compagnie et Hydro-Québec relatif à la construction et à l'exploitation d'une centrale hydroélectrique — Engagement ferme d'Hydro-Québec pour l'achat à prix fixes pendant 65 ans d'une quantité fixe d'électricité produite par la centrale — Profits substantiels au bénéfice d'Hydro-Québec à la suite de changements survenus sur le marché lors de la revente de l'électricité par celle-ci — Recours de la compagnie visant à imposer à Hydro-Québec la renégociation du contrat et une nouvelle répartition des bénéfices — Une partie à un contrat peut-elle exiger de son cocontractant qu'il renégocie le contrat en raison de changements dits imprévisibles survenus sur le marché depuis sa conclusion? — Code civil du Québec, art. 1375, 1431, 1434.

En 1969, la compagnie Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited et Hydro-Québec signent un contrat fixant le cadre juridique et financier relatif à la construction et à l'exploitation d'une centrale hydroélectrique sur le fleuve Churchill au Labrador. En vertu du contrat, Hydro-Québec s'engage à acheter, sur une période de 65 ans, la majeure partie de l'électricité qui sera produite par la centrale, et ce, indépendamment de ses besoins, ce qui permet à Churchill Falls de financer par voie d'emprunts la construction de la centrale. En échange, Hydro-Québec obtient le droit d'acheter l'électricité à prix fixes pendant toute la durée du contrat. Suivant la conclusion

* La juge en chef McLachlin n'a pas participé au jugement.

the purchase price for electricity set in the contract is now well below market prices. Hydro-Québec sells electricity from the plant to third parties at current prices, and this generates substantial profits for Hydro-Québec. In the circumstances, Churchill Falls is asking the courts to order that the contract be renegotiated and that its benefits be reallocated. Churchill Falls seeks to have the fixed rate being paid by Hydro-Québec replaced with a new rate so as to ensure that the contract reflects the equilibrium of the initial agreement and in order to enforce Hydro-Québec's alleged duty to cooperate with Churchill Falls on the basis of its general duty of good faith. The Quebec Superior Court concluded that the intervention sought by Churchill Falls was not warranted, and the Court of Appeal dismissed Churchill Falls' appeal.

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

Per Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.: Given the nature of the contract and the duties of good faith and equity, Hydro-Québec did not have a duty to renegotiate the contract when the contract proved to be an unanticipated source of substantial profits for it. In Quebec civil law, there is no legal basis for Churchill Falls' claim. The Court cannot change the content of the contract, nor can it require the parties to renegotiate certain terms of the contract or to share the benefits otherwise than as provided for in the contract.

The interpretation and characterization of the contract in this case are questions of mixed fact and law. Because the trial judge's interpretation and characterization of the contract are based on a particular set of circumstances that are unlikely to have any precedential value, they may not be overturned absent a palpable and overriding error. No error that would justify overturning the trial judge's findings of fact concerning the paradigm, the characterization and the interpretation of the contract can be found.

The contract cannot be characterized as a joint venture contract or a relational contract. A joint venture contract is formed where businesses choose to become partners and to cooperate in a project by each investing resources and by sharing any profits from the project. In this case, the evidence does not show that the parties intended to enter into a partnership or to jointly assume financial or logistical responsibility for the project beyond the simple co-operation required to perform their respective prestations. The parties' relationship thus lacks the characteristics generally associated with the joint venture contract. As

du contrat, des changements surviennent sur le marché de l'électricité et le prix d'achat de l'électricité fixé dans le contrat se retrouve bien en deçà des prix payables sur le marché. Hydro-Québec, qui vend de l'électricité produite par la centrale à des tiers aux prix actuels, en tire des profits substantiels. Devant cette situation, Churchill Falls demande aux tribunaux d'imposer la renégociation du contrat et une nouvelle répartition de ses bénéfices. Elle souhaite que le taux fixe payé par Hydro-Québec soit remplacé par un nouveau taux, afin que le contrat reflète l'équilibre de l'entente initiale et afin de donner effet à l'obligation qu'aurait Hydro-Québec de collaborer avec elle sur la base de son obligation générale de bonne foi. La Cour supérieure du Québec conclut qu'il n'y a pas lieu d'intervenir dans le sens souhaité par Churchill Falls, et la Cour d'appel rejette son appel.

Arrêt (le juge Rowe est dissident) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown : Au regard de la nature du contrat et des obligations de bonne foi et d'équité, Hydro-Québec n'avait pas l'obligation de renégocier le contrat lorsque celui-ci s'est révélé être pour elle une source inattendue de profits substantiels. En droit civil québécois, il n'existe aucun fondement légal étayant la demande de Churchill Falls. La Cour ne peut ni modifier le contenu du contrat, ni obliger les parties à en renégocier certaines modalités, ni imposer un partage des bénéfices différent de celui qu'il prévoit.

L'interprétation et la qualification du contrat en l'espèce sont des questions mixtes de fait et de droit. Puisqu'elles portent sur un ensemble particulier de circonstances qui n'est pas susceptible de présenter d'intérêt à titre de précédent, l'interprétation et la qualification du contrat par le juge d'instance ne peuvent être renversées qu'en cas d'erreur manifeste et déterminante. Aucune erreur qui justifierait de renverser les conclusions de fait du juge d'instance sur le paradigme du contrat, sur sa qualification et sur son interprétation ne se dégage.

Le contrat intervenu ne peut être qualifié de contrat de coentreprise ou de contrat relationnel. Le contrat de coentreprise prend forme lorsque des entreprises choisissent de s'associer et de collaborer à la réalisation d'un projet, en investissant chacune des ressources et en partageant les profits du projet. En l'espèce, la preuve ne révèle pas de volonté des parties de former une société ou d'intention d'assumer ensemble la responsabilité financière ou logistique du projet au-delà de la simple collaboration nécessaire à l'exécution de leurs prestations respectives. Les caractéristiques généralement associées au contrat de

for the relational contract, it sets out the rules for a close cooperation that the parties wish to maintain over the long term and puts an emphasis on the parties' relationship and on their ability to agree and cooperate. It does not define their respective prestations in much detail. As a result, it requires a cooperation that is, in the end, more active than the cooperation required by transaction-based contracts. The parties' contract sets out a series of defined and detailed prestations as opposed to providing for flexible economic coordination. Each party's participation is clearly quantified and defined, and no important prestations are left undefined. This shows that the parties intended the project to proceed according to the words of the contract, not on the basis of their ability to agree and cooperate from day to day to fill any gaps in the contract. The long-term, interdependent nature of the contract does not in itself imply that the contract is relational.

The contract does not contain implied clauses that impose on Hydro-Québec a duty to cooperate and to renegotiate the agreed-on prices. An implied duty may, within the meaning of art. 1434 of the *Civil Code of Québec*, be incident to a contract according to the nature of the contract if the duty is consistent with the general scheme of the contract and if the contract's coherency seems to require such a duty. However, such an implied clause must not merely add duties to the contract that might enhance it, but must fill a gap. In this case, there is no gap or omission in the scheme of the contract that requires that an implied duty to cooperate and to renegotiate the agreed-on prices be read into the contract in order to make it coherent. There is nothing to suggest that the parties' prestations would be incomprehensible and would have no basis or meaningful effect in the absence of an implied duty according to which Hydro-Québec must either exceed the usual requirements of good faith in cooperating with Churchill Falls or redistribute windfall profits.

The doctrine of unforeseeability cannot serve as a basis for requiring Hydro-Québec to renegotiate the contract. This doctrine is a private law rule that is recognized in some civil law jurisdictions and the effect of which is that parties can be required to renegotiate a contract if, as a result of unforeseen events, performance of the obligations stipulated in the contract would be excessively onerous for one of them. However, unforeseeability cannot be relied on where it is clear that the party who was disadvantaged by the change in circumstances had accepted the risk that such changes would occur, and it applies only where the new situation makes the contract less beneficial for one of the parties, and not simply more beneficial for the other.

coentreprise sont donc absentes de la relation entre les parties. Quant au contrat relationnel, il établit les normes d'une coopération étroite que les parties souhaitent maintenir à long terme et met l'accent sur la relation entre les parties ainsi que leur capacité à s'entendre et à collaborer. Il définit de manière très peu détaillée leurs prestations respectives. Par conséquent, il exige une collaboration somme toute plus active que le contrat transactionnel. Le contrat entre les parties prévoit une série de prestations déterminées et détaillées plutôt qu'une coordination économique flexible. La participation de chacune des parties est clairement quantifiée et définie, aucune prestation importante ne restant à définir. Cela témoigne de l'intention des parties que le projet se déroule suivant la lettre du contrat, et non en fonction de leur capacité à s'entendre et à collaborer au jour le jour pour combler d'éventuelles lacunes contractuelles. La longue durée du contrat et son caractère interdépendant n'indiquent pas en soi que le contrat est relationnel.

Le contrat ne contient pas de clauses implicites qui imposeraient à Hydro-Québec un devoir de collaboration et de renégociation des prix convenus. Aux termes de l'art. 1434 du *Code civil du Québec*, des obligations implicites peuvent découler de la nature d'un contrat lorsqu'elles s'inscrivent dans son économie générale et semblent nécessaires pour que le contrat soit cohérent. Cependant, de telles clauses implicites ne doivent pas simplement ajouter au contrat d'autres obligations susceptibles de l'enrichir; elles doivent combler une lacune. En l'espèce, l'économie du contrat ne comporte aucune lacune ou faille exigeant de lire dans celui-ci une obligation implicite de collaboration et de renégociation des prix convenus pour le rendre cohérent. Rien n'indique que les prestations des parties seraient incompréhensibles, sans fondement ou sans effet utile en l'absence d'obligation implicite incombant à Hydro-Québec de collaborer avec Churchill Falls au-delà des exigences ordinaires de la bonne foi ou de redistribuer des profits inattendus.

La théorie de l'imprévision ne peut servir de fondement pour obliger Hydro-Québec à renégocier le contrat. Cette théorie, une règle de droit privé reconnue dans certains ressorts de droit civil, permet d'obliger les parties à un contrat à le renégocier lorsque des événements imprévus rendent l'exécution de ses obligations excessivement onéreuse pour l'une d'entre elles. Cependant, elle ne peut être invoquée s'il est manifeste que la partie désavantagée par le changement de circonstances a accepté le risque que de tels changements surviennent, et elle s'applique uniquement lorsque la situation nouvelle rend le contrat moins avantageux pour l'une des parties — et non simplement plus avantageux pour l'autre. Elle ne s'applique

It does not apply where the parties receive the prestations and benefits that are provided for or are allocated to them in the contract. But this doctrine is not recognized in Quebec civil law at this time. Any development of concepts analogous to unforeseeability in Quebec civil law must take account of the legislature's choice not to turn this doctrine into a universal rule. Furthermore, even in jurisdictions where the doctrine of unforeseeability is recognized, it applies only in narrow circumstances that quite simply do not correspond to those of the parties in this case. The parties intentionally allocated the risk of electricity price fluctuations to Hydro-Québec, and the changes in the market did not have the effect of increasing the cost of performing Churchill Falls' prestations or diminishing the value of the prestations it received from Hydro-Québec. On the contrary, Churchill Falls has continued to receive exactly what it was owed under the contract, as well as the related benefits.

The principles of good faith and equity do not impose a duty to renegotiate on Hydro-Québec. The introduction of the duty of good faith into the *Civil Code of Québec* shows that the legislature intended to temper the principles of the binding force of contracts and autonomy of the will of the parties. Good faith confers a broad, flexible power to create law and serves as a basis for courts to intervene and to impose on contracting parties obligations based on a notion of contractual fairness. It also serves to protect the equilibrium of a contract. However, it cannot be used to violate that equilibrium and impose a new bargain on the parties to the contract. The courts cannot rely on it to order the sharing of profits that have in fact been honestly earned. Despite its potential scope and its capacity to change the civil law because of its flexible application, the concept of good faith cannot be expanded to include the possibility of penalizing a party whose conduct has not been unreasonable, or a duty to renegotiate the principal obligations of a contract in all circumstances. The duty of good faith does not negate a party's right to rely on the words of the contract unless insistence on that right constitutes unreasonable conduct in the circumstances. The duty to cooperate, which flows from the requirements of good faith, can require a party to be proactive in accommodating the interests and legitimate expectations of his or her contracting partner. But for a party to consider only the words of the contract and to refuse to renegotiate a contract or to share profits is not necessarily contrary to the general duty of good faith. The duty to cooperate with the other contracting party does not mean that one's own interests must be sacrificed.

pas dans les cas où les parties touchent les prestations et bénéfiques que le contrat prévoit ou leur a alloués. Or, cette théorie n'est pas reconnue dans le droit civil québécois actuel. Tout développement de notions s'apparentant à l'imprévision en droit civil québécois doit tenir compte du choix du législateur de n'avoir pas fait de cette théorie une règle universelle. Au surplus, même là où elle est reconnue, la théorie de l'imprévision est assortie de conditions d'application limitées à des circonstances strictes, qui ne correspondent tout simplement pas à celles des parties en l'espèce. Ces dernières ont sciemment alloué le risque de fluctuation des prix de l'électricité à Hydro-Québec et les changements sur le marché n'ont eu ni l'effet de faire augmenter le coût d'exécution des prestations de Churchill Falls, ni de faire diminuer la valeur des prestations qu'elle reçoit d'Hydro-Québec. Churchill Falls a au contraire continué de recevoir précisément ce que le contrat lui a octroyé, ainsi que les bénéfiques y afférents.

Les notions de bonne foi et d'équité n'imposent aucune obligation de renégociation à Hydro-Québec. L'introduction du devoir de bonne foi dans le *Code civil du Québec* témoigne de la volonté du législateur de tempérer les principes de la force obligatoire des contrats et de l'autonomie de la volonté des parties. La bonne foi donne un pouvoir de création juridique large et flexible et permet aux tribunaux d'intervenir et d'imposer à des cocontractants des obligations qui s'inspirent d'une idée de justice contractuelle. Elle sert à protéger l'équilibre d'un contrat. Cependant, la bonne foi ne peut servir à contrevenir à cet équilibre et imposer un nouveau marché aux parties d'un contrat. Les tribunaux ne peuvent l'invoquer pour ordonner un partage de profits par ailleurs honnêtement gagnés. Malgré sa portée potentielle et sa capacité à faire évoluer le droit civil en raison de son application souple, la notion de bonne foi ne peut être élargie au point d'y inclure la possibilité de sanctionner une partie en l'absence de comportement déraisonnable de sa part, ou une obligation de renégociation des obligations principales d'un contrat en toutes circonstances. Le devoir de bonne foi ne prive une partie du droit de s'en remettre à la lettre du contrat que lorsque cette insistance constitue un comportement déraisonnable au regard des circonstances. Le devoir de collaboration, qui découle des exigences de la bonne foi, peut exiger d'une partie qu'elle agisse de manière proactive pour accommoder les intérêts et attentes légitimes de son partenaire contractuel. Mais le fait pour une partie de s'en tenir simplement à la lettre du contrat et de refuser de renégocier un contrat ou de partager des profits n'entraîne pas nécessairement une violation du devoir général de bonne foi. Le devoir de collaborer avec son cocontractant n'exige pas de sacrifier ses intérêts propres.

In this case, Hydro-Québec is entitled to insist on adhering to the words of the contract and maintaining the equilibrium of the prestations the contract establishes for the benefit of the parties, which bound themselves knowing full well what they were doing. Hydro-Québec is not breaching its duty of good faith in exercising its right to purchase electricity from Churchill Falls at fixed prices. Nor does its insistence on adhering to the contract despite the unforeseen change in circumstances constitute unreasonable conduct. Moreover, Hydro-Québec is considering Churchill Falls' legitimate contractual interests, given that it is not preventing Churchill Falls from receiving the benefits conferred on the latter under the contract. It has done nothing that threatens to disrupt the contractual equilibrium. Hydro-Québec therefore has no duty to cooperate with Churchill Falls to mitigate the effects of the contract. The magnitude of the profits it earns under the contract does not justify modifying the contract so as to deny it that benefit.

As to equity, it cannot be relied on in support of the relief being sought, since its effect would then be to indirectly introduce either lesion or unforeseeability into Quebec law in every case. To hold that a change in the circumstances of the parties to a contract will always justify its being renegotiated in the name of equity would conflict sharply with the legislature's intent. Equity is not so malleable that it can be detached from the will of the parties and their common intention. Nothing about the relationship between Churchill Falls and Hydro-Québec would justify such an intervention in the circumstances of this case. There is neither inequality nor vulnerability in their relationship. Both parties to the contract were experienced, and they negotiated its clauses at length.

The relief being sought cannot be granted. There is no legal basis on which a judge could impose a new bargain on Hydro-Québec to which it has not agreed. Allowing a contract to be modified by a judge at the request of a single party would conflict seriously with the principles of the binding force of contracts and freedom of contract that underlie Quebec civil law. In any event, Churchill Falls' action is prescribed. The situation in this case does not constitute a breach of an ongoing duty or a continuing fault that is not subject to prescription. On the contrary, the right of action that Churchill Falls seeks to exercise arises when the events that give rise to it occur. The most recent event to have disrupted the electricity market occurred in 1997 at the latest. It was at that time that Churchill Falls' right of action arose, and it has therefore been prescribed since the end of 2000 at the latest.

En l'espèce, Hydro-Québec est en droit d'exiger le respect de la lettre du contrat et de l'équilibre des prestations qu'il établit, au bénéfice des parties qui se sont liées en toute connaissance de cause. Elle ne profite pas de son droit d'acheter de l'électricité à prix fixes de Churchill Falls en violation de son devoir de bonne foi. Son insistance sur le respect du contrat malgré le changement imprévu de circonstances ne constitue pas un comportement déraisonnable. De plus, Hydro-Québec tient compte des intérêts contractuels légitimes de Churchill Falls, puisqu'elle ne l'empêche pas de profiter des avantages qui lui échoient en vertu du contrat. Aucun acte qu'elle pose ne menace de déstabiliser l'équilibre contractuel. En conséquence, Hydro-Québec n'a pas l'obligation de collaborer avec Churchill Falls pour mitiger les effets du contrat. L'ampleur des bénéfices qu'Hydro-Québec tire en vertu du contrat ne justifie pas de le modifier pour la priver de cet avantage.

Quant à l'équité, elle ne peut être invoquée pour appuyer les réparations recherchées car elle servirait alors à introduire indirectement dans le droit québécois, de manière universelle, soit la lésion, soit l'imprévision. Reconnaître que le changement dans les circonstances des parties à un contrat justifie à tout coup la renégociation de celui-ci au nom de l'équité heurterait violemment l'intention législative à l'effet contraire. L'équité n'est pas malléable au point de la détacher de la volonté des parties et de leur intention commune. Aucun élément de la relation entre Churchill Falls et Hydro-Québec ne justifie une telle intervention dans les circonstances du présent litige. Il n'y a aucune inégalité ni vulnérabilité dans la relation. Les deux parties au contrat étaient aguerries et ont longuement négocié les clauses du contrat.

Les réparations demandées ne peuvent être accordées. Il n'existe aucun fondement légal qui permettrait à un juge d'imposer à Hydro-Québec un nouveau marché auquel elle n'aurait pas consenti. Permettre la modification d'un contrat par un juge à la demande d'une seule partie heurterait fortement les principes de la force obligatoire du contrat et de la liberté contractuelle qui sous-tendent le droit civil québécois. À tout événement, le recours de Churchill Falls est prescrit. La situation en l'espèce ne constitue pas un manquement à un devoir continu ni une faute continue qui seraient imprescriptibles. Au contraire, le droit d'action qui est visé par Churchill Falls est né lors de la survenance des faits qui y donnent ouverture. Le dernier événement à avoir perturbé le marché de l'électricité remonte au plus tard en 1997. C'est à ce moment que le droit d'action de Churchill Falls a pris naissance, et il est par conséquent prescrit depuis la fin de l'année 2000 au plus tard.

Per Rowe J. (dissenting): Properly characterized, the contract binding Churchill Falls and Hydro-Québec is relational in nature and both parties are subject to a duty of cooperation. Hydro-Québec breached this duty. Accordingly, the appeal should be allowed.

The object of contract characterization is to link the contract at issue to a legal category so as to impose on the parties the legal effects of the true nature of their agreement. The aim of this exercise is to identify the essential objective of the contract and to categorize the contract based on the elements that define its nature. The exercise of characterization is a question of law unless consideration of evidence extrinsic to the contract is necessary to identify the true intention of the parties. In this case, the trial judge did not indicate the necessity of considering elements extrinsic to the contract to establish the nature of its fundamental obligation. Accordingly, characterization — in this instance — remains a question of law, reviewable on a standard of correctness.

Relational contracts typically require successive performance, whereby the parties have obligations to perform on a continuing basis. This category of contracts should not be limited to those that leave certain obligations to be defined by the parties at a later date. Rather than being a necessary condition, undefined obligations are but one indicator of relational contracts. Other indicators include the duration of the contract and the creation of an ongoing economic relationship rather than a one-off transaction. In this case, the contract at issue is not a simple contract of sale. It establishes a cooperative relationship between the parties and it is the framework for an interdependent and long-term relationship. This conclusion is reinforced by its language. First, the agreement makes clear that both parties saw the project as requiring ongoing interaction and collaboration. Second, the parties committed to offering each other assistance during the execution of the contract in order to ensure its success. Third, the parties explicitly contemplated the need for consultation, joint determination, discussion, and revision. When considering the overall framework of the parties' rights and obligations, the true nature of the contract becomes apparent: it is relational.

The characterization of a contract determines the legal consequences that attach to it, including certain implied

Le juge Rowe (dissident) : Qualifié adéquatement, le contrat qui lie Churchill Falls et Hydro-Québec est un contrat de nature relationnelle et les deux parties sont assujetties à une obligation de collaboration. Hydro-Québec a manqué à cette obligation. En conséquence, le pourvoi devrait être accueilli.

La qualification d'un contrat a pour objet de rattacher le contrat litigieux à une catégorie juridique donnée, de façon à ce que les parties se voient imposer les effets juridiques correspondant à la nature véritable de leur entente. Cette démarche a pour but de cerner l'objectif fondamental du contrat et de catégoriser le contrat en fonction des éléments qui définissent sa nature. La démarche de qualification est une question de droit, à moins qu'il soit nécessaire de considérer des éléments de preuve extrinsèques au contrat pour dégager l'intention véritable des parties. Dans le présent cas, le juge de première instance n'a pas énoncé la nécessité de considérer des éléments extrinsèques au contrat pour établir la nature de l'obligation fondamentale découlant de celui-ci. Par conséquent, la qualification demeure — en l'espèce — une question de droit, susceptible de révision selon la norme de la décision correcte.

Les contrats relationnels requièrent habituellement des exécutions successives, dans le cadre desquelles les parties doivent s'acquitter d'obligations sur une base continue. Cette catégorie de contrats ne se limite pas aux seuls contrats où certaines obligations doivent être définies par les parties à une date ultérieure. La présence d'obligations non définies ne constitue pas une condition nécessaire à l'existence d'un contrat relationnel, mais représente plutôt un indicateur parmi d'autres, notamment la durée du contrat, ainsi que la création d'une relation économique continue plutôt que d'une opération isolée. Dans le présent cas, le contrat en litige n'est pas un simple contrat de vente. Il établit une relation de collaboration entre les parties et constitue le cadre d'une relation d'interdépendance à long terme. Cette conclusion est étayée par le langage utilisé dans le contrat. Premièrement, l'accord indique clairement que les deux parties estimaient que le projet requerrait une interaction et une collaboration continues entre elles. Deuxièmement, les parties se sont engagées à s'entraider pendant l'exécution du contrat afin qu'il soit mené à bien. Troisièmement, les parties ont explicitement envisagé qu'il leur serait nécessaire de se consulter et de procéder conjointement à des décisions, discussions et révisions. Lorsque l'on examine le cadre général des droits et obligations des parties, la véritable nature de l'accord devient apparente : il s'agit d'un contrat relationnel.

La qualification d'un contrat détermine les conséquences juridiques qui se rattachent à cette qualification,

obligations that are necessary complements to the contract and reflect the presumed intention of the parties. The inclusion of an implied obligation is warranted where a reasonable person in the same circumstances would see an important and intrinsic connection between the implied terms and the nature of the contract. A court does not have to find that a contract would be ambiguous, incomprehensible, without foundation or without useful effect before including an implied obligation. In relational contracts, both good faith and equity provide guidance to defining the scope and content of implied obligations, including the implied duty to cooperate. Good faith implies an attitude that maximizes, for each party, the advantages of the contract. In circumstances where the parties must work together to achieve the object of their agreement over a long period of time, the relational nature of the contract imposes a heightened duty of good faith. Likewise, equity is a means to remedy the imperfections of a contract and re-establish an equilibrium where its division of burdens and benefits do not align with its intended scheme. While courts may not modify or revise contracts, they can enforce what appears to be equitable.

Based on the relational nature of the contract at issue and how it informs the requirements of good faith and equity, the parties had an implied obligation to cooperate in establishing a mechanism for the allocation of extraordinary profits. This obligation flows from the fact that a profit imbalance of this nature and magnitude is beyond what the parties intended when they concluded the agreement. The parties' choice not to include a price adjustment mechanism was premised on shared assumptions about the nature and value of hydroelectric power at the time of the formation of the contract. It cannot be seen as excluding an obligation to cooperate should these shared assumptions no longer reflect reality. As the contract contains no mechanism for the allocation of profits that are beyond what was envisioned, the parties have an implied obligation to cooperate in defining the terms of their allocation. Hydro-Québec has breached this duty by refusing to establish a price adjustment formula for these extraordinary profits by way of mutual agreement. Hydro-Québec must therefore be held to its obligation, and should be ordered to cooperate with Churchill Falls for this purpose.

notamment certaines obligations implicites qui en constituent des compléments nécessaires et reflètent l'intention présumée des parties. L'inclusion d'une obligation implicite est justifiée lorsqu'une personne raisonnable, se trouvant dans les mêmes circonstances, estimerait qu'il existe un lien important et intrinsèque entre les modalités implicites et la nature du contrat. Le tribunal n'a pas à conclure qu'un contrat est ambigu, incompréhensible, ou encore sans fondement ou sans effet utile avant d'y inclure une obligation implicite. Dans le cadre de contrats relationnels, tant la bonne foi que l'équité fournissent des indications sur la façon de définir la portée et le contenu d'obligations implicites, y compris l'obligation implicite de collaboration. La bonne foi implique une attitude qui maximise, pour chacune des parties, les avantages du contrat. Dans les cas où les parties doivent travailler de concert afin de réaliser, sur une longue période, l'objet de leur accord, la nature relationnelle du contrat leur impose une obligation accrue de bonne foi. De même, l'équité constitue un moyen de remédier aux imperfections d'un contrat et de rétablir l'équilibre lorsque la répartition des fardeaux et des avantages en découlant n'est pas en adéquation avec le régime qu'on entendait établir. Bien que les tribunaux ne puissent pas modifier ou réviser des contrats, ils peuvent imposer ce qui semble équitable.

Sur la base de la nature relationnelle du contrat en litige et de l'incidence de cette nature sur les exigences relatives à la bonne foi et à l'équité, les parties avaient implicitement l'obligation de collaborer pour établir un mécanisme de répartition des profits extraordinaires. Cette obligation découle du fait qu'un déséquilibre au titre des profits de cette nature et de cette ampleur va au-delà de ce que les parties avaient à l'esprit lorsqu'elles ont conclu l'accord. Le choix des parties de ne pas insérer de mécanisme d'ajustement du prix dans le contrat reposait sur des postulats communs relativement à la nature et à la valeur de l'énergie hydroélectrique au moment de la conclusion du contrat. Ce choix ne peut être considéré comme ayant pour effet d'exclure l'obligation de collaborer dans l'éventualité où ces postulats communs ne reflètent plus la réalité. Étant donné que le contrat ne comporte aucun mécanisme de répartition des profits excédant ceux envisagés au moment de l'entente, les parties ont l'obligation implicite de collaborer pour définir les modalités de cette répartition. Hydro-Québec a manqué à cette obligation en refusant d'établir, par voie d'accord mutuel, une formule d'ajustement du prix à l'égard de ces profits extraordinaires. Hydro-Québec doit donc être tenue au respect de son obligation, et il devrait lui être ordonné de collaborer avec Churchill Falls pour ce faire.

Where a fault continues in time and causes continuing damages, prescription starts running anew each day. By persistently refusing to enter into negotiations to establish a mechanism for allocating unforeseen profits, Hydro-Québec has been in continuous breach of its obligation to cooperate. As Churchill Falls' right of action is grounded in this continuous breach, its claim is not barred by prescription. On the question of remedy, while judges should refrain from ordering specific performance of obligations that require personal participation of the parties, the imposition of such an order here would not amount to an improper constraint on the parties' capacity to act.

Cases Cited

By Gascon J.

Distinguished: *Provigo Distribution inc. v. Supermarché A.R.G. inc.*, 1997 CanLII 10209; **considered:** *Uniprix inc. v. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 SCC 43, [2017] 2 S.C.R. 59; **referred to:** *Newfoundland (Attorney General) v. Churchill Falls (Labrador) Corp.* (1985), 56 Nfld. & P.E.I.R. 91; *Newfoundland (Attorney General) v. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 S.C.R. 1085; *Hydro-Québec v. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 S.C.R. 1087; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *Dunkin' Brands Canada Ltd. v. Bertico Inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1; *National Bank of Canada (Canadian National Bank) v. Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 339; *Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 S.C.R. 429; *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122; *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554; *Provenzano v. Babori*, [1991] R.D.I. 450; *T.L. v. Y.L.*, 2011 QCCA 1205; *SMC Pneumatiques (Canada) Ltée v. Dicsa inc.*, 2000 CanLII 17881, rev'd 2003 CanLII 72264; *Entreprises MTY Tiki Ming inc. v. McDuff*, 2008 QCCS 4898; *Nagarajah v. Fotinopoulos Kalyvas*, 2003 CanLII 2834.

By Rowe J. (dissenting)

Uniprix inc. v. Gestion Gosselin et Bérubé inc., 2017 SCC 43, [2017] 2 S.C.R. 59; *Montréal, Maine & Atlantique Canada Cie (Montreal, Maine & Atlantic Canada Co.) (MMA), Re*, 2014 QCCA 2072, 49 R.P.R. (5th) 210; *Station Mont-Tremblant v. Banville-Joncas*, 2017 QCCA 939; *Paquin-Charbonneau v. Société des casinos du Québec*, 2017 QCCA 1728; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC

Lorsqu'une faute se poursuit dans le temps et cause des dommages persistants, la prescription recommence à courir à chaque jour. En persistant à refuser d'engager des négociations en vue d'établir un mécanisme de répartition des profits imprévus, Hydro-Québec contrevient de façon ininterrompue à son obligation de collaborer. Puisque le droit d'action de Churchill Falls a pour assise la contravention ininterrompue, son action n'est pas prescrite. Quant à la question de la réparation, bien que les juges doivent s'abstenir d'ordonner l'exécution en nature d'obligations exigeant la participation personnelle des parties, une telle ordonnance en l'espèce ne constituerait pas une entrave injustifiée à la capacité d'agir des parties.

Jurisprudence

Citée par le juge Gascon

Distinction d'avec l'arrêt : *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] R.J.Q. 47; **arrêt examiné :** *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43, [2017] 2 R.C.S. 59; **arrêts mentionnés :** *Newfoundland (Attorney General) c. Churchill Falls (Labrador) Corp.* (1985), 56 Nfld. & P.E.I.R. 91; *Terre-Neuve (Procureur général) c. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 R.C.S. 1085; *Hydro-Québec c. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 R.C.S. 1087; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico Inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1; *Banque Nationale du Canada (Banque Canadienne Nationale) c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429; *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554; *Provenzano c. Babori*, [1991] R.D.I. 450; *T.L. c. Y.L.*, 2011 QCCA 1205; *SMC Pneumatiques (Canada) Ltée c. Dicsa inc.*, 2000 CanLII 17881, inf. par 2003 CanLII 72264; *Entreprises MTY Tiki Ming inc. c. McDuff*, 2008 QCCS 4898; *Nagarajah c. Fotinopoulos Kalyvas*, 2003 CanLII 2834.

Citée par le juge Rowe (dissident)

Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc., 2017 CSC 43, [2017] 2 R.C.S. 59; *Montréal, Maine & Atlantique Canada Cie (Montreal, Maine & Atlantic Canada Co.) (MMA), Re*, 2014 QCCA 2072, 49 R.P.R. (5th) 210; *Station Mont-Tremblant c. Banville-Joncas*, 2017 QCCA 939; *Paquin-Charbonneau c. Société des casinos du Québec*, 2017 QCCA 1728; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC

33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Dunkin' Brands Canada Ltd. v. Bertico Inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1; *Banque Toronto-Dominion v. Brunelle*, 2014 QCCA 1584; *Hydro-Québec v. Construction Kiewit cie*, 2014 QCCA 947; *Warner Chappell Music France v. Beaulne*, 2015 QCCS 1562; *Société d'énergie Foster Wheeler Itée v. Montréal (Ville de)*, 2008 QCCS 4670; *Éco-Graffiti inc. v. Francescangeli*, 2016 QCCS 6242; *Miller v. Syndicat des copropriétaires de "Les résidences Sébastopole centre"*, 1996 CanLII 4663; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; *Gourdeau v. Letellier de St-Just*, [2002] R.J.Q. 1195; *Rabin v. Syndicat des copropriétaires Somerset 2060*, 2012 QCCS 4431, [2012] R.L. 548; *White Birch Paper Holding Company (Arrangement relatif à)*, 2015 QCCS 701, leave to appeal refused, 2015 QCCA 752; *Laberge v. Villeneuve*, 2003 CanLII 16498; *Picard v. Picard*, 2015 QCCS 5096.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code, s. 4.
Civil Code of Lower Canada, arts. 1020, 1024.
Civil Code of Québec, arts. 6, 7, 1375, 1380, 1431, 1434, 1497, 1507, 1590, 1601, 2186 para. 1, 2199, 2251, 2253 to 2255, 2880 para. 2, 2925.
Code civil (France), art. 1195.

Authors Cited

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

Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.

Belley, Jean-Guy. "Théories et pratiques du contrat relationnel: les obligations de collaboration et d'harmonisation normative", in Meredith Lectures 1998-1999, *The Continued Relevance of the Law of Obligations: retour aux sources*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2000, 137.

Bouchard, Charlaïne. "Les rapprochements entre la société de personnes et le *partnership*: une étude de droit comparé canadien" (2001), 42 *C. de D.* 155.

Caron, Vincent. *Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat: du temple de la volonté à la pyramide de sens*. Montréal: Thémis, 2016.

Cayla, Olivier. "Ouverture: La qualification, ou la vérité du droit" (1993), 18 *Droits: Revue française de théorie juridique* 3.

33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico Inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1; *Banque Toronto-Dominion c. Brunelle*, 2014 QCCA 1584; *Hydro-Québec c. Construction Kiewit cie*, 2014 QCCA 947; *Warner Chappell Music France c. Beaulne*, 2015 QCCS 1562; *Société d'énergie Foster Wheeler Itée c. Montréal (Ville de)*, 2008 QCCS 4670; *Éco-Graffiti inc. c. Francescangeli*, 2016 QCCS 6242; *Miller c. Syndicat des copropriétaires de « Les résidences Sébastopole centre »*, 1996 CanLII 4663; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; *Gourdeau c. Letellier de St-Just*, [2002] R.J.Q. 1195; *Rabin c. Syndicat des copropriétaires Somerset 2060*, 2012 QCCS 4431, [2012] R.L. 548; *White Birch Paper Holding Company (Arrangement relatif à)*, 2015 QCCS 701, autorisation d'appel refusée, 2015 QCCA 752; *Laberge c. Villeneuve*, 2003 CanLII 16498; *Picard c. Picard*, 2015 QCCS 5096.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada, art. 1020, 1024.
Code civil du Québec, art. 6, 7, 1375, 1380, 1431, 1434, 1497, 1507, 1590, 1601, 2186 al. 1, 2199, 2251, 2253 à 2255, 2880 al. 2, 2925.
Code civil (France), art. 1195.
Loi sur l'application de la réforme du Code civil, art. 4.

Doctrine et autres documents cités

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

Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.

Belley, Jean-Guy. « Théories et pratiques du contrat relationnel : les obligations de collaboration et d'harmonisation normative », dans Conférence Meredith 1998-1999, *La pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2000, 137.

Bouchard, Charlaïne. « Les rapprochements entre la société de personnes et le *partnership* : une étude de droit comparé canadien » (2001), 42 *C. de D.* 155.

Caron, Vincent. *Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat: du temple de la volonté à la pyramide de sens*, Montréal, Thémis, 2016.

Cayla, Olivier. « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit » (1993), 18 *Droits : Revue française de théorie juridique* 3.

- Charpentier, Élise. “L’émergence d’un ordre public... privé : une présentation des Principes d’Unidroit”, dans Les Journées Maximilien-Caron 2001, *Les Principes d’Unidroit et les contrats internationaux: aspects pratiques*. Montréal: Thémis, 2003, 19.
- Crépeau, Paul-André, with the collaboration of Élise M. Charpentier. *The Unidroit Principles and the Civil Code of Québec: Shared Values?* Scarborough, Ont.: Carswell, 1998.
- Delebecque, Philippe, et Frédéric-Jérôme Pansier. *Droit des obligations: Contrat et quasi-contrat*, 7^e éd. Paris: LexisNexis, 2016.
- Flannigan, Robert. “The Legal Status of the Joint Venture” (2009), 46 *Alta. L. Rev.* 713.
- France. Ministère de la Justice. Journal officiel de la République française. *Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 11 février 2016 (online: https://www.legifrance.gouv.fr/fo_pdf.do?id=JORFTEXT000032004539; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC46_1_fra.pdf).
- Fréchette, Pascal. “La qualification des contrats: aspects théoriques” (2010), 51 *C. de D.* 117.
- Gendron, François. *L’interprétation des contrats*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2016.
- Ghestin, Jacques, Christophe Jamin et Marc Billiau. *Les effets du contrat*, 3^e éd. Paris: L.G.D.J., 2001.
- Grammond, Sébastien, Anne-Françoise Debruche and Yan Campagnolo. *Quebec Contract Law*, 2nd ed. Montréal: Wilson & Lafleur, 2016.
- Grégoire, Marie Annik. *Liberté, responsabilité et utilité: la bonne foi comme instrument de justice*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2010.
- Guénette, Marc. *Les différentes formes d’entreprises au Canada*. Montréal: Yvon Blais, 2015.
- International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 4th ed. Rome, 2016.
- Jobin, Pierre-Gabriel. “L’équité en droit des contrats”, dans Pierre-Claude Lafond, dir., *Mélanges Claude Masse: En quête de justice et d’équité*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2003, 471.
- Jobin, Pierre-Gabriel. “L’imprévision dans la réforme du Code civil et aujourd’hui”, dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean-Louis Baudouin*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2012, 375.
- Jutras, Daniel. “La bonne foi, l’imprévision, et le rapport entre le général et le particulier”, dans “Obligations et contrats spéciaux: Obligations en général” (2017), 1 *R.T.D. civ.* 118, par Hugo Barbier, 138.
- Charpentier, Élise. « L’émergence d’un ordre public... privé : une présentation des Principes d’Unidroit », dans Les Journées Maximilien-Caron 2001, *Les Principes d’Unidroit et les contrats internationaux: aspects pratiques*, Montréal, Thémis, 2003, 19.
- Crépeau, Paul-André, avec la collaboration d’Élise M. Charpentier. *Les Principes d’Unidroit et le Code civil du Québec : valeurs partagées?*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1998.
- Delebecque, Philippe, et Frédéric-Jérôme Pansier. *Droit des obligations : Contrat et quasi-contrat*, 7^e éd., Paris, LexisNexis, 2016.
- Flannigan, Robert. « The Legal Status of the Joint Venture » (2009), 46 *Alta. L. Rev.* 713.
- France. Ministère de la Justice. Journal officiel de la République française. *Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 11 février 2016 (en ligne : https://www.legifrance.gouv.fr/fo_pdf.do?id=JORFTEXT000032004539; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC46_1_fra.pdf).
- Fréchette, Pascal. « La qualification des contrats : aspects théoriques » (2010), 51 *C. de D.* 117.
- Gendron, François. *L’interprétation des contrats*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016.
- Ghestin, Jacques, Christophe Jamin et Marc Billiau. *Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001.
- Grammond, Sébastien, Anne-Françoise Debruche and Yan Campagnolo. *Quebec Contract Law*, 2nd ed., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016.
- Grégoire, Marie Annik. *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010.
- Guénette, Marc. *Les différentes formes d’entreprises au Canada*, Montréal, Yvon Blais, 2015.
- Institut international pour l’unification du droit privé (UNIDROIT). *Principes d’Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, 4^e éd., Rome, 2016.
- Jobin, Pierre-Gabriel. « L’équité en droit des contrats », dans Pierre-Claude Lafond, dir., *Mélanges Claude Masse : En quête de justice et d’équité*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, 471.
- Jobin, Pierre-Gabriel. « L’imprévision dans la réforme du Code civil et aujourd’hui », dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012, 375.
- Jutras, Daniel. « La bonne foi, l’imprévision, et le rapport entre le général et le particulier », dans « Obligations et contrats spéciaux : Obligations en général » (2017), 1 *R.T.D. civ.* 118, par Hugo Barbier, 138.

- Karim, Vincent. *Le consortium d'entreprises, joint venture: nature et structure juridique, rapports contractuels, partage des responsabilités, modes alternatifs de règlement des différends: médiation et arbitrage*. Montréal: Wilson & Lafleur, Martel, 2016.
- Karim, Vincent. *Les obligations*, vol. 1, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2015.
- Larochelle, Bernard. *Contrat de société et d'association*, 3^e éd. mise à jour par Charlaïne Bouchard. Montréal, Chambre des notaires du Québec, Wilson & Lafleur, 2012.
- LeBrun, Christine. *Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat*. Montréal: LexisNexis, 2013.
- Lefebvre, Brigitte. "Bonne foi: principe et application", dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile*, vol. 1, par Pierre-Claude Lafond, dir. Montréal: LexisNexis, 2008, fascicule 5 (feuilles mobiles mises à jour mars 2018, envoi n° 18).
- Litvinoff, Saul. "Force Majeure, Failure of Cause and Théorie De L'Imprévision: Louisiana Law and Beyond" (1985), 46 *La. L. Rev.* 1.
- Lluelles, Didier. "La révision du contrat en droit québécois" (2006), 36 *R.G.D.* 25.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2012.
- Martin, Stefan. "Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois" (1993), 34 *C. de D.* 599.
- McCann, Julie. *Prescriptions extinctives et fins de non-recevoir*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2011.
- Perillo, Joseph M. "Force Majeure and Hardship Under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts" (1997), 5 *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 5.
- Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.
- Québec. Assemblée nationale. *La réforme du Code civil: Quelques éléments du projet de loi 125 présenté à l'Assemblée nationale le 18 décembre 1990*. Québec, mai 1991.
- Québec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code, Commentaries*, vol. II. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Québec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code, Draft Civil Code*, vol. I. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*. Québec: Publications du Québec, 1993.
- Karim, Vincent. *Le consortium d'entreprises, joint venture: nature et structure juridique, rapports contractuels, partage des responsabilités, modes alternatifs de règlement des différends: médiation et arbitrage*. Montréal, Wilson & Lafleur, Martel, 2016.
- Karim, Vincent. *Les obligations*, vol. 1, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.
- Larochelle, Bernard. *Contrat de société et d'association*, 3^e éd. mise à jour par Charlaïne Bouchard, Montréal, Chambre des notaires du Québec, Wilson & Lafleur, 2012.
- LeBrun, Christine. *Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat*, Montréal, LexisNexis, 2013.
- Lefebvre, Brigitte. « Bonne foi: principe et application », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile*, vol. 1, par Pierre-Claude Lafond, dir., Montréal, LexisNexis, 2008, fascicule 5 (feuilles mobiles mises à jour mars 2018, envoi n° 18).
- Litvinoff, Saul. « Force Majeure, Failure of Cause and Théorie De L'Imprévision: Louisiana Law and Beyond » (1985), 46 *La. L. Rev.* 1.
- Lluelles, Didier. « La révision du contrat en droit québécois » (2006), 36 *R.G.D.* 25.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2012.
- Martin, Stefan. « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois » (1993), 34 *C. de D.* 599.
- McCann, Julie. *Prescriptions extinctives et fins de non-recevoir*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.
- Perillo, Joseph M. « Force Majeure and Hardship Under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts » (1997), 5 *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 5.
- Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet, Montréal, Thémis, 2001.
- Québec. Assemblée nationale. *La réforme du Code civil: Quelques éléments du projet de loi 125 présenté à l'Assemblée nationale le 18 décembre 1990*, Québec, mai 1991.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, Québec, Publications du Québec, 1993.
- Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec, Commentaries*, vol. II, Québec, Éditeur officiel, 1978.
- Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec, Projet de Code civil*, vol. I, Québec, Éditeur officiel, 1978.

Rolland, Louise. “La bonne foi dans le *Code civil du Québec*: du général au particulier” (1996), 26 *R.D.U.S.* 377.

Rolland, Louise. “Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec*” (1999), 44 *McGill L.J.* 903.

Swan, Angela, Nicholas C. Bala and Jakub Adamski. *Contracts: Cases, Notes & Materials*, 9th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.

Tancelin, Maurice. *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2009.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Thibault, Morissette, St-Pierre, Schragar and Mainville JJ.A.), 2016 QCCA 1229, [2016] AZ-51310795, [2016] Q.J. No. 9073 (QL), 2016 CarswellQue 8574 (WL Can.), affirming the decision of Silcoff J., 2014 QCCS 3590, [2014] AZ-51096311, [2014] Q.J. No. 4813 (QL), 2014 CarswellQue 8025 (WL Can.). Appeal dismissed, Rowe J. dissenting.

Douglas Mitchell, Audrey Boctor, Daphné Wermenlinger and Patrick Girard, for the appellant.

Pierre Bienvenu, Andres C. Garin, Sophie Melchers, Horia Bundaru and Lucie Lalonde, for the respondent.

English version of the judgment of Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ. delivered by

GASCON J. —

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Overview</u>	1
II. <u>Background</u>	7
A. <i>Origin of the Development Project</i>	8
B. <i>Negotiations, Letter of Intent and Power Contract</i>	11
C. <i>Situation of the Parties After They Entered Into the Contract</i>	17

Rolland, Louise. « La bonne foi dans le *Code civil du Québec* : du général au particulier » (1996), 26 *R.D.U.S.* 377.

Rolland, Louise. « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* » (1999), 44 *R.D. McGill* 903.

Swan, Angela, Nicholas C. Bala and Jakub Adamski. *Contracts : Cases, Notes & Materials*, 9th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.

Tancelin, Maurice. *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Thibault, Morissette, St-Pierre, Schragar et Mainville), 2016 QCCA 1229, [2016] AZ-51310795, [2016] J.Q. n° 9073 (QL), 2016 CarswellQue 7084 (WL Can.), qui a confirmé la décision du juge Silcoff, 2014 QCCS 3590, [2014] AZ-51096311, [2014] J.Q. n° 4813 (QL), 2014 CarswellQue 8025 (WL Can.). Pourvoi rejeté, le juge Rowe est dissident.

Douglas Mitchell, Audrey Boctor, Daphné Wermenlinger et Patrick Girard, pour l’appelante.

Pierre Bienvenu, Andres C. Garin, Sophie Melchers, Horia Bundaru et Lucie Lalonde, pour l’intimée.

Le jugement des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown a été rendu par

LE JUGE GASCON —

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Aperçu</u>	1
II. <u>Contexte</u>	7
A. <i>Naissance du projet de développement</i>	8
B. <i>Négociations, Lettre d’intention et Contrat d’électricité</i>	11
C. <i>La situation des parties suivant la conclusion du Contrat</i>	17

III. <u>Judicial History</u>25	III. <u>Historique judiciaire</u>25
A. <i>Quebec Superior Court, 2014 QCCS 3590</i>25	A. <i>Cour supérieure du Québec, 2014 QCCS 3590</i>25
B. <i>Quebec Court of Appeal, 2016 QCCA 1229</i>30	B. <i>Cour d’appel du Québec, 2016 QCCA 1229</i>30
IV. <u>Issues</u>37	IV. <u>Questions en litige</u>37
V. <u>Analysis</u>40	V. <u>Analyse</u>40
A. <i>Claim for Renegotiation of the Contract</i>40	A. <i>La demande de renégociation du Contrat</i>40
(1) <u>The Contract: Paradigm, Characterization and Content</u>45	(1) <u>Le Contrat : paradigme, qualification et contenu</u>45
(a) <i>Paradigm of the Contract</i>54	a) <i>Le paradigme du Contrat</i>54
(b) <i>Characterization of the Contract</i>59	b) <i>La qualification du Contrat</i>59
(c) <i>Unforeseeability of the Changes in the Electricity Market</i>77	c) <i>L’imprévisibilité des changements sur le marché de l’électricité</i>77
(d) <i>Conclusion on the Factual Analysis</i>82	d) <i>Conclusion sur l’analyse factuelle</i>82
(2) <u>Unforeseeability and Good Faith</u>83	(2) <u>L’imprévision et la bonne foi</u>83
(a) <i>Doctrine of Unforeseeability</i>86	a) <i>La théorie de l’imprévision</i>86
(b) <i>Unforeseeability in Quebec Civil Law</i>93	b) <i>L’imprévision en droit civil québécois</i>93
(c) <i>Good Faith and Equity</i>102	c) <i>La bonne foi et l’équité</i>102
(3) <u>Conclusion on the Principal Question</u>126	(3) <u>Conclusion sur la question principale</u>126
B. <i>Relief Sought and Prescription</i>129	B. <i>Les réparations recherchées et la prescription</i>129
VI. <u>Conclusion</u>136	VI. <u>Conclusion</u>136
I. <u>Overview</u>	I. <u>Aperçu</u>

[1] The Churchill River basin in Labrador is one of the areas with the greatest hydroelectric potential in the world. In 1969, following several years of negotiations, two sophisticated entities, the Quebec Hydro-Electric Commission (“Hydro-Québec”) and the Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (“CFLCo”), signed a contract (“Power Contract” or “Contract”) that set out a legal and financial framework for harnessing that potential by building

[1] Le bassin du fleuve Churchill au Labrador est l’une des zones à plus haut potentiel hydroélectrique au monde. En 1969, après plusieurs années de négociations, deux entités averties, la Commission hydroélectrique de Québec (« Hydro-Québec ») et la Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (« CFLCo »), signent un contrat (« Contrat d’électricité » ou « Contrat ») fixant le cadre juridique et financier qui allait leur permettre d’exploiter ce

a hydroelectric plant (“Plant”) on the river. It was a huge project involving a substantial amount of money. The parties chose to allocate the risks and benefits of the Contract over a 65-year period.

[2] The Power Contract signed by the parties made the project viable and attractive for each of them. On the one hand, Hydro-Québec undertook to purchase most of the electricity produced by the Plant, whether it needed it or not, and to protect CFLCo from any cost overruns incurred in the construction of the Plant. This assured CFLCo of a stable return on its investment and allowed it to use debt financing for the construction of the Plant, which is now estimated to be worth \$20 billion. On the other hand, Hydro-Québec sought and obtained the right to purchase electricity at fixed prices for the entire term of the Contract. This protected it from inflation and assured it that it would benefit from low prices in the event of an increase in market prices for electricity.

[3] Nearly 50 years after the Contract was signed, there have been changes in the electricity market whose effect is that the purchase price for electricity set in the Contract is well below market prices. As a result, Hydro-Québec sells electricity to third parties at current prices while continuing to pay CFLCo the price agreed on in the Contract in 1969. This generates substantial profits for Hydro-Québec.

[4] CFLCo argues that given this reality, which in its view was unforeseen, Hydro-Québec can no longer avail itself of the benefits conferred on it by the words of the Contract. In CFLCo’s opinion, these circumstances, which it characterizes as new and unforeseeable, mean that for Hydro-Québec to do so is contrary to the equilibrium established by the initial agreement and to the principle of good faith in contracting. CFLCo argues that, because the possibility that Hydro-Québec would within the space of a few years find itself in so advantageous a position for the sale of electricity at very high prices was unthinkable in the late 1960s, the Contract as initially contemplated cannot be found to apply in such circumstances. CFLCo submits that because the parties’

potentiel en construisant une centrale hydroélectrique (« Centrale ») sur le fleuve. Le projet est monumental et implique des sommes considérables. Les parties choisissent de répartir les risques et bénéfices du Contrat sur une période de 65 ans.

[2] Le Contrat d’électricité que signent les parties rend le projet viable et avantageux pour chacune d’elles. D’une part, Hydro-Québec s’engage à acheter la majeure partie de l’électricité qui sera produite par la Centrale, et ce, indépendamment de ses besoins. Elle s’engage aussi à prémunir CFLCo contre tout dépassement des coûts de construction de la Centrale. Cela assure à CFLCo un rendement stable sur son investissement et lui permet de financer par voie d’emprunts la construction de sa Centrale, dont la valeur est aujourd’hui estimée à 20 milliards de dollars. D’autre part, Hydro-Québec revendique et obtient le droit d’acheter l’électricité à prix fixes pendant toute la durée du Contrat. Cette mesure la protège contre l’inflation et lui assure la certitude de profiter de bas prix en cas de hausse des prix de l’électricité sur le marché.

[3] Près de 50 ans après la conclusion du Contrat, certains changements sont survenus sur le marché de l’électricité, si bien que le prix d’achat de l’électricité fixé dans celui-ci est bien en deçà des prix payables sur le marché. Hydro-Québec vend ainsi de l’électricité à des tiers aux prix actuels, tout en continuant de payer à CFLCo le prix convenu dans le Contrat en 1969. Elle en tire des profits substantiels.

[4] Compte tenu de cette réalité qu’elle estime imprévue, CFLCo soutient qu’Hydro-Québec ne peut plus se prévaloir des avantages qui lui échoient suivant la lettre du Contrat. Au regard de ces circonstances qu’elle qualifie de nouvelles et d’imprévisibles, CFLCo considère qu’un tel comportement va à l’encontre de l’équilibre de l’entente initiale et heurte la bonne foi contractuelle. Selon elle, puisqu’il était impensable, à la fin des années 1960, qu’Hydro-Québec puisse, en l’espace de quelques années, se retrouver en position aussi avantageuse pour vendre de l’électricité à très forts prix, l’on ne peut conclure que le Contrat s’applique tel qu’il était initialement envisagé dans de telles conditions. À ses yeux, comme l’entente entre les parties visait

agreement dealt first and foremost with the creation of a cooperative, sharing relationship, the words of the Contract do not reflect that primary intention of the parties and the application of the Contract now creates a situation that bears no resemblance to the contractual relationship contemplated in 1969.

[5] In the circumstances, CFLCo is asking the courts to order that the Contract be renegotiated and that its benefits be reallocated. Specifically, CFLCo seeks to have the fixed rate per kilowatt hour paid to it by Hydro-Québec replaced with a new and more advantageous rate. It submits that this change is necessary for two reasons: first, to ensure that the Contract reflects the initial equilibrium it is relying on and, second, to enforce Hydro-Québec's alleged duty to cooperate with its long-time partner on the basis of its general duty of good faith.

[6] The Quebec Superior Court and Court of Appeal both ruled against CFLCo. I agree with their conclusion. In Quebec civil law, there is no legal basis for CFLCo's claim. This Court cannot change the content of the Contract, nor can it require the parties to renegotiate certain terms of the Contract or to share the benefits otherwise than as provided for in the Contract. All of CFLCo's arguments, which are based on the nature of the Contract and its implied duties, the general duty of good faith, or a variation on the doctrine of unforeseeability (*imprévision*), must fail. Moreover, all of them require questioning the trial judge's determinative findings of fact, which are tainted by no palpable and overriding error. I would therefore dismiss the appeal.

II. Background

[7] To clarify what is in issue, it is important to clearly determine what the parties intended and expected at the time they entered into the Contract and how their relationship has evolved since then. This review of the factual background is based essentially on the trial judge's reasons. Since the courts below have already reviewed the relevant evidence thoroughly and in detail, I will limit myself to the

d'abord et avant tout à créer une relation de collaboration et de partage, la lettre du Contrat est peu représentative de cette intention première des parties et son application crée aujourd'hui un état de fait qui n'a rien à voir avec la relation contractuelle envisagée en 1969.

[5] Devant cette situation, CFLCo demande aux tribunaux d'imposer la renégociation du Contrat et une nouvelle répartition de ses bénéfices. Plus précisément, elle souhaite que le taux fixe par kilowattheure que lui paie Hydro-Québec soit remplacé par un nouveau taux plus avantageux. Cette modification serait nécessaire pour deux raisons : d'abord, pour que le Contrat reflète l'équilibre initial qu'elle invoque; ensuite, pour donner effet à l'obligation qu'aurait Hydro-Québec de collaborer avec sa partenaire de longue date sur la base de son obligation générale de bonne foi.

[6] Tant la Cour supérieure que la Cour d'appel du Québec ont donné tort à CFLCo. Je souscris à leur conclusion. En droit civil québécois, il n'existe aucun fondement légal étayant la demande de CFLCo. Notre Cour ne peut ni modifier le contenu du Contrat, ni obliger les parties à en renégocier certaines modalités, ni imposer un partage des bénéfices différent de celui qu'il prévoit. Les arguments de CFLCo, qui s'appuient soit sur la nature du Contrat et ses obligations implicites, soit sur l'obligation générale de bonne foi, soit sur une variation de la théorie de l'imprévision, sont tous voués à l'échec. En outre, ils exigent tous la remise en question des conclusions factuelles décisives du juge de première instance, lesquelles ne sont entachées d'aucune erreur manifeste et déterminante. Je rejetterais donc l'appel.

II. Contexte

[7] Pour situer le débat, il importe de bien cerner l'intention des parties et leurs attentes au moment de la conclusion du Contrat, ainsi que l'évolution de leur relation depuis cette date. Pour l'essentiel, la revue de ce contexte factuel prend sa source dans les motifs du jugement de première instance. Puisque les juridictions inférieures ont déjà procédé à une analyse fouillée et détaillée de la preuve pertinente,

salient aspects of that evidence that are determinative of the appeal.

A. Origin of the Development Project

[8] In 1961, the Government of Newfoundland and Labrador¹ signed a lease with the Hamilton Falls Power Corporation Limited (which later changed its name and became CFLCo), a subsidiary of the British Newfoundland Corporation Limited (“Brinco”). Brinco was a consortium of industrial, banking and mining companies whose directors were, according to the trial judge, elite titans of industry at the time. The lease conferred on CFLCo the right to make use of the watershed of the Churchill Falls site to produce hydroelectric power. The lease, which was for a fixed rent, had a term of 99 years, renewable for a further 99 years. It provided that royalties were to be paid to the Government of Newfoundland and Labrador, but prohibited the province from raising taxes or increasing the amount of the royalties.

[9] At the time, Brinco wanted to exploit the watershed and build a hydroelectric plant there, but it was apparently unwilling either to finance the plant by issuing shares in CFLCo or to commit its own funds. Instead, it tried to secure debt financing for the construction of the Plant. For that purpose, CFLCo, its subsidiary that was to develop the project, sought customers that could guarantee that they would purchase large quantities of electricity on a long-term basis, in part to assure its future creditors that the project was financially viable. The customers it sought would also need to have the technology required to transmit the electricity produced by the Plant to consumers. In the trial judge’s opinion, there was nothing to suggest that, at the time, CFLCo was in any way dealing with an urgent situation that forced it to undertake the project in such circumstances.

[10] Hydro-Québec, a state-owned enterprise created in 1944 that has had a monopoly on electricity in

¹ Although it was only in December 2001 that the province of Newfoundland officially became Newfoundland and Labrador, the name “Newfoundland and Labrador” will be used throughout these reasons.

je me limiterai aux aspects saillants de celle-ci qui sont décisifs pour la solution du pourvoi.

A. Naissance du projet de développement

[8] En 1961, le gouvernement de Terre-Neuve-et-Labrador¹ signe un bail avec la Hamilton Falls Power Corporation Limited (qui change éventuellement de nom et devient CFLCo), une filiale de la société British Newfoundland Corporation Limited (« Brinco »). Cette dernière est un consortium de sociétés industrielles, bancaires et minières, dont les administrateurs sont, selon le premier juge, des titans de l’élite industrielle de l’époque. Le bail confère à CFLCo le droit d’exploiter le bassin hydrographique du site Churchill Falls pour produire de l’hydroélectricité. Le bail, à loyer fixe, est d’une durée de 99 ans et renouvelable pour une même période. Il prévoit le versement de redevances au gouvernement de Terre-Neuve-et-Labrador, mais il interdit à la province d’augmenter les taxes ou le montant de ces redevances.

[9] À l’époque, Brinco veut exploiter le bassin hydrographique et y construire une centrale hydroélectrique, mais elle ne souhaite apparemment ni la financer par émission d’actions de CFLCo, ni engager ses propres fonds. Elle cherche plutôt à financer la construction de la Centrale par voie d’emprunts. CFLCo, sa filiale par qui le projet sera développé, est donc en quête de clients capables de garantir l’achat de grandes quantités d’électricité à long terme, notamment pour assurer à ses futurs créanciers la viabilité économique du projet. Les clients qu’elle recherche doivent aussi posséder la technologie nécessaire pour acheminer l’électricité produite par la Centrale vers les consommateurs. D’après le premier juge, rien n’indique que CFLCo faisait alors face à une quelconque urgence l’obligeant à nécessairement entreprendre le projet dans ces circonstances.

[10] Hydro-Québec, société d’État créée en 1944 et détenant le monopole de l’électricité au Québec

¹ La dénomination « Terre-Neuve-et-Labrador » sera utilisée tout au long des motifs, bien que ce ne soit qu’en décembre 2001 que la province de Terre-Neuve devient officiellement Terre-Neuve-et-Labrador.

Quebec since 1963, met these criteria. Furthermore, it was at that time facing an increase in the demand for electricity in Quebec. This did not make it the perfect partner, however, as it was capable of developing its own hydroelectric projects. Hydro-Québec therefore had to be convinced that it would be worth its while to participate in the construction of plants owned by third parties and to purchase their electricity rather than producing its own.

B. *Negotiations, Letter of Intent and Power Contract*

[11] CFLCo approached Hydro-Québec immediately after the 1961 lease was signed, but Hydro-Québec rejected its initial offers. It was not until 1966 that the parties agreed on a development project. At that time, they signed a Letter of Intent setting out the terms of the project, although those terms required the approval of the governments of Quebec and Newfoundland and Labrador. Article 2.0 of the Letter of Intent stipulated that a final contract remained to be signed. The Letter of Intent stated that CFLCo would be responsible for building the Plant, and Hydro-Québec for building the transmission lines to Quebec. The parties expected Hydro-Québec to purchase a fixed quantity of electricity from the Plant for 40 years at fixed prices that would decrease every 5 or 10 years and would be based on the cost of building the Plant. That purchase guarantee took the form of a “take-or-pay” undertaking that would require Hydro-Québec to buy and pay for a fixed quantity of electricity whether it needed it or not. The Letter of Intent also provided that CFLCo would have the right to receive 300 megawatts of electricity on request: this was the right of “recapture”. The parties also agreed that Hydro-Québec would guarantee up to \$100 or \$109 million in construction cost overruns.

[12] Construction of the Plant began immediately, but both CFLCo and Hydro-Québec quickly realized that the work was proving to be more costly than had been anticipated. In addition, potential creditors were hesitant and were asking for additional security. This required the parties to make changes to their respective prestations, with the result that a new contractual equilibrium was established following further

depuis 1963, répond aux critères recherchés. De plus, elle fait alors face à une croissance de la demande d'électricité au Québec. Cela n'en fait toutefois pas pour autant la partenaire idéale, puisqu'elle est en mesure de développer ses propres projets hydroélectriques. Aussi, encore faut-il la convaincre qu'il est avantageux pour elle de participer à la construction de centrales appartenant à des tiers et d'acheter leur électricité plutôt que d'en produire elle-même.

B. *Négociations, Lettre d'intention et Contrat d'électricité*

[11] CFLCo approche Hydro-Québec dès la signature du bail de 1961, mais celle-ci refuse ses premières offres. Ce n'est qu'en 1966 que les parties s'entendent sur un projet de développement. Elles signent alors une Lettre d'intention en fixant les modalités, lesquelles restent cependant sujettes à l'approbation des gouvernements du Québec et de Terre-Neuve-et-Labrador. La Lettre d'intention prévoit à son art. 2.0 qu'un contrat définitif reste à conclure. Elle stipule que CFLCo a la charge de construire la Centrale, et Hydro-Québec, les lignes de transmission vers le Québec. Les parties s'attendent à ce qu'Hydro-Québec achète une quantité établie d'électricité de la Centrale à des prix fixes, décroissants tous les 5 ou 10 ans, établis en fonction de son coût de construction, et ce, pendant 40 ans. Cette garantie d'achat prend la forme d'un engagement ferme (« *take or pay* ») qui oblige Hydro-Québec à acheter et payer une quantité fixe d'électricité, indépendamment de ses besoins. La Lettre d'intention prévoit également le droit de CFLCo de recevoir sur demande 300 mégawatts d'électricité : c'est le droit de « *recapture* » ou de récupération. Les parties prévoient aussi qu'Hydro-Québec garantira les dépassements de coûts de la construction, à hauteur de 100 ou 109 millions de dollars.

[12] La construction de la Centrale débute immédiatement, mais CFLCo tout comme Hydro-Québec constatent rapidement que les travaux sont plus dispendieux que prévu. De plus, les créanciers potentiels sont réticents et demandent davantage de garanties. Les parties doivent donc apporter des changements à leurs prestations respectives, si bien qu'un nouvel équilibre contractuel est atteint à la

negotiations. The 1969 Power Contract, which superseded and replaced the Letter of Intent, therefore differed fundamentally from the latter on certain key points. For example, Hydro-Québec now guaranteed any cost overruns for the Plant. As well, the parties retained the initial 40-year term, but agreed to add a clause providing for automatic renewal of the Contract for an additional 25 years.

[13] In his rigorous analysis of the evidence, the trial judge reviewed the negotiations on this last point in detail. He noted that, because the electricity prices were based directly on the Plant's construction costs, cost overruns had increased those prices and made the project less attractive for Hydro-Québec. He observed that, at the time, Hydro-Québec had therefore requested — in what the executive committees of the boards of directors of Brinco and CFLCo perceived as a “very firm” position — an option to renew the Contract for 25 years at a single fixed price slightly lower than the rate it was to pay at the end of the initial term of the Contract. It was clear, however, that Hydro-Québec would still be required to buy and pay for a fixed quantity of electricity.

[14] The minutes of a joint meeting of those two committees indicate that they were of the view that such a commitment would produce significant annual revenue, that there would be no debt outstanding for CFLCo at the time of the renewal and that, although hydroelectricity was an attractive source of power at the time of the negotiations, it was conceivable that it would be less economical than nuclear power 40 years later. Ultimately, CFLCo acceded to Hydro-Québec's request, although it thought that it would be better off with an automatic renewal clause, a point on which Hydro-Québec conceded in the end. The Government of Newfoundland and Labrador was consulted before the final agreement was signed: *Newfoundland (Attorney General) v. Churchill Falls (Labrador) Corp.* (1985), 56 Nfld. & P.E.I.R. 91 (C.A.), at paras. 16 and 26.

[15] When the Power Contract was signed, it reflected the parties' legitimate expectations and

suite de nouvelles négociations. Le Contrat d'électricité de 1969, qui annule et remplace la Lettre d'intention, diffère ainsi fondamentalement de celle-ci sur certains points clés. Par exemple, Hydro-Québec garantit dorénavant tout dépassement de coûts de la Centrale. Ensuite, les parties gardent le terme initial de 40 ans, mais conviennent d'ajouter une clause de renouvellement automatique du Contrat pour une durée supplémentaire de 25 ans.

[13] Dans son analyse rigoureuse de la preuve, le juge de première instance revoit en détail les négociations ayant porté sur ce dernier point. Il note que, comme les prix de l'électricité sont calculés en fonction directe des coûts de construction de la Centrale, les dépassements de coûts font augmenter ces prix et rendent le projet moins avantageux pour Hydro-Québec. Il retient qu'à l'époque, Hydro-Québec demande donc, d'une manière perçue comme [TRADUCTION] « très ferme » par les comités exécutifs des conseils d'administration de Brinco et de CFLCo, d'obtenir une option de renouvellement pour 25 ans à un prix fixe unique, légèrement inférieur au taux que doit payer Hydro-Québec à la fin du terme initial du Contrat. Il est acquis qu'Hydro-Québec reste toutefois toujours tenue d'acheter et de payer une quantité fixe d'électricité.

[14] Le procès-verbal de la rencontre entre ces deux comités indique qu'ils considèrent qu'un tel engagement générera des revenus annuels importants, que CFLCo sera libre de toute dette au moment du renouvellement et que, si l'hydroélectricité est une source d'énergie avantageuse au moment des négociations, il est envisageable qu'elle soit moins économique que le nucléaire 40 ans plus tard. Au bout du compte, CFLCo accède à la demande d'Hydro-Québec tout en considérant qu'il est plus avantageux pour elle d'obtenir que la clause de renouvellement soit automatique, ce qu'Hydro-Québec lui concède finalement. Le gouvernement de Terre-Neuve-et-Labrador est consulté avant la conclusion de l'entente finale : *Newfoundland (Attorney General) c. Churchill Falls (Labrador) Corp.* (1985), 56 Nfld. & P.E.I.R. 91 (C.A.), par. 16 et 26.

[15] À l'époque de sa signature, le Contrat d'électricité répond aux attentes légitimes des parties et

seemed to them to be mutually beneficial. The paradigm of the Contract, its organizing principle, can be easily summarized. On the one hand, Hydro-Québec assumed the risks associated both with the Churchill River development project and with the uncertainty of market prices for electricity. On the other, because CFLCo was receiving a Plant that it would not be paying for itself and was acquiring the certainty and stability that resulted from having a long-term customer, it agreed in exchange to sell the electricity produced by the Plant to Hydro-Québec at low prices, and over a very long period.

[16] In these proceedings, CFLCo is challenging that paradigm.

C. Situation of the Parties After They Entered Into the Contract

[17] CFLCo argues that this challenge is justified because of some fundamental and unforeseeable changes that have occurred in the electricity market. After the Contract was signed, the price of electricity in fact rose significantly, in part because of the oil price shocks of the 1970s and the decline in public confidence in nuclear power due to an accident in a plant that happened in 1979. The relative market positions of CFLCo and Hydro-Québec are alleged to have changed as well. Technologies for transporting and distributing electricity are more efficient. Furthermore, since 1996, the United States Federal Energy Regulatory Commission has required any company that sells electricity in that country, including Hydro-Québec, to give any interested third party access to its transmissions systems.

[18] In CFLCo's view, these changes have essentially disrupted the equilibrium of the Contract. The prestations owed to Hydro-Québec now have a much greater value than the parties could have foreseen when they entered into the Contract. CFLCo argues that this disproportion between the parties' prestations cannot be tolerated. Hydro-Québec should be required to renegotiate the Contract, and more specifically the sale price for electricity, so that the substantial profits generated by the resale of the

leur semble mutuellement bénéfique. Le paradigme du Contrat, son principe organisateur, se résume facilement. D'un côté, Hydro-Québec assume les risques, tant ceux associés au projet de développement du fleuve Churchill que ceux liés aux aléas des prix de l'électricité sur le marché. De l'autre côté, puisque CFLCo profite d'une Centrale qu'elle ne paie pas elle-même, de même que de la certitude et de la stabilité d'un client à long terme, elle consent en retour à vendre l'électricité produite par la Centrale à Hydro-Québec à bas prix, et pendant une très longue période.

[16] CFLCo remet ce paradigme en question dans le cadre du présent débat.

C. La situation des parties suivant la conclusion du Contrat

[17] Pour CFLCo, cette remise en question se justifierait en raison de certains changements fondamentaux et imprévisibles survenus sur le marché de l'électricité. Après la conclusion du Contrat, le prix de l'électricité a en effet considérablement augmenté, entre autres à cause des crises du pétrole des années 1970 et de la baisse de confiance de la population envers le nucléaire en raison d'un accident à une centrale en 1979. La position relative de CFLCo et d'Hydro-Québec sur le marché aurait aussi changé. Les technologies permettant le transport et la distribution de l'électricité sont plus efficaces. De même, depuis 1996, la commission américaine de réglementation de l'énergie — la Federal Energy Regulatory Commission — exige de toute entreprise qui vend de l'électricité aux États-Unis, dont Hydro-Québec, qu'elle permette l'accès à ses systèmes de transmission à tout tiers intéressé.

[18] Selon CFLCo, ces changements auraient en quelque sorte bouleversé l'équilibre du Contrat. Les prestations dont Hydro-Québec est créancière seraient aujourd'hui d'une valeur bien plus grande que ce que les parties avaient pu prévoir au moment de la conclusion du Contrat. D'après CFLCo, cette disproportion entre les prestations ne saurait être tolérée. Hydro-Québec devrait être tenue de renégocier le Contrat, plus précisément le prix de vente de l'électricité, afin de répartir de manière plus équitable les

electricity produced by the Plant are shared more equitably.

[19] That being said, there were other changes in the circumstances of the parties subsequent to the conclusion of the Contract that must also be considered here. First, in 1974 and 1975, Newfoundland and Labrador Hydro (“NLH”), a Crown corporation, acquired Brinco’s shares and the shares of another minority shareholder of CFLCo, but not those of Hydro-Québec. What the Government of Newfoundland and Labrador hoped to gain with respect to the Churchill Falls project then quickly became apparent. In 1976, it tried to force CFLCo to “recapture” more electricity than CFLCo was entitled to under the Contract. CFLCo responded that the inevitable result of doing so would be a failure to perform the prestations it owed Hydro-Québec, and it declined to comply, which led to the dispute being brought before the courts of both provinces. This Court heard and summarily dismissed appeals from the two series of decisions that had followed, in which the lower courts had agreed with Hydro-Québec on all points: *Newfoundland (Attorney General) v. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 S.C.R. 1085; *Hydro-Québec v. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 S.C.R. 1087.

[20] Second, in 1980, the province’s legislature enacted a statute that provided for reversion to the government of the rights that had been assigned to CFLCo in 1961. Another court challenge ensued. The Newfoundland and Labrador Court of Appeal declared the legislation to be valid, but this Court unanimously held that it was *ultra vires* the province, because its pith and substance was to interfere with rights that, under the Contract, were situate in Quebec, that is, the place where a party could bring an action for the enjoyment of those rights: *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297.

[21] At that same time, Hydro-Québec and CFLCo began negotiations to settle their differences. The negotiations continued sporadically for several years, but the parties never reached an agreement to reopen the 1969 Contract. Instead, they chose to enter into other contracts parallel to it.

profits substantiels générés par la revente de l’électricité produite par la Centrale.

[19] Cela dit, d’autres changements dans les circonstances des parties survenus à la suite de la conclusion du Contrat doivent aussi être soulignés ici. D’abord, en 1974 et 1975, la société d’État Newfoundland and Labrador Hydro (« NLH ») acquiert les actions de Brinco, puis celles d’un autre actionnaire minoritaire de CFLCo, mais non celles d’Hydro-Québec. Les ambitions du gouvernement de Terre-Neuve-et-Labrador à l’égard du projet Churchill Falls deviennent alors rapidement évidentes. Dès 1976, le gouvernement de cette province tente de forcer CFLCo à « récupérer » plus d’électricité que ce à quoi elle a droit d’après le Contrat. CFLCo répond que cela entraînerait inmanquablement l’inexécution des prestations qu’elle doit à Hydro-Québec et refuse d’obtempérer, si bien que les tribunaux des deux provinces se retrouvent saisis du litige. Notre Cour entend et rejette sommairement les appels des deux séries de décisions qui s’ensuivent et qui donnent raison sur toute la ligne à Hydro-Québec : *Terre-Neuve (Procureur général) c. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 R.C.S. 1085; *Hydro-Québec c. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 R.C.S. 1087.

[20] Ensuite, en 1980, l’assemblée législative de la province promulgue une loi ayant pour effet de rétrocéder au gouvernement les droits cédés à CFLCo en 1961. Une autre contestation judiciaire s’ensuit. Alors que la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador déclare la loi valide, notre Cour conclut unanimement qu’elle est *ultra vires* de la province, son caractère véritable étant d’affecter des droits qui, d’après le Contrat, sont situés au Québec, soit là où une partie peut tenter une action pour en bénéficier : *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297.

[21] Parallèlement, Hydro-Québec et CFLCo entament des négociations afin de résoudre leurs différends. Ces négociations se poursuivent de manière sporadique pendant plusieurs années, mais les parties ne s’entendent jamais pour rouvrir le Contrat de 1969. Elles choisissent plutôt de conclure d’autres contrats en marge de celui-ci.

[22] Thus, in 1991, Hydro-Québec undertook to purchase the balance of the Plant's production capacity for a limited time. In 1998, the parties changed the conditions for the exercise of CFLCo's "recapture" right by agreeing that, for a period of time, CFLCo would sell the electricity in question to NLH, which would resell it at a profit to Hydro-Québec under terms that were kept confidential. Since 2009, the electricity to which the conditions respecting the recapture right apply has been resold in other markets and exported through Hydro-Québec's transmission lines. Finally, in 1999, the parties signed the Guaranteed Winter Availability Contract, under which Hydro-Québec received the assurance that the Plant's production capacity would be available during the winter months in exchange for substantial additional revenue for CFLCo. Significantly, these last two contracts will expire at the same time as the Power Contract, in 2041.

[23] Despite all these changes, the performance of the prestations provided for in the Contract was generally problem-free. There is no mention in the record of any default by the parties or any disagreement over the interpretation or application of the words of the Contract. The trial judge's understanding was that CFLCo had received what it asked for at the time of the negotiations. The development strategy it had at the time was implemented smoothly: Brinco was able to complete the Plant without having to invest its own funds and also remained CFLCo's majority shareholder, a strategy of which NLH is today the beneficiary, and CFLCo received the return it anticipated and expected on its investment as well as the other benefits conferred on it by the Contract.

[24] The foregoing is the backdrop to the proceedings now before the courts. This appeal is in fact the third one that has come before this Court with respect to the scope of the Power Contract. In this regard, the trial judge noted that the Government of Newfoundland and Labrador had undertaken to pay all costs of the litigation, and that the proceedings had been commenced shortly before CFLCo had repaid in full the debt that had until then been guaranteed in part by Hydro-Québec for the Plant's construction costs. In his view, these proceedings were ultimately another unjustified attempt by the

[22] Ainsi, en 1991, Hydro-Québec s'engage à acheter pour un temps limité le reste de la capacité de production de la Centrale. En 1998, les parties modifient les modalités du droit de « récupération » de CFLCo, de telle sorte que pour un certain temps, CFLCo revend cette électricité à NLH, qui elle la revend à Hydro-Québec à profit selon des conditions qui demeurent confidentielles. Depuis 2009, l'électricité visée par ces modalités du droit de récupération est revendue sur d'autres marchés et exportée au moyen des lignes de transmission d'Hydro-Québec. Enfin, en 1999, les parties signent le Guaranteed Winter Availability Contract, qui assure à Hydro-Québec la disponibilité de la capacité de production de la Centrale en période hivernale en contrepartie de revenus additionnels substantiels à CFLCo. Fait à noter, ces deux derniers contrats viennent à échéance en même temps que le Contrat d'électricité, soit en 2041.

[23] Malgré tous ces changements, l'exécution des prestations prévues au Contrat se déroule généralement sans problème. Le dossier ne fait mention d'aucun manquement par les parties, ni de mésentente sur l'interprétation ou l'application de la lettre du Contrat. Selon la compréhension du juge, CFLCo a reçu ce qu'elle cherchait à obtenir au moment de la négociation. Sa stratégie de développement de l'époque s'est concrétisée sans heurts : Brinco a pu réaliser la Centrale sans devoir investir ses propres fonds, tout en conservant la position d'actionnaire majoritaire de CFLCo, une stratégie dont profite NLH aujourd'hui. CFLCo a tiré de son investissement le rendement prévu et attendu, en plus de recevoir les autres bénéfices que le Contrat lui octroyait.

[24] C'est sur cette toile de fond que le litige actuel devant les tribunaux s'est concrétisé. Le présent pourvoi est d'ailleurs le troisième dont notre Cour est saisie relativement à la portée du Contrat d'électricité. Le juge de première instance mentionne à ce chapitre que le gouvernement de Terre-Neuve-et-Labrador s'est engagé à payer tous les frais afférents au litige et que celui-ci est né peu de temps avant le remboursement complet par CFLCo de la dette qu'Hydro-Québec garantissait jusqu'alors en partie pour les coûts de construction de la Centrale. À ses yeux, le litige constitue en définitive une autre

province to escape its contractual obligations and to deprive Hydro-Québec of the benefits to which it was entitled under the Contract.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court, 2014 QCCS 3590*

[25] On the basis of CFLCo's arguments, Silcoff J. identified four issues. He dealt with the first two issues together, framing them as follows: In the circumstances of the negotiation and signature of the Power Contract and in light of subsequent events, was Hydro-Québec, in refusing to renegotiate the price for electricity, in breach of its duties of cooperation and good faith? If so, was it open to the court to intervene?

[26] After canvassing the textbooks that review the [TRANSLATION] "new contractual morality" that flows from the application of the *Civil Code of Québec* ("C.C.Q." or "Code") and from the obligations associated with the general duty of good faith, Silcoff J. made note of Hydro-Québec's objections that the binding force of contracts remains a central principle of Quebec law and that the duty of good faith cannot give rise to an obligation to share a profit that has been received legitimately. He expressed the view that, to answer the first two questions, he had to define the nature of the parties' relationship as well as their legitimate expectations, and to consider the possibility that those expectations had not been met.

[27] Silcoff J. found that CFLCo had not discharged its burden of proof in this regard. In his opinion, neither the Contract itself nor the circumstances in which it was signed indicated that the parties' relationship was based on an equitable sharing of risks and benefits and required a tremendous level of cooperation, trust and compromise. Although the parties' attitude was one of cooperation after they signed the Letter of Intent, their final bargain was crystallized in the Contract, not in the Letter of Intent. In Silcoff J.'s view, the will of the parties was to fix electricity prices without permitting any renegotiation or adjustment of prestations in the future based on unexpected events that might occur in the

tentative injustifiée de la province d'échapper à ses obligations contractuelles et de priver Hydro-Québec des avantages auxquels elle a droit aux termes du Contrat.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec, 2014 QCCS 3590*

[25] Sur la foi des arguments présentés par CFLCo, le juge Silcoff identifie quatre questions en litige. Il traite les deux premières questions ensemble, qu'il formule ainsi : Vu les circonstances entourant la négociation et la conclusion du Contrat d'électricité et les événements subséquents, le refus d'Hydro-Québec de renégocier le prix de l'électricité est-il un bris de ses obligations de coopération et de bonne foi? Dans l'affirmative, la cour peut-elle intervenir?

[26] Après avoir passé en revue les ouvrages de doctrine qui traitent de la « nouvelle moralité contractuelle » découlant de l'application du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. » ou « Code ») et des obligations afférentes au devoir général de bonne foi, le juge Silcoff prend note des objections d'Hydro-Québec voulant que la force obligatoire des contrats demeure centrale en droit québécois et que ce devoir de bonne foi ne saurait entraîner une obligation de partager un profit légitimement obtenu. Pour répondre aux deux premières questions, le juge estime qu'il doit cerner la nature de la relation entre les parties ainsi que leurs attentes légitimes, et considérer la possibilité que celles-ci aient été déçues.

[27] Le juge Silcoff conclut que CFLCo ne s'est pas déchargée de son fardeau de preuve à cet égard. Selon lui, ni le Contrat ni les circonstances de sa conclusion ne révèlent que la relation entre les parties est fondée sur le partage équitable des risques et bénéfiques et requiert un niveau considérable de coopération, confiance et compromis. Bien que les parties aient eu une attitude de collaboration après la signature de la Lettre d'intention, leur entente finale s'est cristallisée dans le Contrat et non dans cette Lettre. Pour le juge, la volonté des parties était de fixer les prix de l'électricité sans permettre la renégociation ou l'ajustement des prestations dans le futur en fonction des aléas du projet. Le caractère fixe des prix

course of the project. The fixed nature of the prices was precisely the benefit that Hydro-Québec derived from the Contract and that it legitimately expected to receive. CFLCo could not therefore ask a court to deprive Hydro-Québec of that benefit now. Hydro-Québec had acted in good faith and in a spirit of fair play in complying with the Contract, and there was no justification for reading in an implied duty to renegotiate and for disregarding the will of the parties. Silcoff J. concluded from this that the intervention sought by CFLCo was not warranted.

[28] Having so decided, Silcoff J. turned to the remedies being sought by CFLCo, including an order that the Contract quite simply be resiliated, a declaration that Hydro-Québec had a duty to renegotiate the Contract or an order revising the Contract to include in it an indexing formula for electricity prices suggested by CFLCo. He found that, in light of his conclusions on the first two issues, CFLCo was entitled to none of the remedies it was seeking. He also observed that it would have been necessary to reject the proposed indexing formula at any rate because of methodological deficiencies and inconsistencies.

[29] Finally, Silcoff J. found that, in any event, CFLCo's action was prescribed. He rejected CFLCo's argument that Hydro-Québec's refusal to renegotiate the Contract was a continuing fault. Because CFLCo was asserting a personal right that allegedly arose out of changes in the electricity market, the most recent of which had occurred at the latest in 1997, the action had been prescribed since 2000.

B. *Quebec Court of Appeal, 2016 QCCA 1229*

[30] A panel of five judges of the Quebec Court of Appeal unanimously dismissed CFLCo's appeal.

[31] The Court of Appeal began by finding that Silcoff J. had made no palpable and overriding error in assessing the evidence. It rejected CFLCo's argument that the expectations of parties to a long-term contract must be established in light of what is foreseeable. In this case, the evidence showed that the parties had set electricity prices on the basis not of

était justement l'avantage qu'Hydro-Québec tirait du Contrat, ce qu'elle s'attendait légitimement à recevoir. CFLCo ne peut donc demander à un tribunal de l'en priver aujourd'hui. Hydro-Québec a agi de bonne foi, dans un esprit de loyauté, en respectant le Contrat et rien ne justifie d'y trouver une obligation implicite de renégociation et de faire abstraction de la volonté des parties. Le juge en conclut qu'il n'y a pas lieu d'intervenir dans le sens souhaité par CFLCo.

[28] Cela établi, le juge Silcoff se penche ensuite sur les réparations demandées par CFLCo, qui incluent soit la résiliation pure et simple du Contrat, soit une déclaration portant qu'Hydro-Québec a le devoir de renégocier celui-ci, soit la révision du Contrat par le juge pour y insérer une formule d'indexation des prix de l'électricité suggérée par CFLCo. Vu ses conclusions sur les deux premières questions, le juge Silcoff considère que CFLCo n'a droit à aucune des réparations recherchées. Il souligne par ailleurs que la formule d'indexation proposée souffre d'incohérences et de lacunes méthodologiques et qu'il y aurait donc lieu de l'écarter.

[29] Enfin, le juge Silcoff conclut qu'en tout état de cause, le recours de CFLCo est prescrit. Il rejette la théorie de CFLCo voulant que le refus d'Hydro-Québec de renégocier le Contrat soit une faute continue. Puisque CFLCo fait valoir un droit personnel qui tirerait sa source de changements sur le marché de l'électricité dont le plus récent serait survenu au plus tard en 1997, le recours est prescrit depuis l'an 2000.

B. *Cour d'appel du Québec, 2016 QCCA 1229*

[30] Une formation de cinq juges de la Cour d'appel du Québec rejette unanimement l'appel de CFLCo.

[31] La cour conclut d'abord que le juge Silcoff n'a commis aucune erreur manifeste et déterminante dans son évaluation de la preuve. Elle rejette l'argument de CFLCo voulant que les attentes des parties à un contrat de longue durée doivent être établies à l'aune du concept de la prévisibilité. En l'occurrence, la preuve révèle que les parties ont établi les

the electricity market and the foreseeability of long-term trends in that market, but of other factors. These factors included the cost of construction of the Plant, the fact that production costs for hydroelectricity are low and stable once a plant has been built, which Hydro-Québec wanted to be reflected in the prices it would pay, and CFLCo's need for a substantial inflow of money at the beginning of the Contract.

[32] The Court of Appeal added that the trial judge's findings that the parties had decided to have Hydro-Québec bear the risks related to fluctuations in electricity prices and had intentionally chosen not to include a price adjustment clause in the Contract were firmly supported by the evidence. It accordingly rejected the argument that the equilibrium of the Contract had been disrupted by unforeseeable changes in the market: the parties' prestations were not defined by reference to market conditions, and the Contract clearly allocated the risks associated with possible changes in those conditions. In short, the Court of Appeal found that the alleged unforeseeability was not relevant to the case and had not in fact been established.

[33] Next, the Court of Appeal pointed out that the two parties had articulated the central question of law in the case in very different ways. CFLCo argued that good faith tempers the principle of the binding force of contracts and that the parties to a relational contract have a duty to cooperate, which may, in certain circumstances, give rise to a duty to modify the contract. Hydro-Québec contended that CFLCo was in reality relying on the doctrine of unforeseeability. That doctrine, according to which a party can be required to renegotiate a contract should a sudden change in circumstances make the contract too onerous for the other party, is not recognized in Quebec civil law.

[34] On this subject, the Court of Appeal reviewed the debates that had led up to the enactment of the *Code*. It noted that the Civil Code Revision Office had suggested introducing the doctrine of unforeseeability as part of a series of recommendations

prix de l'électricité non pas en fonction du marché de l'électricité et de la prévisibilité de ses tendances à long terme, mais en fonction d'autres facteurs. Ces facteurs incluent le coût de la construction de la Centrale, le fait que les frais de production de l'hydroélectricité sont faibles et stables une fois une centrale construite, considération qu'Hydro-Québec souhaitait voir reflétée dans les prix qu'elle paierait, et le besoin de CFLCo d'obtenir des entrées de fonds substantielles dès le début du Contrat.

[32] La Cour d'appel ajoute que les conclusions du juge de première instance, selon lesquelles les parties ont décidé de faire supporter par Hydro-Québec les risques liés à la variation des prix de l'électricité et ont sciemment choisi de ne pas inclure de clause de rajustement de prix au Contrat, sont solidement étayées par la preuve. Elle rejette donc l'argument voulant que l'équilibre du Contrat ait été bouleversé par des changements imprévisibles sur le marché : les prestations des parties n'étaient pas définies en fonction des conditions du marché et le Contrat répartissait clairement les risques liés aux possibles changements de celles-ci. Bref, elle retient que l'imprévisibilité alléguée n'est ni pertinente au litige, ni établie en faits.

[33] La Cour d'appel souligne ensuite que les parties formulent chacune de façon très différente la question de droit au cœur du litige. Alors que CFLCo plaide que la bonne foi tempère le principe de la force obligatoire des contrats et que les parties à un contrat relationnel ont une obligation de collaboration qui peut, dans des circonstances particulières, entraîner une obligation de modification du contrat, Hydro-Québec soutient que CFLCo invoque en réalité la théorie de l'imprévision. Or, cette théorie, qui peut exiger d'une partie qu'elle renégocie un contrat advenant un changement de circonstances soudain ayant pour effet de rendre le contrat trop onéreux pour l'autre partie, n'est pas reconnue en droit civil québécois.

[34] À cet égard, la Cour d'appel analyse les débats qui ont précédé l'adoption du *Code*. Elle note que, bien que l'Office de révision du Code civil ait suggéré au législateur d'introduire la théorie de l'imprévision dans le cadre d'une série de recommandations visant

made to the legislature that were intended to make contract law fairer and more equitable, but that this suggestion had not been accepted. The doctrine is accordingly not provided for in the *Code*. However, the Court of Appeal found that there is nothing to prevent the development of judge-made law on unforeseeability in specific cases where the legislature has left the door open for a court to intervene to deal with abuse or unreasonable conduct.

[35] With this in mind, the Court of Appeal, noting that CFLCo was arguing that good faith sometimes requires one contracting party to help the other party remedy his or her problems, recognized that there may occasionally be situations, hypothetical at least, in which good faith and unforeseeability overlap. In the instant case, however, the court found that Hydro-Québec had met the obligations flowing from its general duty of good faith. There was no indication that it had acted in bad faith. Looking out for the interests of the other contracting party does not require a party to sacrifice his or her own interests. Because Hydro-Québec had not derived an unfair advantage and had not committed an abuse of right by insisting on adhering to the words of the Contract, the Court of Appeal found that it could not intervene.

[36] Finally, as a matter of doctrinal interest, the Court of Appeal considered the characteristics of the doctrine of unforeseeability as it exists in other civil law jurisdictions. But the court pointed out that, in any event, the doctrine would not apply in this case without an increase in CFLCo's costs of performance or a decrease in the value of the counterprestation it received. In the final analysis, the Court of Appeal found that CFLCo was essentially arguing that the Contract was lesionary on the basis that it resulted in an excessive benefit for Hydro-Québec. There is quite simply no support for that argument in Quebec civil law, as lesion is generally available only to minors and protected persons of full age.

IV. Issues

[37] The appeal ultimately raises one central question: Can CFLCo require Hydro-Québec to renegotiate the Power Contract because of "unforeseeable" changes in the electricity market since the Contract

à rendre le droit des contrats plus juste et équitable, cette suggestion ne fut pas retenue. Cette théorie est par conséquent absente du *Code*. Néanmoins, la cour estime que rien n'exclut que, dans certains cas précis où le législateur a ouvert la porte à l'intervention judiciaire en cas d'abus ou de comportement déraisonnable, il puisse se développer un droit de l'imprévision d'origine prétorienne.

[35] Cela étant, notant que CFLCo plaide que la bonne foi exige parfois d'une partie qu'elle aide son cocontractant à remédier à ses difficultés, la Cour d'appel reconnaît la possibilité que dans certaines situations, à tout le moins théoriques, bonne foi et imprévision puissent parfois se chevaucher. Elle considère toutefois que, en l'espèce, les obligations qui incombent à Hydro-Québec en raison de son devoir général de bonne foi ont été respectées. Rien n'indique qu'Hydro-Québec ait agi de mauvaise foi. Veiller aux intérêts de son cocontractant n'exige pas d'une partie qu'elle sacrifie ses propres intérêts. Puisqu'Hydro-Québec n'a obtenu aucun avantage indu ni commis d'abus de droit en exigeant le respect de la lettre du Contrat, la cour conclut qu'elle ne peut intervenir.

[36] Enfin, par intérêt doctrinal, la Cour d'appel explore les caractéristiques de la théorie de l'imprévision, telle qu'elle existe dans d'autres ressorts civilistes. Elle signale cependant que cette théorie ne saurait de toute façon trouver application ici en l'absence de coûts d'exécution plus onéreux pour CFLCo ou d'une diminution de la valeur de la contre-prestation qu'elle reçoit. En dernière analyse, la cour retient que CFLCo plaide essentiellement que le Contrat est lésionnaire du fait qu'il en découle un avantage excessif en faveur d'Hydro-Québec. Or, cet argument ne trouve tout simplement aucun appui en droit civil québécois, la lésion ne pouvant généralement être invoquée que par des mineurs ou des majeurs protégés.

IV. Questions en litige

[37] Le pourvoi soulève en définitive une question centrale : CFLCo peut-elle exiger qu'Hydro-Québec renégocie le Contrat d'électricité en raison des changements dits imprévisibles survenus sur le marché

was signed? On this point, CFLCo argues that the trial judge erred in characterizing and interpreting the parties' contractual relationship and in assessing the role of good faith in contractual matters.

[38] If this principal question is answered in the affirmative, two subsidiary questions arise: Can this Court grant the relief sought by CFLCo? If so, is CFLCo's action nonetheless prescribed?

[39] In my opinion, CFLCo's arguments with respect to both the basis for its claims and the relief it seeks find no support either in the evidence the trial judge considered and accepted or in Quebec civil law. I am also of the view that CFLCo's action in this case is prescribed. In short, the appeal must be dismissed no matter what approach is taken to it.

V. Analysis

A. *Claim for Renegotiation of the Contract*

[40] CFLCo argues that, given the nature of the Contract and the parties' duties of good faith and equity, Hydro-Québec had a duty to renegotiate the Contract when the Contract proved to be an unanticipated source of substantial profits for it. CFLCo adds that the Contract must be renegotiated so as to allocate the profits more equitably between the parties. It therefore seeks an order that, at a minimum, the Contract be renegotiated and modified on the basis of a price adjustment formula it itself has devised in order to force Hydro-Québec to share part of the profits Hydro-Québec earns in reselling the electricity purchased under the Contract or, in the alternative, that the Contract be resiliated.

[41] In support of its position, CFLCo begins by raising factual arguments relating to the characterization, the content and the interpretation of the Contract. It submits that the Contract is a relational contract akin to a joint venture. In its opinion, the parties always intended to prioritize cooperation and

de l'électricité depuis sa conclusion? Sur ce point, CFLCo invoque des erreurs qu'aurait commises le premier juge dans sa qualification et son interprétation de la relation contractuelle entre les parties, ainsi que dans son appréciation du rôle de la bonne foi en matière contractuelle.

[38] Si la réponse à cette question principale est affirmative, deux questions subsidiaires se soulèvent : Notre Cour peut-elle accorder les réparations recherchées par CFLCo? Dans l'affirmative, si ces réparations sont possibles, le recours de CFLCo est-il néanmoins prescrit?

[39] J'estime que les arguments soulevés par CFLCo, tant sur le fondement de ses revendications que sur les réparations recherchées, ne se justifient ni au regard de la preuve analysée et retenue par le juge de première instance, ni au regard du droit civil québécois. En outre, je considère que son recours est prescrit en l'espèce. Bref, peu importe l'angle sous lequel on l'aborde, l'appel doit être rejeté.

V. Analyse

A. *La demande de renégociation du Contrat*

[40] CFLCo soutient que, au regard de la nature du Contrat et des obligations de bonne foi et d'équité des parties, Hydro-Québec avait l'obligation de renégocier le Contrat lorsque celui-ci s'est révélé être pour elle une source inattendue de profits substantiels. Cette renégociation serait requise afin de répartir de manière plus équitable les profits entre les parties. D'où sa demande sollicitant une ordonnance imposant minimalement la renégociation du Contrat et la modification du Contrat, selon une formule d'ajustement des prix de son cru, pour forcer Hydro-Québec à partager une partie des profits qu'elle obtient en revendant l'électricité achetée aux termes de celui-ci, ou, subsidiairement, la résiliation du Contrat.

[41] À l'appui de sa thèse, CFLCo soulève d'abord des arguments de nature factuelle qui touchent à la qualification du Contrat, à son contenu et à son interprétation. Elle soutient que le Contrat est un contrat de nature relationnelle analogue à une « *joint venture* » ou coentreprise. Selon la théorie qu'elle

the equitable sharing of the risks and benefits associated with the project, but a number of unforeseen events fundamentally altered the nature of the electricity market and, as a result, the equilibrium of the parties' prestations. CFLCo adds that the Contract cannot be considered to have dealt with the risk of electricity price fluctuations as radical as the ones that have occurred since the 1980s: such fluctuations were impossible to foresee in 1969.

[42] As will be shown below, however, this characterization conflicts with the words of the Contract and disregards some crucial facts relating to the intention of the parties at the time they entered into it. The evidence does not show that the parties intended to jointly assume responsibility for the project or to create a flexible legal relationship; rather, it shows that they intended to agree on specific prestations. The evidence also shows that the parties clearly intended Hydro-Québec to bear most of the risks associated with the development of the Plant, including the risk of electricity price fluctuations, however large they might be. On this point, as the Court of Appeal correctly noted, the trial judge made no palpable and overriding error that might warrant intervention. His determinative finding concerning the paradigm of the Contract, namely that its fixed prices and long term were precisely the benefits Hydro-Québec was seeking in 1969, is strongly supported by the evidence he considered.

[43] Next, CFLCo submits that, as a matter of law, Hydro-Québec cannot receive such profits without being required to distribute part of them to the other contracting party, relying in support of this argument sometimes on the general duty of good faith that is recognized in Quebec civil law and sometimes on implied duties under the Contract based on equity. CFLCo maintains that there is a general duty to cooperate recognized by commentators and by the courts that gives rise to a duty to renegotiate the Contract and, by extension, a duty for Hydro-Québec to share the profits it makes under the Contract. But as Hydro-Québec rightly notes, CFLCo is thus essentially asserting a right to require the renegotiation

avance, les parties ont toujours voulu prioriser la bonne collaboration et le partage équitable des risques et bénéfices liés au projet. Toutefois, plusieurs événements imprévus auraient fondamentalement altéré la nature du marché de l'électricité et, par ricochet, l'équilibre des prestations des parties. CFLCo ajoute que le Contrat ne peut être considéré comme ayant envisagé le risque de fluctuations des prix de l'électricité aussi radicales que celles qui ont eu lieu depuis les années 1980 : de telles fluctuations étaient impossibles à prévoir en 1969.

[42] Or, comme l'analyse qui suit le démontre, qualifier le Contrat de cette façon contredit sa lettre et ignore certains faits cruciaux concernant l'intention des parties au moment de sa conclusion. La preuve ne révèle pas que les parties entendaient assumer ensemble la responsabilité pour le projet ou créer une relation juridique flexible, mais plutôt qu'elles avaient la volonté de convenir de prestations déterminées. La preuve révèle aussi une intention claire de faire supporter par Hydro-Québec la majorité des risques liés au développement de la Centrale, y compris les risques de fluctuations des prix de l'électricité, peu importe l'ampleur de ces fluctuations. Comme la Cour d'appel le souligne avec justesse, le juge de première instance ne commet à ce chapitre aucune erreur manifeste et déterminante qui puisse justifier une intervention. Sa conclusion décisive sur le paradigme du Contrat, à savoir que les prix fixes et la longue durée du Contrat étaient les bénéfices qu'Hydro-Québec cherchait justement à obtenir en 1969, est fortement appuyée par la preuve analysée.

[43] CFLCo plaide ensuite qu'Hydro-Québec ne peut, en droit, jouir de tels profits sans être tenue d'en distribuer une partie à sa cocontractante, invoquant au soutien de cette prétention tantôt l'obligation générale de bonne foi que reconnaît le droit civil québécois, tantôt les obligations implicites du Contrat fondées sur l'équité. Sur une obligation générale de coopération reconnue en doctrine et en jurisprudence, elle prétend fonder une obligation de renégociation du Contrat et, de là, l'obligation pour Hydro-Québec de partager les profits que lui rapporte le Contrat. Toutefois, comme le souligne avec à-propos Hydro-Québec, CFLCo se trouve ainsi à invoquer essentiellement le droit d'exiger la

of a contract on the basis of unforeseeability. With respect, none of CFLCo's legal arguments on this point withstand scrutiny or are persuasive, and none of them can refute the inescapable conclusion that the Contract entitles Hydro-Québec to insist on adhering to the words of the Contract and maintaining the equilibrium of the prestations it establishes for the benefit of the parties, which bound themselves knowing full well what they were doing. To accept CFLCo's argument would be to deprive Hydro-Québec of the principal benefits it derives from the Contract.

[44] Before I discuss this central question in the appeal any further, there is a comment about the applicable law that must be made. The Power Contract, which provides for its automatic renewal 40 years after the Plant has been installed and is in service at full capacity, was entered into in 1969. At issue, therefore, is a contractual situation that existed at the time of the coming into force of the *Code* in 1994: s. 4 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code* (“AIRCC”). This means that the Contract is not governed entirely by the “new legislation”. Among other things, the supplementary rules that serve to determine the scope of the parties' obligations — including arts. 1431 and 1434 *C.C.Q.*, on which CFLCo relies to guide the interpretation of the Contract — do not apply: s. 4 para. 1 *AIRCC*. However, those two articles are substantially similar to the antecedent articles of the *Civil Code of Lower Canada*, arts. 1020 and 1024. The analysis of the parties' legal situation is therefore the same under the former Code as under the current one. Because the parties agree on this point, I will refer only to the articles of the *Code* in this regard. The provisions of the *Code* governing the exercise of rights and the performance of obligations do apply to the Contract, however: s. 4 para. 2 *AIRCC*. These include the articles that provide for the duty of a party to act in good faith in exercising rights and performing contractual obligations.

(1) The Contract: Paradigm, Characterization and Content

[45] Where the factual analysis is concerned, CFLCo's arguments are predicated on the importance

renégociation d'un contrat pour cause d'imprévision. Soit dit avec égards, aucun des arguments juridiques qu'elle avance à cet égard ne résiste à l'analyse ou ne convainc. Aucun ne permet non plus d'écarter le constat inéluctable que, aux termes du Contrat, Hydro-Québec est en droit d'exiger le respect de la lettre de celui-ci et de l'équilibre des prestations qu'il établit, au bénéfice des parties qui se sont liées en toute connaissance de cause. Accepter la prétention de CFLCo priverait Hydro-Québec des principaux bénéfices qu'elle tire du Contrat.

[44] Avant d'analyser plus amplement cette question centrale du pourvoi, un commentaire sur le droit applicable s'impose. Le Contrat d'électricité, qui prévoit sa reconduction automatique 40 ans après la mise en service de la Centrale à pleine capacité, a été conclu en 1969. Il s'agit donc ici d'une situation juridique contractuelle qui était en cours au moment de l'entrée en vigueur du *Code* en 1994 : art. 4 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* (« *LARCC* »). Le Contrat n'est donc pas entièrement soumis à la « loi nouvelle ». Entre autres, les règles supplétives servant à déterminer la portée des obligations des parties, dont les art. 1431 et 1434 *C.c.Q.* qu'invoque CFLCo pour orienter la lecture du Contrat, ne s'appliquent pas : art. 4 al. 1 *LARCC*. Toutefois, ces deux articles reprennent essentiellement des articles antérieurs du *Code civil du Bas-Canada*, soit les art. 1020 et 1024. L'analyse de la situation juridique des parties est donc la même tant sous l'ancien Code que sous le nouveau. Comme les parties conviennent que c'est le cas, je m'en tiendrai aux références aux articles du *Code* à ce chapitre. Les dispositions du *Code* qui encadrent l'exercice des droits et l'exécution des obligations s'appliquent par contre au Contrat : art. 4 al. 2 *LARCC*. Cela inclut notamment les articles qui prévoient l'obligation qu'a une partie d'agir de bonne foi dans l'exercice de ses droits et dans l'exécution de ses obligations contractuelles.

(1) Le Contrat : paradigme, qualification et contenu

[45] Du point de vue de l'analyse factuelle, l'argumentation de CFLCo repose sur l'importance, à

— which in its view has been underestimated — of the circumstances in which the parties entered into the Contract. CFLCo submits that the difference between the electricity market of the late 1960s and the electricity market of today is so significant and so radical that it is appropriate to describe the transition from one to the other as a true paradigm shift. The entirety of its reasoning revolves around this, the key point in its case. CFLCo argues that this paradigm, which it describes as a regulatory and market paradigm, meant that Quebec was in the late 1960s the only electricity market to which Newfoundland and Labrador had access, that electricity was seen as a public good rather than a source of profits and that, given the low cost of energy in the marketplace, a substantial increase in the price of electricity was not really conceivable for the parties. Also, it would have been difficult for the parties to the Contract to imagine a different regulatory and market paradigm.

[46] In CFLCo's view, this reality dictated the project's financing structure and the model for allocating the risks and benefits contemplated in the Contract. The parties really intended to create a relational joint venture contract. They agreed on a Contract that would have given each party a fair share of the value of the hydroelectric power produced at Churchill Falls had the circumstances not changed so radically. CFLCo argues that it is only because of the radical shift in the market paradigm that the true nature of the Contract is now obscured and that its words seem to allocate the risks and benefits as determined by Silcoff J. If Silcoff J. had characterized the Contract in light of the regulatory context and market conditions, he would have recognized that the parties had entered into a relational joint venture contract. Given the very nature of such contracts and the resulting implied duties under the Power Contract, CFLCo believes that Hydro-Québec had a duty to renegotiate the Contract and to agree to a redistribution of the profits it earns under it.

[47] This reasoning leads CFLCo to argue that, because a paradigm shift in the electricity market could not have been imagined at the time the Contract was

son avis sous-estimée, des circonstances entourant la conclusion du Contrat. Selon elle, la différence entre le marché de l'électricité à la fin des années 1960 et ce même marché aujourd'hui est si marquée et si radicale qu'il convient de décrire la transition de l'un à l'autre de véritable changement de paradigme. Tout son raisonnement gravite autour de ce point névralgique de sa thèse. Pour CFLCo, suivant ce paradigme, qu'elle qualifie de paradigme de la régulation et du marché, le Québec était à la fin des années 1960 le seul marché de l'électricité auquel avait accès Terre-Neuve-et-Labrador, l'électricité était perçue comme un bien public plutôt qu'une source de profits, et en raison du faible coût de l'énergie sur les marchés, une hausse substantielle du prix de l'électricité n'était pas véritablement envisageable par les parties. En outre, les parties au Contrat pouvaient difficilement imaginer un paradigme de la régulation et du marché différent.

[46] Selon CFLCo, cette réalité a dicté la structure du financement du projet et le modèle de répartition des risques et bénéfices prévus par le Contrat. Les parties voulaient de fait créer un contrat relationnel et de « *joint venture* » ou coentreprise. Elles ont convenu d'un Contrat qui aurait permis à chaque partie d'obtenir une juste part de la valeur de l'hydroélectricité produite à Churchill Falls si les circonstances n'avaient pas changé aussi radicalement. Ce serait uniquement à cause du changement radical du paradigme du marché que la nature réelle du Contrat se trouve aujourd'hui occultée, et que la lettre du Contrat semble répartir les risques et bénéfices de la façon déterminée par le juge Silcoff. Si ce dernier avait qualifié le Contrat en tenant compte du contexte réglementaire et de l'état du marché, il aurait reconnu que les parties ont conclu un contrat relationnel de coentreprise. Or, au regard de la nature même de ces types de contrats et des obligations implicites que le Contrat d'électricité comprendrait en conséquence, CFLCo estime qu'Hydro-Québec avait l'obligation de renégocier le Contrat et de convenir d'un nouveau partage des profits qu'elle tire en vertu de celui-ci.

[47] Dans la foulée de ce raisonnement, CFLCo plaide que, puisqu'un changement de paradigme du marché de l'électricité était inimaginable au moment

signed, Silcoff J. also erred in finding that the parties might even have formed a common intention that their Contract would govern the sale of electricity produced at Churchill Falls in this new context. By failing to draw the proper inferences from these key facts, Silcoff J. once again erred in interpreting the Contract.

[48] I wish to mention, first of all, that neither party is alleging any defect in the formation of the Contract. And CFLCo acknowledges that it is not pleading lesion, given that the parties' respective prestations were in equilibrium at the time they entered into the Contract. Indeed, raising lesion would serve no purpose, as the *Code*, like its predecessor I might add, clearly provides that lesion generally vitiates consent only with respect to minors and protected persons of full age. Moreover, the fact that the Contract is clearly a contract by mutual agreement means that CFLCo cannot argue that the Contract contains abusive clauses or require that the Contract be interpreted in its favour.

[49] That being said, it should be borne in mind that, in this case, both the interpretation and the characterization of the Contract are questions of mixed fact and law: *Uniprix inc. v. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 SCC 43, [2017] 2 S.C.R. 59, at paras. 41-42; see also *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at para. 50. Because the trial judge's interpretation and characterization of the Contract are based on a particular set of circumstances that are unlikely to have any precedential value, they may not be overturned absent a palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 28 and 36.

[50] My colleague maintains that this is not so. In his opinion, the characterization of the Contract having regard to a relational component is in this case a pure question of law. On this basis, he substitutes his own interpretation of the parties' intention for that of the trial judge, even assessing the evidence himself. In so doing, my colleague ultimately rejects Silcoff J.'s assessment of the documentary, testimonial and expert evidence on which the latter relied in defining the central paradigm of the Contract, which

de la conclusion du Contrat, le juge Silcoff aurait également fait erreur en concluant que les parties ont même pu former l'intention commune que leur Contrat régisse la vente de l'électricité produite à Churchill Falls dans ce nouveau contexte. En omettant de tirer les bonnes inférences de ces faits clés, le juge Silcoff aurait une fois de plus mal interprété le Contrat.

[48] Je précise d'entrée de jeu qu'aucune partie n'invoque ici un quelconque vice de formation du Contrat. CFLCo reconnaît aussi qu'elle ne plaide pas la lésion, étant donné que les prestations respectives des parties étaient équilibrées au moment de la conclusion du Contrat. Il ne lui serait par ailleurs d'aucune utilité de soulever la lésion, car le *Code*, comme son prédécesseur du reste, prévoit clairement que celle-ci ne vicie généralement le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés. J'ajoute que, comme le Contrat est manifestement un contrat de gré à gré, CFLCo ne peut non plus invoquer l'existence de clauses abusives dans celui-ci, ni exiger qu'il soit interprété en sa faveur.

[49] Cela dit, il convient de rappeler qu'en l'espèce, tant l'interprétation que la qualification du Contrat demeurent des questions mixtes de fait et de droit : *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43, [2017] 2 R.C.S. 59, par. 41-42; voir aussi *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, par. 50. Puisqu'elles portent sur un ensemble particulier de circonstances qui n'est pas susceptible de présenter d'intérêt à titre de précédent, l'interprétation et la qualification de ce Contrat par le juge d'instance ne peuvent être renversées qu'en cas d'erreur manifeste et déterminante : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 28 et 36.

[50] Mon collègue soutient que ce ne serait pas le cas. La qualification du Contrat au regard de sa composante relationnelle serait, ici, une pure question de droit. Il s'autorise de cette conclusion pour ensuite substituer son interprétation de l'intention des parties à celle du premier juge, en ayant du reste lui-même recours à la preuve. Ce faisant, il écarte en fin de compte l'appréciation du juge Silcoff de la preuve documentaire, testimoniale et d'experts sur laquelle celui-ci s'est appuyé pour cerner le paradigme central

in Silcoff J.’s view, repudiates the existence of this relational component alleged by CFLCo.

[51] I disagree with the underlying premise of my colleague’s analysis. In this Court’s recent decision in *Uniprix*, the majority reviewed the principles applicable to the characterization of a contract in Quebec civil law. For the purposes of this appeal, it will suffice to consider the following points:

- (1) “. . . it is [the] classification of the contract — based on the rules that apply to it, the conditions that apply to its formation, its object and how it is performed — that makes it possible to define the nature of the contract and thereby determine how it should be characterized” (para. 27; citations omitted);
- (2) “it is . . . inappropriate to view this characterization of the contract as a purely objective exercise[, as t]his [TRANSLATION] ‘crucial operation for the judge’ can . . . be accomplished only by ‘seek[ing] to identify the parties’ true intention in this regard’” (para. 28; citations omitted);
- (3) “[t]o characterize a contract, the court must thus consider not only [TRANSLATION] ‘the obligations and other effects of the contract that [the parties] have stipulated’, but also ‘in some cases the circumstances of its formation and how they have applied it’” (para. 29; citation omitted); and
- (4) “. . . the characterization of a contract can depend on evidence of the parties’ common intention as regards its nature and its content[, and w]hen it is necessary to consider evidence of that intention, the Quebec Court of Appeal rightly recognizes that, in such cases, the characterization of the contract is a question of mixed fact and law” (para. 42; citations omitted).

[52] This is the very type of thorough exercise that the trial judge carried out in the instant case and that the Court of Appeal reviewed in detail in its decision. To say that the courts below did not consider the evidence — whether intrinsic or extrinsic to the Contract — in order to define the nature of the parties’ contractual relationship on the basis of their common intention would be to disregard dozens of paragraphs of the reasons of the Superior Court

du Contrat qui, à ses yeux, fait échec à cette composante relationnelle qu’invoque CFLCo.

[51] Je ne puis accepter la prémisse qui sous-tend l’analyse de mon collègue. Dans *Uniprix*, une majorité de la Cour a récemment revu ce que constitue la qualification d’un contrat en droit civil québécois. Pour les besoins du présent pourvoi, il suffit de retenir ceci :

- (1) « . . . c’est [la] classification du contrat — selon sa réglementation, ses conditions de formation, son objet et son mode d’exécution — qui permet d’en préciser la nature et d’ainsi cerner la qualification qui lui est propre » (par. 27; références omises);
- (2) « . . . il est [. . .] inopportun de concevoir cette qualification du contrat comme un exercice purement objectif [car] [c]ette “opération cruciale pour le juge” ne peut [. . .] être accomplie qu’en “recherch[ant] la véritable intention des parties à cet égard” » (par. 28; références omises);
- (3) « [p]our qualifier le contrat, le tribunal doit ainsi examiner non seulement “les obligations et autres effets du contrat [que les parties] ont prévus”, mais aussi “parfois les circonstances de sa formation et la manière dont elles l’ont appliqué” » (par. 29; référence omise); et
- (4) « . . . la qualification d’un contrat peut dépendre de la preuve de l’intention commune des parties à l’égard de sa nature et de son contenu [et] [l]orsqu’il est nécessaire de s’en remettre à la preuve de cette intention, la Cour d’appel du Québec reconnaît à juste titre que la qualification du contrat est alors une question mixte de fait et de droit » (par. 42; références omises).

[52] Or, c’est précisément le genre d’exercice fouillé auquel s’est livré le premier juge en l’espèce et que la Cour d’appel a revu en détail dans son arrêt. Soutenir que les cours inférieures n’ont pas tenu compte de la preuve — intrinsèque ou extrinsèque au Contrat — pour cerner la nature de la relation contractuelle des parties sur la foi de leur intention commune ferait abstraction de dizaines de paragraphes des motifs de la Cour supérieure et de la Cour d’appel. Je

and the Court of Appeal. I will merely observe that Silcoff J.'s contextual analysis runs from paras. 450-541 of his reasons, and it served as the basis for his subsequent discussion on the nature of the parties' contractual relationship: paras. 542-69. The conclusions he drew from it, including those set out in paras. 553 and 556, were largely based on the whole of that evidence.

[53] In my view, CFLCo's various arguments relating to the context of the Contract do not reveal any error on Silcoff J.'s part that would justify overturning his findings of fact concerning the paradigm, the characterization and the interpretation of the Contract. The same can be said, contrary to CFLCo's contention, with respect to the trial judge's conclusion, on assessing the evidence, that the alleged unforeseeable changes had not taken place. Regardless of whether one accepts that the changes in question were radical, CFLCo's arguments are inconsistent with Silcoff J.'s findings of fact on the issue of the choices made by the parties to manage the risks and uncertainties associated with the project. It follows that the first, factual aspect of CFLCo's position on the central question in the appeal must fail.

(a) *Paradigm of the Contract*

[54] On completing his review of the content and the clauses of the Contract, the trial judge concluded that the Contract specifically allocated the risks and benefits of the project. After considering all the relevant facts, he quoted a passage from the report of an expert, Mr. Lapuerta, to describe the contractual paradigm, the central vision of the transaction model, as follows: ". . . Hydro-Québec accepted significant risks, but enjoyed cost certainty and protection against inflation, while CFLCo secured the ability to raise large amounts of debt and to earn a relatively secure return on investment, and Brinco retained a majority equity position" (para. 488 (CanLII) (emphasis deleted)).

[55] In short, Silcoff J. found as follows on the fundamental obligations that characterize this innominate contract, which includes Hydro-Québec's right

me contenterai de signaler que l'analyse contextuelle du juge Silcoff couvre les par. 450-541 de ses motifs. Elle se veut le fondement de l'examen qu'il fait ensuite de la nature de la relation contractuelle des parties : par. 542-569. Les conclusions qu'il en tire, dont celles figurant aux par. 553 et 556, prennent largement appui sur l'ensemble de cette preuve.

[53] Pour ma part, j'estime que les divers arguments de CFLCo visant à remettre en contexte le Contrat ne permettent pas de dégager quelque erreur du juge Silcoff qui justifierait de renverser ses conclusions de fait sur le paradigme du Contrat, sur sa qualification et sur son interprétation. Il en va de même, contrairement à ce que plaide CFLCo, de l'évaluation que le premier juge fait de la preuve au regard de l'absence des changements imprévisibles qui seraient survenus. Que l'on accepte que ces changements aient été radicaux ou non, les conclusions de fait du juge Silcoff sur la question des choix faits par les parties pour gérer les risques et les incertitudes liés au projet sont incompatibles avec ces arguments. Il s'ensuit que le premier volet de l'argumentation de CFLCo sur la question centrale du pourvoi, factuel celui-là, doit échouer.

a) *Le paradigme du Contrat*

[54] Au terme de son analyse du contenu et des clauses du Contrat, le juge de première instance conclut que celui-ci répartit de façon précise les risques et les bénéfices du projet. Après avoir considéré l'ensemble des faits pertinents, il cite un extrait du rapport de l'expert Lapuerta pour décrire en ces termes le paradigme contractuel, la vision au cœur du modèle de la transaction : [TRADUCTION] « . . . Hydro-Québec a accepté des risques importants, mais a bénéficié de certitude quant aux coûts et de protection contre l'inflation, alors que CFLCo a été en mesure d'emprunter des sommes considérables et d'obtenir un rendement relativement sûr sur son investissement, et que Brinco a conservé sa participation majoritaire » (par. 488 (CanLII) (soulignement omis)).

[55] En somme, le juge Silcoff retient ce qui suit sur les obligations fondamentales qui caractérisent ce contrat innommé, lequel inclut le droit

to fixed costs. Hydro-Québec agreed to assume the risks associated with the project so that Brinco could finance the Plant by raising debt rather than issuing shares and CFLCo could obtain long-term revenue security to reassure its creditors. In agreeing to provide financing to CFLCo in the event of cost overruns and to purchase electricity whether it needed it or not, Hydro-Québec afforded CFLCo the possibility of being relatively well protected against the risk of lower returns on its investment and lower electricity prices. In exchange for the risks it assumed, Hydro-Québec obtained prices that were lower on average than the prices it would have had to pay had it had to pursue other projects. Hydro-Québec would receive that benefit at the end of the Contract in particular, as the prices were higher at the beginning to satisfy CFLCo's need for cash at that time, but this decreasing price structure suited Hydro-Québec, which in this way obtained a long-term guarantee of fixed prices. The clear result was therefore that Hydro-Québec would bear any losses or receive any profits flowing from fluctuations in electricity prices.

[56] CFLCo in fact argued at trial, and argues again in this Court, that the meaning of the clause of the Contract that fixes electricity prices is unclear, which would mean that the Contract is essentially ambiguous. Silcoff J. resolved this alleged ambiguity by considering, in particular, the evidence presented by the two parties on the circumstances in which the Contract was concluded. His interpretation rested on a determinative finding of fact, namely that the parties had intentionally chosen not to include a price adjustment formula in the Contract. That finding was based in part on the minutes of the joint meeting of the executive committees of the boards of directors of Brinco and CFLCo, at which Hydro-Québec's request that the Contract be renewed for 25 years was discussed. Those minutes indicate that the members of the two committees believed that it would be impossible for CFLCo to try to limit the scope of the renewal by suggesting that the price of electricity be adjusted by way of indexation without depriving the extension of any meaningful effect for Hydro-Québec. Silcoff J. also found that there

d'Hydro-Québec de profiter de coûts fixes. Pour que Brinco puisse financer la Centrale par voie d'emprunts plutôt que par émission d'actions, et pour que CFLCo puisse obtenir une garantie de revenus à long terme susceptible de rassurer ses créanciers, Hydro-Québec a accepté de supporter les risques associés au projet. En s'engageant à financer CFLCo advenant des dépassements de coûts et à acheter de l'électricité peu importe ses besoins, Hydro-Québec permettait à CFLCo de jouir d'une protection relative contre le risque de rendements plus faibles sur son investissement et de baisses des prix de l'électricité. En contrepartie des risques qu'elle assumait, Hydro-Québec obtenait des prix en moyenne inférieurs à ceux qu'elle aurait dû payer si elle avait dû entreprendre d'autres projets. Elle profitait de cet avantage particulièrement à la fin du Contrat, les prix étant plus élevés au début afin de répondre au besoin de liquidités de CFLCo à ce moment, mais cette structure décroissante convenait à Hydro-Québec qui obtenait ainsi une garantie de prix fixes à long terme. Il était dès lors acquis que, ce faisant, Hydro-Québec assumerait ou profiterait, selon le cas, des pertes ou bénéfiques découlant de toute fluctuation du prix de l'électricité.

[56] CFLCo plaidait de fait en première instance, et toujours devant notre Cour, que le sens de la clause du Contrat qui fixe les prix de l'électricité était incertain, si bien que le Contrat serait en quelque sorte ambigu. Le juge Silcoff a résolu cette ambiguïté alléguée en considérant notamment la preuve présentée par les deux parties sur les circonstances de la conclusion du Contrat. L'interprétation qu'il a retenue repose sur une conclusion de fait décisive, soit celle voulant que les parties aient sciemment choisi de ne pas inclure de formule d'ajustements des prix dans le Contrat. Cette conclusion s'appuie notamment sur la lecture du procès-verbal de la rencontre conjointe des comités exécutifs des conseils d'administration de Brinco et de CFLCo, au cours de laquelle la demande d'Hydro-Québec de renouveler le Contrat pour 25 ans a été discutée. Le procès-verbal de la rencontre indique que les membres des deux comités croyaient qu'il serait impossible pour CFLCo de tenter de limiter la portée du renouvellement en suggérant de moduler par voie d'indexation le prix de l'électricité sans, ce faisant, priver la prolongation de

was no evidence to support the opposite position — advanced by CFLCo — that the absence of such a formula had instead resulted from the parties' failure to consider the possibility of a change in the market.

[57] The choice to fix electricity prices and to have Hydro-Québec assume the risk that those prices would after some time be higher or lower than market prices helped to shape a final agreement that, as the parties saw it, properly allocated the risks and benefits associated with the project. Silcoff J. noted that the evidence, which was not in fact seriously contested by CFLCo, led to the conclusion that the terms fixing the prices to be paid for electricity reflected the risks assumed by Hydro-Québec under the Contract. One of CFLCo's experts even described this allocation of risks and benefits as reasonable, and Silcoff J. found, "based upon the uncontradicted credible evidence", that the parties had agreed to this allocation, believing it to be mutually beneficial: para. 469.

[58] Given the absence of any palpable and overriding error by the trial judge on this key point, the fundamental premise for CFLCo's position with regard to the nature of the Contract cannot be accepted. To accept CFLCo's view that the words of the Contract are based on the regulatory and market considerations it has identified and do not reflect the parties' intention outside those specific circumstances would be inconsistent with the trial judge's interpretation of the evidence in determining his understanding of the Contract. Yet the trial judge's understanding of the Contract, which the Court of Appeal accepted, is what must guide the analysis.

(b) *Characterization of the Contract*

[59] In this Court, CFLCo argues, as it did in the Court of Appeal, that the Contract is a relational contract. It also submits that the parties' agreement created a common project, which is characteristic of a joint venture. I do not accept these submissions. They are not supported by the evidence, nor do they

tout effet utile pour Hydro-Québec. Le juge Silcoff retient de plus qu'aucune preuve n'appuie la thèse contraire selon laquelle l'absence d'une telle formule résulterait plutôt, comme le propose CFLCo, d'une omission des parties de considérer la possibilité d'un changement sur le marché.

[57] Le choix de fixer les prix de l'électricité et de faire supporter par Hydro-Québec le risque que ces prix se révèlent plus élevés ou plus bas que ceux du marché après un certain temps a contribué à façonner une entente finale qui, aux yeux des parties, répartissait de manière adéquate les risques et les bénéfices liés au projet. Le juge Silcoff souligne que la preuve, qui au demeurant n'est pas sérieusement remise en question par CFLCo, mène à la conclusion que les modalités établissant les prix de l'électricité reflétaient les risques assumés par Hydro-Québec en vertu du Contrat. L'un des experts de CFLCo a même qualifié de raisonnable cette répartition des risques et des bénéfices, et le juge Silcoff a retenu, [TRADUCTION] « sur la base de la preuve crédible non contredite », que les parties ont consenti à cette allocation, qu'elles considéraient réciproquement bénéfique : par. 469.

[58] En l'absence d'erreur manifeste et déterminante du premier juge sur cet aspect névralgique, l'assise fondamentale de la position de CFLCo au sujet de la nature du Contrat ne peut être retenue. Accepter sa conception selon laquelle la lettre du Contrat serait fondée sur les considérations de régulation et de marché qu'elle identifie et ne refléterait pas l'intention des parties hors de ces circonstances spécifiques est inconciliable avec l'interprétation de la preuve retenue par le premier juge pour cerner sa conception du Contrat. Or, c'est la compréhension qu'en a eue le premier juge et qui fut acceptée par la Cour d'appel qui doit guider l'analyse.

b) *La qualification du Contrat*

[59] Devant notre Cour, CFLCo allègue, comme elle l'a fait devant la Cour d'appel, que le Contrat serait un contrat relationnel. Elle plaide aussi que l'entente des parties aurait créé un projet commun caractéristique d'une « joint venture » ou coentreprise. Je ne retiens pas ces prétentions. Les arguments

overcome Silcoff J.'s findings of fact concerning the paradigm of the Power Contract.

(i) The Contract Is Not a Joint Venture

[60] CFLCo argues that, because the parties intended to combine their resources to carry out a major project and intended to share the benefits of the venture equitably, they entered into a contract akin to a joint venture. In Quebec civil law, the joint venture, which is a common law concept, is sometimes referred to in French using the term “*coentreprise*”, “*groupement momentané d’entreprises*” or “*consortium*” of businesses: B. Larochelle and C. Bouchard, *Contrat de société et d’association* (3rd ed. 2012), at p. 100; see also V. Karim, *Le consortium d’entreprises, joint venture: nature et structure juridique, rapports contractuels, partage des responsabilités, modes alternatifs de règlement des différends: médiation et arbitrage* (2016), at para. 23. However, this concept does not necessarily reflect a particular legal form. Swan, Bala and Adamski define a joint venture as “a business relation which may take a variety of legal forms or structures”: A. Swan, N. C. Bala and J. Adamski, *Contracts: Cases, Notes & Materials* (9th ed. 2015), at §7.243; see also C. Bouchard, “Les rapprochements entre la société de personnes et le *partnership*: une étude de droit comparé canadien” (2001), 42 *C. de D.* 155, at p. 184. According to some, a joint venture in the common law context is in fact merely a partnership — an entity that resembles the civil law partnership — that is limited in time to a single project: R. Flannigan, “The Legal Status of the Joint Venture” (2009), 46 *Alta. L. Rev.* 713, at pp. 715 and 720.

[61] As some authors explain, the Quebec courts therefore tend to liken a joint venture contract to a contract of undeclared partnership: see Bouchard, at pp. 188-89; M. Guénette, *Les différentes formes d’entreprises au Canada* (2015), at p. 233. But the *Code* provides that the essential elements of a contract of partnership are the combining of resources to carry on an activity and the sharing of any resulting profits: art. 2186 para. 1. A joint venture is thus

qu’avance CFLCo ne sont pas étayés par la preuve et ne font pas échec aux conclusions de fait du juge Silcoff sur le paradigme du Contrat d’électricité.

(i) Le Contrat n’est pas une « joint venture » ou coentreprise

[60] Selon CFLCo, puisque les parties entendaient mettre leurs ressources en commun pour mener à terme un projet important et partager équitablement les bénéfices de cette aventure, elles auraient conclu un contrat caractéristique d’une « *joint venture* ». Le concept de « *joint venture* », issu de la common law, est parfois traduit en droit civil québécois par les termes « coentreprise », « groupement momentané d’entreprises » ou « consortium » d’entreprises : B. Larochelle et C. Bouchard, *Contrat de société et d’association* (3^e éd. 2012), p. 100; voir aussi V. Karim, *Le consortium d’entreprises, joint venture : nature et structure juridique, rapports contractuels, partage des responsabilités, modes alternatifs de règlement des différends : médiation et arbitrage* (2016), par. 23. Ce concept ne renvoie toutefois pas nécessairement à une forme juridique particulière. Swan, Bala et Adamski le définissent comme [TRADUCTION] « une relation commerciale qui peut prendre diverses formes ou structures juridiques » : A. Swan, N. C. Bala et J. Adamski, *Contracts : Cases, Notes & Materials* (9^e éd. 2015), §7.243; voir aussi C. Bouchard, « Les rapprochements entre la société de personnes et le *partnership* : une étude de droit comparé canadien » (2001), 42 *C. de D.* 155, p. 184. Selon certains, la « *joint venture* » de la common law ne serait en fait qu’un « *partnership* », entité semblable à la société de personnes du droit civil, mais dont la durée serait limitée à un seul projet : R. Flannigan, « The Legal Status of the Joint Venture » (2009), 46 *Alta. L. Rev.* 713, p. 715 et 720.

[61] Comme le souligne la doctrine, les tribunaux québécois ont ainsi tendance à assimiler le contrat de coentreprise au contrat de société en participation : voir Bouchard, p. 188-189; M. Guénette, *Les différentes formes d’entreprises au Canada* (2015), p. 233. Mais le *Code* prévoit que le contrat de société a pour éléments essentiels la mise en commun de ressources pour exercer une activité, de même que le partage des bénéfices qui en découlent : art. 2186

formed where businesses choose to become partners and to cooperate in a project by each investing resources and by sharing any profits from the project. A separate partnership is then created until, among other possibilities, the project is completed, and the partners can be held liable for one another's undertakings and debts: arts. 2253 to 2255 *C.C.Q.*

[62] That being the case, the absence of facts indicating that the parties intended to enter into a partnership is fatal to CFLCo's argument that equates the Contract with a contractual relationship of that nature. Moreover, although CFLCo and Hydro-Québec each invested resources in the project, the evidence does not show that they transferred the ownership or enjoyment of those resources to anyone or that the resources were placed at the complete disposal of the other party to the Contract: arts. 2199 and 2251 *C.C.Q.*

[63] It is true that some authors support the existence of a *sui generis* contract of joint venture in Quebec law. For example, Professor Karim states that a contract in which an intention to enter into a partnership is not expressed but that otherwise signals an intention to combine resources and share responsibility for a project is precisely what defines a joint venture: see Karim (2016), at paras. 41 and 46-47; see also Larochelle and Bouchard, at p. 102. However, he notes that care must be taken to distinguish this *sui generis* contract from other types of contracts, such as the subcontract:

[TRANSLATION] The fact that each of two or more businesses takes on part of the work for a specified price while cooperating as needed to carry out the various parts of the project will not suffice to justify a finding that they have agreed to a joint venture. It is an intention to jointly assume the responsibility involved in carrying out the proposed project that is the determining factor in establishing that such an agreement exists. [Emphasis added; para. 47.]

[64] This other definition of the joint venture concept is of no assistance to CFLCo in this case, given that the evidence also does not really show that the

al. 1. Une coentreprise prend donc forme lorsque des entreprises choisissent de s'associer et de collaborer à la réalisation d'un projet, en investissant chacune des ressources et en partageant les profits du projet. Une société distincte est alors créée jusqu'à ce que, entre autres, le projet soit mené à terme, et les parties associées peuvent être tenues responsables des engagements et des dettes de leur partenaire : art. 2253 à 2255 *C.c.Q.*

[62] Cela étant, l'absence de faits témoignant d'une volonté des parties de former une société est fatale à l'argument de CFLCo cherchant à assimiler le Contrat à ce type de relation contractuelle. De plus, bien que CFLCo et Hydro-Québec aient chacune investi des ressources au projet, la preuve ne révèle pas qu'elles en transféraient la propriété ou la jouissance à quiconque, ni que ces ressources étaient mises à la libre disposition de l'autre partie au Contrat : art. 2199 et 2251 *C.c.Q.*

[63] Il est vrai qu'une certaine doctrine défend l'existence en droit québécois d'un contrat *sui generis* de coentreprise. Selon le professeur Karim par exemple, l'absence d'éléments indiquant l'intention de former une société dans un contrat qui signale par ailleurs l'intention de mettre en commun des ressources et de partager la responsabilité pour un projet définirait justement ce qu'est la coentreprise : voir Karim (2016), par. 41 et 46-47; voir aussi Larochelle et Bouchard, p. 102. Le professeur Karim souligne toutefois qu'il faut prendre soin de distinguer ce contrat *sui generis* d'autres types de contrat, par exemple le contrat de sous-traitance :

Le fait que plusieurs entreprises assument chacune une partie des travaux pour un prix déterminé en offrant la collaboration qu'exige l'exécution des différentes parties du projet, sera insuffisant pour conclure à l'existence d'une entente de *joint venture*. C'est la volonté d'assumer ensemble la responsabilité qui découle de la réalisation du projet envisagé qui est le facteur déterminant pour que l'on soit en présence d'une telle entente. [Je souligne; par. 47.]

[64] Cette autre définition de la coentreprise n'est d'aucun secours pour CFLCo en l'espèce. En effet, la preuve ne révèle guère plus d'intention des parties

parties intended to jointly assume financial or logistical responsibility for the project beyond the simple cooperation required to perform their respective prestations. In this regard, Silcoff J. determined that the parties had entered into a contract that transferred to Hydro-Québec the financial risks that would ordinarily have been borne by CFLCo and that they had done so after carefully analyzing the risks they were assuming and the benefits they could obtain by way of an agreement. One purpose of the Contract was to shelter CFLCo almost entirely from possible negative consequences. This clearly does not indicate any intention to share responsibility for the project; quite the contrary. In addition, while it is true that the Contract provided for some cooperation between the parties, for example with respect to the management and operation of the Plant and to financing, the terms of that cooperation were predefined, and what the parties were responsible for in each part of the project was predetermined.

[65] I therefore find, without taking a position on the precise legal nature of what is known as a joint venture contract in Quebec civil law, that the parties' relationship lacks the characteristics generally associated with that form of arrangement. There is no indication that the risks were allocated equally and that the parties therefore intended to jointly assume full responsibility for the project. The Contract clearly defines their respective obligations and the specific risks to be assumed by each of them. Silcoff J. cannot be faulted for not considering the words of the Contract in light of the circumstances of the electricity market of the 1960s, which would have supported CFLCo's argument regarding the existence of a context of cooperation and equitable sharing. It was entirely open to him to interpret the words of the Contract and the events surrounding its negotiation at face value.

(ii) The Contract Is Not a Relational Contract

[66] From the same perspective, CFLCo also argues that the Court of Appeal erred in not finding that the Contract has the distinctive characteristics of a relational contract. This argument is similar

d'assumer ensemble la responsabilité financière ou logistique du projet au-delà de la simple collaboration nécessaire à l'exécution de leurs prestations respectives. À ce sujet, le juge Silcoff a déterminé d'une part que les parties ont conclu un Contrat qui transférait à Hydro-Québec les risques financiers auxquels aurait normalement fait face CFLCo, et ce, après avoir mené une analyse sérieuse des risques qu'elles assumaient et des bénéfices qu'elles pourraient obtenir en concluant un accord. Le Contrat avait pour but, entre autres, de prémunir presque entièrement CFLCo contre de possibles retombées négatives. Manifestement, ceci n'indique pas une quelconque volonté de partager la responsabilité du projet, bien au contraire. D'autre part, s'il est vrai que le Contrat prévoit une certaine collaboration entre les parties, par exemple au titre de la gestion et de l'exploitation de la Centrale, ainsi que sur les questions de financement, les modalités de cette collaboration sont prédéfinies, et la responsabilité des parties quant à chaque aspect du projet est prédéterminée.

[65] Par conséquent, sans me prononcer sur la nature juridique précise du contrat dit de coentreprise en droit civil québécois, je constate que les caractéristiques généralement associées à cette forme d'arrangement sont absentes de la relation entre les parties. Rien n'indique que les risques étaient répartis de manière égale, et donc, que les parties entendaient assumer ensemble l'entière responsabilité du projet. Le Contrat définit clairement leurs obligations respectives et les risques particuliers que chacune doit supporter. Il n'y a pas lieu de reprocher au juge Silcoff de ne pas avoir replacé la lettre du Contrat dans les circonstances du marché d'électricité des années 1960, ce qui aurait révélé le prétendu contexte de collaboration et de partage équitable que suggère CFLCo. Il était tout à fait loisible au juge Silcoff d'interpréter les termes du Contrat et les événements entourant sa négociation tels qu'ils se présentaient.

(ii) Le Contrat n'est pas un contrat relationnel

[66] Dans la même perspective, CFLCo plaide aussi que la Cour d'appel aurait fait erreur en ne reconnaissant pas au Contrat les caractéristiques distinctives des contrats relationnels. Cet argument est

to the one based on the existence of a joint venture and is to some extent a variation on the same theme. CFLCo relies on the relational nature of its contract with Hydro-Québec to support its argument that the parties owe each other the highest duties of cooperation and good faith. On this point, it submits not that the parties always intended to share the profits, but that they always had a duty to do so because of the nature of their relationship. As this Court noted in *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at para. 60, the cooperation required by relational contracts is, in the end, more active than the cooperation required by transaction-based contracts: see also J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at No. 78.

[67] Professor Belley defines the relational contract as follows: [TRANSLATION] “To begin, a relational contract can roughly be defined as a contract that sets out the rules for a close cooperation that the parties wish to maintain over the long term” (J.-G. Belley, “Théories et pratiques du contrat relationnel: les obligations de collaboration et d’harmonisation normative”, in Meredith Lectures 1998-1999, *The Continued Relevance of the Law of Obligations: retour aux sources* (2000), 137, at p. 139). For example, a master agreement, which defers the negotiation of certain prestations, is a contract whose main purpose is to establish and affirm the existence of a relationship and the parties’ undertaking to expand on it and set out its details in the future: Baudouin, Jobin and Vézina, at No. 78; C. LeBrun, *Le devoir de coopération durant l’exécution du contrat* (2013), at paras. 97 et seq. Contracts of employment, subcontracts and franchise agreements are also referred to as examples of relational contracts: Belley, at p. 140.

[68] Professor Belley is of the view that, in essence, relational contracts provide for economic coordination as opposed to setting out a series of defined prestations. It is a corollary to the emphasis on the parties’ relationship that their respective prestations are not defined in much detail. Professor Rolland discusses the role the courts were required to play in order to ensure that master agreements that, to give one example, did not contain a sale

similaire à celui fondé sur l’existence d’une coentreprise et constitue une sorte de variation sur un même thème. CFLCo invoque le caractère relationnel de son contrat avec Hydro-Québec pour étayer son argument voulant que les parties se doivent des obligations de collaboration et de bonne foi de la plus haute intensité. Sous ce rapport, au lieu de plaider que les parties ont toujours eu l’intention de partager les profits, CFLCo soutient cette fois qu’elles ont toujours eu l’obligation de le faire, et ce, en raison de la nature de leur relation. Comme le notait notre Cour dans *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 60, les contrats relationnels exigent une collaboration somme toute plus active que les contrats transactionnels : voir aussi J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7^e éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, n^o 78.

[67] Le professeur Belley définit ainsi le contrat relationnel : « En première approximation, le contrat relationnel peut se définir comme celui qui établit les normes d’une coopération étroite que les parties souhaitent maintenir à long terme » (J.-G. Belley, « Théories et pratiques du contrat relationnel : les obligations de collaboration et d’harmonisation normative », dans Conférence Meredith 1998-1999, *La pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics* (2000), 137, p. 139). Par exemple, le contrat-cadre, qui remet à plus tard la négociation de certaines prestations, est un contrat qui a pour but principal de fixer et d’affirmer l’existence d’une relation et l’engagement des parties à le développer et le préciser dans le futur : Baudouin, Jobin et Vézina, n^o 78; C. LeBrun, *Le devoir de coopération durant l’exécution du contrat* (2013), par. 97 et suiv. Les contrats de travail, de sous-traitance, ou de franchise sont aussi cités comme exemples de contrats relationnels : Belley, p. 140.

[68] Le professeur Belley considère que par essence, ces contrats assurent une coordination économique plutôt qu’une série de prestations définies. Le fait de mettre l’accent sur la relation entre les parties a pour corollaire le fait de définir de manière très peu détaillée leurs prestations respectives. La professeure Rolland fait état du rôle qu’ont dû jouer les tribunaux pour permettre que des contrats-cadres qui n’incluaient pas, par exemple, de prix de

price were not considered incomplete and therefore null: L. Rolland, “Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec*” (1999), 44 *McGill L.J.* 903, at pp. 934-35. Along the same lines, in *Dunkin’ Brands Canada Ltd. v. Bertico Inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1, the Quebec Court of Appeal stated that the relational nature of a franchise agreement was apparent from the fact that its terms were not stipulated:

Indeed, it is only when one recognizes the incomplete account of the parties’ rights and obligations given by the explicit terms of the contracts that the true nature of the arrangement — an innominate contract of franchise based on a relationship of long-term collaboration between independent businesses — becomes apparent. [Emphasis added; footnote omitted; para. 59.]

[69] CFLCo proposes its own definition of a relational contract, the characteristics of which can in its opinion be seen in the Power Contract: a long-term contract between interdependent parties that requires a high degree of trust and cooperation. With respect, this definition seems misleading to me and in fact serves to sidestep the essential point. As the Court of Appeal noted, although the parties’ relationship reflects a certain interdependence and the Contract is of long duration, these facts alone do not indicate that their agreement has a relational element that would justify imposing heightened duties of good faith on them. The Power Contract does indeed have a very long term, but the various prestations owed for the whole of that term have been defined with precision since day one. It is a synallagmatic contract (art. 1380 *C.C.Q.*), which is a *de facto* sign that the prestations and thus the parties are interdependent, but the parties chose to structure that dependence carefully and to define its limits. Each signatory’s participation in the Churchill Falls project was clearly quantified and defined, and no important prestations were left undefined. This shows that the parties intended the project to proceed according to the words of the Contract, not on the basis of their ability to agree and cooperate from day to day to fill any gaps in the Contract.

vente, ne soient pas considérés incomplets et donc nuls : L. Rolland, « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* » (1999), 44 *R.D. McGill* 903, p. 934-935. Dans cette même optique, dans *Dunkin’ Brands Canada Ltd. c. Bertico Inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1, la Cour d’appel du Québec indique que l’absence de précisions des conditions du contrat de franchise fait ressortir sa nature relationnelle :

[TRADUCTION] De fait, ce n’est que lorsqu’on reconnaît que les termes exprès des contrats rendent compte de manière incomplète des droits et obligations des parties que la véritable nature de l’accord — un contrat innommé de franchise fondé sur une relation de collaboration à long terme entre des entreprises indépendantes — devient apparente. [Je souligne; note en bas de page omise; par. 59.]

[69] CFLCo offre sa propre définition du contrat relationnel, dont le Contrat d’électricité présenterait les caractéristiques : il s’agirait d’un contrat à long terme, entre parties interdépendantes, qui exige un haut degré de confiance et coopération. Avec égards, cette définition me semble trompeuse et sert en réalité à contourner l’essentiel. Comme le souligne la Cour d’appel, bien que la relation entre les parties reflète une certaine interdépendance et que le Contrat soit de longue durée, ces faits n’indiquent pas à eux seuls que leur entente comporterait une composante relationnelle qui justifierait d’imposer aux parties des obligations de bonne foi plus intenses. Le Contrat d’électricité est effectivement à très long terme, mais les différentes prestations dues pour l’ensemble de sa durée sont définies avec précision depuis le premier jour. Il s’agit d’un contrat synallagmatique (art. 1380 *C.c.Q.*), ce qui indique *de facto* l’interdépendance des prestations et donc des parties, mais ces dernières ont choisi d’encadrer soigneusement cette dépendance et d’en définir les limites. La participation de chacun des signataires au projet Churchill Falls était clairement quantifiée et définie, aucune prestation importante ne restait à définir. Or, cela témoigne de l’intention des parties que le projet se déroule suivant la lettre du Contrat, et non en fonction de leur capacité à s’entendre et à collaborer au jour le jour pour combler d’éventuelles lacunes contractuelles.

[70] CFLCo nonetheless suggests that account should be taken of the limits on the human ability to foresee the very diverse circumstances in which a contract may come to apply, which may be even more diverse in the case of a long-term contract. I do not find this argument convincing. Such limits are undeniable. It is true that they may sometimes motivate people or businesses to include review or renegotiation clauses in their contracts. However, it is just as possible and just as legitimate for parties to a long-term contract to favour certainty over flexibility. As Lluelles and Moore observe, it is plausible to assume that parties who enter into a long-term contract have chosen to do so specifically to give their project stability and predictability should unforeseen events occur: D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at No. 2249. I would add that this is particularly true of sophisticated parties, like the ones in this case.

[71] In short, the long-term, interdependent nature of the contractual relationship does not in itself imply that the basic principle of the Contract, the one that structures and underlies its main prestations, is that of a relationship of cooperation between the parties. The Power Contract sets out a series of defined and detailed prestations as opposed to providing for flexible economic coordination. It is not therefore a relational contract. Once again, this conclusion does not depend on the characteristics of the electricity market at the time the Contract was entered into. The argument that the context of that market was different does not suffice to justify overruling Silcoff J.’s analysis of the paradigm of the Contract and his finding that the parties had intended Hydro-Québec to bear the risk of price fluctuations.

(iii) An Implied Renegotiation Clause in the Contract

[72] CFLCo also relies on its arguments about the nature of the Power Contract to support a contention that the Contract contains “implied” clauses that impose on Hydro-Québec a duty to cooperate and

[70] Malgré cela, CFLCo suggère qu’il faudrait tenir compte des limites de la capacité humaine à prévoir les circonstances très variées dans lesquelles un contrat peut venir à s’appliquer, lesquelles peuvent être exacerbées dans les contrats à long terme. Cet argument me semble peu convaincant. Ces limites sont indéniables. Bien sûr, elles peuvent parfois motiver des personnes ou entreprises à inclure dans leurs contrats des clauses de révision ou de renégociation. Toutefois, il est tout aussi possible et tout aussi légitime pour les parties à un contrat à long terme de préférer la certitude à la flexibilité. Comme le soulignent Lluelles et Moore, il est plausible de présumer que des parties s’engageant à long terme ont choisi de le faire spécifiquement pour assurer la stabilité et la prévisibilité de leur projet en cas de possibles imprévus : D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (2^e éd. 2012), n^o 2249. J’ajouterai que ceci est particulièrement vrai en présence de parties averties, comme c’est le cas en l’espèce.

[71] Bref, la longue durée de la relation contractuelle et son caractère interdépendant n’indiquent pas en soi que le principe premier du Contrat — celui qui organise et sous-tend ses prestations principales — soit celui d’une relation de collaboration entre les parties. Le Contrat d’électricité prévoit une série de prestations déterminées et détaillées plutôt qu’une coordination économique flexible. Il ne s’agit donc pas d’un contrat relationnel. Encore une fois, cette conclusion est indépendante des caractéristiques du marché de l’électricité au moment de la conclusion du Contrat. Plaider l’existence d’un contexte différent sur ce marché ne suffit pas pour écarter l’analyse du juge Silcoff sur le paradigme du Contrat et sa conclusion que les parties entendaient faire supporter par Hydro-Québec les risques de fluctuations des prix.

(iii) La clause implicite de renégociation au Contrat

[72] CFLCo invoque aussi ses arguments sur la nature du Contrat pour appuyer sa prétention selon laquelle le Contrat d’électricité contiendrait des clauses dites implicites qui imposeraient à

to renegotiate the agreed-on prices. In this regard, CFLCo cites art. 1434 *C.C.Q.*, which reads as follows:

A contract validly formed binds the parties who have entered into it not only as to what they have expressed in it but also as to what is incident to it according to its nature and in conformity with usage, equity or law.

[73] On this basis, CFLCo urges this Court to hold that it is necessary, in light of the structure and the logic of the Power Contract, that the Contract require the parties to renegotiate it or to share the profits they receive in certain circumstances. Given that I do not accept CFLCo's arguments concerning the characterization of the Contract, there is clearly no need to determine whether the Contract implicitly contains a clause imposing such duties. Such a clause cannot be implied from the nature of the Contract as described by the trial judge.

[74] Moreover, the following observations with respect to the implied duties reinforce the conclusion that CFLCo's arguments concerning the nature of the Contract must fail and that the trial judge did not err in declining to characterize the Contract as a joint venture contract or a relational contract. An implied duty may, within the meaning of art. 1434 *C.C.Q.*, be incident to a contract according to the nature of the contract if the contract's coherency seems to require such a duty and if the duty is consistent with the general scheme of the contract. An implied clause providing for such a duty must not merely add duties to the contract that might enhance it, but must fill a gap in the terms of the contract: *Lluelles and Moore*, at No. 1542; see also *Baudouin, Jobin and Vézina*, at No. 431; *J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, Théorie des obligations* (4th ed. 2001), by J. Pineau and S. Gaudet, at No. 235. In such a case, it can be presumed that the clause reflects the parties' intention, which is inferred from their choice to enter into a given type of contract: *Dunkin' Brands*, at para. 65; *Lluelles and Moore*, at No. 1544; *Baudouin, Jobin and Vézina*, at No. 427. As *Baudouin, Jobin and Vézina* state on the subject of the implied duty, [TRANSLATION] "[c]ontractual fairness must be achieved neither to the detriment of predictability in the law nor by means of artificial solutions": No. 431.

Hydro-Québec un devoir de collaboration et de renégociation des prix convenus. À ce chapitre, elle renvoie à l'art. 1434 *C.c.Q.* qui édicte ceci :

Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi.

[73] Sous ce rapport, CFLCo invite notre Cour à reconnaître qu'il est nécessaire, vu sa structure et sa logique, que le Contrat d'électricité oblige les parties à le renégocier ou à partager les profits qu'elles obtiennent dans certaines circonstances. Puisque je conclus au rejet des arguments de CFLCo sur la qualification du Contrat, il n'y a certes pas lieu de déterminer s'il contient implicitement une clause qui imposerait de telles obligations. Une clause de ce genre ne saurait découler implicitement de la nature du Contrat que décrit le premier juge.

[74] En outre, les observations qui suivent sur les obligations implicites viennent renforcer la conclusion voulant que les arguments de CFLCo sur la nature du Contrat doivent être rejetés et que le premier juge n'ait commis aucune erreur en refusant de qualifier le Contrat de contrat de coentreprise ou de contrat relationnel. En effet, aux termes de l'art. 1434 *C.c.Q.*, une obligation implicite peut découler de la nature d'un contrat lorsque cette obligation semble nécessaire pour que le contrat soit cohérent et lorsqu'elle s'inscrit dans son économie générale. La clause implicite qui prévoit cette obligation ne doit pas simplement ajouter au contrat d'autres obligations susceptibles de l'enrichir; elle doit combler une lacune dans les conditions de celui-ci : *Lluelles et Moore*, n° 1542; voir aussi *Baudouin, Jobin et Vézina*, n° 431; *J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, Théorie des obligations* (4^e éd. 2001), par J. Pineau et S. Gaudet, n° 235. Il est alors possible de présumer que la clause reflète l'intention des parties, qui est déduite de leur choix de conclure un contrat d'une certaine nature : *Dunkin' Brands*, par. 65; *Lluelles et Moore*, n° 1544; *Baudouin, Jobin et Vézina*, n° 427. Comme l'affirment *Baudouin, Jobin et Vézina*, en matière d'obligation implicite, « [l]a poursuite de la justice contractuelle ne doit pas se faire au détriment de la prévisibilité du droit ni à coup de solutions artificielles » : n° 431.

[75] In the case at bar, there is nothing to suggest that the parties' prestations would be incomprehensible and would have no basis or meaningful effect in the absence of an implied duty according to which Hydro-Québec must either exceed the usual requirements of good faith in cooperating with CFLCo or redistribute windfall profits. The Contract governs the financing of the Plant and the sale of electricity produced there, and also strictly regulates the quantity of electricity to be provided by CFLCo and the price to be paid by Hydro-Québec. The meaningful effect of the sale for the parties is clearly identifiable: Hydro-Québec obtains electricity, while CFLCo receives the price paid for it. The fact that the price might not be in line with market prices does not destroy the very logic behind the sale or deprive it of any meaningful effect. Furthermore, the benefits each party derives from the sale are related to the other prestations associated with the construction of the Plant. There is no gap or omission in the scheme of the Contract that requires this Court to read an implied duty into the Contract in order to make it coherent.

[76] The trial judge defined the paradigm of the Contract. His articulation of that paradigm is consistent with the words of the Contract and with his assessment of the relevant evidence. Moreover, the paradigm as articulated reflects the equilibrium being sought by the parties from the outset. CFLCo's arguments that the judge mischaracterized the Contract and that there are implied duties under it are contrary to these findings of fact. The omission alleged against the trial judge, that of failing to view the Contract in light of the circumstances of the electricity market of the 1960s, has no impact on the analysis, given that the evidence concerning the negotiations that led to the Contract and the words of the Contract itself provide no support for interpreting it as a joint venture contract or a relational contract. The conflicting interpretations proposed by CFLCo cannot override the judge's findings on the allocation of risks between the parties as stipulated in the Contract and on the benefits flowing from it, particularly for Hydro-Québec. I would note that my colleague's application of his conception of the relational nature of the Contract (at paras. 180-83) actually amounts to a summary reassessment of what the parties intended

[75] En l'espèce, rien n'indique que les prestations des parties seraient incompréhensibles, sans fondement ou sans effet utile en l'absence d'obligation implicite incombant à Hydro-Québec soit de collaborer avec CFLCo au-delà des exigences ordinaires de la bonne foi, soit de redistribuer des profits inattendus. Le Contrat régit le financement de la Centrale et la vente de l'électricité qu'elle produit, en plus d'encadrer de manière stricte la quantité d'électricité que doit fournir CFLCo et le prix que doit payer Hydro-Québec. L'effet utile de cette vente pour les parties est clairement identifiable : Hydro-Québec obtient de l'électricité, alors que CFLCo en reçoit le prix. Le fait que ce prix puisse ne pas être en phase avec les prix du marché ne vient pas annihiler la logique même de la vente ou la priver de tout effet utile. Les avantages que chaque partie tire de cette vente sont en outre reliés aux autres prestations relatives à la construction de la Centrale. L'économie du Contrat ne comporte aucune lacune ou faille exigeant que notre Cour lise dans celui-ci une obligation implicite pour le rendre cohérent.

[76] Le premier juge a cerné le paradigme du Contrat. Sa formulation de ce paradigme correspond à la lettre du Contrat et à son analyse de la preuve pertinente. Ce paradigme est en plus le reflet de l'équilibre initial recherché par les parties. Les arguments qu'avance CFLCo sur l'erreur de qualification du Contrat par le juge ou sur les obligations implicites que comporterait le Contrat se heurtent à ces constats factuels. L'omission reprochée au juge de première instance, c'est-à-dire de ne pas avoir replacé le Contrat dans les circonstances du marché de l'électricité des années 1960, n'a aucun impact sur l'analyse, puisque la preuve relative aux négociations ayant mené au Contrat et à la lettre du Contrat ne fournit pas d'éléments qui permettraient d'asseoir une interprétation qui ferait de celui-ci un contrat de coentreprise ou relationnel. Les interprétations divergentes offertes par CFLCo ne peuvent supplanter les conclusions du juge sur la répartition entre les parties des risques prévus au Contrat qu'elles assument et sur les bénéfices afférents qui en découlent, notamment pour Hydro-Québec. Je souligne que l'application par mon collègue de sa conception de la nature relationnelle du Contrat (aux par. 180-183) est

the central paradigm of the Contract to be that is based on an interpretation of the evidence, both intrinsic and extrinsic, that the trial judge in fact did not accept.

(c) *Unforeseeability of the Changes in the Electricity Market*

[77] The alleged unforeseeability of the changes in the electricity market also underpins the other branch of CFLCo's factual argument. CFLCo submits that the trial judge was wrong to find that the risk associated with fluctuations in electricity prices was intended to be borne by Hydro-Québec, arguing that that finding of fact is incompatible with the regulatory and market paradigm CFLCo proposes as the initial context for the Contract. Because it was impossible in 1969 for the parties to foresee the changes that were soon to occur in this market, it was impossible for the Contract to deal with that new reality. Therefore, in CFLCo's view, although the Contract does seem to fix electricity prices on a continuing basis until 2041, its clauses could allocate only certain specific risks, that is, those that could be anticipated in the late 1960s. Those terms were never intended to apply to the parties' conduct in circumstances in which one of them benefits from the Contract by reaping substantial profits as a result of it. Silcoff J. therefore erred in finding that the parties had formed an agreement of wills concerning a situation they could not have foreseen at the time they entered into the Contract.

[78] In support of its argument, CFLCo relies on art. 1431 *C.C.Q.*, which, it submits, Silcoff J. failed to consider:

The clauses of a contract cover only what it appears that the parties intended to include, however general the terms used.

Thus, because the parties would presumably not have proposed to enter into a contract in relation to a fact situation they could not foresee, the clauses of the Contract, despite the generality of the language

en réalité une réévaluation sommaire de l'intention des parties quant au paradigme central du Contrat, sur la foi d'une interprétation de la preuve, tant intrinsèque qu'extrinsèque, que le premier juge n'a justement pas retenue.

c) *L'imprévisibilité des changements sur le marché de l'électricité*

[77] La prétention relative à l'imprévisibilité des changements qui sont survenus dans le marché de l'électricité sert aussi d'assise à l'autre volet de l'argument factuel de CFLCo. Selon cette dernière, la conclusion que le risque lié à la variation des prix de l'électricité devait être supporté par Hydro-Québec serait erronée, puisque le paradigme de la régulation et du marché qu'elle propose comme contexte initial du Contrat serait inconciliable avec ce constat factuel du premier juge. Les parties étant incapables, en 1969, de prévoir les changements qui se produiraient bientôt sur ce marché, le Contrat ne saurait porter sur cette réalité nouvelle. Ainsi, aux yeux de CFLCo, bien que le Contrat semble fixer de manière permanente, et ce, jusqu'en 2041, les prix de l'électricité, ses clauses ne pouvaient répartir que certains risques précis, soit ceux qui étaient envisageables à la fin des années 1960. Ces modalités n'ont jamais été conçues pour régir la conduite des parties dans un contexte où l'une d'elles tire avantage du Contrat en réalisant grâce à celui-ci des profits substantiels. Le juge Silcoff aurait donc erré en concluant que les parties ont formé un accord de volonté portant sur une situation qu'elles ne pouvaient pas imaginer à l'époque de la conclusion du Contrat.

[78] Pour appuyer sa thèse, CFLCo s'en remet à l'art. 1431 *C.c.Q.*, que le juge Silcoff aurait selon elle omis de considérer :

Les clauses d'un contrat, même si elles sont énoncées en termes généraux, comprennent seulement ce sur quoi il paraît que les parties se sont proposé de contracter.

Comme les parties ne se seraient vraisemblablement pas proposé de contracter à l'égard d'une situation de fait qu'elles ne pouvaient prévoir, bien qu'énoncées en termes généraux, les clauses du Contrat ne

that was used, cannot extend to or be understood as relating to that fact situation.

[79] I do not agree with this argument. First of all, CFLCo cannot rely on the article in question, which relates to contractual interpretation, unless the Contract is ambiguous: *Uniprix inc.*, at paras. 35-36. But that is not the case. Section 8.1 of the Contract and s. 7.1 of Schedule III to the Contract (Renewed Power Contract) provide that Hydro-Québec was to pay for electricity at a fixed price for a specified period of time. Once that period had elapsed, it was to pay a new fixed price for a new specified period of time, and so on. A cursory review of the Contract's clauses and of their context is enough to justify a conclusion that the parties intended to fix the price of electricity for the entire term of the Contract. Despite the changes in market circumstances, the Contract's clauses have a precise, identifiable meaning. The lack of ambiguity means that art. 1431 *C.C.Q.* cannot be applied in this case.

[80] Next, and more importantly, the trial judge found from the evidence that the parties intended to allocate the risk of price fluctuations and that there was an agreement of wills on this point. Silcoff J. accepted the opinion of an expert, Mr. Lapuerta, on the question whether the changes in the electricity market had been foreseeable. He agreed that “[p]articipants in the debate explicitly recognized uncertainty” and that “the parties knew that the future was uncertain and that future prices were a ‘known unknown’”: paras. 507-8 (emphasis deleted). In short, the judge's understanding of the evidence was that the parties had considered this risk and that one of the objectives of the Contract was to allocate the risk. CFLCo argues that the risk materialized as a result of extraordinary events and that the price fluctuations were larger than what the parties had expected at the time they negotiated the Contract. That is not determinative, however. The risk of price fluctuations, a known variable, was allocated by the Contract. Everyone agreed that it was a variable whose value was, by definition, unknown. The timing, direction and magnitude of the fluctuations were “known unknowns”, variables that were known but indeterminate. The parties were fully aware of this reality, but they nonetheless made a firm commitment without

sauraient s'étendre à cette situation factuelle ou être considérées comme portant sur celle-ci.

[79] Je ne retiens pas cet argument. D'abord, CFLCo ne peut invoquer cet article, qui traite de l'interprétation des contrats, que si le Contrat est ambigu : *Uniprix inc.*, par. 35-36. Or, ce n'est pas le cas. La clause 8.1 du Contrat et la clause 7.1 de l'annexe III du Contrat (Contrat renouvelé) stipulent qu'Hydro-Québec paiera l'électricité à un prix fixe, pendant une période de temps précise. Une fois cette période de temps écoulée, Hydro-Québec paiera un nouveau prix fixe, pendant une nouvelle période de temps précise, et ainsi de suite. Une évaluation superficielle des clauses du Contrat et de leur contexte suffit pour conclure que les parties entendaient fixer le prix de l'électricité pour toute la durée du Contrat. Malgré les changements de circonstances sur le marché, les clauses du Contrat conservent un sens précis et identifiable. En l'absence d'ambiguïté, il n'y a pas lieu d'appliquer ici l'art. 1431 *C.c.Q.*

[80] Ensuite, considération plus importante, le premier juge a retenu de la preuve que les parties entendaient répartir le risque d'une fluctuation de prix et qu'il y a eu accord de volontés sur ce point. À ce chapitre, le juge Silcoff a retenu l'opinion de l'expert Lapuerta sur la question de la prévisibilité des changements sur le marché de l'électricité. Il a accepté que les [TRADUCTION] « [p]articipants aux débats reconnaissaient explicitement l'état d'incertitude dans ce secteur » et que « les parties savaient que l'avenir était incertain et que les prix futurs constituaient des “variables connues mais indéterminées” » : par. 507-508 (soulignement omis). Bref, selon la compréhension de la preuve par le juge, les parties ont considéré ce risque et le Contrat devait entre autres servir à le répartir. CFLCo soutient que le risque s'est matérialisé à la suite d'événements hors de l'ordinaire et que la fluctuation des prix était plus importante que les fluctuations auxquelles les parties s'attendaient lorsqu'elles négociaient le Contrat. Cela n'est pas déterminant. Le risque de fluctuations des prix, variable connue, a été réparti par le Contrat. Il était admis par tous qu'il s'agissait d'une variable dont la valeur était, par définition, inconnue. Le moment où les fluctuations surviendraient, leur direction et leur ampleur, étaient des

including a price adjustment clause, which confirms that the Contract was to apply regardless of the magnitude of the fluctuations.

[81] There is no palpable and overriding error in the trial judge's finding on this point. Silcoff J. correctly noted that the parties had expressed the intention that the Contract govern their relationship in the event that electricity prices fluctuated. Furthermore, it is paradoxical that CFLCo focuses on the fluctuations being so extreme as to cause a serious disruption of and imbalance in the contractual relationship. By insisting that this justifies ordering the parties to renegotiate the Contract, CFLCo is in reality basing its position on the doctrine of unforeseeability. And that is in fact the essence of Hydro-Québec's argument regarding the legal basis for CFLCo's approach, to which I will turn in the paragraphs below.

(d) *Conclusion on the Factual Analysis*

[82] In sum, the errors CFLCo argues that Silcoff J. made in defining the paradigm of the Contract, characterizing the Contract and assessing the alleged unforeseeable changes have not been established. The parties did not intend to jointly assume responsibility in relation to the project. They did not intend to create a legal relationship whose specific elements would be defined sometime later. They did not agree that Hydro-Québec would bear the risk of price fluctuations only to a certain extent. On the contrary, their undertaking was definite and firm, and was for the long term. All of these findings of fact are strongly supported by the evidence; they are in no way altered if the words of the Contract are considered in light of the regulatory and market context in which it was concluded. Silcoff J.'s conclusion with respect to the paradigm of the Contract accurately reflects both the parties' intention and the equilibrium that was initially sought, was subsequently attained and maintained, and was never disturbed.

« *known unknowns* », des variables connues mais indéterminées. Bien au fait de cette réalité, les parties se sont néanmoins engagées de manière ferme, sans prévoir de clause de rajustement de prix, ce qui confirme que le Contrat devait s'appliquer peu importe l'ampleur des fluctuations.

[81] La conclusion du premier juge à cet égard n'est entachée d'aucune erreur manifeste et déterminante. Le juge Silcoff souligne à juste titre que les parties ont exprimé l'intention que le Contrat régisse leurs relations dans l'éventualité où les prix de l'électricité fluctueraient. Il est du reste paradoxal de constater que CFLCo met l'accent sur le fait que ces fluctuations sont extrêmes au point de fortement perturber et déséquilibrer la relation contractuelle. En effet, en insistant sur le fait que ce constat justifie une renégociation forcée du Contrat, elle se trouve à appuyer en réalité sa thèse sur la théorie de l'imprévision. C'est précisément ce que reproche Hydro-Québec à CFLCo en ce qui concerne le fondement juridique de son approche, ce sur quoi je vais m'attarder dans les paragraphes qui suivent.

d) *Conclusion sur l'analyse factuelle*

[82] Somme toute, les erreurs que CFLCo reproche au juge Silcoff d'avoir commises dans sa détermination du paradigme du Contrat, dans sa qualification de celui-ci et dans son évaluation des changements imprévisibles qui seraient survenus ne sont pas établies. Les parties n'entendaient pas assumer ensemble la responsabilité dans le cadre du projet. Elles ne souhaitaient pas établir une relation juridique dont les éléments précis seraient définis en cours de route. Elles ne s'engageaient pas à faire supporter par Hydro-Québec le risque de fluctuations des prix uniquement dans une certaine mesure. Leur engagement était au contraire défini, arrêté et à long terme. Toutes ces conclusions de fait prennent solidement appui dans la preuve; le fait de replacer la lettre du Contrat dans le contexte de régulation et de marché qui l'a vu naître ne les affecte en rien. La conclusion du juge Silcoff sur le paradigme du Contrat est le juste reflet de l'intention des parties et de l'équilibre initial recherché, connu et maintenu sans jamais être rompu.

(2) Unforeseeability and Good Faith

[83] As for the legal analysis, independently of the lack of any factual basis for a duty to renegotiate the Power Contract or to redefine how the benefits each party derives from it are shared, CFLCo argues that Hydro-Québec is in any event legally required to renegotiate the Contract. According to this argument, Hydro-Québec's duty to do so is rooted in the concepts of good faith and equity, which, in Quebec civil law, condition the exercise of the rights created by any type of contract. These concepts thus prevent Hydro-Québec from relying on the words of the Contract, because to do so in circumstances in which the Contract effectively provides for disproportionate prestations would be contrary to its duty to act in good faith and in accordance with equity. And given that the prestations owed by the parties have been disproportionate since the changes in the market occurred, Hydro-Québec has been violating its duties related to good faith since then by refusing to renegotiate the Contract.

[84] In this regard, CFLCo insists that it is not pleading the doctrine of unforeseeability. But it is clear that CFLCo's submissions in this Court closely resemble that doctrine and that they all echo its central theme: although the Contract was originally fair and reflected the parties' intention, it no longer reflects that original intention and has not done so since major unforeseen changes occurred in the electricity market. This unexpected change in circumstances that disrupted the contractual equilibrium is central to CFLCo's argument, no matter what form it takes. Yet a change in circumstances that disrupts the contractual equilibrium is precisely what would justify requiring the renegotiation of a contract if the doctrine of unforeseeability were applied.

[85] Be that as it may, CFLCo claims to have avoided relying on that doctrine, submitting that its argument is based instead on the concepts of good faith and equity that govern the performance of contractual obligations in our law. Hydro-Québec argues that all of these inevitably lead to the same

(2) L'imprévision et la bonne foi

[83] Du point de vue de l'analyse juridique cette fois, et indépendamment de l'absence de fondement factuel qui appuierait une obligation de renégocier le Contrat ou de redéfinir les contours du partage des bénéfices que chacun en tire, CFLCo plaide qu'Hydro-Québec est de toute façon tenue en droit de renégocier le Contrat d'électricité. Son obligation prendrait racine dans les notions de bonne foi et d'équité qui, en droit civil québécois, modulent l'exercice des droits créés par tout type de contrat. Ces notions empêcheraient Hydro-Québec d'invoquer la lettre du Contrat, étant donné qu'agir ainsi dans des circonstances où le Contrat se traduit concrètement par des prestations disproportionnées constituerait un comportement qui irait à l'encontre de son obligation d'agir de bonne foi et dans le respect de l'équité. Et comme les prestations dues par les parties sont incommensurables depuis les changements survenus sur le marché, le refus d'Hydro-Québec de renégocier le Contrat constituerait une violation de ses obligations de bonne foi depuis ce jour.

[84] À ce chapitre, CFLCo insiste sur le fait qu'elle ne plaide pas la théorie de l'imprévision. Toutefois, force est de constater que ses arguments devant notre Cour s'apparentent beaucoup à cette théorie et en reprennent tous l'idée centrale : si, à l'origine, le Contrat était juste et reflétait l'intention des parties, il ne représente dorénavant plus cette intention initiale depuis la survenance de changements majeurs et imprévus sur le marché de l'électricité. Ce changement inattendu de circonstances qui serait venu rompre l'équilibre contractuel est un aspect central de son argumentation, peu importe sa mouture. Or, l'existence d'un changement de circonstances qui serait venu rompre l'équilibre contractuel est justement ce qui justifierait la renégociation forcée d'un contrat suivant la théorie de l'imprévision.

[85] Qu'à cela ne tienne, CFLCo prétend se garder d'invoquer cette théorie, mais soutient plutôt camper son argument dans les notions de bonne foi et d'équité qui régissent l'exécution des obligations contractuelles dans notre droit. Hydro-Québec estime que tout cela conduit inéluctablement au même

result. Regardless of whether CFLCo is relying indirectly on the doctrine known as unforeseeability or on the general concepts of good faith and equity, there is no legal basis for its arguments concerning the Power Contract between the parties. I agree. To assess whether there is a valid legal basis for CFLCo's submissions on this point, I will begin by outlining the scope of the civil law doctrine of unforeseeability, its place, if any, in Quebec civil law, and the conditions, if any, under which it applies, before turning to the scope of good faith and equity in relation to the duty to renegotiate the Contract and reallocate its benefits that CFLCo claims.

(a) *Doctrine of Unforeseeability*

[86] The doctrine of unforeseeability is a private law rule that is recognized in some civil law jurisdictions and the effect of which is that parties can be required to renegotiate a contract if, as a result of unforeseen events, performance of the obligations stipulated in the contract would be excessively onerous for one of them. This rule has been adopted in the domestic law of several European civilian countries, recently including France. On the face of it, the rule corresponds to a key aspect of CFLCo's concerns, as it applies specifically in situations in which changes that are beyond the control of and unforeseen by the contracting partners result in a significant disequilibrium in their respective prestations. This rule thus tempers the principle of the binding force of contracts where changes in market conditions alter the nature of a contract.

[87] The French legislature's choice in 2016 to include the doctrine of unforeseeability in French civil law provides one example of this. In the new art. 1195 of the French *Code civil*, it has adopted the rule that flows from that doctrine in the following words:

[TRANSLATION] If a change of circumstances that was unforeseeable at the time of the conclusion of the contract renders performance excessively onerous for a party who had not accepted the risk of such a change, that party may ask the other contracting party to renegotiate the contract. The first party must continue to perform his obligations during renegotiation.

résultat. Que CFLCo invoque indirectement la théorie dite de l'imprévision ou les notions générales de bonne foi ou d'équité, aucune assise juridique n'appuie ses arguments au regard du Contrat d'électricité qui lie les parties. Je partage cet avis. Pour statuer sur l'absence ou non de fondement juridique valable étayant les prétentions de CFLCo en ce sens, il convient d'abord de cerner les contours de la théorie de l'imprévision en droit civil, sa place, s'il en est, en droit civil québécois, et ses conditions d'application le cas échéant, puis de traiter de la portée de la bonne foi et de l'équité au regard de l'obligation de renégocier le Contrat et de procéder au nouveau partage des bénéfices que revendique CFLCo.

a) *La théorie de l'imprévision*

[86] La théorie de l'imprévision est une règle de droit privé qui est reconnue dans certains ressorts de droit civil et qui permet d'obliger les parties à un contrat à le renégocier lorsque des événements imprévus rendent l'exécution de ses obligations excessivement onéreuse pour l'une d'entre elles. Plusieurs pays européens de tradition civiliste, dont la France tout récemment, ont adopté cette règle dans leur droit interne. Elle correspond de prime abord à un aspect clé des doléances de CFLCo, puisqu'elle trouve justement application dans les situations où des changements indépendants de la volonté de partenaires contractuels, et non prévus par ceux-ci, provoquent un déséquilibre important de leurs prestations respectives. Cette règle tempère ainsi le principe de la force obligatoire des contrats lorsque surviennent, sur le marché, des modifications qui dénaturent le contrat.

[87] À titre d'exemple, le législateur français a fait le choix d'inclure la théorie de l'imprévision au droit civil français en 2016. Dans son nouvel art. 1195, le *Code civil* français reprend en ces termes la règle qui en découle :

Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

In the case of refusal or the failure of renegotiations, the parties may agree to terminate the contract from the date and on the conditions which they determine, or by a common agreement ask the court to set about its adaptation. In the absence of an agreement within a reasonable time, the court may, on the request of a party, revise the contract or put an end to it, from a date and subject to such conditions as it shall determine.

[88] The doctrine of unforeseeability is also included in the *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (4th ed. 2016), a set of contract law rules published by the International Institute for the Unification of Private Law: É. Charpentier, “L’émergence d’un ordre public... privé: une présentation des Principes d’Unidroit”, in *Les Journées Maximilien-Caron 2001, Les Principes d’Unidroit et les contrats internationaux: aspects pratiques* (2003), 19, at pp. 21 and 24. The Unidroit Principles, which were developed by jurists from a number of countries for the purpose of creating a truly international body of law, are not binding. However, their drafters invite parties to a contract to designate these principles as the rules that will govern their agreement, and hope that they will influence national lawmakers in their legislative choices: P.-A. Crépeau, with É. M. Charpentier, *The Unidroit Principles and the Civil Code of Québec: Shared Values?* (1998), at p. xxix; Charpentier, at pp. 21-22. Article 6.2.1 of the Unidroit Principles states the principle that contracts are binding absent an unforeseeable event. In it, the concept of unforeseeability is referred to using the word “hardship”, which is defined as follows in art. 6.2.2:

Article 6.2.2

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

(a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;

(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;

En cas de refus ou d’échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu’elles déterminent, ou demander d’un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d’accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d’une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu’il fixe.

[88] La théorie de l’imprévision est aussi incluse dans les *Principes d’Unidroit relatifs aux contrats du commerce international* (4^e éd. 2016), un corpus de règles de droit des contrats publié par l’Institut international pour l’unification du droit privé : É. Charpentier, « L’émergence d’un ordre public... privé : une présentation des Principes d’Unidroit », dans *Les Journées Maximilien-Caron 2001, Les Principes d’Unidroit et les contrats internationaux : aspects pratiques* (2003), 19, p. 21 et 24. Les Principes d’Unidroit, élaborés avec l’ambition de créer un corpus de droit réellement international par des juristes de plusieurs pays, ne sont pas contraignants. Mais leurs auteurs invitent les parties à un contrat à désigner ces principes pour régir leur accord, et espèrent inspirer les législateurs nationaux dans leurs choix législatifs : P.-A. Crépeau, avec la collaboration de É. M. Charpentier, *Les Principes d’Unidroit et le Code civil du Québec : valeurs partagées?* (1998), p. xxviii; Charpentier, p. 21-22. L’article 6.2.1 des Principes d’Unidroit prévoit le principe de la force obligatoire des contrats sauf en cas d’imprévision, qu’il identifie par le terme anglais « *hardship* », défini comme suit à l’art. 6.2.2 :

Article 6.2.2

Il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l’équilibre des prestations, soit que le coût de l’exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et

a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat;

b) que la partie lésée n’a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération;

(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and

(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

[89] As is clear from the words of these provisions, this rule is subject to two core conditions in particular. First, unforeseeability cannot be relied on where it is clear that the party who was disadvantaged by the change in circumstances had accepted the risk that such changes would occur. Second, it applies only where the new situation makes the contract less beneficial for one of the parties, and not simply more beneficial for the other. It does not apply where the parties receive the prestations and benefits that are provided for or are allocated to them in the contract.

[90] The Court of Appeal relied in its reasons on the Unidroit Principles to find that there are only two situations in which the “hardship” test can be met: either “the cost of performance rises but the consideration received remains the same” or “the cost of performance remains unchanged but the consideration received is of lesser value” (para. 152 (CanLII)). The idea that unforeseeability might be relied on to redress a disequilibrium that harms no one but seems to unduly benefit one party is in fact sufficiently foreign to this doctrine for Professor Jutras to refer to it as [TRANSLATION] “positive unforeseeability”: D. Jutras, “La bonne foi, l’imprévision, et le rapport entre le général et le particulier”, in “Obligations et contrats spéciaux: Obligations en général” (2017), 1 *R.T.D. civ.* 118, by H. Barbier, 138, at p. 139. In his view, even art. 1195 of the French *Code civil*, given its wording, could not in itself justify ordering the renegotiation of a contract in such a situation: pp. 138-39.

[91] Furthermore, under the French *Code civil*, for example, the performance of a contract must become not merely less beneficial, but [TRANSLATION] “excessively onerous”. The term “hardship” favoured by the drafters of the Unidroit Principles clearly illustrates the nature of this requirement. Quebec authors

c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée; et

d) que le risque de ces événements n’a pas été assumé par la partie lésée.

[89] Comme en témoigne éloquemment le libellé de ces dispositions, cette règle est notamment assortie de deux conditions centrales. D’abord, l’imprévision ne peut pas être invoquée s’il est manifeste que la partie désavantagée par le changement de circonstances a accepté le risque que de tels changements surviennent. Ensuite, l’imprévision s’applique uniquement lorsque la situation nouvelle rend le contrat moins avantageux pour l’une des parties — et non simplement plus avantageux pour l’autre. Elle ne s’applique pas dans les cas où les parties touchent les prestations et bénéfices que le contrat prévoit ou leur a alloués.

[90] Dans ses motifs, la Cour d’appel s’en remet aux Principes d’Unidroit pour conclure que seules deux situations permettent de satisfaire à ce dernier critère dit du « *hardship* » : soit « le coût de l’exécution se renchérit alors que ce qui est reçu demeure identique », soit « le coût de l’exécution reste identique alors que ce qui est reçu est d’une valeur moindre » (par. 152 (CanLII)). L’idée que l’imprévision puisse être invoquée pour corriger un déséquilibre qui ne nuit à personne, mais semble avantager indûment une partie, est du reste suffisamment étrangère à cette théorie pour que le professeur Jutras la qualifie d’ « imprévision positive » : D. Jutras, « La bonne foi, l’imprévision, et le rapport entre le général et le particulier », dans « Obligations et contrats spéciaux : Obligations en général » (2017), 1 *R.T.D. civ.* 118, par H. Barbier, 138, p. 139. Selon lui, au regard de son libellé, même l’art. 1195 du *Code civil* français ne pourrait à lui seul justifier la renégociation forcée du contrat dans une telle situation : p. 138-139.

[91] En outre, aux termes du *Code civil* français par exemple, l’exécution du contrat doit devenir non seulement moins avantageuse, mais « excessivement onéreuse ». L’expression « *hardship* » que favorisent les Principes d’Unidroit illustre bien la teneur de cette exigence. La doctrine québécoise sur le sujet

who have written on this topic have had no hesitation in referring to a requirement of [TRANSLATION] “true financial peril”: M. A. Grégoire, *Liberté, responsabilité et utilité: la bonne foi comme instrument de justice* (2010), at p. 237; see also Rolland (1999), at p. 937. Baudouin, Jobin and Vézina are of the view that if the courts had the power to intervene in cases of unforeseeability, they should do so only to [TRANSLATION] “avert the ruin of a party”: No. 446.

[92] In the instant case, however, the evocation of this doctrine comes up against obstacles that are fatal to CFLCo’s argument. First, and fundamentally, the doctrine of unforeseeability is not recognized in Quebec civil law at this time. Second, even in jurisdictions where the doctrine is recognized, it applies only in narrow circumstances that quite simply do not correspond to those of CFLCo.

(b) *Unforeseeability in Quebec Civil Law*

[93] In Quebec, the commentators are unanimous. Quebec civil law does not recognize the general doctrine of unforeseeability: Baudouin, Jobin and Vézina, at No. 445; Lluellas and Moore, at Nos. 2231 and 2233; Pineau, Burman and Gaudet, at No. 285; V. Karim, *Les obligations* (4th ed. 2015), vol. 1, at paras. 3266-67; M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec* (7th ed. 2009), at No. 352. The reason for this is simple. The legislature made a conscious choice not to include it in our law. The *Code* contains no article providing for such a rule. Nor was there any provision to that effect in the *Civil Code of Lower Canada*, the predecessor of the *Code*.

[94] As the Court of Appeal noted, the Civil Code Revision Office had initially suggested in its draft of the new code that judges be given the power to review contracts for unforeseeability: Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code* (1978), *Draft Civil Code*, vol. I, at p. 343, and *Commentaries*, vol. II, at p. 614. The proposed new article would have changed the law, as the courts at the time had not developed this doctrine in the absence of legislation providing for it: Lluellas and Moore, at No. 2232. The Civil Code Revision Office explained that the draft article on unforeseeability and two others on lesion would in combination protect any

n’hésite d’ailleurs pas à faire état d’une exigence de « véritable péril financier » : M. A. Grégoire, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice* (2010), p. 237; voir aussi Rolland (1999), p. 937. Baudouin, Jobin et Vézina considèrent que les tribunaux, s’ils en avaient le pouvoir, ne devraient intervenir dans des cas d’imprévision que pour « éviter la ruine d’une partie » : n° 446.

[92] En l’espèce, l’évocation de cette théorie se heurte toutefois à des obstacles dirimants pour CFLCo. D’abord, et de manière fondamentale, cette théorie n’est pas reconnue dans le droit civil québécois actuel. Ensuite, même là où elle est reconnue, elle est assortie de conditions d’application limitées à des circonstances strictes, qui ne correspondent tout simplement pas à celles de CFLCo.

b) *L’imprévision en droit civil québécois*

[93] Au Québec, la doctrine est unanime. Le droit civil québécois ne reconnaît pas la théorie générale de l’imprévision : Baudouin, Jobin et Vézina, n° 445; Lluellas et Moore, nos 2231 et 2233; Pineau, Burman et Gaudet, n° 285; V. Karim, *Les obligations* (4^e éd. 2015), vol. 1, par. 3266-3267; M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec* (7^e éd. 2009), n° 352. La raison de cet état de fait est simple. C’est le choix réfléchi du législateur de ne pas l’inclure dans notre droit. Le *Code* ne contient aucun article prévoyant une telle règle. Le code antérieur, le *Code civil du Bas-Canada*, ne comportait lui non plus aucune disposition en ce sens.

[94] Comme l’a souligné la Cour d’appel, l’Office de révision du Code civil avait initialement inclus dans son projet de nouveau code une suggestion visant à accorder aux juges le pouvoir de réviser les contrats pour imprévision : Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec* (1978), *Projet de Code civil*, vol. I, p. 345, et *Commentaires*, vol. II, p. 624-625. Le nouvel article proposé aurait modifié le droit, les tribunaux de l’époque n’ayant pas développé cette théorie en l’absence de disposition législative la prévoyant : Lluellas et Moore, n° 2232. Selon l’Office, le projet d’article sur l’imprévision et deux autres sur la lésion

party to a contract in the name of justice and equity: *Commentaries*, vol. II, at p. 614.

[95] However, the suggestion of the Civil Code Revision Office was not accepted: Crépeau and Charpentier, at pp. 33 and 35. As was explained in the National Assembly shortly before the enactment of the new *Code*, the provisions of Book Five that were included in the final draft were intended [TRANSLATION] “to achieve a better balance between the parties to contractual relationships by promoting greater fairness but also by preserving the stability of such relationships”: *La réforme du Code civil: Quelques éléments du projet de loi 125 présenté à l’Assemblée nationale le 18 décembre 1990* (1991), at p. 16. The articles on unforeseeability and lesion that were originally contemplated were no doubt incompatible with the concern to preserve contractual stability, especially given that, in addition, the new *Code* assigned a sensitive and essential role to the concepts of good faith and equity, including in contractual matters.

[96] As a result, the *Code* contains no rule on unforeseeability as that concept is understood and recognized in civil law jurisdictions elsewhere in the world. That being the case, the Quebec courts have been reluctant to develop their own law on unforeseeability. This is explained by, among other things, the political and social nature of the considerations underlying the choice to incorporate into the general law a rule that requires the renegotiation of a contract following an unforeseeable event.

[97] In this regard, I note that in a report on the general reform of the civil law of contracts, the French Ministère de la Justice notes that the doctrine of unforeseeability was adopted to address social policy considerations: *Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, February 11, 2016 (online), Chapter IV, Section 1, Subsection 1. Moreover, several of the European countries that have adopted the doctrine of unforeseeability have done so in response to major political or economic crises: J. M. Perillo, “Force Majeure and

devaient, ensemble, protéger toute partie à un contrat au nom de la justice et de l’équité : *Commentaires*, vol. II, p. 624-625.

[95] La suggestion de l’Office de révision du Code civil ne fut toutefois pas retenue : Crépeau et Charpentier, p. 32 et 34. Comme il fut expliqué à l’Assemblée nationale peu avant l’adoption du nouveau *Code*, les dispositions du Livre V retenues dans le projet final visaient « à établir un meilleur équilibre entre les parties dans les relations contractuelles en favorisant une meilleure justice mais en veillant aussi à préserver la stabilité de ces relations » : *La réforme du Code civil : Quelques éléments du projet de loi 125 présenté à l’Assemblée nationale le 18 décembre 1990* (1991), p. 16. D’une part, les articles initialement envisagés portant sur l’imprévision et sur la lésion cadraient sans doute mal avec le souci de préservation de la stabilité contractuelle, d’autant plus que, d’autre part, le nouveau *Code* conférait une place névralgique et incontournable aux notions de bonne foi et d’équité, y compris en matière contractuelle.

[96] En conséquence, il n’y a pas dans le *Code* de règle de l’imprévision telle que l’entendent et la reconnaissent des ressorts de tradition civiliste ailleurs dans le monde. Cela étant, les tribunaux du Québec se sont montrés réticents à développer un droit prétorien de l’imprévision. La nature politique et sociale des considérations qui sous-tendent le choix d’adopter ou non dans le droit commun une règle qui force la renégociation des contrats en cas d’imprévision l’explique entre autres.

[97] À cet égard, je note que le Rapport du ministère de la Justice de la République française sur la réforme générale du droit civil des contrats souligne que l’adoption de l’imprévision répond à des considérations de politique sociale : *Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 11 février 2016 (en ligne), chapitre IV, section 1, sous-section 1. Plusieurs des pays européens qui ont adopté la théorie de l’imprévision l’ont du reste fait à la suite de crises politiques ou économiques majeures : J. M. Perillo,

Hardship Under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts” (1997), 5 *Tul. J. Int’l & Comp. L.* 5; S. Litvinoff, “Force Majeure, Failure of Cause and Théorie De L’Imprévision: Louisiana Law and Beyond” (1985), 46 *La. L. Rev.* 1. Thus, it can be seen that a decision to subordinate one or more contractual relationships to the doctrine of unforeseeability usually depends on the express will of parties who choose to be governed by, for example, the Unidroit Principles, or on the will of national governments or legislatures that require it.

[98] I would add that the concepts — good faith and equity — favoured by the Quebec legislature to ensure contractual fairness are incompatible with a rule that would depend on external circumstances rather than on the conduct and the situation of the parties.

[99] In any event, there is another obstacle that makes any approach suggested by CFLCo in reliance on the doctrine of unforeseeability clearly inapplicable in the case at bar. Despite what CFLCo says, the strict conditions for application of the doctrine are not met in this case. As the Court of Appeal found, not only did the trial judge make no palpable and overriding error with respect to the fact that the parties had intentionally allocated to Hydro-Québec the risk of electricity price fluctuations however large they might be, but “hardship” as understood in all the recognized forms of the doctrine of unforeseeability has simply not been established in this case.

[100] It should be noted that the disruptive event relied on by CFLCo did not have the effect of increasing the cost of performing its prestations or diminishing the value of the prestations it received from Hydro-Québec. On the contrary, at the risk of repeating myself, CFLCo has continued to receive exactly what it was owed under the Contract, as well as the related benefits, of course. Those benefits continue for the future, including, it must be remembered, the no less substantial ones that will fall to CFLCo at the end of the Contract. As the Court of Appeal put it, “not only is [CFLCo] viable and prosperous but at a future, fixed date, its obligations to

« Force Majeure and Hardship Under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts » (1997), 5 *Tul. J. Int’l & Comp. L.* 5; S. Litvinoff, « Force Majeure, Failure of Cause and Théorie De L’Imprévision : Louisiana Law and Beyond » (1985), 46 *La. L. Rev.* 1. On constate ainsi que la décision de subordonner une ou plusieurs relations contractuelles à la théorie de l’imprévision dépend le plus souvent soit de la volonté expresse des parties, qui choisissent de s’en remettre par exemple aux Principes d’Unidroit, soit de la volonté des gouvernements ou législateurs nationaux de l’imposer.

[98] J’ajouterais que les notions privilégiées par le législateur québécois pour assurer la justice contractuelle, soit la bonne foi et l’équité, cadrent mal avec une règle qui dépendrait de circonstances externes plutôt que du comportement et de la situation des parties.

[99] À tout événement, un autre obstacle rend manifestement inapplicable en l’espèce toute approche suggérée par CFLCo qui voudrait s’inspirer de cette théorie de l’imprévision. Quoiqu’en dise CFLCo, les conditions strictes d’application de cette théorie ne sont pas présentes en l’espèce. Comme l’a constaté la Cour d’appel, outre l’absence d’erreur manifeste et déterminante du premier juge sur le fait que les parties avaient sciemment alloué le risque de fluctuation des prix de l’électricité, peu importe son ampleur, à Hydro-Québec, la démonstration de l’existence d’un « *hardship* » au sens où l’entendent toutes les déclinaisons reconnues de la théorie de l’imprévision n’est simplement pas faite ici.

[100] Il est utile de rappeler que l’événement perturbateur qu’invoque CFLCo n’a eu ni l’effet de faire augmenter le coût d’exécution de ses prestations, ni de faire diminuer la valeur des prestations qu’elle recevait d’Hydro-Québec. Quitte à le répéter, CFLCo a au contraire continué de recevoir précisément ce que le Contrat lui a octroyé, ainsi que les bénéfices y afférents bien sûr. Ces bénéfices continuent pour le futur, y compris, faut-il le rappeler, ceux non moins substantiels qui se cristallisent à son avantage à la fin du Contrat. Pour reprendre les mots de la Cour d’appel, « [n]on seulement [CFLCo] est-elle [dans une situation] viable et même prospère, mais à une date

[Hydro-Québec] will end and it alone will have full control over a very valuable power plant endowed with considerable potential”: para. 156.

[101] As a result, CFLCo’s arguments regarding the duties Hydro-Québec nonetheless has, in its opinion, in respect of good faith and equity are of no assistance to it in this case.

(c) *Good Faith and Equity*

[102] The result of the choices made by the legislature in the course of the revision is that, under the law of contracts in Quebec civil law, restrictions on consensualism generally take the form of exceptions and specific rules: D. Lluellas, “La révision du contrat en droit québécois” (2006), 36 *R.G.D.* 25; P.-G. Jobin, “L’équité en droit des contrats”, in P.-C. Lafond, ed., *Mélanges Claude Masse: En quête de justice et d’équité* (2003), 471; L. Rolland, “La bonne foi dans le *Code civil du Québec*: du général au particulier” (1996), 26 *R.D.U.S.* 377. The binding force of contracts, which is provided for in art. 1434 *C.C.Q.*, is the rule; the exceptions relate, for example, to the status of a minor or a protected person of full age — which makes it possible to raise lesion — or to the particular nature of consumer contracts or contracts of adhesion — which justifies the nullity of certain clauses.

[103] The general duty of good faith also serves as a basis for courts to intervene and to impose on contracting parties obligations based on a notion of contractual fairness. But while good faith can temper formalistic interpretations of the words of certain contracts, it also serves to maximize the meaningful effect of a contract and of the prestations that are for the parties the object of the contract.

[104] Good faith confers a broad, flexible power to create law: Grégoire, at p. 173; Rolland (1996). The concept of good faith has been codified since 1994 in arts. 6 and 7 *C.C.Q.* These articles and their location in the *Code* suggest that the courts should infuse this concept into the whole of Quebec civil law. The commentary of the Minister of Justice on

future et certaine, ses engagements envers [Hydro-Québec] prendront fin et elle contrôlera à elle seule des installations et des équipements de grande valeur, dotés d’un considérable potentiel de revient » : par. 156.

[101] Cela établi, les arguments de CFLCo sur les obligations qu’aurait néanmoins Hydro-Québec en vertu des notions de bonne foi et d’équité ne lui sont d’aucun secours en l’espèce.

c) *La bonne foi et l’équité*

[102] Les choix faits par le législateur lors de la refonte font en sorte qu’en droit civil québécois des contrats, si le consensualisme est tempéré, c’est le plus souvent sous la forme d’exceptions et de règles spécifiques : D. Lluellas, « La révision du contrat en droit québécois » (2006), 36 *R.G.D.* 25; P.-G. Jobin, « L’équité en droit des contrats », dans P.-C. Lafond, dir., *Mélanges Claude Masse : En quête de justice et d’équité* (2003), 471; L. Rolland, « La bonne foi dans le *Code civil du Québec* : du général au particulier » (1996), 26 *R.D.U.S.* 377. La force obligatoire des contrats, qui est énoncée à l’art. 1434 *C.c.Q.*, constitue la règle; les exceptions se rattachent au statut de mineur ou de majeur protégé, par exemple, qui permet d’invoquer la lésion; ou encore à la nature particulière des contrats de consommation ou d’adhésion, laquelle justifie la nullité de certaines clauses.

[103] Le devoir général de bonne foi permet également aux tribunaux d’intervenir et d’imposer à des cocontractants des obligations qui s’inspirent d’une idée de justice contractuelle. Mais si la bonne foi peut tempérer les lectures formalistes de la lettre de certains contrats, elle sert tout autant à maximiser l’effet utile d’un contrat et des prestations qui en sont l’objet pour les parties à celui-ci.

[104] La bonne foi donne un pouvoir de création juridique large et flexible : Grégoire, p. 173; Rolland (1996). La notion est codifiée depuis 1994 aux art. 6 et 7 *C.c.Q.* Ces articles et leur emplacement dans le *Code* invitent les tribunaux à infuser tout le droit civil québécois de cette notion. Les commentaires du ministre de la Justice sur l’art. 1375 *C.c.Q.* ne

art. 1375 *C.C.Q.* leaves no doubt as to its potential scope and its capacity to change the civil law over time: [TRANSLATION] “The legal equivalent of the moral concept of goodwill, and closely related to the application of equity, good faith is a concept that serves to connect legal principles with fundamental concepts of fairness” (Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. I, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), at p. 832). Understood in this way, good faith is more than a series of distinct obligations; it is instead a broad principle that should be applied flexibly having regard to the particular circumstances of each case: Baudouin, Jobin and Vézina, at No. 127; Grégoire, at p. 175.

[105] It is on good faith that CFLCo would like to draw as the basis for the right it claims, that is, a right to impose the renegotiation of the Contract and a reallocation of the benefits that flow from it, following an approach that would be similar to that of the doctrine of unforeseeability but would extend its limits. In support of its argument, CFLCo cites certain authors who urge the courts to develop rules on unforeseeability that would be based on good faith and would be similar to what was considered by the Court of Appeal in this case: see, for example, P.-G. Jobin, “L’imprévision dans la réforme du Code civil et aujourd’hui”, in B. Moore, ed., *Mélanges Jean-Louis Baudouin* (2012), 375; Baudouin, Jobin and Vézina, at No. 446; see also Karim (2015), at paras. 3270-71; Grégoire, at pp. 243 et seq.; Tancelin, at No. 352; S. Martin, “Pour une réception de la théorie de l’imprévision en droit positif québécois” (1993), 34 *C. de D.* 599, at pp. 620 et seq. It may be tempting to do this, but any development of concepts analogous to unforeseeability in Quebec civil law must take account of the legislature’s choice not to turn this doctrine into a universal rule.

[106] Moreover, it does not seem to make sense that, when all is said and done, CFLCo is seeking to use the concepts of good faith and equity in a manner that actually goes beyond the limits of the doctrine of unforeseeability even though the Quebec legislature has refused to incorporate that doctrine into the province’s civil law. If unforeseeability itself has been rejected, a protection analogous to it that

laissent aucun doute sur sa portée potentielle et sa capacité à faire évoluer le droit civil au fil du temps : « Équivalent juridique de la bonne volonté morale et intimement liée à l’application de l’équité, la bonne foi est une notion qui sert à relier les principes juridiques aux notions fondamentales de justice » (ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), p. 832). Comprise ainsi, la bonne foi représente davantage qu’une série d’obligations distinctes, mais constitue plutôt un principe large qui invite à une application souple, selon les particularités propres à chaque cas : Baudouin, Jobin et Vézina, n° 127; Grégoire, p. 175.

[105] C’est à cette notion que CFLCo voudrait puiser pour asseoir le droit qu’elle revendique, soit celui d’imposer la renégociation du Contrat et un nouveau partage des bénéfices en découlant, dans une approche qui se veut similaire à celle de la théorie de l’imprévision mais qui en étend les limites. Elle cite à l’appui de son argument certains auteurs qui invitent les tribunaux à développer un régime de l’imprévision qui reposerait sur la bonne foi et serait similaire à ce que considère la Cour d’appel dans le présent dossier : voir, par exemple, P.-G. Jobin, « L’imprévision dans la réforme du Code civil et aujourd’hui », dans B. Moore, dir., *Mélanges Jean-Louis Baudouin* (2012), 375; Baudouin, Jobin et Vézina, n° 446; voir aussi Karim (2015), par. 3270-3271; Grégoire, p. 243 et suiv.; Tancelin, n° 352; S. Martin, « Pour une réception de la théorie de l’imprévision en droit positif québécois » (1993), 34 *C. de D.* 599, p. 620 et suiv. L’invitation peut séduire, mais tout développement de notions s’apparentant à l’imprévision en droit civil québécois doit, le cas échéant, tenir compte du choix du législateur de n’avoir pas fait de cette théorie une règle universelle.

[106] Il est du reste paradoxal de constater que, en dernière analyse, CFLCo veut se servir des notions de bonne foi et d’équité d’une manière qui transcende les limites mêmes de la théorie de l’imprévision que le législateur québécois a pourtant refusé d’intégrer dans le droit civil de la province. Si l’imprévision elle-même a été rejetée, une protection qui s’apparenterait à celle-ci et qui ne se rattacherait

would be linked only to changes in circumstances without regard for the core conditions of the doctrine as recognized in other civil law jurisdictions could not become the rule in Quebec law. The Court of Appeal found that the principles underlying good faith, or even equity, cannot be extended that far. I agree.

[107] As Hydro-Québec points out, because good faith serves to protect the equilibrium of a contract, it cannot be used to violate that equilibrium and impose a new bargain on the parties. Moreover, because good faith is not synonymous with either charity or distributive justice, the courts cannot rely on it to order the sharing of profits that have in fact been honestly earned. The Superior Court accepted Hydro-Québec's first argument and ruled in its favour at trial. The Court of Appeal also ruled in its favour, but preferred the logic of its second argument.

[108] CFLCo submits that the Court of Appeal erred in treating good faith as a mere collection of specific duties, thereby limiting its scope and its potential. What I understand from this is that, in CFLCo's view, the Court of Appeal should instead have taken the opportunity to ground a duty to renegotiate following an unforeseeable event in the duty of equity the legislature has, by way of art. 1434 *C.C.Q.*, introduced into all contracts to which Quebec law applies.

[109] I will begin by rejecting the latter argument. Equity cannot be relied on in these circumstances, as its effect would then be to indirectly introduce either lesion or unforeseeability into our law in every case. As Baudouin, Jobin and Vézina note, art. 1434 *C.C.Q.* clearly gives judges considerable latitude:

[TRANSLATION] What the judge must do is, in essence, to determine whether, in the circumstances of the case and in the absence of an express rule established by law or by the agreement, a duty should be imposed on a party in light of the spirit of the law or the scheme of the agreement as well as a shared sense of fairness, that is to say, equity. Playing a creative role, the judge then becomes an "instrument of equity", although this does not authorize him or her to

qu'aux changements de circonstances, sans égard aux conditions centrales de l'imprévision reconnues ailleurs en droit civil, ne saurait devenir la règle en droit québécois. La Cour d'appel a conclu que les principes qui sous-tendent la bonne foi, voire l'équité, ne permettent pas de se rendre jusque-là. Je suis d'accord.

[107] Tel que le souligne Hydro-Québec, comme la bonne foi sert à protéger l'équilibre d'un contrat, elle ne peut servir à contrevenir à cet équilibre et imposer un nouveau marché aux parties. De plus, puisque la bonne foi n'est synonyme ni de charité, ni de justice distributive, les tribunaux ne peuvent l'invoquer pour ordonner un partage de profits par ailleurs honnêtement gagnés. La Cour supérieure a accepté le premier argument d'Hydro-Québec, et lui a donné raison en première instance. La Cour d'appel a elle aussi tranché en sa faveur, préférant la logique de son second argument.

[108] CFLCo considère pour sa part que la Cour d'appel a commis une erreur en traitant la bonne foi comme une simple collection d'obligations spécifiques, limitant ainsi sa portée et son potentiel. J'en comprends qu'elle estime que la Cour d'appel aurait plutôt dû saisir l'occasion d'asseoir l'obligation de renégociation en cas d'imprévision sur le devoir d'équité introduit par le législateur, par l'effet de l'art. 1434 *C.c.Q.*, dans tous les contrats soumis au droit québécois.

[109] J'écarte d'emblée ce dernier argument. L'équité ne peut être invoquée dans ces circonstances, car elle servirait alors à introduire indirectement dans notre droit, de manière universelle, soit la lésion, soit l'imprévision. Comme le soulignent Baudouin, Jobin et Vézina, l'art. 1434 *C.c.Q.* confère certes une grande latitude au juge :

Il s'agit en somme pour le juge de décider si, dans les circonstances de l'espèce et en l'absence d'une règle expresse, légale ou conventionnelle, il y a lieu d'imposer une obligation à une partie en faisant appel à l'esprit de la loi ou à l'économie de la convention et au sens commun de la justice, c'est-à-dire à l'équité. Dans un rôle créatif, le juge devient alors un « ministre de l'équité », ce qui toutefois ne l'autorise pas à écarter la volonté clairement

disregard an intention that has been clearly expressed by the parties. [Emphasis added; footnotes omitted; No. 434.]

But while it is true that art. 1434 *C.C.Q.* can occasionally serve as a basis for the courts to intervene in order to remedy unfair situations (*Dunkin' Brands*, at para. 71; Lluellas and Moore, at No. 1551), nothing about the relationship between CFLCo and Hydro-Québec would justify such an intervention in the circumstances of the case at bar. There is neither inequality nor vulnerability in their relationship. Both parties to the Contract were experienced, and they negotiated its clauses at length. They bound themselves knowing full well what they were doing, and their conduct shows that they intended one of them to bear the risk of fluctuations in electricity prices. To rely on equity in this context is essentially to argue that fairness requires a principle in Quebec law to the effect that a change in the circumstances of the parties to a contract will always justify its being renegotiated, which would conflict sharply with the legislature's intent. In Quebec civil law, equity is not so malleable that it can be detached from the will of the parties and their common intention as revealed in and established by a thorough analysis of the whole of the relevant evidence.

[110] Therefore, if a protection analogous to that of the doctrine of unforeseeability can emerge in this case, it is limited to what is authorized by good faith. On this point, I agree with the Court of Appeal: it cannot be argued that a party to a contract who refuses to make major changes to the contract where there is no "hardship" within the meaning of the Unidroit Principles, or where no objectively reasonable solution is available to that party, is by refusing to do so breaching the general duty to exercise his or her rights in good faith. The unforeseen change in circumstances and the disadvantage suffered by the contracting party who requests that the contract be renegotiated do not in themselves justify a court in requiring the requested renegotiation. The concept of good faith has its own boundaries and its own logic, and its scope cannot be expanded to include the possibility of penalizing a party whose conduct has not been unreasonable, or a duty to renegotiate the principal obligations of a contract in all circumstances.

exprimée par les parties. [Je souligne; notes en bas de page omises; n° 434.]

Mais si l'art. 1434 *C.c.Q.* peut justifier que des tribunaux interviennent à l'occasion pour corriger des situations injustes (*Dunkin' Brands*, par. 71; Lluellas et Moore, n° 1551), aucun élément de la relation entre CFLCo et Hydro-Québec ne justifie une telle intervention dans les circonstances du présent litige. Il n'y a ni inégalité ni vulnérabilité dans cette relation. Les deux parties au Contrat étaient aguerries et en ont longuement négocié les clauses. Elles se sont engagées en toute connaissance de cause et leur comportement révèle l'intention de faire supporter par l'une d'elles le risque de variation des prix de l'électricité. Invoquer l'équité dans ce contexte, c'est plaider en quelque sorte que la justice exige que le droit québécois reconnaisse que le changement dans les circonstances des parties à un contrat justifie à tout coup la renégociation de celui-ci, ce qui heurterait violemment l'intention législative à l'effet contraire. En droit civil québécois, l'équité n'est pas malléable au point de la détacher de la volonté des parties et de leur intention commune, révélée et établie par une analyse fouillée de l'ensemble de la preuve pertinente.

[110] Ainsi, si une protection s'apparentant à celle qu'accorde la théorie de l'imprévision peut se manifester en l'espèce, c'est uniquement dans la mesure où la bonne foi l'autorise. Sur ce point, je partage l'avis de la Cour d'appel : on ne peut prétendre qu'une partie à un contrat qui refuse d'y apporter des modifications majeures en l'absence de « *hardship* » au sens des Principes d'Unidroit, ou lorsqu'aucune solution objectivement raisonnable ne s'offre à elle, viole par le fait même le devoir général d'exercer ses droits de bonne foi. À eux seuls, le changement imprévu de circonstances et le désavantage subi par le cocontractant qui demande la renégociation du contrat ne justifient pas qu'un tribunal impose la renégociation demandée. La notion de bonne foi possède ses propres contours et sa propre logique, et sa portée ne peut être élargie au point d'y inclure la possibilité de sanctionner une partie en l'absence de comportement déraisonnable de sa part, ou une obligation de renégociation des obligations principales d'un contrat en toutes circonstances.

[111] The fundamental role played by good faith in Quebec civil law is now well established. This Court recognized the importance of good faith in *National Bank of Canada (Canadian National Bank) v. Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 339. Over time, it defined the scope of the concept in specific contexts: *Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 S.C.R. 429; *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122; *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554. The Quebec legislature codified the principles of good faith in 1994 using language that is flexible, broad and conducive to evolution.

[112] In the context of Book Five of the *Code*, in art. 1375, good faith takes the form of an objective standard of conduct:

The parties shall conduct themselves in good faith both at the time the obligation arises and at the time it is performed or extinguished.

As Lluellas and Moore note, good faith gives rise to a requirement of [TRANSLATION] “ethical conduct in the performance of the contract” (No. 1971 (emphasis deleted)), of a “general attitude” or even of “a state of being” (No. 1977 (emphasis deleted)). The codified concept is similar to the one that was developed by this Court to the effect that good faith is an obligation that requires parties to exercise their contractual rights in accordance with the rules of fair play and equity: *Houle*, at p. 155. Baudouin, Jobin and Vézina write that [TRANSLATION] “[g]ood faith has . . . become the behavioural ethic required in contractual matters”: No. 132. The form this standard takes therefore necessarily depends on the clauses and the nature of the contract at issue.

[113] But because good faith is a standard associated with the parties’ conduct, it cannot be used to impose obligations that are completely unrelated to their conduct. What constitutes unreasonable conduct contrary to the duty of good faith must be determined on a case-by-case basis. For example, in a situation of “hardship” that corresponds to the description of that concept set out in the Unidroit Principles, the conduct of the contracting party who benefits from the change in circumstances cannot be disregarded and must be assessed.

[111] La place fondamentale de la bonne foi dans le droit civil québécois est aujourd’hui acquise. Notre Cour en a reconnu l’importance dans *Banque Nationale du Canada (Banque Canadienne Nationale) c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339. Elle en a tracé les paramètres dans des contextes particuliers au fil des ans : *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429; *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554. Le législateur québécois en a codifié les principes en 1994 au moyen d’un langage qui se veut souple, large et évolutif.

[112] Dans le contexte du livre cinquième du *Code*, à l’art. 1375, la bonne foi prend la forme d’une norme objective de comportement :

La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l’obligation qu’à celui de son exécution ou de son extinction.

Comme l’indiquent Lluellas et Moore, de cette notion découle l’exigence d’un « comportement éthique dans le déroulement du contrat » (n° 1971 (italiques omis)), d’une « attitude générale », voire d’« un état d’être » (n° 1977 (italiques omis)). La notion codifiée est similaire à celle développée par notre Cour, qui faisait de la bonne foi une obligation exigeant des parties qu’elles exercent leurs droits contractuels en se conformant aux règles de loyauté et d’équité : *Houle*, p. 155. Comme l’écrivent Baudouin, Jobin et Vézina, « [l]a bonne foi est [. . .] devenue l’éthique de comportement exigée en matière contractuelle » : n° 132. Cette norme prend alors nécessairement sa couleur des clauses et de la nature du contrat concerné.

[113] Mais puisque la bonne foi est une norme qui se rattache au comportement des parties, elle ne peut servir à imposer des obligations qui seraient complètement détachées de celui-ci. Ce qui constitue un comportement déraisonnable violant le devoir de bonne foi doit être déterminé au cas par cas. Par exemple, dans une situation de « *hardship* » correspondant à la description qu’en donnent les Principes d’Unidroit, le comportement du cocontractant favorisé par le changement de circonstances ne pourrait être ignoré et devrait être évalué.

[114] CFLCo argues that, by failing to cooperate with it to help it overcome its financial problems and enable it to benefit from the Churchill Falls project, Hydro-Québec is acting contrary to the requirements of good faith. What this means in real terms is that Hydro-Québec would have to confer with CFLCo in order to come to some arrangement or compromise with respect to the words of the Contract and would also have to ensure that the legitimate expectation raised by CFLCo, that is, that the other contracting party will help it benefit fully from the positive effects of the project, is met.

[115] The authors recognize the existence of a duty to cooperate that flows from the requirements of good faith. This duty is sometimes described as a “positive” obligation that requires a party to be proactive in accommodating the interests and legitimate expectations of his or her contracting partner, as opposed to the “negative” obligations imposed by the duty of good faith, which require a party to refrain from doing certain things that would harm the other party: Lluelles and Moore, at Nos. 1979 and 1999-2000; LeBrun, at paras. 33 et seq.; Baudouin, Jobin and Vézina, at No. 162. The duty to cooperate means, for example, that one party must look out for the other party’s interests by acting in a reasonably conciliatory and proactive manner when receiving and performing prestations under the contract: *ibid.*

[116] That being said, a review of the case law shows that this duty to cooperate has only quite rarely led a court to find that an obligation to amend a contract applied, and that no court has yet found that an obligation to redistribute profits earned under a contract did. Although CFLCo can argue that for a party to consider only the words of the contract without taking the other party’s situation into account can become wrongful conduct, it is wrong to rely on this to argue that a refusal to renegotiate a contract or share profits is contrary to the general duty of good faith. One does not necessarily entail the other.

[117] This conclusion follows from two fundamental principles of Quebec civil law that cannot

[114] CFLCo plaide qu’en omettant de collaborer avec elle pour l’aider à surmonter ses difficultés financières et lui permettre de tirer des bénéfices du projet Churchill Falls, Hydro-Québec manque aux exigences de la bonne foi. Dans les faits, cela voudrait dire qu’Hydro-Québec devrait discuter avec CFLCo pour trouver des accommodements et des compromis sur la lettre du Contrat, et se devrait d’assurer le respect des attentes légitimes qu’invoque CFLCo, à savoir que sa cocontractante l’aiderait à profiter pleinement des retombées positives du projet.

[115] La doctrine reconnaît l’existence d’un devoir de collaboration qui découle des exigences de la bonne foi. Ce devoir est parfois décrit comme une obligation « positive », qui exige d’une partie qu’elle agisse de manière proactive pour accommoder les intérêts et les attentes légitimes de son partenaire contractuel, par opposition aux obligations « négatives » qu’imposent le devoir de bonne foi, obligations qui exigent d’une partie qu’elle s’abstienne d’accomplir certains actes qui nuiraient à sa cocontractante : Lluelles et Moore, nos 1979 et 1999-2000; LeBrun, par. 33 et suiv.; Baudouin, Jobin et Vézina, n° 162. Ce devoir de collaboration requiert par exemple de veiller aux intérêts du cocontractant, en agissant de manière raisonnablement conciliante et proactive dans la réception et l’exécution des prestations du contrat : *ibid.*

[116] Cela dit, une revue de la jurisprudence montre que ce devoir de coopération et de collaboration n’a que très rarement mené à la reconnaissance de l’obligation de modifier un contrat, et jamais encore à celle de redistribuer les profits qu’un contrat permet de réaliser. Bien que CFLCo puisse prétendre que le fait pour une partie de s’en tenir simplement à la lettre du contrat, sans accorder aucune considération à la situation de son cocontractant, peut devenir un comportement fautif, elle a tort de s’appuyer sur ce fait pour alléguer que le refus de renégocier un contrat ou de partager des profits est une violation du devoir général de bonne foi. L’un n’entraîne pas nécessairement l’autre.

[117] Deux principes fondamentaux du droit civil québécois, dont on ne peut faire abstraction dans

be disregarded in any analysis of good faith in the circumstances of a given case. The first is that good faith is presumed, and a party must, in meeting the requirements of good faith, also be able to satisfy his or her own interests. As this Court pointed out in *Bhasin*:

While “appropriate regard” for the other party’s interests will vary depending on the context of the contractual relationship, it does not require acting to serve those interests in all cases. [para. 65]

This statement applies equally to the duty of good faith in Quebec civil law.

[118] Thus, the duty of good faith does not negate a party’s right to rely on the words of the contract unless insistence on that right is unreasonable in the circumstances. The examples given by authors involve situations in which, exceptionally, such a stance would threaten the contractual relationship or the harmony of the contract without regard for the contracting partner’s legitimate expectations; those in which it would allow one party to derive an *unwarranted* advantage from his or her situation — [TRANSLATION] “[b]ut this fault presupposes conduct that truly deviates from that of an honest, prudent contracting party”; and, finally, those in which the party who insists on adhering to the words of the contract is inflexible or is gratuitously impatient or intransigent: Lluelles and Moore, at Nos. 1984-96.

[119] In the instant case, Hydro-Québec’s refusal to forego the advantages flowing from the Contract is not a departure from the standard of reasonable conduct that could rebut the presumption that a party is acting in good faith. Nor does its insistence on adhering to the Contract despite the alleged unforeseen change in circumstances constitute unreasonable conduct in the absence of other breaches of the duty of fair play or that of collaboration or cooperation. This position taken by Hydro-Québec does not show any intransigence or impatience on its part. Hydro-Québec is not deviating from the standard of a reasonable contracting party, and it is considering CFLCo’s legitimate contractual interests, given that it is not preventing CFLCo from receiving the benefits conferred on the latter under the Contract.

toute analyse de cette notion dans les circonstances de l’espèce, imposent cette conclusion. Premièrement, la bonne foi se présume et ses exigences doivent pouvoir coexister avec la recherche par une partie de la satisfaction de ses propres intérêts. Comme le soulignait notre Cour dans *Bhasin* :

. . . si la « prise en compte comme il se doit » des intérêts de l’autre partie variera en fonction du contexte de la relation contractuelle, elle n’oblige pas la partie à servir ces intérêts dans tous les cas. [par. 65]

Cette affirmation se transpose tout aussi bien à l’obligation de bonne foi en droit civil québécois.

[118] Ainsi, le devoir de bonne foi ne prive une partie du droit de s’en remettre à la lettre du contrat que lorsque cette insistence est déraisonnable au regard des circonstances. La doctrine donne à titre d’exemples les situations où, exceptionnellement, une telle attitude compromettrait la relation contractuelle ou l’harmonie du contrat, au mépris des attentes légitimes du partenaire contractuel; celles où elle permettrait à une partie de tirer un avantage *indu* de sa situation — « [m]ais cette faute suppose un comportement véritablement déviant par rapport à celui d’un contractant honnête et prudent »; et, enfin, celles où la partie qui insiste sur la lettre du contrat fait preuve d’un manque de flexibilité, ou encore d’une impatience ou d’une intransigence déplacées : Lluelles et Moore, n^{os} 1984-1996.

[119] En l’espèce, le fait qu’Hydro-Québec refuse de renoncer aux avantages du Contrat n’est pas un écart de la norme de comportement raisonnable qui justifierait de renverser la présomption qu’une partie agit de bonne foi. Le fait qu’elle insiste sur le respect du Contrat malgré le changement imprévu de circonstances qui est allégué ne constitue pas non plus, en l’absence d’autres manquements aux obligations de loyauté, de collaboration ou de coopération, un comportement déraisonnable. Cette prise de position d’Hydro-Québec ne révèle ni intransigence ni impatience de sa part. Elle ne dévie pas de la norme du cocontractant raisonnable, et elle tient compte des intérêts contractuels légitimes de CFLCo, puisqu’elle n’empêche pas cette dernière de profiter des avantages qui lui échoient en vertu du Contrat.

[120] The second fundamental principle is that [TRANSLATION] “[g]ood faith requires consideration of the spirit of the law or the agreement”: Baudouin, Jobin and Vézina, at No. 127. The purpose of the duty to cooperate is thus to give the contract, as it exists, the broadest scope possible: LeBrun, at para. 190. In a sense, this duty can be seen as a simple implementation of Pothier’s maxim that [TRANSLATION] “obligating oneself to do something means obligating oneself to do it effectively”: *ibid.*, at para. 37. The many expressions of the duty of good faith therefore serve to maintain the relevance of the prestations that form the basis of the contract for the two parties even if the words of the contract do not specifically prohibit the parties from doing something that would impede its fulfilment. Because good faith takes its form from the terms of the contract, it cannot serve to undermine the contract’s paradigm. But in the view of the Superior Court and the Court of Appeal, that is exactly what CFLCo is arguing for in this case: CFLCo is demanding that Hydro-Québec renounce its access to a source of electricity production at a stable cost, that is, to the principal benefit it derives from the Contract.

[121] It is true that the Quebec courts have sometimes required contracting partners to make slight changes to their contracts. For example, they have required a party to tolerate certain breaches by the other party or to refrain from asserting rights in certain circumstances: *Provenzano v. Babori*, [1991] R.D.I. 450 (C.A.); *T.L. v. Y.L.*, 2011 QCCA 1205; *SMC Pneumatiques (Canada) ltée v. Dicsa inc.*, 2000 CanLII 17881 (Sup. Ct.), rev’d on appeal, but not on this point, 2003 CanLII 72264 (C.A.). As well, they have sometimes imposed what are known as duties of conciliation by requiring one party to help the other find solutions for the other party’s problems or to accept a new offer that essentially satisfies his or her own needs, provided in all cases that the circumstances show that it would be unreasonable not to do so: *Entreprises MTY Tiki Ming inc. v. McDuff*, 2008 QCCS 4898; *Nagarajah v. Fotinopoulos Kalyvas*, 2003 CanLII 2834 (Sup. Ct.); see also LeBrun, at paras. 178-80. But no court has ever forced a party to renegotiate the prestations on which the commutative nature of the contract was based. In my view, this is justified by the very logic behind the duty of good

[120] Deuxièmement, « [l]a bonne foi fait appel à l’esprit de la loi ou de la convention » : Baudouin, Jobin et Vézina, n° 127. Le devoir de collaboration vise ainsi à donner au contrat, tel qu’il existe, la plus grande portée possible : LeBrun, par. 190. En un sens, ce devoir peut être conçu comme la simple mise en œuvre de la formule de Pothier : « s’obliger à faire quelque chose c’est s’obliger à le faire utilement » (*ibid.*, par. 37). Les nombreuses manifestations du devoir de bonne foi servent donc à maintenir la pertinence des prestations à la base du contrat pour les deux parties, même lorsque les termes du contrat ne prévoient pas spécifiquement qu’il est interdit aux parties de faire quelque chose qui nuirait à sa réalisation. Puisque la bonne foi prend sa forme des modalités du contrat, elle ne peut servir à aller à l’encontre de son paradigme. Or, d’après la Cour supérieure et la Cour d’appel, c’est précisément ce que CFLCo soutient en l’espèce : elle demande qu’Hydro-Québec renonce à son accès à une source de production d’électricité à coût stable, soit le bénéfice principal qu’elle tire du Contrat.

[121] Il est vrai que les tribunaux québécois ont parfois exigé de partenaires contractuels qu’ils modifient légèrement leur contrat. Par exemple, ils ont exigé d’une partie qu’elle tolère certains manquements de sa cocontractante, ou qu’elle s’abstienne d’invoquer ses droits dans certaines circonstances : *Provenzano c. Babori*, [1991] R.D.I. 450 (C.A.); *T.L. c. Y.L.*, 2011 QCCA 1205; *SMC Pneumatiques (Canada) ltée c. Dicsa inc.*, 2000 CanLII 17881 (C.S.), inf. en appel, mais pas sur ce point, 2003 CanLII 72264 (C.A.). Les tribunaux ont aussi parfois imposé des obligations dites de conciliation, exigeant d’une partie qu’elle aide l’autre à trouver des solutions à ses problèmes ou qu’elle accepte une offre nouvelle qui lui donne essentiellement satisfaction — toujours à la condition que les circonstances révèlent qu’il serait déraisonnable de ne pas le faire : *Entreprises MTY Tiki Ming inc. c. McDuff*, 2008 QCCS 4898; *Nagarajah c. Fotinopoulos Kalyvas*, 2003 CanLII 2834 (C.S.); voir aussi LeBrun, par. 178-180. Toutefois, la renégociation des prestations à la base de la commutativité contractuelle n’a jamais été imposée. À mon sens, cela se justifie par la logique même du

faith: if the main prestations of a contract are renegotiated and modified, they will rarely remain relevant.

[122] CFLCo nonetheless argues that in certain circumstances, renegotiation will serve to maintain a contract's relevance. In support of this argument, it cites *Provigo Distribution inc. v. Supermarché A.R.G. inc.*, 1997 CanLII 10209, in which the Court of Appeal held that a franchisor had breached its duty of fair play by failing to provide its franchisees with tools they needed in order to prevent, or at least minimize, economic losses. However, the circumstances in *Provigo* were very different. The franchisor had taken the initiative of changing the marketing structures for its products; this was not contrary to its contracts with its franchisees, but was detrimental to their interests. The Court of Appeal found that *Provigo* therefore had a duty to cooperate with its franchisees in order to help them maintain the contract's relevance, which was jeopardized by the changes. One of the options suggested to the court, which stated, however, that it was not for it [TRANSLATION] "to say what a prudent and diligent franchisor, acting in good faith, could or should have done", was to amend the franchise contracts: p. 25 (CanLII). Thus, the reason why *Provigo* had to cooperate to such an extent with its contracting partners was that its duty of fair play required it to avoid disrupting the contractual equilibrium when it made other business decisions that might directly affect that equilibrium. In other words, *Provigo* is fundamentally different from the instant case, given that the franchisor's fault in that case lay in its choice to act without minimizing the impact of its (otherwise legitimate) actions on the other contracting parties.

[123] In the case at bar, Hydro-Québec has done nothing that threatens to disrupt the contractual equilibrium; it therefore has no duty to cooperate with CFLCo to mitigate the effects of the Contract. Moreover, the circumstances CFLCo relies on are, according to its argument, external to the parties, so much so that they were unforeseeable. I would add that the franchise contract at issue in *Provigo* was a relational contract. Given the trial judge's findings of fact

devoir de bonne foi : la renégociation et la modification des prestations principales du contrat auront rarement pour effet de maintenir la pertinence de ces mêmes prestations.

[122] CFLCo plaide néanmoins que, dans des circonstances particulières, la renégociation permettra de maintenir la pertinence d'un contrat, et invoque à l'appui de cet argument l'arrêt *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] R.J.Q. 47, où la Cour d'appel conclut qu'un franchiseur a manqué à son obligation de loyauté en omettant de fournir à ses franchiseés les outils nécessaires pour empêcher, ou du moins minimiser, le préjudice économique. Dans *Provigo*, les circonstances étaient cependant fort différentes. Le franchiseur avait pris l'initiative de modifier les structures de mise en marché de ses produits, dans le respect de ses contrats avec ses franchiseés, mais à leur détriment. La cour a considéré que *Provigo* avait de ce fait l'obligation de collaborer avec ses franchiseés afin de les aider à maintenir la pertinence du contrat, laquelle était menacée par ces changements. L'une des solutions suggérées à la cour, qui a toutefois déclaré qu'il n'était pas de son ressort « de dire ce qu'un franchiseur de bonne foi, prudent et diligent, aurait pu ou dû faire », est la modification des contrats de franchise : p. 60. Ainsi, si *Provigo* devait collaborer aussi intensément avec ses partenaires contractuels, c'est parce que son devoir de loyauté exigeait qu'elle évite de bouleverser l'équilibre contractuel alors qu'elle prenait d'autres décisions d'affaires qui pouvaient directement affecter cet équilibre. En d'autres termes, *Provigo* se distingue fondamentalement du présent pourvoi en ce que la faute du franchiseur consistait en son choix d'agir sans minimiser l'impact de ses actions (par ailleurs légitimes) sur ses cocontractants.

[123] Ici, aucun acte d'Hydro-Québec ne menace de déstabiliser l'équilibre contractuel; en conséquence, elle n'a pas l'obligation de collaborer avec CFLCo pour mitiger les effets du Contrat. En outre, les circonstances que CFLCo invoque sont, selon sa théorie, externes aux parties, à telle enseigne qu'elles seraient imprévisibles. J'ajouterai que, dans *Provigo*, le contrat de franchise concerné se veut un contrat relationnel. Or, au regard des conclusions

on this point, CFLCo cannot maintain that its contract with Hydro-Québec can be so characterized. In any event, while there have been cases — although limited in scope and, what is more, quite rare — in which an exceptional duty to make slight changes to a contract has been held to exist, no court has endorsed the existence of a duty to share previously allocated profits in the name of good faith or fair play; yet that is the essence of what CFLCo is seeking.

[124] It follows that neither good faith nor equity gives CFLCo a legal basis for requiring that the initial equilibrium of the Power Contract be modified. The evidence does not show that Hydro-Québec is acting in bad faith or refusing to accommodate CFLCo's situation. It is refusing only to give the other party the benefits it itself derives from the Contract, which is not a breach of the requirement that it conduct itself reasonably and in accordance with fair play. Hydro-Québec does indeed benefit from the Contract insofar as it is able to earn a profit as a result of its having participated in this project rather than undertaking a similar project in Quebec in the 1960s. But it obtained, in exchange for making substantial investments and assuming significant risks, the right to full enjoyment of the benefits of the Plant and of the Plant's capacity to produce electricity at a stable price over a long period of time regardless of any fluctuations in market prices. As for CFLCo, it has, as the courts below noted, received what it expected to receive under the Power Contract, namely the ability to use debt financing for the Plant, and a return on its investment that it considered reasonable at the time of the signing of the Contract.

[125] As helpful and fundamental as the concepts of good faith and equity are in protecting the contractual equilibrium in Quebec, it would be inappropriate to apply them, as CFLCo asks us to do, to transform the objectives of corrective justice they are intended to protect into a mechanism of distributive justice that would be unpredictable and contrary to contractual stability.

factuelles du juge de première instance sur ce point, CFLCo ne peut soutenir que le contrat qui la lie à Hydro-Québec peut être qualifié de cette manière. Quoiqu'il en soit, si une jurisprudence de portée somme toute limitée et de surcroît plutôt rare confirme qu'il existe parfois un devoir exceptionnel de modifier légèrement un contrat, aucune n'avalise l'existence d'un devoir de partager au nom de la bonne foi ou de la loyauté des profits déjà alloués, ce qui constitue pourtant l'essence de ce que réclame CFLCo.

[124] Il s'ensuit que ni la bonne foi ni l'équité ne fournissent à CFLCo une assise juridique justifiant d'imposer une modification de l'équilibre initial du Contrat d'électricité. La preuve ne révèle pas qu'Hydro-Québec agit de mauvaise foi ou refuse d'accommoder la situation de CFLCo. Elle refuse seulement de remettre les bénéfices qu'elle tire du Contrat à sa cocontractante, attitude qui ne contrevient pas à l'obligation d'adopter un comportement loyal et raisonnable. Certes, elle tire un avantage du Contrat dans la mesure où elle peut rentabiliser le fait d'avoir participé à ce projet plutôt que d'avoir réalisé, au Québec, un projet similaire dans les années 1960. Mais, elle a obtenu le droit de profiter pleinement des bénéfices de la Centrale et de sa capacité à produire de l'électricité à prix stable sur une longue période de manière indépendante de toute fluctuation de prix sur le marché, en échange d'investissements et de risques importants. Quant à CFLCo, comme les cours inférieures l'ont noté, elle a obtenu ce qu'elle s'attendait à recevoir en vertu du Contrat d'électricité, soit la possibilité de financer la Centrale par voie d'emprunts et un rendement sur son investissement qu'elle jugeait raisonnable au moment de la signature du Contrat.

[125] Tout aussi utiles et fondamentales que soient les notions de bonne foi et d'équité dans la protection de l'équilibre contractuel au Québec, il n'y a pas lieu de transformer les objectifs de justice corrective qu'elles visent à protéger en un mécanisme de justice distributive imprévisible et contraire à la stabilité contractuelle comme CFLCo nous invite à le faire.

(3) Conclusion on the Principal Question

[126] CFLCo's arguments on the principal question in the appeal, both those based on the facts and those based on the law, must fail.

[127] First, the trial judge correctly defined the parties' intention and the nature of the Power Contract. The parties entered into a Contract that allocated the risks and benefits associated with the project between them. Regardless of whether the 1960s market context is considered, this suffices for us to reject CFLCo's argument that the object of the Contract is instead the equitable sharing of the risks and profits of the undertaking or the creation of a relationship of long-term cooperation and economic coordination. What is more, the Contract expressly allocated the risk related to electricity price fluctuations, whatever their source might be, to Hydro-Québec.

[128] Second, CFLCo's arguments to the effect that a duty to renegotiate the Contract can be found in provisions of the *Code* must fail in the circumstances. CFLCo cannot rely on the doctrine of unforeseeability, since that doctrine is not part of Quebec civil law and it has not been established that CFLCo was actually in a situation of "hardship" at any point during the life of the Contract. The evidence in the record and the trial judge's inferences of fact do not establish this. Moreover, the renegotiation of the Contract is not justified on the basis of either equity or good faith. The duty to cooperate with the other contracting party does not mean that one's own interests must be sacrificed. Given that Hydro-Québec is not being unreasonable in insisting on adhering to the words of the Power Contract, the fact that it is limiting itself to complying with the Contract does not give rise to any rights for CFLCo. In the instant case, there is no justification for requiring that the Contract be modified.

B. *Relief Sought and Prescription*

[129] Since the central question in the appeal must be answered in the negative, I will deal only briefly with the subsidiary questions.

(3) Conclusion sur la question principale

[126] Que ce soit sous l'angle des faits ou du droit, les arguments de CFLCo sur la question principale du pourvoi commandent une réponse négative.

[127] D'un côté, le juge de première instance a adéquatement cerné l'intention des parties et la teneur du Contrat d'électricité. Les parties ont conclu un Contrat qui répartissait entre elles les risques et les bénéfices liés au projet. Que l'on considère ou non le contexte du marché dans les années 1960, l'observation qui précède suffit pour rejeter l'argument de CFLCo voulant que le Contrat ait plutôt pour objet le partage équitable des risques et des profits de l'entreprise, ou la création d'une relation de collaboration et de coordination économique à long terme. De plus, peu importe la source de la fluctuation des prix de l'électricité, le risque afférent à une telle fluctuation était à la charge d'Hydro-Québec selon la lettre du Contrat.

[128] De l'autre côté, les arguments de CFLCo qui tentent de dégager des dispositions du *Code* une obligation de renégociation du Contrat échouent dans les circonstances. CFLCo ne peut invoquer l'imprévision, puisque cette théorie est absente du droit civil québécois et qu'il n'est pas établi qu'elle a été à un moment dans la vie du Contrat en réelle situation de « *hardship* ». La preuve au dossier et les inférences de fait du premier juge ne permettent pas de l'établir. De plus, ni l'équité, ni la bonne foi ne justifient la renégociation du Contrat. Le devoir de collaborer avec son cocontractant n'exige pas de sacrifier ses intérêts propres. En l'absence d'insistance déraisonnable sur la lettre du Contrat, le fait pour Hydro-Québec de s'en tenir au respect du Contrat d'électricité n'est pas générateur de droit pour CFLCo. En l'occurrence, rien ne justifie d'en imposer la modification.

B. *Les réparations recherchées et la prescription*

[129] Vu la réponse négative qui s'impose à l'égard de la question centrale du pourvoi, je ne traiterai que brièvement des questions subsidiaires.

[130] In this Court, CFLCo insists that the appropriate relief would, first and foremost, be an order that Hydro-Québec comply with the 2009 demand notice in which CFLCo called upon it to renegotiate the Power Contract. Yet the principal conclusion CFLCo sought in its motion to institute proceedings was an order modifying the Contract by incorporating a formula for adjusting the prices payable that CFLCo had itself devised. According to CFLCo, if this Court has the power to order the parties to renegotiate the Contract, it must also have the power to set the terms of the new contract itself.

[131] The Court of Appeal did not deal with this question, whereas the trial judge had focused on the shortcomings of the price adjustment formula CFLCo was asking it to add to the Contract. Because CFLCo has not identified any palpable and overriding error in the trial judge's analysis on this point, there is no basis for intervening in this regard. Moreover, I am unable to identify a legal principle on the basis of which a judge could impose a new bargain on Hydro-Québec to which it has not agreed. As Hydro-Québec points out, allowing a contract to be modified by a judge at the request of a single party would conflict seriously with the principles of the binding force of contracts and freedom of contract that underlie Quebec civil law. I would add that Professor Jobin opposes this solution even though he is in favour of introducing the doctrine of unforeseeability into Quebec civil law:

[TRANSLATION] A court cannot have the power to redraft the agreement, to itself adapt the agreement to the circumstances; as an outsider to the negotiations and to the specific context of the parties, it could well impose inappropriate terms if it were to modify the agreement itself. [Footnote omitted.]

(Jobin (2012), at p. 387)

[132] As for CFLCo's request for an order to renegotiate the Contract, in my view, it reflects a misunderstanding of the scope of the legal principles on which CFLCo relies, the requirements of which it does not meet. The unprecedented remedy my colleague proposes is along the same lines: requiring that the Contract be renegotiated such that the parties agree on a price adjustment formula for allocating

[130] Devant notre Cour, CFLCo a plaidé avec insistance que la réparation appropriée consisterait d'abord et avant tout à ordonner à Hydro-Québec d'obtempérer à la mise en demeure de renégocier le Contrat d'électricité qu'elle lui a fait parvenir en 2009. Sa demande introductive d'instance demandait par contre, à titre de conclusion principale, une ordonnance de modification du Contrat pour y introduire une formule d'ajustement des prix payables qu'elle a concoctée. Pour CFLCo, si notre Cour a le pouvoir d'ordonner aux parties de renégocier le Contrat, elle possède nécessairement aussi celui de fixer elle-même les modalités du nouveau contrat.

[131] La Cour d'appel n'a pas abordé cette question, tandis que le premier juge s'est attardé aux lacunes de la formule d'ajustement des prix que CFLCo l'invitait à ajouter au Contrat. Puisque CFLCo ne dégage pas d'erreur manifeste et déterminante dans cette analyse du premier juge, il n'y a pas lieu d'intervenir sur ce point. En outre, je cherche en vain le fondement légal qui permettrait à un juge d'imposer à Hydro-Québec un nouveau marché auquel elle n'aurait pas consenti. Comme Hydro-Québec le souligne, permettre la modification d'un contrat par un juge à la demande d'une seule partie heurterait fortement les principes de la force obligatoire du contrat et de la liberté contractuelle qui sous-tendent le droit civil québécois. Le professeur Jobin, pourtant favorable à l'introduction de la théorie de l'imprévision en droit civil québécois, se prononce d'ailleurs contre cette solution :

Le tribunal ne saurait avoir le pouvoir de redessiner la convention, l'adapter lui-même aux circonstances; en effet, étranger aux négociations et au contexte particulier des parties, il risquerait d'imposer des termes inappropriés s'il devait modifier lui-même la convention. [Note en bas de page omise.]

(Jobin (2012), p. 387)

[132] Quant à la demande de CFLCo de forcer la renégociation du Contrat, je considère qu'elle témoigne d'une compréhension erronée de la portée des théories juridiques qu'elle invoque ici et dont elle ne remplit pas les exigences. La réparation inédite que préconise mon collègue va dans le même sens : forcer la renégociation du Contrat pour que les parties conviennent d'une formule d'ajustement

the unforeseen profits or, failing an agreement in this regard, authorizing the court to establish such a formula and impose it. In my opinion, no support for such a remedy can be found in either the academic literature or the case law on Quebec civil law.

[133] Furthermore, I agree with the trial judge that, in any event, CFLCo's action is prescribed. By virtue of its argument, CFLCo is seeking specific performance of an implied conditional obligation to renegotiate the Contract in the event of a sudden change in market circumstances: arts. 1497 and 1601 *C.C.Q.* The breach it alleges is thus the non-performance of a contractual prestation that is exigible from the occurrence of a specific event: art. 1507 *C.C.Q.* It follows that the right of action that, in CFLCo's view, allows it to compel performance of the obligation or to obtain damages for the injury caused by non-performance arose at the latest when it became aware that the obligation had not been performed even though the specified condition had been fulfilled.

[134] What can be seen from the evidence is that the most recent event to have disrupted the market on which CFLCo relies, namely the action taken by the United States Federal Energy Regulatory Commission to effectively require that the market be opened to all producers, occurred in 1997 at the latest. It was therefore at that time that CFLCo's right of action arose within the meaning of art. 2880 para. 2 *C.C.Q.* As the trial judge correctly found, prescription began to run on the day CFLCo learned of that change in circumstances in the electricity market. Because an action to enforce a personal contractual right is prescribed by three years, CFLCo's right of action has been prescribed since the end of 2000 at the latest: art. 2925 *C.C.Q.* The demand notice it sent in 2009 and the institution of the action in this case in February 2010 were clearly late.

[135] CFLCo's argument that Hydro-Québec's breach of its duty of good faith is a continuing fault that is, in practice, not subject to prescription must fail. It is true that the authors acknowledge that a fault can be committed repeatedly and that each

des prix aux fins de répartition des profits imprévus, ou à défaut, conférer au tribunal le pouvoir d'établir et d'imposer une telle formule. À mon avis, l'octroi d'une telle réparation ne trouve aucun appui dans la doctrine ou la jurisprudence en droit civil québécois.

[133] Je partage par ailleurs l'opinion du premier juge voulant que, à tout événement, le recours de CFLCo soit prescrit. En vertu de la théorie qu'elle avance, CFLCo recherche l'exécution en nature d'une obligation, implicite et conditionnelle, de renégociation du Contrat en cas de changement abrupt de circonstances du marché : art. 1497 et 1601 *C.c.Q.* Le manquement qu'elle allègue est donc l'inexécution d'une prestation contractuelle, exigible à partir de la survenance d'un événement déterminé : art. 1507 *C.c.Q.* Il s'ensuit que le droit d'action qui permettrait à CFLCo de forcer l'exécution de l'obligation ou d'obtenir des dommages-intérêts en réparation du dommage causé par cette inexécution naît, au mieux, au moment où elle constate que l'obligation n'est pas exécutée alors que la condition prévue est accomplie.

[134] Selon la preuve administrée, le dernier événement à avoir perturbé le marché qu'invoque CFLCo, soit l'intervention de l'autorité américaine de réglementation de l'électricité pour imposer dans les faits l'ouverture du marché à tout producteur, remonte au plus tard en 1997. C'est donc à ce moment que le droit d'action de CFLCo a pris naissance au sens de l'art. 2880 al. 2 *C.c.Q.* Comme a conclu à bon droit le juge de première instance, la prescription commençait à courir le jour où ce changement de circonstances sur le marché de l'électricité est venu à la connaissance de CFLCo. Puisque l'action visant à faire valoir un droit contractuel de nature personnelle se prescrit par trois ans, le droit d'action de CFLCo est par conséquent prescrit depuis la fin de l'année 2000 au plus tard : art. 2925 *C.c.Q.* La mise en demeure envoyée par CFLCo en 2009 et l'institution du présent recours en février 2010 étaient éminemment tardives.

[135] La prétention de CFLCo, selon laquelle le manquement d'Hydro-Québec à son obligation de bonne foi est une faute continue qui, en pratique, serait imprescriptible, ne saurait être retenue. Il est vrai que la doctrine reconnaît la possibilité qu'une faute

new fault then leads to a new injury: J.-L. Baudouin, P. Deslauriers and B. Moore, *La responsabilité civile* (8th ed. 2014), at No. 1-1324; J. McCann, *Prescriptions extinctives et fins de non-recevoir* (2011), at pp. 133-34. In such cases, there is said to be continuing fault or damage. Examples that are cited include the fault committed by a polluter or by a person who harasses another. In *Dunkin' Brands*, the Court of Appeal also found that a breach of an ongoing duty of assistance provided for in a contract was a continuing fault: para. 143. However, the situation in the case at bar is entirely different. CFLCo seeks a sanction for the breach of a duty to renegotiate that, it alleges, flowed from discrete external events that had disrupted the agreed contractual equilibrium. In such a case, the right of action in question arises when the events that give rise to it occur, that is, when they crystallize.

VI. Conclusion

[136] In the final analysis, CFLCo has not provided any compelling factual or legal basis for the courts to reshape the contractual relationship it has had with Hydro-Québec for the last 50 years. The trial judge properly defined the nature of this relationship and the paradigm of the Contract, and also explained why Hydro-Québec is not breaching its duty of good faith in exercising its right to purchase electricity from CFLCo at fixed prices. The parties never intended to allocate the project's risks and benefits equally. On the contrary, the original intention was that Hydro-Québec would assume most of the risks associated with the construction of a plant owned by another company. At the time the Contract was entered into, the benefit that CFLCo now characterizes as disproportionate, namely the guarantee of fixed prices for the purchase of electricity, was seen as a way to have Hydro-Québec assume a risk that CFLCo did not want to assume. In return, Hydro-Québec was to obtain low fixed prices and a long-term contract, two benefits on which it insisted in 1969 in exchange for increasing its contribution to the project. It is true that it now, in good faith, earns substantial profits as a result. However, the magnitude of those profits does not justify modifying the Contract so as to deny it that benefit.

soit commise à répétition, et que chaque nouvelle faute entraîne alors un nouveau préjudice : J.-L. Baudouin, P. Deslauriers et B. Moore, *La responsabilité civile* (8^e éd. 2014), n^o 1-1324; J. McCann, *Prescriptions extinctives et fins de non-recevoir* (2011), p. 133-134. On y réfère comme étant la faute ou les dommages dits continus. Est citée en exemple la faute du pollueur ou de la personne qui en harcèle une autre. Dans l'arrêt *Dunkin' Brands*, la Cour d'appel conclut également qu'un manquement à un devoir continu d'assistance prévu par un contrat est une faute continue : par. 143. Toutefois, la situation qui nous concerne est tout autre. En effet, CFLCo veut faire sanctionner le manquement à une obligation de renégociation qui prendrait sa source dans des événements externes ponctuels qui, selon elle, ont rompu l'équilibre contractuel convenu. Dans ce cas, le droit d'action qui est visé naît lors de la survenance des faits qui y donnent ouverture, soit lorsque ces événements se cristallisent.

VI. Conclusion

[136] Au final, CFLCo n'avance aucun motif convaincant, en faits ou en droit, justifiant les tribunaux de remodeler la relation contractuelle qui l'unit depuis 50 ans à Hydro-Québec. Le juge de première instance a bien cerné la nature de cette relation et le paradigme du Contrat, en plus d'expliquer pourquoi Hydro-Québec ne profite pas de son droit d'acheter de l'électricité à prix fixes de CFLCo en violation de son devoir de bonne foi. Les parties n'ont jamais entendu répartir de manière égale les risques et les bénéfices du projet. Au contraire, Hydro-Québec devait initialement assumer la majorité des risques liés à la construction d'une centrale qui appartenait à une autre société. Le bénéfice que CFLCo qualifie aujourd'hui de disproportionné, soit la garantie d'achat d'électricité à prix fixes, était du reste perçu à l'époque de la conclusion du Contrat comme un moyen de faire assumer par Hydro-Québec un risque que CFLCo ne voulait pas supporter. En contrepartie, Hydro-Québec devait profiter de prix fixes et bas, et d'un contrat de longue durée, deux avantages qu'elle a insisté pour obtenir en 1969 en échange de l'augmentation de sa contribution au projet. Certes, elle en tire aujourd'hui en toute bonne foi des bénéfices substantiels. Mais l'ampleur de ces bénéfices ne justifie toutefois pas de modifier le Contrat pour la priver de cet avantage.

[137] The fact that the electricity market has changed significantly since the parties entered into the Contract does not on its own justify disregarding the terms of the Contract and its nature. While it is true that the introduction of the duty of good faith into the *Code* shows that the legislature intended to temper the principles of the binding force of contracts and autonomy of the will, this does not justify making inordinate use of that duty in order to override the terms of an agreement that adequately reflects the initial equilibrium envisaged by the parties. In reality, CFLCo is not asking the Court to help it give the Contract the broadest scope possible; rather, it is asking the Court to limit the Contract's temporal scope so that it can more quickly enjoy the benefits it will eventually receive at the end of the Contract in 2041. Those benefits, which will in fact fall to CFLCo as a result of the paradigm of the Contract, are substantial for it as well: a Plant estimated to be worth more than \$20 billion that it will be able to operate for its own benefit, starting in September 2041, for another 118 years until its lease expires.

[138] When all is said and done, CFLCo is seeking not to protect the equilibrium of the Power Contract, but to replace the Contract with a new agreement by undoing certain aspects of the Contract while keeping the ones that suit it. CFLCo is thus asking for more than accommodations or compromise; it is asking its contracting partner to give up the benefits it obtained in exchange for the sacrifices it made during the first few years of the project, a situation from which CFLCo has been benefiting since 1969 and continues to benefit today. Neither good faith nor equity justifies granting these requests.

[139] I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

ROWE J. (dissenting) —

I. Introduction

[140] My reasons in this appeal and those of my colleague, Justice Gascon, present contrasting visions of how the jurisprudence regarding contract characterization has developed under Quebec law.

[137] Le seul fait que des changements importants aient pu affecter le marché de l'électricité depuis la conclusion du Contrat ne permet pas de faire abstraction des conditions et de la teneur de celui-ci. Si l'introduction du devoir de bonne foi dans le *Code* témoigne de la volonté du législateur de tempérer les principes de la force obligatoire des contrats et de l'autonomie de la volonté, cela ne justifie pas une utilisation démesurée de ce devoir pour écarter les termes d'une entente qui reflète adéquatement l'équilibre initial envisagé par les parties. En réalité, CFLCo n'invite pas la Cour à l'aider à donner au Contrat la plus grande portée possible; elle l'invite plutôt à en limiter la portée dans le temps afin de profiter plus rapidement des avantages qui lui reviendront éventuellement à la fin du Contrat en 2041. Ces avantages, dont le paradigme du Contrat lui permet justement de bénéficier, sont, pour elle également, substantiels : une Centrale estimée à plus de 20 milliards de dollars, qu'elle pourra exploiter à son profit à compter de septembre 2041 pendant encore 118 ans, jusqu'à ce que son bail vienne à échéance.

[138] Tout compte fait, CFLCo ne cherche pas à protéger l'équilibre du Contrat d'électricité, mais plutôt à substituer un nouveau marché au Contrat en renversant certains aspects de celui-ci, tout en conservant ceux qui lui conviennent. Ce faisant, elle demande plus qu'accommodements ou compromis; elle demande à sa partenaire contractuelle de renoncer aux avantages qu'elle obtient en contrepartie des sacrifices qu'elle a faits durant les premières années du projet, situation dont CFLCo profite depuis 1969 et encore aujourd'hui. Ni la bonne foi ni l'équité ne justifient de faire droit à ces demandes.

[139] Je rejeterais le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ROWE (dissident) —

I. Introduction

[140] Les motifs que j'expose dans le présent pourvoi et ceux rédigés par mon collègue, le juge Gascon, présentent des visions opposées quant à la façon dont la jurisprudence relative à la qualification des

My conclusion on the question of characterization leads me to a result different from that reached by Justice Gascon. I would allow the appeal.

[141] The appellant, the Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (“CFLCo”), claims that it is entitled to participate in profits that its contract with the respondent, Hydro-Québec, which sets out a framework for harnessing the hydroelectric potential of the Churchill River basin in Labrador (“Power Contract”), does not meaningfully allocate. This entitlement, the appellant argues, flows from the relational nature of the contract and the heightened duty of good faith this imposes on the respondent. This argument focuses on the failure of the trial judge to properly characterize the contract and his failure to recognize the important legal consequences that follow from its proper characterization.

[142] The main issue in this appeal is therefore whether the trial judge erred in his characterization of the contract binding CFLCo and Hydro-Québec. I would answer this question in the affirmative given the failure of the trial judge to characterize the contract as relational rather than transactional. The Power Contract establishes a long-term relationship between the parties premised on cooperation and the promise of mutual benefit. Rather than define the parties’ obligations in rigid detail, it assumes that the parties would work together to fulfill the aims of their contractual relationship. Properly characterized, it is the *epitome* of a relational contract.

[143] A number of conclusions follow from this correct characterization. The first is that, given the nature of their contractual relationship, both parties have implied obligations and are subject to a heightened duty of good faith and cooperation. This duty flows from the operation of arts. 6, 7 and 1375, as well as art. 1434 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”). The second is that the contractual relationship between the parties includes an implied obligation to reach an agreement about the allocation

contrats a évolué en droit québécois. Ma conclusion sur la question de la qualification m’amène à un résultat différent de celui auquel parvient le juge Gascon. J’accueillerais le pourvoi.

[141] L’appelante, Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (« CFLCo »), soutient qu’elle a le droit de participer aux profits que le contrat qu’elle a conclu avec l’intimée, Hydro-Québec, lequel établit le cadre d’exploitation du potentiel hydroélectrique du bassin du fleuve Churchill au Labrador (« Contrat d’électricité »), ne répartit pas de façon adéquate. L’appelante prétend que ce droit découle de la nature relationnelle du contrat et de l’obligation accrue de bonne foi que cette caractéristique impose à l’intimée. Cet argument repose essentiellement sur le fait que le juge de première instance n’aurait pas qualifié adéquatement le contrat et n’aurait pas reconnu les conséquences juridiques importantes qui découleraient d’une qualification adéquate.

[142] La principale question que soulève le présent pourvoi consiste donc à décider si le juge de première instance a commis une erreur dans la qualification du contrat intervenu entre CFLCo et Hydro-Québec. Je répondrais par l’affirmative à cette question, compte tenu du fait que le juge de première instance n’a pas qualifié le contrat de relationnel par opposition à transactionnel. Le Contrat d’électricité établit entre les parties une relation à long terme, fondée sur la collaboration et la promesse de bénéfices réciproques. Au lieu de définir en détail et de façon stricte les obligations des parties, le contrat présuppose que les parties collaboreront pour réaliser les objectifs de leur relation contractuelle. Qualifié adéquatement, ce contrat constitue la *quintessence* d’un contrat relationnel.

[143] Un certain nombre de conclusions découlent de cette juste qualification. La première est que, vu la nature de leur relation contractuelle, les deux parties ont des obligations implicites et sont assujetties à une obligation accrue de bonne foi et de collaboration. Cette obligation découle de l’effet des art. 6, 7 et 1375, ainsi que de l’art. 1434 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »). La seconde conclusion est que la relation contractuelle entre les parties comporte l’obligation implicite de conclure une entente au sujet de la

of unforeseeable and extraordinary profits arising from the operation of the Power Contract. This in turn leads to the conclusion that Hydro-Québec, by unreasonably withholding its agreement to negotiate with CFLCo about the allocation of these profits, has been in continuous breach of this obligation. The appellant's claim against Hydro-Québec consequently cannot be prescribed by the operation of art. 2925 of the C.C.Q.

II. Analysis

[144] My analysis is premised on an approach to contract characterization that differs from that adopted by my colleague. Whereas Justice Gascon states that contract characterization is a question of mixed fact and law to be reviewed on the standard of overriding and palpable error (para. 49), my view is that characterization, in this case, is a question of law reviewable on the standard of correctness. Given the errors committed by the trial judge in carrying out this characterization, this Court must conduct the analysis anew.

[145] In what follows, I set out my reasons for concluding that, properly characterized, the Power Contract binding the parties is relational in nature. Parties to a relational contract are typically presumed to have bound themselves to a higher standard of good faith. This allows the parties to rely on a heightened duty of cooperation in fulfilling the goals of their contractual relationship. As the Power Contract contains no mechanism for the allocation of profits that are beyond what was envisioned at the time of the agreement, the parties have an implied obligation to cooperate in defining the terms of their allocation. Hydro-Québec has breached this duty by refusing to establish by way of mutual agreement a price adjustment formula for these extraordinary profits.

A. *The Proper Approach to Contract Characterization*

[146] The object of contract characterization is to link the contract at issue to a legal category so

répartition des profits imprévisibles et extraordinaires résultant de la mise en œuvre du Contrat d'électricité, conclusion qui mène à son tour à celle voulant que, en refusant déraisonnablement de négocier avec CFLCo au sujet de la répartition de ces profits, Hydro-Québec contrevient de façon ininterrompue à cette obligation. En conséquence, l'action que l'appelante a intentée contre Hydro-Québec ne peut pas être prescrite par l'effet de l'art. 2925 du C.c.Q.

II. Analyse

[144] Mon analyse est fondée sur une démarche qui diffère de celle adoptée par mon collègue relativement à la qualification des contrats. Alors que le juge Gascon affirme que la qualification des contrats représente une question mixte de fait et de droit assujettie à la norme de l'erreur manifeste et déterminante (par. 49), je suis d'avis qu'en l'espèce la qualification est une question de droit assujettie à la norme de la décision correcte. En raison des erreurs commises par le juge de première instance lorsqu'il a procédé à cette qualification, la Cour doit recommencer l'analyse du tout au tout.

[145] Dans les paragraphes qui suivent, je vais exposer les motifs pour lesquels je conclus que, qualifié adéquatement, le Contrat d'électricité qui lie les parties est un contrat de nature relationnelle. Habituellement, les parties à un tel contrat sont présumées s'être engagées à respecter une norme supérieure de bonne foi, ce qui leur permet de compter sur une obligation accrue de collaboration lors de la réalisation des objectifs de leur relation contractuelle. Étant donné que le Contrat d'électricité ne comporte aucun mécanisme de répartition des profits excédant ceux envisagés au moment de l'entente, les parties ont l'obligation implicite de collaborer pour définir les modalités de cette répartition. Hydro-Québec a manqué à cette obligation en refusant d'établir, par voie d'accord mutuel, une formule d'ajustement du prix à l'égard de ces profits extraordinaires.

A. *La démarche appropriée en matière de qualification des contrats*

[146] La qualification d'un contrat a pour objet de rattacher le contrat litigieux à une catégorie

as to impose on the parties the legal effects of the true nature of their agreement (D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at Nos. 1727 and 1729; J. Ghestin, C. Jamin and M. Billiau, *Les effets du contrat* (3rd ed. 2001), at p. 77; F. Gendron, *L'interprétation des contrats* (2nd ed. 2016), at p. 19). In characterizing the contract, the judge must be attentive to all the obligations and their interrelations so as to reveal their hierarchical positions (P. Fréchette, “La qualification des contrats: aspects théoriques” (2010), 51 *C. de D.* 117, at pp. 136-37). The aim of this exercise is to identify the essential objective of the contract — its *raison d’être* — and to categorize the contract based on the elements that define its nature (P. Delebecque and F.-J. Pansier, *Droit des obligations: Contrat et quasi-contrat* (7th ed. 2016), at pp. 240-41). This conclusion must arise from structured syllogism, and not from intuition, instinct, or any individualistic sense of what seems fair in a particular situation (Fréchette, at pp. 127-28; O. Cayla, “Ouverture: La qualification, ou la vérité du droit” (1993), 18 *Droits: Revue française de théorie juridique* 3, at p. 9).

[147] The unqualified assertion by my colleague (para. 49) that contract characterization is a question of mixed fact and law departs from settled jurisprudence. In *Uniprix inc. v. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 SCC 43, [2017] 2 S.C.R. 59, a majority of this Court drew a distinction between the interpretation of a contract and the characterization of a contract. On the one hand, contractual *interpretation* often involves questions of mixed fact and law, notably when courts must consider both the intrinsic and extrinsic context of the contract, including “the factual circumstances in which it was formed, how the parties have interpreted it, and usage” (*Uniprix*, at para. 37, citing art. 1426 of the C.C.Q.; see also J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at No. 418; Lluellas and Moore, at Nos. 1600, 1603 and 1607; V. Caron, *Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat: du temple de la volonté à la pyramide de sens* (2016), at pp. 87-93).

juridique donnée, de façon à ce que les parties se voient imposer les effets juridiques correspondant à la nature véritable de leur entente (D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (2^e éd. 2012), nos 1727 et 1729; J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Les effets du contrat* (3^e éd. 2001), p. 77; F. Gendron, *L'interprétation des contrats* (2^e éd. 2016), p. 19). Le juge appelé à qualifier un contrat doit considérer attentivement l'ensemble des obligations, ainsi que leur interrelation, afin de dégager leur position hiérarchique respective (P. Fréchette, « La qualification des contrats : aspects théoriques » (2010), 51 *C. de D.* 117, p. 136-137). Cette démarche a pour but de cerner l'objectif fondamental du contrat — sa raison d'être — et de catégoriser le contrat en fonction des éléments qui définissent sa nature (P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations : Contrat et quasi-contrat* (7^e éd. 2016), p. 240-241). Une telle conclusion doit découler d'un syllogisme structuré, et non pas de l'intuition, de l'instinct ou de toute impression personnelle de ce qui semble juste dans une situation particulière (Fréchette, p. 127-128; O. Cayla, « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit » (1993), 18 *Droits : Revue française de théorie juridique* 3, p. 9).

[147] L'affirmation catégorique de mon collègue (par. 49) selon laquelle la qualification d'un contrat constitue une question mixte de fait et de droit s'écarte de la jurisprudence bien établie à cet égard. Dans *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43, [2017] 2 R.C.S. 59, les juges majoritaires de la Cour ont établi une distinction entre l'interprétation d'un contrat et la qualification de celui-ci. D'une part, l'*interprétation* contractuelle comporte souvent des questions mixtes de fait et de droit, particulièrement lorsque les tribunaux doivent tenir compte à la fois des contextes intrinsèque et extrinsèque du contrat, lesquels incluent « les circonstances factuelles entourant sa conclusion, l'interprétation que les parties lui ont donnée et les usages » (*Uniprix*, par. 37, citant l'art. 1426 du C.c.Q.; voir également J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7^e éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, n^o 418; Lluellas et Moore, nos 1600, 1603 et 1607; V. Caron, *Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat : du temple de la volonté à la pyramide de sens* (2016), p. 87-93).

[148] The types of questions raised by contract *characterization*, on the other hand, depend on whether it is necessary to consider extrinsic evidence to establish the parties' intent as to the fundamental obligation of the contract. On this point, Justice Wagner and Justice Gascon write in *Uniprix*:

The characterization of a contract can also be considered to be a question of mixed fact and law in certain circumstances. Although certain authors see it as a pure question of law (Gendron, at pp. 16-17; Lluellas and Moore, at No. 1738), the fact remains that the characterization of a contract can depend on evidence of the parties' common intention as regards its nature and its content. When it is necessary to consider evidence of that intention, the Quebec Court of Appeal rightly recognizes that, in such cases, the characterization of the contract is a question of mixed fact and law (*MMA*, at para. 20; *Banville-Joncas*, at paras. 63-64; *Cie canadienne d'assurances générales Lombard v. Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d'assurances générales*, 2016 QCCA 1903, at para. 17 (CanLII)). [Emphasis added; para. 42.]

[149] I do not dispute that contract characterization becomes a question of mixed fact and law where consideration of evidence extrinsic to the contract is necessary to identify the true intention of the parties. In certain circumstances, the identification of this shared intention will require the judge to look beyond the words of the contract itself. In such cases, the characterization of the contract is no longer an objective exercise because it requires the court to consider subjective indicators of the parties' intent, such as those gleaned from the circumstances surrounding the formation of the contract and its performance. Such was the case in *Montreal, Maine & Atlantique Canada Cie (Montreal, Maine & Atlantic Canada Co.) (MMA), Re*, 2014 QCCA 2072, 49 R.P.R. (5th) 210, at para. 20, and *Station Mont-Tremblant v. Banville-Joncas*, 2017 QCCA 939, at paras. 63-66 (CanLII). In these cases, the Quebec Court of Appeal indicated that, while characterization is generally a question of law, it *can* be a question of mixed fact and law when testimonial evidence is necessary to establish the nature of the contract. In these cases, testimonial and other extrinsic evidence was considered

[148] D'autre part, le type de questions que soulève la *qualification* des contrats dépend de la nécessité ou non de considérer des éléments de preuve extrinsèques pour établir l'intention des parties quant à l'obligation fondamentale du contrat. Sur ce point, le juge Wagner et le juge Gascon ont écrit ce qui suit dans *Uniprix* :

La qualification du contrat peut elle aussi être considérée comme une question mixte de fait et de droit dans certaines circonstances. Si certains auteurs estiment qu'il s'agit d'une pure question de droit (Gendron, p. 16-17; Lluellas et Moore, n° 1738), il n'en reste pas moins que la qualification d'un contrat peut dépendre de la preuve de l'intention commune des parties à l'égard de sa nature et de son contenu. Lorsqu'il est nécessaire de s'en remettre à la preuve de cette intention, la Cour d'appel du Québec reconnaît à juste titre que la qualification du contrat est alors une question mixte de fait et de droit (*MMA*, par. 20; *Banville-Joncas*, par. 63-64; *Cie canadienne d'assurances générales Lombard c. Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d'assurances générales*, 2016 QCCA 1903, par. 17 (CanLII)). [Je souligne; par. 42.]

[149] Je ne conteste pas ce fait que la qualification d'un contrat devient une question mixte de fait et de droit lorsqu'il est nécessaire de considérer des éléments de preuve extrinsèques au contrat pour dégager l'intention véritable des parties. En effet, il arrive que dans certaines circonstances le juge doive aller au-delà des termes mêmes employés dans le contrat pour déterminer l'intention commune des parties. Dans de tels cas, la qualification du contrat cesse de constituer une opération objective, puisqu'elle oblige le tribunal à tenir compte d'indicateurs subjectifs de l'intention des parties, par exemple d'éléments glanés à partir des circonstances entourant la conclusion du contrat et son exécution. Le tribunal était en présence de telles situations dans les arrêts *Montreal, Maine & Atlantique Canada Cie (Montreal, Maine & Atlantic Canada Co.) (MMA), Re*, 2014 QCCA 2072, 49 R.P.R. (5th) 210, par. 20, et *Station Mont-Tremblant c. Banville-Joncas*, 2017 QCCA 939, par. 63-66 (CanLII). Dans ces affaires, la Cour d'appel du Québec a indiqué que, bien que la qualification soit généralement une question de droit, elle *peut* constituer une question mixte de fait et de droit lorsqu'il est nécessaire de recourir à la preuve

to determine the parties' true intention and the nature of the contract.

[150] In cases “where the purpose of [characterization] is only to define the specific legal scheme of the contract without resorting to any evidence”, the exercise of characterization remains a question of law (*Uniprix*, at para. 43). This distinction is recognized by a number of authors and decisions (Ghestin, Jamin and Billiau, at p. 117; Gendron, at pp. 16-17; Lluellas and Moore, at Nos. 1726 and 1738; S. Grammond, A.-F. Debruche and Y. Campagnolo, *Quebec Contract Law* (2nd ed. 2016), at para. 319; M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec* (7th ed. 2009), at No. 325; *Montreal, Maine & Atlantic Canada Co.*, at para. 20; *Station Mont-Tremblant*, at paras. 63-66; *Paquin-Charbonneau v. Société des casinos du Québec*, 2017 QCCA 1728, at paras. 13-15 (CanLII)).

[151] In the case at hand, the trial judge, Silcoff J., noted that, in the absence of ambiguity, the court must direct its attention solely to the Power Contract in order to identify the true nature and equilibrium of the relationship, the risks and benefits assumed thereunder and the rights and obligations of the parties (2014 QCCS 3590, at para. 556 (CanLII)). The trial judge did not point to any ambiguity in the provisions of the agreement or to any relevant contradictory extrinsic evidence. Rather, he stated that the “Power Contract is the contractual genesis of the relationship between the parties. It documents and defines, in a clear and concise manner, the nature of the relationship to which the parties agreed to be bound and the scope of their respective rights and obligations thereunder” (para. 453). As the trial judge did not indicate the *necessity* of considering elements extrinsic to the contract to establish the nature of its fundamental obligation, characterization — in this instance — remains a question of law.

[152] To be clear, though Silcoff J. considered extrinsic evidence in qualifying the contract, this was

testimonial pour établir la nature du contrat en cause. Dans les décisions susmentionnées, la preuve testimoniale, ainsi que d'autres éléments de preuve extrinsèques, ont été examinés pour déterminer l'intention véritable des parties et la nature du contrat.

[150] Dans les cas où la qualification « ne vise qu'à circonscrire le régime juridique particulier propre au contrat sans recourir à une quelconque preuve », la démarche de qualification demeure une question de droit (*Uniprix*, par. 43). Plusieurs auteurs et décisions ont reconnu cette distinction (Ghestin, Jamin et Billiau, p. 117; Gendron, p. 16-17; Lluellas et Moore, nos 1726 et 1738; S. Grammond, A.-F. Debruche et Y. Campagnolo, *Quebec Contract Law* (2^e éd. 2016), par. 319; M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec* (7^e éd. 2009), n^o 325; *Montreal, Maine & Atlantic Canada Co.*, par. 20; *Station Mont-Tremblant*, par. 63-66; *Paquin-Charbonneau c. Société des casinos du Québec*, 2017 QCCA 1728, par. 13-15 (CanLII)).

[151] Dans le présent cas, le juge Silcoff, qui a entendu l'affaire en première instance, a souligné que, vu l'absence d'ambiguïté, le tribunal devait concentrer son attention uniquement sur le Contrat d'électricité pour dégager la nature véritable et l'équilibre de la relation entre les parties, les risques et les avantages qui en découlent pour ces dernières, ainsi que leurs droits et obligations (2014 QCCS 3590, par. 556 (CanLII)). Le juge de première instance n'a signalé la présence d'aucune ambiguïté dans les dispositions de l'accord, ni fait état d'aucun élément de preuve extrinsèque contradictoire pertinent. Au contraire, il a affirmé que [TRADUCTION] « [l]e Contrat est la genèse contractuelle de la relation entre les parties. Il décrit et définit, de façon claire et concise, la nature de la relation acceptée par les parties ainsi que l'étendue de leurs droits et obligations respectifs aux termes de celui-ci » (par. 453). Comme le juge de première instance n'a pas énoncé la *nécessité* de considérer des éléments extrinsèques au contrat pour établir la nature de l'obligation fondamentale découlant de celui-ci, la qualification demeure — en l'espèce — une question de droit.

[152] Je tiens à préciser que, bien que le juge Silcoff ait effectivement considéré des éléments de preuve

only after having concluded that the Power Contract “documents and defines, in a clear and concise manner, the nature of the relationship to which the parties agreed to be bound” (para. 453). I adopt, rather than take issue with, his finding that one can characterize a contract by reference to its terms when this contract is clear. It is at the next step, the proper characterization of the contract, that he and I differ.

[153] The standard of review on a question of law is correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 8; *Station Mont-Tremblant*, at para. 64). Thus, with respect to the review of a trial judge’s findings on a question of law, an appellate court can replace the opinion of the trial judge with its own. Since the trial judge’s conclusions regarding characterization do not warrant deference on appeal, I would correct his findings as to the characterization of the contract.

B. *The Relational Nature of the Power Contract*

[154] The fundamental aim of the Power Contract — its *raison d’être* — is the long-term hydroelectric development of the Churchill River for the mutual benefit of the parties. In my view, the Power Contract creates obligations that go beyond the mere exchange of financing and debt security for guaranteed power at a low price. Rather, it establishes a long-term cooperative relationship whereby both parties expected to gain. This relationship assumes a high degree of trust and collaboration between the parties. The Power Contract is, by its nature, a relational contract.

[155] In this case, the trial judge erred when he concluded that the clear language and binding force of the Power Contract as negotiated between the parties by their own free will did not support the conclusion that the parties had entered into an agreement of

extrinsèques lors de la qualification du contrat, il ne l’a fait qu’après avoir conclu que le Contrat d’électricité [TRADUCTION] « décrit et définit, de façon claire et concise, la nature de la relation acceptée par les parties ainsi que l’étendue de leurs droits et obligations respectifs aux termes de celui-ci » (par. 453). Loin de la contester, je fais au contraire mienne sa conclusion selon laquelle il est possible de qualifier un contrat en se reportant à ses modalités, lorsque le contrat en question est clair. C’est à l’étape suivante, celle consistant à qualifier adéquatement le contrat, que lui et moi divergeons d’opinions.

[153] La norme de contrôle applicable à l’égard d’une question de droit est celle fondée sur la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8; *Station Mont-Tremblant*, par. 64). En conséquence, en ce qui a trait à l’examen des conclusions du juge de première instance sur une question de droit, la cour d’appel peut substituer son opinion à celle du premier juge. Étant donné que les conclusions du juge de première instance concernant la qualification ne commandent pas la déférence en appel, je corrigerais ses conclusions quant à la qualification du contrat.

B. *La nature relationnelle du Contrat d’électricité*

[154] L’objectif fondamental du Contrat d’électricité — sa *raison d’être* — est l’aménagement hydroélectrique à long terme du fleuve Churchill pour le bénéfice mutuel des deux parties. À mon avis, le Contrat d’électricité crée des obligations qui vont au-delà du simple échange de mesures de financement et de titres de créance en contrepartie d’une garantie de fourniture d’électricité à bas prix. Il établit plutôt une relation de collaboration à long terme dans le cadre de laquelle les deux parties s’attendaient à y trouver leur compte. Cette relation suppose un degré élevé de confiance et de collaboration entre les parties. Le Contrat d’électricité est, de par sa nature, un contrat relationnel.

[155] En l’espèce, le juge de première instance a commis une erreur lorsqu’il a conclu que le langage clair et la force exécutoire du Contrat d’électricité, tel qu’il a été librement négocié par les parties, n’appuyaient pas la conclusion selon laquelle les parties

a *relational* nature (para. 553). Similarly, the Court of Appeal held that the Power Contract had no “relational element” that would justify heightened duties of collaboration. The rationale for this conclusion was that the parties were sophisticated, the negotiations lengthy, the financial implications significant, and the contract complex (2016 QCCA 1229, at para. 140 (CanLII)).

[156] My colleague adopts this view of the Power Contract and concludes that it is not relational in nature, in that it regulates all the obligations of the parties with precision (para. 69). According to Justice Gascon, none of the obligations in the Power Contract were left undefined. This indicates the parties’ intention that the project proceed according to the explicit terms of the Power Contract, and not according to their ability and, indeed, obligation to agree and cooperate to deal with contractual gaps (paras. 69-71). This implies that my colleague characterizes the contract as transactional, rather than relational.

[157] My view is premised on a different understanding of the nature of contractual relationships. On one hand, transactional contracts — i.e. generally contracts of instantaneous execution — do not create a relationship between the parties in any meaningful sense. They impose precise obligations to be performed at a specified time without the need for further cooperation (Baudouin, Jobin and Vézina, at No. 76). Relational contracts, on the other hand, typically require successive performance, whereby the parties have obligations to perform on a continuing basis (*ibid.*). This presupposes the existence of a deeper relationship based on trust between the parties and requires that each party have an interest in maintaining the relationship for the long term.

[158] With respect, I do not share the view that relational contracts should be limited to those that leave certain obligations to be defined by the parties

avaient conclu un accord de nature *relationnelle* (par. 553). De même, la Cour d’appel a conclu que le Contrat d’électricité ne comportait aucune « composante relationnelle » qui justifierait des obligations accrues de collaboration. Cette conclusion repose sur le fait que les parties au contrat étaient des parties averties, que les négociations ont été longues, que les implications financières étaient importantes et que le contrat était complexe (2016 QCCA 1229, par. 140 (CanLII)).

[156] Mon collègue adopte cette façon de voir le Contrat d’électricité et conclut que celui-ci ne constitue pas un contrat de nature relationnelle, en ce qu’il régit avec précision l’ensemble des obligations des parties (par. 69). Selon le juge Gascon, le Contrat d’électricité ne comportait, au moment de sa signature, aucune obligation qui restait à définir. Cela indique que les parties entendaient que le projet soit réalisé conformément aux stipulations expresses du Contrat d’électricité, et non suivant leur capacité et, de fait, leur obligation de s’entendre et de collaborer pour combler d’éventuelles lacunes contractuelles (par. 69-71). Ces conclusions impliquent que mon collègue qualifie le contrat de transactionnel, plutôt que de relationnel.

[157] Mon point de vue repose sur une interprétation différente de la nature des relations contractuelles. D’une part, les contrats transactionnels — c.-à-d. généralement des contrats à exécution instantanée — ne créent pas entre les parties de relation au sens concret du terme. Ils imposent des obligations précises, qui doivent être exécutées à un moment précis, sans qu’une collaboration supplémentaire ne soit nécessaire (Baudouin, Jobin et Vézina, n° 76). D’autre part, les contrats relationnels requièrent habituellement des exécutions successives, dans le cadre desquelles les parties doivent s’acquitter d’obligations sur une base continue (*ibid.*). Une telle situation suppose l’existence entre les parties d’une relation plus profonde, fondée sur la confiance mutuelle, en plus d’exiger que chaque partie ait intérêt à maintenir cette relation à long terme.

[158] Soit dit en tout respect, je ne partage pas l’avis selon lequel les contrats relationnels se limitent aux seuls contrats où certaines obligations doivent

at a later date. Rather than being the necessary condition of relational contracts, undefined obligations are but one indicator of a broader category of relational contracts. Other indicators include the duration of the contract and the creation of an ongoing economic relationship rather than a one-off transaction (Baudouin, Jobin and Vézina, No. 78).

[159] In this case, the Power Contract establishes a cooperative relationship between the parties for a period of 65 years. Unlike many energy arrangements, the Power Contract is not limited to a simple contract of sale between an electricity generator and a power purchaser. It is the framework for an interdependent and long-term relationship between the parties. This was acknowledged in the *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, at pp. 305-6 (cited with approval by the trial judge, at para. 77), where this Court noted that “[t]he importance of the relationship between CFLCo and Hydro-Quebec to the success of the Churchill Falls development is made evident by a reading of the Power Contract.”

[160] This conclusion is reinforced by the language of the Power Contract (reproduced in A.R., vol. III, at pp. 461-519). First, its terms show that the enduring operation and continued success of the project was of cardinal importance to both parties. To this end, they bound themselves to take an active hand in the arrangement throughout the course of its operation. Taken as a whole, the agreement makes clear that both parties saw the project as requiring ongoing interaction and collaboration. This is reflected in the duty of full cooperation included in ss. 4.2.1, 4.3, 5.4, 20.3 and 21.1 of the Power Contract.

[161] The language of cooperation appears throughout the Power Contract. For example, in s. 4.2.1, “CFLCo agrees to . . . co-operate fully with Hydro-Quebec in the forecasting of energy which can be

être définies par les parties à une date ultérieure. La présence d’obligations non définies ne constitue pas une condition nécessaire à l’existence d’un contrat relationnel, mais représente plutôt un indicateur parmi d’autres d’une catégorie plus générale de contrats relationnels. Parmi ces autres indicateurs, mentionnons la durée du contrat, ainsi que la création d’une relation économique continue plutôt que d’une opération isolée (Baudouin, Jobin et Vézina, n° 78).

[159] Dans le cas qui nous occupe, le Contrat d’électricité établit une relation de collaboration entre les parties, et ce, pour une période de 65 ans. Contrairement à de nombreux autres accords dans le domaine de l’énergie, le Contrat d’électricité n’est pas un simple contrat de vente entre un producteur d’électricité et un acheteur d’énergie. Il constitue le cadre d’une relation d’interdépendance à long terme entre les parties. Cet élément a été reconnu dans le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, p. 305-306 (cité et approuvé par le juge de première instance au par. 77 de ses motifs), où notre Cour a souligné que « [l]’importance que revêtent les rapports entre CFLCo et Hydro-Québec pour la réussite de l’aménagement des chutes Churchill ressort clairement de la lecture du contrat d’énergie. »

[160] Cette conclusion est étayée par le langage utilisé dans le Contrat d’électricité (reproduit dans le d.a., vol. III, p. 461-519). Premièrement, il ressort des stipulations du contrat que l’exploitation durable du projet et le succès continu de celui-ci étaient des considérations d’une importance capitale pour les parties. À cette fin, elles se sont engagées à prendre une part active à la mise en œuvre de l’accord, pendant toute sa durée. Considéré globalement, l’accord indique clairement que les deux parties estimaient que le projet requerrait une interaction et une collaboration continues entre elles, comme en fait foi l’obligation de pleine collaboration prévue aux clauses 4.2.1, 4.3, 5.4, 20.3 et 21.1 du Contrat d’électricité.

[161] Des exemples de ce langage de collaboration figurent tout au long du Contrat d’électricité. Par exemple, aux termes de la clause 4.2.1, [TRANSDUCTION] « CFLCo convient de [. . .] collaborer

made available”. In s. 4.3, it is provided that “Hydro-Quebec will cooperate in estimating, to the best of its knowledge, what might be the most suitable time for CFLCo to [take out of service units] in order to reduce or eliminate the penalty which CFLCo might incur for failure to provide Firm Capacity”.

[162] Section 21.1 provides yet another example. In the event that CFLCo might be unable to complete the project, the Power Contract states that “Hydro-Quebec shall have the right to require CFLCo to cooperate with Hydro-Quebec with the view of permitting Hydro-Quebec to implement the Project on behalf of CFLCo, provided however that Hydro-Quebec may not avail itself of such right if CFLCo’s inability to implement the Project as aforesaid shall be due to Hydro-Quebec having failed to act with due diligence in the carrying out of its undertaking hereunder or having unreasonably withheld its consent, agreement or approval of any request by CFLCo contemplated by this Power Contract”.

[163] Second, the parties committed to offering each other assistance during the execution of the contract in order to ensure its success. Such a commitment, in my view, is antithetical to the type of arm’s length dealing typical of transactional contracts. For example, the parties included an obligation to keep each other mutually informed of any changes in circumstances or of any progress under s. 5.1 of the Power Contract. In certain situations, they also provided for equal sharing of benefits, costs, and expenses over the life of the agreement (see, e.g., ss. 11.2, 13.3 and 14.1 of the Power Contract). In s. 11.2, for instance, the parties agreed that “[a]ll costs and any benefits of any refinancing of any of CFLCo’s Debt Obligations in respect of which Hydro-Quebec had been making interest charge payments under Article XV shall be shared equally by the parties hereto.”

[164] Third, the parties explicitly contemplated the need for consultation, joint determination, discussion, and revision in a number of instances (see

pleinement avec Hydro-Québec pour prévoir l’énergie qui pourrait être mise à sa disposition ». À la clause 4.3, il est prévu que « Hydro-Québec collaborera afin d’estimer, au meilleur de sa connaissance, le moment qui serait le plus approprié pour que CFLCo [mette hors service des groupes générateurs] afin de réduire ou d’éliminer la pénalité que pourrait encourir CFLCo si elle ne fournit la Capacité Ferme ».

[162] La clause 21.1 constitue elle aussi un autre exemple. Dans le cas où CFLCo serait incapable de terminer le projet, le Contrat d’électricité précise que [TRADUCTION] « Hydro-Québec a le droit d’exiger que CFLCo collabore avec elle en vue de lui permettre de mettre en œuvre le Projet au nom de CFLCo, sous réserve toutefois du fait que Hydro-Québec ne peut se prévaloir de ce droit si CFLCo a été incapable de mettre en œuvre le Projet de la manière susmentionnée parce que Hydro-Québec a omis de s’acquitter avec la diligence requise des engagements qui lui incombent en vertu des présentes ou a déraisonnablement refusé son consentement, son accord ou son approbation à toute demande de CFLCo envisagée par le présent Contrat d’électricité ».

[163] Deuxièmement, les parties se sont engagées à s’entraider pendant l’exécution du contrat afin qu’il soit mené à bien. À mon avis, un tel engagement constitue l’antithèse du type d’opération sans relation d’interdépendance associée aux contrats transactionnels. Par exemple, les parties ont inclus à la clause 5.1 du Contrat d’électricité l’obligation de s’informer mutuellement de tout changement de circonstances ou de tout progrès. Dans certaines situations, elles ont également prévu le partage égal des bénéfices, coûts et dépenses pendant la durée de l’accord (voir, p. ex., les clauses 11.2, 13.3 et 14.1 du Contrat d’électricité). À la clause 11.2, par exemple, les parties ont convenu que [TRADUCTION] « [t]ous les coûts et bénéfices découlant du refinancement de Dettes obligataires de CFLCo à l’égard desquelles Hydro-Québec a effectué des paiements d’intérêts aux termes du Titre XV seront partagés également entre les parties aux présentes. »

[164] Troisièmement, les parties ont explicitement envisagé qu’il leur serait nécessaire, dans un certain nombre de cas, de se consulter et de procéder

e.g. ss. 4.5, 4.6, 6.7, 13.2 and 22.1 of the Power Contract). In s. 4.5, for example, the parties agreed that “[s]hould any meter . . . break down or be found not to have required accuracy, CFLCo and Hydro-Quebec shall determine . . . the amount of power and energy supplied during the period of failure or inaccuracy and the duration of such period.” Except in the case of appointment of independent auditors (s. 13.2), the parties did not provide for an alternative in the event they would fail to agree, which suggests that, in the vast majority of situations, they did not contemplate the possibility that a mutual agreement could not be reached. This reinforces the relational nature of their contract.

[165] Ultimately, even if we adopt the narrow view of relational contracts proposed by Justice Gascon, the contract at issue must still be characterized as relational. This is because the parties agreed to define the details of certain obligations relating to the execution of the contract at a later stage in their relationship. For instance, in the interest of overall system compatibility, the parties agreed that “[c]omponents of the Plant which may affect the economy or reliability of Hydro-Quebec’s transmission facilities shall have characteristics mutually agreed after joint consultation” (s. 4.1). The parties also agreed that they “shall, by mutual agreement, establish, revise and maintain up to date in the light of the experience gained in operating the Plant a detailed operating manual” (s. 4.2.8). Envisioning that there may be changes regarding the delivery dates, the parties stipulated that Delivery Dates may be advanced by mutual agreement (s. 6.3). They also provided that further adjustments to the Delivery Point may be made by mutual consent (s. 7.1). Regarding the refinancing of CFLCo’s Debt Obligations, the parties stipulated that revisions of existing Debt Obligation agreements shall be subject to the prior approval of both parties (s. 11.1).

conjointement à des décisions, discussions et révisions (voir, p. ex., les clauses 4.5, 4.6, 6.7, 13.2 et 22.1 du Contrat d’électricité). À la clause 4.5, par exemple, les parties ont convenu de ce qui suit : [TRADUCTION] « Si un compteur [. . .] se brise ou n’offre pas la précision requise, CFLCo et Hydro-Québec détermineront [. . .] la quantité d’électricité et d’énergie fournie pendant la période où ce compteur était brisé ou imprécis, ainsi que la durée de cette période. » Sauf à l’égard de la nomination de vérificateurs indépendants (clause 13.2), les parties n’ont prévu aucune solution de rechange en cas d’absence d’accord, ce qui tend à indiquer que, pour ce qui concerne la vaste majorité des situations, elles n’ont pas envisagé la possibilité qu’une solution ne pourrait pas être trouvée d’un commun accord. Ce facteur étaye la nature relationnelle de leur contrat.

[165] Enfin, même si nous adoptons la conception étroite des contrats relationnels proposée par le juge Gascon, le contrat en cause doit tout de même être qualifié de relationnel, car les parties se sont entendues pour définir à une étape ultérieure de leur relation le détail de certaines obligations relatives à l’exécution du contrat. À titre d’exemple, par souci d’assurer la compatibilité générale du système, les parties ont convenu que [TRADUCTION] « [l]es composantes de la Centrale susceptibles d’influer sur la rentabilité ou la fiabilité des installations de transmission d’Hydro-Québec doivent posséder des caractéristiques déterminées d’un commun accord au terme de consultations » (clause 4.1). Elles ont également convenu qu’elles « doivent, d’un commun accord, établir, réviser et tenir à jour un guide d’utilisation détaillé, à la lumière de l’expérience acquise dans le cadre de l’exploitation de la Centrale » (clause 4.2.8). Estimant que des changements pourraient survenir en ce qui concerne les Dates de livraison, les parties ont prévu que ces dates peuvent être devancées d’un commun accord (clause 6.3). Elles ont en outre précisé que des ajustements additionnels au Lieu de livraison peuvent être apportés d’un commun accord (clause 7.1). En ce qui a trait au refinancement des Dettes obligataires de CFLCo, les parties ont stipulé que la révision des ententes existantes relatives aux Dettes obligataires est assujettie à l’approbation préalable des deux parties (clause 11.1).

[166] I add that none of the factors identified by the Court of Appeal — the sophistication of the parties, the length of negotiations, the financial implications, and the complexity of the contract — compromise the characterization of the contract as relational. Emblematic relational contracts such as joint ventures, partnerships, and franchise agreements are often complex and they are entered into by sophisticated parties after lengthy negotiations (J.-G. Belley, “Théories et pratiques du contrat relationnel: les obligations de collaboration et d’harmonisation normative”, in Meredith Lectures 1998-1999, *The Continued Relevance of the Law of Obligations: retour aux sources* (2000), 137, at pp. 139-40).

[167] In the end, it is only when one considers the overall framework of the parties’ rights and obligations set out in the terms of the Power Contract that the true nature of the arrangement becomes apparent. In my view, the true nature of the Power Contract is relational rather than transactional. I would consequently correct the conclusion of the trial judge on this issue.

C. *The Implications of Proper Characterization*

[168] The characterization of a contract determines the juridical category into which it falls and the legal consequences that attach to it as a result (Lluelles and Moore, at No. 1729). Depending on how it is characterized, a contract may contain certain implied obligations.

[169] Article 1434 of the C.C.Q. codifies the source of implied obligations and establishes the binding force of contracts. It states that “[a] contract validly formed binds the parties who have entered into it not only as to what they have expressed in it but also as to what is incident to it according to its nature and in conformity with usage, equity or law.” The nature of the contract informs how to engage with usage, equity, or law to determine the scope of implied obligations (J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), by J. Pineau

[166] J’ajoute qu’aucun des facteurs mentionnés par la Cour d’appel — le fait que les parties étaient des parties averties, la durée des négociations, les implications financières et la complexité du contrat — n’empêche de qualifier le contrat en cause de contrat relationnel. Les contrats relationnels typiques tels que les coentreprises, les sociétés en nom collectif et les contrats de franchise sont souvent des contrats complexes, qui sont conclus par des parties averties après de longues négociations (J.-G. Belley, « Théories et pratiques du contrat relationnel : les obligations de collaboration et d’harmonisation normative », dans Conférence Meredith 1998-1999, *La pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics* (2000), 137, p. 139-140).

[167] En définitive, c’est uniquement au terme de l’examen du cadre général des droits et obligations des parties qui sont énoncés dans les modalités du Contrat d’électricité que la véritable nature de l’accord devient apparente. À mon avis, de par sa nature véritable, le Contrat d’électricité est un contrat relationnel plutôt que transactionnel. Par conséquent, je corrigerais la conclusion du juge de première instance sur ce point.

C. *Les implications de la qualification adéquate d’un contrat*

[168] La qualification d’un contrat détermine la catégorie juridique à laquelle celui-ci appartient, ainsi que les conséquences juridiques qui se rattachent à cette qualification (Lluelles et Moore, n° 1729). Selon la façon dont on le qualifie, un contrat peut comporter certaines obligations implicites.

[169] L’article 1434 du C.c.Q. codifie la source des obligations implicites et énonce la force obligatoire des contrats. Cette disposition précise que « [l]e contrat valablement formé oblige ceux qui l’ont conclu non seulement pour ce qu’ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d’après sa nature et suivant les usages, l’équité ou la loi. » La nature du contrat éclaire le décideur sur la façon d’appliquer les usages, l’équité ou la loi pour déterminer la portée des obligations implicites (J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*

and S. Gaudet, at No. 230; see also Baudouin, Jobin and Vézina, at No. 432).

[170] I share the view expressed by my colleague that an implied obligation is best viewed as a reflection of the presumed intention of the parties to implicitly include certain obligations that are necessary complements to the contract (para. 74; see also Baudouin, Jobin and Vézina, at No. 427; Lluelles and Moore, at No. 1544; *Dunkin' Brands Canada Ltd. v. Bertico Inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1, at paras. 65 and 71).

[171] I do not, however, agree that a court must find that the contract would be ambiguous, incomprehensible, without foundation or without useful effect before including an implied obligation (Lluelles and Moore, at Nos. 1489 and 1549). Rather, the inclusion of an implied obligation is warranted where a reasonable person, placed in the same particular circumstances, would see an important and intrinsic connection between the implied terms and the nature of the contract (Baudouin, Jobin and Vézina, at Nos. 431 and 434; Pineau, Burman and Gaudet, at No. 235).

[172] In the present case, the trial judge mischaracterized the Power Contract and consequently did not appreciate the necessary complements to its explicit terms. For this reason, he failed to identify implied obligations flowing from the relational nature of the Power Contract.

[173] In relational contracts, both good faith — as required by arts. 6, 7 and 1375 of the C.C.Q. — and equity provide guidance to defining the scope and content of implied obligations. In my analysis of the parties' implied duty to cooperate, I consider how both grounds — good faith and equity — inform the scope and content of this obligation.

(1) Good Faith

[174] The requirement of good faith is a fundamental — and unavoidable — part of the civil law of

(4^e éd. 2001), par J. Pineau et S. Gaudet, n^o 230; voir également Baudouin, Jobin et Vézina, n^o 432).

[170] Je partage l'avis de mon collègue suivant lequel il convient de considérer une obligation implicite comme étant le reflet de l'intention présumée des parties d'inclure implicitement au contrat certaines obligations qui en constituent des compléments nécessaires (par. 74; voir aussi Baudouin, Jobin et Vézina, n^o 427; Lluelles et Moore, n^o 1544; *Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico Inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1, par. 65 et 71).

[171] Cependant, je ne saurais souscrire à l'opinion voulant que le tribunal doive conclure qu'un contrat est ambigu, incompréhensible, ou encore sans fondement ou sans effet utile avant d'y inclure une obligation implicite (Lluelles et Moore, n^{os} 1489 et 1549). Au contraire, l'inclusion d'une obligation implicite est justifiée lorsqu'une personne raisonnable, se trouvant dans les mêmes circonstances particulières, estimerait qu'il existe un lien important et intrinsèque entre les modalités implicites et la nature du contrat (Baudouin, Jobin et Vézina, n^{os} 431 et 434; Pineau, Burman et Gaudet, n^o 235).

[172] En l'espèce, comme le juge de première instance a mal qualifié le Contrat d'électricité, il n'a en conséquence pas considéré la question des compléments nécessaires à ses stipulations expresses. Pour cette raison, il ne s'est pas attaché à dégager les obligations implicites découlant de la nature relationnelle du Contrat d'électricité.

[173] Dans le cadre de contrats relationnels, tant la bonne foi — qu'exigent les art. 6, 7 et 1375 du C.c.Q. — que l'équité fournissent des indications sur la façon de définir la portée et le contenu d'obligations implicites. Dans mon analyse de l'obligation implicite de collaboration qui incombe aux parties, je vais examiner la façon dont ces deux fondements — la bonne foi et l'équité — précisent la portée et le contenu de cette obligation.

(1) La bonne foi

[174] L'obligation de bonne foi est un élément fondamental — et incontournable — du droit civil

Quebec. Its obligatory force is highlighted by art. 6 of the C.C.Q., which states that “[e]very person is bound to exercise his civil rights in accordance with the requirements of good faith.” In the context of the law of obligations, the requirement of good faith is reinforced by art. 1375, which states that “[t]he parties shall conduct themselves in good faith both at the time the obligation arises and at the time it is performed or extinguished.”

[175] The obligation to act in good faith implies an attitude that maximizes, for each party, the advantages of the contract (Lluelles and Moore, at No. 1978; see also *Banque Toronto-Dominion v. Brunelle*, 2014 QCCA 1584, at para. 94 (CanLII)). To uphold their duty of good faith, parties must act in a manner that respects the contractual balance established by their contract (Lluelles and Moore, at Nos. 1984-86).

[176] The practical requirements of good faith vary in intensity according to the nature of the contractual relationship at issue. In circumstances where the parties must work together to achieve the object of their agreement over a long period of time, the relational nature of the contract imposes a heightened duty of good faith on the parties (*Dunkin’ Brands*, at para. 71; see also Baudouin, Jobin and Vézina, at No. 162).

[177] This in turn entails a heightened duty of loyalty and cooperation to fulfill the obligations of the contract, whether they be explicit or implied. The duty of loyalty imposes a negative obligation to abstain from acting in a manner that would be disadvantageous to the other contracting party. The duty to cooperate, by contrast, imposes a positive obligation that requires proactive steps to accommodate the interests and fair expectations of the other contracting party (*Hydro-Québec v. Construction Kiewit cie*, 2014 QCCA 947, at paras. 90-92 (CanLII); *Warner Chappell Music France v. Beaulne*, 2015 QCCS 1562, at paras. 87-102 (CanLII); *Société d’énergie Foster Wheeler ltée v. Montréal (Ville de)*, 2008 QCCS 4670, at para. 547 (CanLII); *Éco-Graffiti inc. v. Francescangeli*, 2016 QCCS 6242, at paras. 43-44 (CanLII); Lluelles and Moore, at No. 1978; L. Rolland, “Les figures contemporaines

québécois. Sa force obligatoire est mise en évidence à l’art. 6 du C.c.Q., qui précise que « [t]oute personne est tenue d’exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi. » Dans le contexte du droit des obligations, cette obligation d’agir de bonne foi est renforcée par le texte de l’art. 1375 : « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l’obligation qu’à celui de son exécution ou de son extinction. »

[175] L’obligation d’agir de bonne foi implique une attitude qui maximise, pour chacune des parties, les avantages du contrat (Lluelles et Moore, n° 1978; voir également *Banque Toronto-Dominion c. Brunelle*, 2014 QCCA 1584, par. 94 (CanLII)). Pour s’acquitter de leur obligation de bonne foi, les parties doivent agir d’une façon qui respecte l’équilibre contractuel établi par le contrat (Lluelles et Moore, nos 1984-1986).

[176] Les exigences pratiques de la bonne foi varient en intensité selon la nature de la relation contractuelle en cause. Dans les cas où les parties doivent travailler de concert afin de réaliser, sur une longue période, l’objet de leur accord, la nature relationnelle du contrat leur impose une obligation accrue de bonne foi (*Dunkin’ Brands*, par. 71; voir également Baudouin, Jobin et Vézina, n° 162).

[177] Cette situation entraîne pour sa part une obligation accrue de loyauté et de collaboration en vue de l’exécution des obligations du contrat, qu’elles soient expresses ou implicites. L’obligation de loyauté impose une obligation de ne pas faire, à savoir s’abstenir d’agir d’une manière qui serait désavantageuse pour l’autre partie au contrat. À l’opposé, l’obligation de collaboration impose une obligation de faire, laquelle exige la prise de mesures proactives afin de tenir compte des intérêts et des attentes raisonnables de l’autre partie au contrat (*Hydro-Québec c. Construction Kiewit cie*, 2014 QCCA 947, par. 90-92 (CanLII); *Warner Chappell Music France c. Beaulne*, 2015 QCCS 1562, par. 87-102 (CanLII); *Société d’énergie Foster Wheeler ltée c. Montréal (Ville de)*, 2008 QCCS 4670, par. 547 (CanLII); *Éco-Graffiti inc. c. Francescangeli*, 2016 QCCS 6242, par. 43-44 (CanLII); Lluelles et Moore, n° 1978; L. Rolland,

du contrat et le *Code civil du Québec*” (1999), 44 *McGill L.J.* 903, at p. 927; B. Lefebvre, “Bonne foi: principe et application”, in *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile* (loose-leaf), vol. 1, by P.-C. Lafond, ed., fasc. 5, at para. 36).

(2) Equity

[178] Courts have used equity as the basis for the obligations of good faith, loyalty, and collaboration in relational contracts (Pineau, Burman and Gaudet, at No. 235; *Dunkin’ Brands*, at para. 71). In my view, equity is broader than good faith and the duties of loyalty and collaboration under arts. 6, 7 and 1375 of the C.C.Q. It does not depend on the presumed intention of the parties; rather, it is premised on the law’s concern for fairness in contracts (Lluelles and Moore, at Nos. 1550-52; *Dunkin’ Brands*, at para. 71). While art. 1434 of the C.C.Q. does not allow courts to modify or revise contracts, it gives courts the power to enforce what appears to be equitable in a particular set of circumstances (Pineau, Burman and Gaudet, at No. 235).

[179] Equity is a means to remedy the imperfections of a contract so as to balance the interests of the parties (Lluelles and Moore, at No. 1550). It can be used to re-establish an equilibrium where the division of burdens and benefits issuing from the execution of the contract do not align with its intended scheme (Lluelles and Moore, at No. 1556; *Miller v. Syndicat des copropriétaires de “Les résidences Sébastopole centre”*, 1996 CanLII 4663 (Que. Sup. Ct.), at para. 19). It is a malleable concept that must be employed judiciously and with restraint. That said, equity is always relevant when considering contracts that involve a relationship of trust, such as the relational contract at issue (Lluelles and Moore, at No. 1553).

(3) Application

[180] Based on the relational nature of the agreement and how it informs the requirements of good

« Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* » (1999), 44 *R.D. McGill* 903, p. 927; B. Lefebvre, « Bonne foi : principe et application », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile* (feuilles mobiles), vol. 1, par P.-C. Lafond, dir., fasc. 5, par. 36).

(2) L’équité

[178] Les tribunaux se sont basés sur l’équité pour reconnaître l’existence d’obligations de bonne foi, de loyauté et de collaboration dans des contrats relationnels (Pineau, Burman et Gaudet, n° 235; *Dunkin’ Brands*, par. 71). À mon avis, l’équité ne se limite pas uniquement aux exigences de la bonne foi et aux obligations de loyauté et de collaboration prévues et visées aux art. 6, 7 et 1375 du C.c.Q. Son contenu, dans un cas donné, ne dépend pas de l’intention présumée des parties; il repose plutôt sur le souci qui anime le droit d’assurer la justice dans les contrats (Lluelles et Moore, n°s 1550-1552; *Dunkin’ Brands*, par. 71). Bien que l’art. 1434 du C.c.Q. n’autorise pas les tribunaux à modifier ou réviser des contrats, il leur confère le pouvoir d’imposer ce qui semble équitable dans des circonstances particulières (Pineau, Burman et Gaudet, n° 235).

[179] L’équité constitue un moyen de remédier aux imperfections d’un contrat, afin d’équilibrer les intérêts des parties (Lluelles et Moore, n° 1550). Il est possible d’y recourir pour rétablir l’équilibre lorsque la répartition des fardeaux et des avantages résultant de l’exécution du contrat n’est pas en adéquation avec le régime qu’on entendait établir (Lluelles et Moore, n° 1556; *Miller c. Syndicat des copropriétaires de « Les résidences Sébastopole centre »*, 1996 CanLII 4663 (C.S. Qc), par. 19). L’équité est un concept malléable, qui doit être employé judicieusement et avec retenue. Cela dit, l’équité demeure toujours une considération pertinente dans l’examen de contrats impliquant une relation de confiance, tel le contrat relationnel dont il est question en l’espèce (Lluelles et Moore, n° 1553).

(3) Application

[180] Sur la base de la nature relationnelle de l’accord et de l’incidence de cette nature sur les

faith and equity, I conclude that the parties had an implied obligation to cooperate in establishing a mechanism for the allocation of extraordinary profits under the Power Contract. This obligation flows not from the fact that any profit imbalance between the parties was unforeseen. Rather, it is premised on the fact that an imbalance of this nature and magnitude is beyond what the parties intended when they concluded their agreement. On this point, I agree with the appellant: energy was a public good with no real market value in 1969. It is for this reason that the pricing formula in the Power Contract was designed to reflect the declining costs of financing and operating the Churchill Falls project — and *not* to reflect the possibility of never-before-seen profits derived from the sale of surplus energy.

[181] Given the fundamental transformation of hydroelectric power from public good to private commodity, I cannot conclude that the parties intended the pricing formula in the Power Contract to operate under any and all circumstances, come hell or high water. Such a reading belies the relational nature of the Power Contract and, indeed, the relationship of trust and cooperation upon which it was founded.

[182] The parties chose not to include a price adjustment mechanism in the Power Contract. This choice was premised on shared assumptions about the nature and value of hydroelectric power that prevailed in 1969. Given the relational nature of their contract, however, this choice cannot be seen as excluding an obligation to cooperate should these shared assumptions no longer reflect reality. In other words, the silence of the Power Contract regarding the allocation of extraordinary profits cannot be viewed as excluding the parties' intention to define the parameters of their allocation at a later date. The parties cannot be expected to have included all possible scenarios in the Power Contract. The contractual framework established by the parties depends largely

exigences relatives à la bonne foi et à l'équité, je conclus que les parties avaient implicitement l'obligation de collaborer pour établir un mécanisme de répartition des profits extraordinaires générés par le Contrat d'électricité. Cette obligation ne découle pas du fait que tout déséquilibre entre les parties au titre des profits était imprévisible. Elle repose plutôt sur le fait qu'un déséquilibre de cette nature et de cette ampleur va au-delà de ce que les parties avaient à l'esprit lorsqu'elles ont conclu leur accord. Sur ce point, je souscris à l'opinion des appelants : l'énergie était un bien d'intérêt public qui ne possédait pas de valeur marchande réelle en 1969. C'est pour cette raison que la formule d'établissement du prix prévue par le Contrat d'électricité était conçue de façon à refléter la baisse progressive des coûts de financement et d'exploitation du projet de Churchill Falls — et *non* la possibilité que des profits d'une ampleur jamais vue résultent de la vente de surplus d'énergie.

[181] Compte tenu de la transformation fondamentale qu'a connue le secteur de l'énergie hydroélectrique, cette énergie étant passée de bien d'intérêt public à produit de consommation privé, je ne peux conclure que les parties entendaient que la formule d'établissement du prix figurant dans le Contrat d'électricité s'applique en toutes circonstances, quoi qu'il arrive. Une telle interprétation va à l'encontre de la nature relationnelle du Contrat d'électricité et, de fait, de la relation de confiance et de collaboration sur laquelle celui-ci était fondé.

[182] Les parties ont choisi de ne pas insérer de mécanisme d'ajustement du prix dans le Contrat d'électricité. Cette décision reposait sur des postulats communs relativement à la nature et à la valeur de l'énergie hydroélectrique en 1969. Cependant, vu la nature relationnelle de leur contrat, ce choix ne peut être considéré comme ayant pour effet d'exclure toute obligation de collaborer dans l'éventualité où ces postulats communs ne reflètent plus la réalité. Autrement dit, le silence du Contrat d'électricité au sujet de la répartition de profits extraordinaires ne permet pas de conclure que les parties n'avaient pas l'intention de définir les paramètres d'une telle répartition à une date ultérieure. On ne saurait considérer que les parties avaient envisagé

on their ongoing cooperation over a long period of time. This gives rise to their obligation to agree on how to allocate the extraordinary profits under the Power Contract.

[183] The binding force of contracts and the considerations of good faith and equity that inform the application of the Power Contract by virtue of its relational nature confirm that the respondent must be held to this obligation. Good faith and equity in these circumstances require that the parties cooperate in reaffirming the intended balance of their relationship. The recognition of this obligation does not amount to a revision, a modification, the imposition of an unintended equilibrium on the parties, or a forced renegotiation of the Power Contract. It simply recognizes the existence of an implied obligation to cooperate that arises from the relational nature of the Power Contract itself.

D. *Prescription*

[184] My colleague concludes that the claim brought by the appellant is prescribed by the operation of art. 2925 of the C.C.Q., which limits the time within which parties may bring an action for the enforcement of personal rights to three years after the right of action arises. Justice Gascon reaches this conclusion on the basis that the appellant raises the duty to cooperate in relation to changing circumstances. As the last major change in circumstances — namely, the United States opening its energy markets to foreign producers — occurred in 1997, any claim against the respondent for its failure to cooperate would be prescribed as of 2000 at the latest.

[185] I reach a different conclusion based on the fact that the parties were bound by an ongoing duty to cooperate. By persistently refusing to enter into negotiations with the appellant to establish a mechanism for allocating the unforeseen profits, the respondent has been in continuous breach of its

tous les scénarios possibles dans le Contrat d'électricité. Le cadre contractuel établi par les parties dépend dans une large mesure de leur collaboration soutenue sur une longue période de temps. Cette situation est à l'origine de leur obligation de convenir d'une façon de répartir les profits extraordinaires générés par le Contrat d'électricité.

[183] La force obligatoire des contrats et les considérations de bonne foi et d'équité qui guident l'application du Contrat d'électricité en raison de sa nature relationnelle confirment que l'intimée doit être tenue au respect de cette obligation. Dans ces circonstances, la bonne foi et l'équité exigent que les parties collaborent pour confirmer et rétablir l'équilibre censé animer leur relation. La reconnaissance de cette obligation n'équivaut pas à une révision ou à une modification du Contrat d'électricité, à l'imposition d'un équilibre ne correspondant pas à l'intention des parties ou encore à une renégociation forcée du Contrat d'électricité. Elle reconnaît simplement l'existence d'une obligation implicite de collaboration découlant de la nature relationnelle du Contrat d'électricité en tant que tel.

D. *Prescription*

[184] Mon collègue conclut que l'action intentée par l'appelante est prescrite par l'effet de l'art. 2925 du C.c.Q., qui limite à trois ans après la naissance du droit d'action la période au cours de laquelle les parties peuvent intenter une action en vue de l'exercice de droits personnels. Le juge Gascon arrive à cette conclusion pour le motif que l'appelante soulève l'obligation de collaborer en invoquant le fait que les circonstances ont changé. Comme le dernier changement majeur de circonstances — soit l'ouverture par les États-Unis de leurs marchés de l'énergie aux producteurs étrangers — est survenu en 1997, toute action contre l'intimée pour défaut de collaborer serait prescrite depuis l'an 2000 au plus tard.

[185] Je parviens à une conclusion différente en me fondant sur le fait que les parties étaient liées par une obligation permanente de collaborer. En persistant à refuser d'engager des négociations avec l'appelante en vue d'établir un mécanisme de répartition des profits imprévus, l'intimée contrevient de façon

obligation to cooperate with the appellant. Where a fault continues in time and causes continuing damages, prescription [TRANSLATION] “starts running each day” (*St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, at para. 105, quoting J.-L. Baudouin and P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (7th ed. 2007), vol. I, at p. 1201; see also *Dunkin’ Brands*, at paras. 141-44; *Gourdeau v. Letellier de St-Just*, [2002] R.J.Q. 1195 (C.A.), at paras. 53-54; *Rabin v. Syndicat des copropriétaires Somerset 2060*, 2012 QCCS 4431, [2012] R.L. 548, at paras. 22-29). As the appellant’s right of action is grounded in this continuous breach, its claim is not barred by prescription.

E. *The Appropriate Remedy*

[186] In light of my conclusion that the respondent breached its obligation to cooperate with the appellant in establishing a mechanism to allocate the unforeseeable profits generated by the Power Contract, I turn to the question of remedy.

[187] Specific performance is an available remedy for the breach of contractual obligations per art. 1590 of the C.C.Q. Given the nature of the parties in this appeal, the principle that no person may be forced to perform a specific act — *nemo potest praecise cogi ad factum* — does not apply. While judges should refrain from ordering specific performance of obligations that require the *personal* participation of the parties, the object of the obligation at issue and the nature and size of the parties that would be required to perform it may justify an order of specific performance (Lluelles and Moore, at Nos. 2887 and 2891). Such is the case here. As both parties are legal persons of considerable size and resources, there is no reason to conclude that the imposition of such an order would amount to an improper constraint on their capacity to act.

[188] I would consequently order Hydro-Québec to cooperate with CFLCo in establishing a price adjustment formula for the extraordinary profits that

ininterrompue à son obligation de collaborer avec l’appelante. Lorsqu’une faute se poursuit dans le temps et cause des dommages persistants, la prescription « commence à courir à chaque jour » (*Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 105, citant J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (7^e éd. 2007), vol. I, p. 1201; voir aussi *Dunkin’ Brands*, par. 141-144; *Gourdeau c. Letellier de St-Just*, [2002] R.J.Q. 1195 (C.A.), par. 53-54; *Rabin c. Syndicat des copropriétaires Somerset 2060*, 2012 QCCS 4431, [2012] R.L. 548, par. 22-29). Puisque le droit d’action de l’appelante a pour assise la contravention ininterrompue susmentionnée, son action n’est pas prescrite.

E. *La réparation appropriée*

[186] À la lumière de ma conclusion selon laquelle l’intimée a contrevenu à son obligation de collaborer avec l’appelante en vue d’établir un mécanisme de répartition des profits imprévus générés par le Contrat d’électricité, je vais maintenant me pencher sur la question de la réparation.

[187] Suivant l’art. 1590 du C.c.Q., l’exécution en nature est une réparation qui est ouverte à un créancier en cas de manquement par le débiteur à ses obligations contractuelles. Compte tenu de la nature des parties au présent pourvoi, le principe selon lequel nul ne peut être contraint d’accomplir un acte précis — *nemo potest praecise cogi ad factum* — ne s’applique pas. Bien que les juges doivent s’abstenir d’ordonner l’exécution en nature d’obligations exigeant la participation *personnelle* des parties, il peut arriver que l’objet de l’obligation litigieuse ainsi que la nature et la taille de la partie qui serait tenue de l’exécuter justifient le prononcé d’une ordonnance d’exécution en nature (Lluelles et Moore, nos 2887 et 2891). Nous sommes en présence d’une telle situation en l’espèce. Étant donné que les deux parties sont des personnes morales dotées d’une taille et de ressources considérables, rien ne permet de conclure qu’une telle ordonnance constituerait une entrave injustifiée à leur capacité d’agir.

[188] En conséquence, j’ordonnerais à Hydro-Québec de collaborer avec CFLCo en vue d’établir une formule d’ajustement du prix relativement aux

the Power Contract fails to allocate meaningfully. A court order for the parties to resolve an issue is uncommon, but not unknown (see *White Birch Paper Holding Company (Arrangement relatif à)*, 2015 QCCS 701, at para. 53 (CanLII), leave to appeal refused, 2015 QCCA 752; *Laberge v. Villeneuve*, 2003 CanLII 16498 (Que. Sup. Ct.), at para. 65; *Picard v. Picard*, 2015 QCCS 5096, at para. 109 (CanLII)). In the absence of mutual agreement in the six months following this order, I would order that a price adjustment formula be established by a Justice of the Superior Court of Quebec upon submissions by the parties.

III. Conclusion

[189] The relationship of trust and cooperation created by the Power Contract has been disavowed by Hydro-Québec. To justify this disavowal, Hydro-Québec denies the nature of the contract. In so doing, it has transformed its relational contract with CFLCo into one of unilateral exploitation. This is unwarranted under the civil law of Quebec.

[190] I would allow the appeal with costs throughout.

Appeal dismissed with costs, ROWE J. dissenting.

Solicitors for the appellant: IMK, Montréal; Stikeman Elliott, Montréal.

Solicitors for the respondent: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal; Cellucci Ganesan Fraser, Montréal.

profits extraordinaires que le Contrat d'électricité ne permet pas de répartir adéquatement. Une ordonnance judiciaire intimant à des parties de résoudre une question litigieuse est une situation peu fréquente, mais qui n'est pas inédite (voir *White Birch Paper Holding Company (Arrangement relatif à)*, 2015 QCCS 701, par. 53 (CanLII), autorisation d'appel refusée, 2015 QCCA 752; *Laberge c. Villeneuve*, 2003 CanLII 16498 (C.S. Qc), par. 65; *Picard c. Picard*, 2015 QCCS 5096, par. 109 (CanLII)). En l'absence de formule d'ajustement du prix mutuellement établie par les parties dans les six mois suivant l'ordonnance, j'ordonnerais qu'un juge de la Cour supérieure du Québec établisse cette formule, sur la base d'observations présentées par les parties à cette fin.

III. Conclusion

[189] La relation de confiance et de collaboration créée par le Contrat d'électricité a été désavouée par Hydro-Québec. Pour justifier ce désaveu, Hydro-Québec nie la nature du contrat. Ce faisant, elle a transformé le contrat relationnel qu'elle a conclu avec CFLCo en un contrat d'exploitation unilatérale. Une telle situation n'est pas autorisée par le droit civil québécois.

[190] J'accueillerais le pourvoi, avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge ROWE est dissident.

Procureurs de l'appelante : IMK, Montréal; Stikeman Elliott, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal; Cellucci Ganesan Fraser, Montréal.

Callidus Capital Corporation *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Insolvency Institute of Canada,
Canadian Association of Insolvency
and Restructuring Professionals and
Canadian Bankers' Association**
Interveners

**INDEXED AS: CALLIDUS CAPITAL CORP. v.
CANADA**

2018 SCC 47

File No.: 37768.

2018: November 8.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Taxation — Goods and services tax — Collection and remittance — Trust for amounts collected — Effect of bankruptcy — Statute creating deemed trust on property of tax debtor in favour of Crown for payment of all amounts of tax collected by tax debtor but not remitted to Crown — Statute also providing that after tax debtor becomes bankrupt, deemed trust does not apply to amounts that were collected or became collectible by tax debtor prior to bankruptcy — Tax debtor failing to remit collected harmonized sales tax and goods and services tax — Crown seeking payment of unremitted tax from tax debtor's secured creditor on basis of statutory deemed trust mechanism — Tax debtor making assignment in bankruptcy — Crown commencing action against creditor for recovery of unremitted tax — Creditor bringing motion on consent for determination of question of law — Federal Court holding that bankruptcy of tax debtor and application of statute render deemed trust ineffective as against secured creditor who received, prior to the bankruptcy, proceeds from the assets of the tax debtor that were deemed to be held in trust for the Crown — Majority of Court of Appeal setting aside

Callidus Capital Corporation *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Institut d'insolvabilité du Canada,
Association canadienne des professionnels
de l'insolvabilité et de la réorganisation
et Association des banquiers canadiens**
Intervenants

**RÉPERTORIÉ : CALLIDUS CAPITAL CORP. c.
CANADA**

2018 CSC 47

N° du greffe : 37768.

2018 : 8 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Taxe sur les produits et services — Perception et remise — Montants perçus détenus en fiducie — Effet de la faillite — Fiducie présumée créée par la loi en faveur de la Couronne à l'égard des biens d'un débiteur fiscal en vue du paiement de tous les montants perçus au titre de la taxe par le débiteur fiscal mais non remis à la Couronne — Autre disposition de la loi précisant qu'à compter du moment de la faillite d'un débiteur fiscal la fiducie présumée ne s'applique plus aux montants perçus ou devenus percevables par ce dernier avant la faillite au titre de la taxe — Absence de remise par le débiteur fiscal de la taxe de vente harmonisée et de la taxe sur les produits et services — Demande de paiement des taxes non remises présentée à un créancier garanti du débiteur fiscal sur la base du mécanisme de la fiducie présumée établi par la loi — Cession en faillite par le débiteur fiscal — Introduction par la Couronne contre le créancier d'une action en recouvrement des taxes non remises — Dépôt par consentement d'une requête du créancier en vue de faire trancher un point de droit — Décision de la Cour fédérale portant que la faillite du débiteur fiscal et l'application de la loi ont

determination — Federal Court order reinstated — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222.

Statutes and Regulations Cited

Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Pelletier, Near and Rennie JJ.A.), 2017 FCA 162, 414 D.L.R. (4th) 132, 51 C.B.R. (6th) 15, 37 E.T.R. (4th) 177, [2017] G.S.T.C. 60, 8 P.P.S.A.C. (4th) 1, [2017] F.C.J. No. 767 (QL), 2017 CarswellNat 3599 (WL Can.), setting aside a decision of McVeigh J., 2015 FC 977, 28 C.B.R. (6th) 209, 13 E.T.R. (4th) 43, [2015] G.S.T.C. 105, 5 P.P.S.A.C. (4th) 29, [2015] F.C.J. No. 1111 (QL), 2015 CarswellNat 4410 (WL Can.). Appeal allowed.

Harvey G. Chaiton and Sam Rappos, for the appellant.

Michael Taylor and Louis L'Heureux, for the respondent.

Grant B. Moffat and D. J. Miller, for the intervener the Insolvency Institute of Canada.

Éric Vallières and Michael J. Hanlon, for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

Philippe H. Bélanger, Jocelyn Perreault and Pascale Klees-Themens, for the intervener the Canadian Bankers' Association.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] GASCON J. — We would allow the appeal for the reasons of the dissenting judge in the Federal Court of Appeal, and reinstate the order of Justice McVeigh of the Federal Court that answered in the affirmative the question of law submitted by the parties, with costs throughout in favour of Callidus Capital Corporation.

pour effet de rendre la fiducie présumée inopposable à un créancier garanti qui a reçu, avant la faillite, le produit de biens du débiteur fiscal réputés détenus en fiducie pour la Couronne — Décision infirmée à la majorité par la Cour d'appel — Ordonnance de la Cour fédérale rétablie — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, c. E-15, art. 222.

Lois et règlements cités

Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, c. E-15, art. 222.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Pelletier, Near et Rennie), 2017 CAF 162, 414 D.L.R. (4th) 132, 51 C.B.R. (6th) 15, 37 E.T.R. (4th) 177, [2017] G.S.T.C. 60, 8 P.P.S.A.C. (4th) 1, [2017] A.C.F. n° 767 (QL), 2017 CarswellNat 9496 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge McVeigh, 2015 CF 977, 28 C.B.R. (6th) 209, 13 E.T.R. (4th) 43, [2015] G.S.T.C. 105, 5 P.P.S.A.C. (4th) 29, [2015] A.C.F. n° 1111 (QL), 2015 CarswellNat 8223 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Harvey G. Chaiton et Sam Rappos, pour l'appelante.

Michael Taylor et Louis L'Heureux, pour l'intimée.

Grant B. Moffat et D. J. Miller, pour l'intervenant l'Institut d'insolvabilité du Canada.

Éric Vallières et Michael J. Hanlon, pour l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation.

Philippe H. Bélanger, Jocelyn Perreault et Pascale Klees-Themens, pour l'intervenante l'Association des banquiers canadiens.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE GASCON — Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi pour les motifs du juge dissident de la Cour d'appel fédérale, et de rétablir l'ordonnance de la juge McVeigh de la Cour fédérale qui a répondu par l'affirmative à la question de droit soumise par les parties, et ce, avec dépens devant toutes les cours en faveur de Callidus Capital Corporation.

[2] The question of law at issue was formulated as follows and assumed the existence of a pre-bankruptcy liability under s. 222 of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (“*ETA*”):

Does the bankruptcy of a tax debtor and subs. 222(1.1) of the [*ETA*] render the deemed trust under s. 222 of the *ETA* ineffective as against a secured creditor who received, prior to the bankruptcy, proceeds from the assets of the tax debtor that were deemed to be held in trust for the Plaintiff?

[3] As a result, as it is not necessary to do so to resolve this appeal, this Court is not commenting, one way or the other, on the scope of the deemed trust or any liability under s. 222 of the *ETA* prior to bankruptcy.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Chaitons, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Insolvency Institute of Canada: Thornton Grout Finnigan, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals: McMillan, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Bankers’ Association: McCarthy Tétrault, Montréal.

[2] La question de droit en litige a été formulée ainsi et présumait l’existence, avant la faillite, d’une responsabilité découlant de l’art. 222 de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, c. E-15 (« *LTA* ») :

La faillite d’un débiteur fiscal, selon ce que prévoit le par. 222(1.1) de la [*LTA*], a-t-elle pour effet de rendre la fiducie présumée dont parle l’art. 222 de la [*LTA*] inopposable à un créancier garanti qui a reçu, avant la faillite, le produit des biens de ce débiteur fiscal qui était réputé détenu en fiducie pour la demanderesse?

[3] Par conséquent, comme il n’est pas nécessaire, pour trancher le présent pourvoi, de se prononcer sur la portée de la fiducie présumée ou de toute responsabilité découlant de l’art. 222 de la *LTA* avant la faillite, la Cour s’abstient de formuler quelque commentaire à cet égard.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l’appelante : Chaitons, Toronto.

Procureur de l’intimée : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureurs de l’intervenant l’Institut d’insolvabilité du Canada : Thornton Grout Finnigan, Toronto.

Procureurs de l’intervenante l’Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la réorganisation : McMillan, Montréal.

Procureurs de l’intervenante l’Association des banquiers canadiens : McCarthy Tétrault, Montréal.

IN THE MATTER OF a Reference by the Government of Quebec to the Court of Appeal of Quebec for hearing and consideration of the questions set out in Order in Council 642-2015 concerning the constitutionality of the implementation of pan-Canadian securities regulation

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Manitoba, Attorney General of Prince Edward Island, Attorney General of Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Barreau du Québec and Institute for Governance of Private and Public Organizations *Intervenors*

-and-

Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Attorney General of Canada and Attorney General of British Columbia *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Manitoba, Attorney General of Prince Edward Island, Attorney General of Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Barreau du Québec and Institute

DANS L'AFFAIRE D'UN renvoi par le Gouvernement du Québec à la Cour d'appel du Québec au sujet des questions formulées dans le décret 642-2015 relativement à la constitutionnalité de l'instauration d'un régime de réglementation pancanadienne des valeurs mobilières

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Procureure générale du Québec *Intimée*

et

Procureure générale de l'Ontario, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général du Manitoba, procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Barreau du Québec et Institut sur la gouvernance d'organisations privées et publiques *Intervenants*

-et-

Procureure générale du Québec *Appelante*

c.

Procureur général du Canada et procureur général de la Colombie-Britannique *Intimés*

et

Procureure générale de l'Ontario, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général du Manitoba, procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Barreau du Québec et Institut sur

for Governance of Private and Public Organizations *Interveniers*

-and-

Attorney General of British Columbia
Appellant

v.

Attorney General of Quebec *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Prince Edward Island, Attorney General of Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Barreau du Québec and Institute for Governance of Private and Public Organizations *Interveniers*

INDEXED AS: REFERENCE RE PAN-CANADIAN SECURITIES REGULATION

2018 SCC 48

File No.: 37613.

2018: March 22; 2018: November 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Division of powers — Trade and commerce — Securities — Proposal by federal government and some provincial and territorial governments to implement national cooperative capital markets regulatory system including model provincial and territorial statute, federal statute and national securities regulator overseen by federal and provincial ministers — Whether Constitution authorizes implementation of cooperative system — Whether draft federal statute exceeds authority

la gouvernance d'organisations privées et publiques *Intervenants*

-et-

Procureur général de la Colombie-Britannique *Appelant*

c.

Procureure générale du Québec *Intimée*

et

Procureure générale de l'Ontario, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Barreau du Québec et Institut sur la gouvernance d'organisations privées et publiques
Intervenants

RÉPERTORIÉ : RENVOI RELATIF À LA RÉGLEMENTATION PANCANADIENNE DES VALEURS MOBILIÈRES

2018 CSC 48

N° du greffe : 37613.

2018 : 22 mars; 2018 : 9 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Trafic et commerce — Valeurs mobilières — Proposition du gouvernement fédéral et de certains gouvernements provinciaux et territoriaux pour la mise en place d'un régime coopératif national de réglementation des marchés des capitaux comprenant une loi provinciale et territoriale type, une loi fédérale et un organisme national de réglementation des valeurs mobilières surveillé par un ministre fédéral et des ministres provinciaux — La Constitution

of Parliament over general branch of trade and commerce power — Constitution Act, 1867, s. 91(2).

The federal government and the governments of Ontario, British Columbia, Saskatchewan, New Brunswick, Prince Edward Island and Yukon have proposed to implement a national cooperative system for the regulation of capital markets in Canada (“Cooperative System”). The framework of the Cooperative System is set out in an agreement between the federal government and the participating provincial and territorial governments (“Memorandum”).

The main components of the Cooperative System include a model provincial and territorial statute (“Model Provincial Act”) that deals primarily with the day-to-day aspects of the securities trade, a proposed federal statute (“Draft Federal Act”) that is aimed at preventing and managing systemic risk and which establishes criminal offences relating to financial markets, and a national securities regulator (“Authority”) charged with administering this coordinated regime. The Authority and its board of directors are to operate under the supervision of a Council of Ministers, which will comprise the ministers responsible for capital markets regulation in each participating province and the federal Minister of Finance.

Neither the Model Provincial Act nor the Draft Federal Act have the force of law unless and until they are properly enacted into legislation by the provincial legislatures and Parliament, respectively; the Memorandum provides that both remain “subject to legislative approval”. The Memorandum also contemplates that the Council of Ministers will have a role to play in making amendments to these proposed legislative enactments. With respect to the Model Provincial Act, s. 5.5 of the Memorandum provides that any proposals to amend the Model Provincial Act are subject to a vote and must be approved by at least 50 percent of the members of the Council of Ministers, as well as by the members representing the “Major Capital Markets Jurisdictions” — which at present, are Ontario and British Columbia.

Another important aspect of the Cooperative System is the Authority’s power to make regulations. Both the Model Provincial Act and the Draft Federal Act provide that any regulations proposed by the Authority must be approved by the Council of Ministers before coming into force. Section 5.2 of the Memorandum lays out the voting

autorise-t-elle la mise en place du régime coopératif? — L’ébauche de la loi fédérale excède-t-elle le volet général de la compétence du Parlement en matière de trafic et de commerce? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2).

Le gouvernement fédéral et les gouvernements de l’Ontario, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan, du Nouveau-Brunswick, de l’Île-du-Prince-Édouard et du Yukon ont proposé de mettre en place un régime coopératif national de réglementation des marchés des capitaux au Canada (« régime coopératif »). Le cadre du régime coopératif est établi dans un accord entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux et territoriaux participants (« Protocole »).

Les principales composantes du régime coopératif comprennent une loi provinciale et territoriale type (« loi provinciale type ») portant principalement sur les aspects courants du commerce des valeurs mobilières, une proposition de loi fédérale (« ébauche de la loi fédérale ») visant la prévention et la gestion des risques systémiques et créant des infractions criminelles relatives aux marchés financiers, ainsi qu’un organisme national de réglementation des valeurs mobilières (« Autorité ») chargé de l’application de ce régime coordonné. L’Autorité et son conseil d’administration doivent être supervisés par un conseil des ministres, composé des ministres responsables de la réglementation des marchés des capitaux de chacune des provinces participantes et du ministre fédéral des Finances.

La loi provinciale type et l’ébauche de la loi fédérale n’ont pas force de loi tant et aussi longtemps qu’elles n’ont pas été dûment adoptées par les législatures provinciales et le Parlement, respectivement; le Protocole précise que les deux lois demeurent assujetties à « l’approbation législative ». Le Protocole prévoit aussi que le Conseil des ministres aura un rôle à jouer dans la modification de ces propositions de textes de loi. Pour ce qui est de la loi provinciale type, l’art. 5.5 du Protocole énonce que les propositions visant à modifier cette loi doivent faire l’objet d’un vote et être approuvées par au moins 50 pour 100 des membres du Conseil des ministres et par les membres représentant « chaque partie ayant de grands marchés des capitaux », c’est-à-dire, à l’heure actuelle, l’Ontario et la Colombie-Britannique.

Un autre aspect important du régime coopératif est le pouvoir de l’Autorité de prendre des règlements. La loi provinciale type et l’ébauche de la loi fédérale prévoient toutes deux que les règlements proposés par l’Autorité doivent être approuvés par le Conseil des ministres avant d’entrer en vigueur. L’article 5.2 du Protocole précise les

requirements that apply to the approval of proposed regulations.

The Government of Quebec referred the following two questions pertaining to the Cooperative System to the Quebec Court of Appeal:

1. Does the Constitution of Canada authorize the implementation of pan-Canadian securities regulation under the authority of a single regulator, according to the model established by the most recent publication of the “Memorandum of Agreement regarding the Cooperative Capital Markets Regulatory System”?
2. Does the most recent version of the draft of the federal “Capital Markets Stability Act” exceed the authority of the Parliament of Canada over the general branch of the trade and commerce power under subsection 91(2) of the *Constitution Act, 1867*?

A majority of the Court of Appeal answered both questions in the negative. In response to the first question, the majority concluded that the Cooperative System was unconstitutional, because the process for amending the Model Provincial Act — and in particular, the requirement that any amendments thereto be approved by the Council of Ministers in accordance with s. 5.5 of the Memorandum — has the effect of fettering the sovereignty of the participating provinces’ and territories respective legislatures. The majority also opined that the process for making federal regulations, as set out in the Draft Federal Act and the Memorandum, is inconsistent with the principle of federalism because it allows certain provinces to effectively veto the adoption of a federal regulation. As to the second question, the majority concluded that the Draft Federal Act is not *ultra vires* Parliament under the general trade and commerce power, except with respect to the provisions (ss. 76 to 79) that set out the role of the Council of Ministers in the making of federal regulations. Again expressing the view that these provisions, when read alongside the Memorandum, have the effect of conferring on certain provinces a veto over federal regulations, the Majority concluded that they would render the entire Draft Federal Act unconstitutional if not removed.

The Attorney General of Canada appealed the Quebec Court of Appeal’s opinion on both questions; the Attorney General of British Columbia appealed on the first question; and the Attorney General of Quebec appealed on the second question.

exigences relatives au vote qui s’appliquent à l’approbation des propositions de règlements.

Le gouvernement du Québec a soumis les deux questions suivantes à la Cour d’appel du Québec relativement au régime coopératif :

1. La Constitution du Canada autorise-t-elle la mise en place d’une réglementation pancanadienne des valeurs mobilières sous la gouverne d’un organisme unique selon le modèle prévu par la plus récente publication du « Protocole d’accord concernant le régime coopératif de réglementation des marchés des capitaux »?
2. La plus récente version de l’ébauche de la loi fédérale intitulée « Loi sur la stabilité des marchés des capitaux » excède-t-elle la compétence du Parlement du Canada sur le commerce selon le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont répondu aux deux questions par la négative. En réponse à la première question, ils ont conclu que le régime coopératif était inconstitutionnel parce que le processus de modification de la loi provinciale type — et particulièrement l’exigence selon laquelle toute modification à cette loi doit être approuvée par le Conseil des ministres conformément à l’art. 5.5 du Protocole — entrave effectivement la souveraineté respective des législatures des provinces et des territoires participants. En outre, selon les juges majoritaires, le processus de prise des règlements fédéraux, énoncé dans l’ébauche de la loi fédérale et le Protocole, est incompatible avec le principe du fédéralisme, car il a pour effet de permettre à certaines provinces d’exercer un droit de veto à l’égard de la prise de règlements fédéraux. En ce qui a trait à la seconde question, les juges majoritaires ont conclu que l’ébauche de la loi fédérale n’excédait pas la compétence générale du Parlement en matière de trafic et de commerce, sauf pour ce qui est des dispositions (art. 76 à 79) énonçant le rôle du Conseil des ministres dans la prise de règlements fédéraux. Réitérant qu’à leur avis ces dispositions, lues en corrélation avec le Protocole, ont pour effet de conférer à certaines provinces un droit de veto à l’égard de la réglementation fédérale, les juges majoritaires ont conclu que les dispositions en question rendraient l’ébauche de la loi fédérale inconstitutionnelle dans son ensemble si elles n’en étaient pas retirées.

Le procureur général du Canada porte en appel l’avis de la Cour d’appel du Québec quant aux deux questions. Le procureur général de la Colombie-Britannique interjette appel relativement à la première question, tandis que l’appel de la procureure générale du Québec porte sur la seconde question.

Held: The appeals brought by the Attorney General of Canada and the Attorney General of British Columbia should be allowed. The appeal brought by the Attorney General of Quebec should be dismissed. Question 1 should be answered in the affirmative. Question 2 should be answered in the negative.

Question #1: The Constitution authorizes the implementation of pan-Canadian securities regulation under the authority of a single regulator in accordance with the terms set out in the Memorandum.

First, the Cooperative System, as set out in the Memorandum, does not purport to — and in any event, cannot — improperly fetter the legislatures' sovereignty. Sections 4.2 and 5.5 of the Memorandum make clear that the Council of Ministers' role is limited to proposals for amendments to the Model Provincial Act. The Model Provincial Act is expressly subject to legislative approval, and thus lacks the force of law within a province unless and until it is enacted by that province's legislature. These provisions of the Memorandum do not contemplate that the Council of Ministers will have any formal involvement in the amendment of securities laws that have already been enacted by provincial legislatures. Nowhere does the Memorandum imply that the legislatures of the participating provinces are required to implement the amendments made to the Model Provincial Act that have been approved by the Council of Ministers, or that they are precluded from making any other amendments to their securities laws. The terms of the Memorandum do not even require that the provisions of the Model Provincial Act themselves be enacted into law by the legislatures of the participating provinces. Accordingly, the legislatures remain free to reject the proposed statutes, and any amendments made to them, if they so choose.

Even if the terms of the Memorandum actually purported to fetter the provincial legislatures' right to enact, amend and repeal their securities legislation, it would be ineffective in this regard in view of the principle of parliamentary sovereignty. Parliamentary sovereignty, a foundational principle of the Westminster model of government, means that the legislative branch of government has supremacy over the executive and the judiciary: both must act in accordance with statutory enactments and neither can usurp or interfere with the legislature's law-making function. An important corollary to parliamentary sovereignty is the rule that the executive is incapable of interfering with the legislature's power to enact, amend and repeal legislation. An executive agreement that purports to bind the parties' respective legislatures cannot, therefore, have that effect. In the case at hand, executive signatories

Arrêt : Les pourvois du procureur général du Canada et du procureur général de la Colombie-Britannique sont accueillis. Le pourvoi de la procureure générale du Québec est rejeté. La première question appelle une réponse positive; la seconde, une réponse négative.

Question n° 1 : La Constitution autorise la mise en place d'une réglementation pancanadienne des valeurs mobilières sous la gouverne d'un organisme unique selon les modalités énoncées dans le Protocole.

Premièrement, le régime coopératif prévu par le Protocole n'est pas censé — et ne peut, de toute façon — entraver indûment la souveraineté des législatures. Il est clair, suivant les art. 4.2 et 5.5 du Protocole, que le rôle du Conseil des ministres se limite aux propositions de modifications à la loi provinciale type. Cette dernière est expressément assujettie à l'approbation législative, ce qui signifie qu'elle n'a pas force de loi dans une province tant et aussi longtemps qu'elle n'a pas été adoptée par la législature de cette province. Ces dispositions du Protocole ne prévoient pas que le Conseil des ministres jouera un rôle officiel dans la modification des lois relatives aux valeurs mobilières déjà adoptées par les législatures provinciales. Rien dans le Protocole ne suggère que les législatures des provinces participantes sont tenues de mettre en œuvre les modifications à la loi provinciale type approuvées par le Conseil des ministres, ou qu'il leur est interdit d'apporter d'autres modifications à leurs lois sur les valeurs mobilières. Les termes du Protocole n'obligent même pas les législatures des provinces participantes à légiférer pour adopter les dispositions de la loi provinciale type elles-mêmes. Par conséquent, les législatures demeurent libres de rejeter les lois proposées et toute modification apportée à celles-ci si elles choisissent de le faire.

Même si le Protocole devait réellement viser à entraver le droit des législatures provinciales d'adopter, de modifier et d'abroger leurs lois relatives aux valeurs mobilières, il serait tout simplement inopérant à cet égard en raison du principe de la souveraineté parlementaire. La souveraineté parlementaire est un principe fondateur du modèle de gouvernement de Westminster suivant lequel le pouvoir législatif du gouvernement l'emporte sur les pouvoirs exécutif et judiciaire, qui doivent tous deux agir conformément aux textes législatifs et ne peuvent usurper la fonction législative de la législature ou y nuire. Un important corollaire du principe de la souveraineté parlementaire réside dans la règle selon laquelle l'exécutif ne peut entraver l'exercice du pouvoir de la législature d'adopter, de modifier et d'abroger des lois. Un accord conclu par différents exécutifs et censé lier les législatures respectives des parties ne

would thus not actually be capable of either requiring that the legislatures of their respective jurisdictions implement any amendments dictated by the Council of Ministers, or of precluding those legislatures from amending their own securities laws without the approval of the Council of Ministers. When an action of the executive branch appears to clash with the legislature's law-making powers, parliamentary sovereignty can be invoked for the purpose of determining the legal effect of the impugned executive action, but not its underlying validity. Any executive agreement that purports to fetter the legislature is not inherently unconstitutional but will simply not have the desired effect.

Second, the Cooperative System does not entail an impermissible delegation of law-making authority. Parliamentary sovereignty also means that the legislature has the authority to enact laws on its own, as well as the authority to delegate to some other person or body certain administrative or regulatory powers, including the power to make binding but subordinate rules and regulations. One important restriction on delegation, however, is that Parliament or a provincial legislature is barred from transferring its primary legislative authority with respect to a particular matter, over which it has exclusive constitutional jurisdiction, to a legislature of the other level of government. In this case, neither the Memorandum nor the Model Provincial Act empowers the Council of Ministers to unilaterally amend the provinces' securities legislation and no part of the Cooperative System imposes any legal limit on the participating provinces' legislative authority to enact, amend or repeal their respective securities laws as they see fit. The Council of Minister's role in approving amendments to the Model Provincial Act — a model statute that has no force of law until a provincial enactment gives it such force — is therefore plainly distinguishable from the delegation of primary legislative authority. Because the Cooperative System does not allow the Council of Ministers to bypass the provincial legislatures at all, the proper implementation of the Cooperative System, in accordance with the terms of the Memorandum, will not result in any transfer or abdication of a participating province's primary legislative authority. The Council of Ministers is and remains subordinate to the sovereign will of the legislature.

Question #2: The proposed Draft Federal Act is *intra vires*; it falls within the general branch of Parliament's trade and commerce power pursuant to s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*.

peut donc avoir un tel effet. Dans la présente affaire, les signataires représentant les différents pouvoirs exécutifs ne seraient donc pas réellement capables d'obliger les législatures dans leur territoire respectif à mettre en œuvre les modifications dictées par le Conseil des ministres ou de les empêcher de modifier leurs propres lois sur les valeurs mobilières sans l'approbation du Conseil des ministres. Lorsqu'une action du pouvoir exécutif semble être en conflit avec les pouvoirs de légiférer de la législature, la souveraineté parlementaire peut être invoquée pour déterminer l'effet juridique de l'action exécutive contestée, mais non sa validité sous-jacente. Un accord de l'exécutif censé entraver l'action de la législature n'est pas intrinsèquement inconstitutionnel; il ne produira tout simplement pas l'effet souhaité.

Deuxièmement, le régime coopératif ne comporte pas de délégation inacceptable du pouvoir de légiférer. La souveraineté parlementaire signifie également que la législature a compétence pour adopter elle-même des lois et pour déléguer à d'autres personnes ou organismes certains pouvoirs administratifs ou réglementaires, notamment le pouvoir de prendre des règlements contraignants, mais subordonnés. Cependant, cette délégation a pour limite importante qu'il est interdit au Parlement ou à une législature provinciale de transférer à une législature de l'autre ordre de gouvernement sa compétence législative primaire sur une matière en particulier à l'égard de laquelle la Constitution lui confère la compétence exclusive. En l'espèce, ni le Protocole ni la loi provinciale type n'habilite le Conseil des ministres à modifier unilatéralement la législation des provinces en matière de valeurs mobilières, et le régime coopératif n'impose aucune limite juridique au pouvoir législatif des provinces participantes d'adopter, de modifier et d'abroger leurs lois respectives en matière de valeurs mobilières comme elles l'entendent. Ainsi, le rôle du Conseil des ministres dans l'approbation des modifications à la loi provinciale type — une loi type n'ayant pas force de loi tant qu'une législature provinciale ne la lui donne pas — se distingue clairement de la délégation de la compétence législative primaire. Étant donné qu'il ne permet aucunement au Conseil des ministres de court-circuiter les législatures provinciales, le régime coopératif, s'il est correctement mis en œuvre conformément aux modalités du Protocole, n'entraînera en aucun cas l'abdication de la compétence législative primaire des provinces participantes. Le Conseil des ministres est — et demeure — soumis à la souveraineté de la législature.

Question n° 2 : L'ébauche de la loi fédérale proposée est *intra vires*; elle relève du volet général de la compétence du Parlement en matière de trafic et de commerce conférée par le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

The two-stage analytical framework for the review of legislation on federalism grounds is well established. At the first stage (the “characterization stage”), the court considers the law’s purpose and its effect with a view to identifying the true subject matter — the pith and substance — of the law in question. Once the court has completed this exercise, it then moves on to the second stage (the “classification stage”) and determines whether the subject matter of the challenged legislation falls within the head of power being relied on to support the legislation’s validity. Where it does, the legislation will be upheld on the basis that it is *intra vires*.

On the question of characterization, the pith and substance of the Draft Federal Act is to control systemic risk having the potential to create material adverse effects on the Canadian economy. The Draft Federal Act’s preamble, its stated purposes (at s. 4) and the Authority’s statutory mandate (at s. 6) together suggest that the federal government’s role in regulating capital markets is limited to the detection, prevention and management of risk to the stability of the Canadian economy, as well as to the protection against financial crimes. The concept of systemic risk is specifically invoked throughout the Draft Federal Act as a means of limiting the scope of federal regulatory powers. Systemic risk can be understood as having three constituent elements: the risk must represent a threat to the stability of the country’s financial system as a whole; it must be connected to the capital markets; and it must have the potential to have a material adverse effect on the Canadian economy. Moreover, the Draft Federal Act does not contain provisions that go to the day-to-day regulation of all aspects of securities trading. Properly understood, therefore, the intention is not that the Draft Federal Act will displace provincial and territorial securities legislation. It was instead designed to complement these statutes by addressing economic objectives that are considered to be national in character.

With respect to the classification of the Draft Federal Act, the ultimate question in this case is whether the Act, viewed in its entirety, addresses a matter of genuine national importance and scope going to trade as a whole, in a way that is distinct and different from provincial concerns. The application of the framework set out in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, leads to the conclusion that the Draft Federal Act does address a matter of genuine national importance and scope relating to trade as a whole, and it therefore falls within Parliament’s general trade and commerce power

Le cadre d’analyse en deux étapes applicable au contrôle d’une loi pour des motifs fondés sur le fédéralisme est bien établi. À la première étape (l’étape de la « qualification »), la cour doit examiner l’objet de la loi ainsi que ses effets afin de déterminer l’objet véritable — le caractère véritable — de la loi en question. Une fois qu’elle a terminé cet exercice, la cour passe à la deuxième étape (l’étape de la « classification ») et évalue si l’objet de la loi contestée relève du chef de compétence invoqué pour soutenir la validité de la loi. Dans l’affirmative, la loi est confirmée puisqu’*intra vires*.

En ce qui concerne la qualification, le caractère véritable de l’ébauche de la loi fédérale est d’endiguer le risque systémique susceptible d’avoir des conséquences négatives importantes sur l’économie canadienne. Lus ensemble, le préambule de l’ébauche de la loi fédérale, les objets que celle-ci énonce (à l’art. 4) et le mandat statutaire de l’Autorité (à l’art. 6) donnent à penser que le rôle du gouvernement fédéral dans la réglementation des marchés des capitaux se limite au repérage, à la prévention et à la gestion du risque systémique pour la stabilité de l’économie canadienne, ainsi qu’à la protection contre les crimes financiers. La notion de risque systémique est explicitement énoncée tout au long de l’ébauche de la loi fédérale pour limiter la portée des pouvoirs fédéraux en matière de réglementation. Le risque systémique peut être interprété comme se composant de trois éléments : il doit constituer une menace à la stabilité du système financier du pays dans son ensemble; il doit être lié aux marchés des capitaux; et il doit être susceptible d’avoir des conséquences négatives importantes sur l’économie canadienne. De plus, l’ébauche de la loi fédérale ne contient aucune disposition portant sur la réglementation des aspects courants du commerce des valeurs mobilières. Interprétée correctement, l’ébauche de la loi fédérale ne vise donc pas à remplacer les lois provinciales et territoriales sur les valeurs mobilières. Elle a plutôt été conçue de manière à compléter ces lois en s’attaquant aux objectifs économiques considérés comme de nature nationale.

Pour ce qui est de la classification de l’ébauche de la loi fédérale, l’ultime question qui se pose en l’espèce est celle de savoir si la loi, considérée dans son entièreté, porte sur une matière d’importance et de portée véritablement nationales touchant le commerce dans son ensemble et distincte des enjeux provinciaux. L’application du cadre d’analyse établi dans l’arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, mène à la conclusion que l’ébauche de la loi fédérale porte sur une matière d’importance et de portée véritablement nationales touchant le commerce dans son ensemble et qu’elle relève

under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*. The preservation of the integrity and stability of the Canadian economy quite clearly has a national dimension, and one which lies beyond provincial competence. Moreover, the fact that the federal government's foray into securities regulation under the Draft Federal Act is limited to achieving these objectives supports the validity of this proposed statute.

Lastly, the manner in which the Draft Federal Act delegates the power to make regulations accords with Parliament's constitutional powers, meaning that ss. 76 to 79 of the Draft Federal Act have no impact on its constitutionality. There is nothing problematic about the way in which the Draft Federal Act delegates the power to make regulations to the Authority under the supervision of the Council of Ministers. The legislature has the broad authority to delegate administrative powers, including the power to make legally binding rules and regulations, to a subordinate body. In exercising its sovereign legislative powers, Parliament has the authority to confer on a statutory body — in this case, the Council of Ministers — the power to approve or reject proposed subordinate regulations, even if some members of that body are representatives of certain provinces. The delegation of administrative powers in a manner solicitous of (or even dependent upon) provincial input is in no way incompatible with the principle of federalism, provided that the delegating legislature has the constitutional authority to legislate in respect of the applicable subject matter in the first place.

Cases Cited

Applied: *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; **referred to:** *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342; *Rogers Communications Inc. v. Chateauguay (City)*, 2016 SCC 23, [2016] 1 S.C.R. 467; *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, 2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292; *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309; *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Canadian Taxpayers Federation v.*

par conséquent de la compétence générale en matière de trafic et de commerce conférée au Parlement par le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La préservation de l'intégrité et de la stabilité de l'économie canadienne est très clairement une matière qui a une dimension nationale et qui excède la compétence provinciale. De plus, le fait que l'intrusion du gouvernement fédéral dans la réglementation des valeurs mobilières sous le régime de l'ébauche de la loi fédérale se limite à l'atteinte de ces objectifs appuie sa validité.

Enfin, la façon dont l'ébauche de la loi fédérale délègue le pouvoir de prendre des règlements respecte les pouvoirs constitutionnels du Parlement, si bien que les art. 76 à 79 de l'ébauche de la loi fédérale n'ont aucune incidence sur sa constitutionnalité. Il n'y a rien de problématique dans la façon dont l'ébauche de la loi fédérale délègue à l'Autorité le pouvoir de prendre des règlements sous la supervision du Conseil des ministres. La législature jouit du vaste pouvoir de déléguer des pouvoirs administratifs — notamment le pouvoir d'établir des règlements juridiquement contraignants — à un organisme subordonné. Lorsqu'il exerce ses pouvoirs législatifs souverains, le Parlement a le pouvoir de conférer à un organisme créé par la loi — en l'espèce, le Conseil des ministres — le pouvoir d'approuver ou de rejeter des projets de règlement subordonnés, même si certains membres de cet organisme sont des représentants de certaines provinces. La délégation de pouvoirs administratifs qui se soucie (voire dépend) de l'avis des provinces n'est aucunement incompatible avec le principe du fédéralisme, dans la mesure où la législature ayant procédé à la délégation a compétence constitutionnelle pour légiférer relativement à l'objet visé.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; **arrêts mentionnés :** *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342; *Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville)*, 2016 CSC 23, [2016] 1 R.C.S. 467; *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292; *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309; *Renvoi relatif au*

Ontario (Minister of Finance) (2004), 73 O.R. (3d) 621; *Jackson v. Her Majesty's Attorney General*, [2005] UKHL 56, [2006] 1 A.C. 262; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *West Lakes Ltd. v. South Australia* (1980), 25 S.A.S.R. 389; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *P.E.I. Potato Marketing Board v. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 S.C.R. 392; *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569; *Reference re Agricultural Products Marketing Association*, [1978] 2 S.C.R. 1198.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1 to 34.
Constitution Act, 1867, Part VI, ss. 91, 92.
Constitution Act, 1982, ss. 35, 52(1).
 Memorandum of Agreement regarding the Cooperative Markets Regulatory System (2016), ss. 1, 2.2, 3(a)(i), (ii), (iii), (iv), 4.2, 5.2, 5.5, 5.6, 5.7, 8.1, 8.3, 9.2, 9.3, 10.1, 11(a), (b), 13.
Proposed Canadian Securities Act, Order in Council P.C. 2010-667, s. 9(a), (b), (c).
Proposed Capital Markets Act, Revised Consultation Draft, August 2015, ss. 202, 206.
Proposed Capital Stability Markets Act (Canada), Draft for Consultation, January 2016, preamble, Parts 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, ss. 3, 4, 6, 9, 10(1), 15(1), 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 28 to 32, 39, 73, 76 to 79.

Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), [1991] 2 R.C.S. 525; *Canadian Taxpayers Federation c. Ontario (Minister of Finance)* (2004), 73 O.R. (3d) 621; *Jackson c. Her Majesty's Attorney General*, [2005] UKHL 56, [2006] 1 A.C. 262; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *West Lakes Ltd. c. South Australia* (1980), 25 S.A.S.R. 389; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *Multiple Access Ltd c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *P.E.I. Potato Marketing Board c. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 R.C.S. 392; *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569; *Reference re Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 à 34.
Loi constitutionnelle de 1867, partie VI, art. 91, 92.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35, 52(1).
Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur la stabilité des marchés capitaux, ébauche aux fins de consultation, janvier 2016, préambule, parties 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, art. 3, 4, 6, 9, 10(1), 15(1), 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 28 à 32, 39, 73, 76 à 79.
Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur les valeurs mobilières, décret C.P. 2010-667, art. 9a), b), c).
Proposition concernant une loi provinciale et territoriale intitulée Loi sur les marchés des capitaux, ébauche révisée aux fins de consultation, août 2015, art. 202, 206.
 Protocole d'accord concernant le régime coopératif de réglementation des marchés des capitaux (2016), art. 1, 2.2, 3(a)(i), (ii), (iii), (iv), 4.2, 5.2, 5.5, 5.6, 5.7, 8.1, 8.3, 9.2, 9.3, 10.1, 11a), b), 13.

Authors Cited

- Dicey, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. London: Macmillan, 1959.
- Harris, A. Douglas. *White Paper — A Symposium on Canadian Securities Regulation: Harmonization or Neutralization?*, edited by James Baillie. Toronto: University of Toronto Capital Markets Institute, 2002.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2017, release 1).
- Johnston, David, Kathleen Doyle Rockwell and Cristie Ford. *Canadian Securities Regulation*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Lavoie, Malcolm. “Understanding Trade as a Whole in the *Securities Reference*” (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 157.
- McLachlin, Beverley, P.C. *Administrative Tribunals and the Courts: An Evolutionary Relationship*, May 27, 2013 (online: <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2013-05-27-eng.aspx>, archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC48_1_eng.pdf).
- Monahan, Patrick J., Byron Shaw and Padraic Ryan. *Constitutional Law*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2017.
- Tuck, Raphael. “Delegation — A Way Over the Constitutional Hurdle” (1945), 23 *Can. Bar Rev.* 79.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J.Q. and Bouchard, Savard, Schrager and Mainville J.J.A.), 2017 QCCA 756, [2017] AZ-51390705, [2017] Q.J. No. 5583 (QL), 2017 CarswellQue 4199 (WL Can.), in the matter of a reference concerning the constitutionality of the implementation of pan-Canadian securities regulation. The appeals of the Attorney General of Canada and of the Attorney General of British Columbia are allowed. The appeal of the Attorney General of Quebec is dismissed.

Robert J. Frater, Q.C., and Alexander Pless, for the Attorney General of Canada.

Francis Demers and Jean-François Beaupré, for the Attorney General of Quebec.

J. Gareth Morley and Alandra Harlinton, for the Attorney General of British Columbia.

Doctrine et autres documents cités

- Dicey, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed., London, Macmillan, 1959.
- Harris, A. Douglas. *White Paper — A Symposium on Canadian Securities Regulation : Harmonization or Neutralization?*, edited by James Baillie, Toronto, University of Toronto Capital Markets Institute, 2002.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007 (updated 2017, release 1).
- Johnston, David, Kathleen Doyle Rockwell and Cristie Ford. *Canadian Securities Regulation*, 5th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Lavoie, Malcolm. « Understanding Trade as a Whole in the *Securities Reference* » (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 157.
- McLachlin, Beverley, C.P. *Tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires : une relation en évolution*, 27 mai 2013 (en ligne : <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2013-05-27-fra.aspx>, version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC48_1_fra.pdf).
- Monahan, Patrick J., Byron Shaw and Padraic Ryan. *Constitutional Law*, 5th ed., Toronto, Irwin Law, 2017.
- Tuck, Raphael. « Delegation — A Way Over the Constitutional Hurdle » (1945), 23 *R. du B. can.* 79.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Bouchard, Savard, Schrager et Mainville), 2017 QCCA 756, [2017] AZ-51390705, [2017] J.Q. n° 5583 (QL), 2017 CarswellQue 3488 (WL Can.), dans l’affaire d’un renvoi concernant la constitutionnalité de l’instauration d’un régime de réglementation pancanadienne des valeurs mobilières. Les pourvois du procureur général du Canada et du procureur général de la Colombie-Britannique sont accueillis. Le pourvoi de la procureure générale du Québec est rejeté.

Robert J. Frater, c.r., et Alexander Pless, pour le procureur général du Canada.

Francis Demers et Jean-François Beaupré, pour la procureure générale du Québec.

J. Gareth Morley et Alandra Harlinton, pour le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robin K. Basu and Emily Bala, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Isabel Lavoie Daigle, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

No one appeared for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Michael A. Conner, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Jonathan M. Coady and Justin L. Milne, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

Alan F. Jacobson, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

L. Christine Enns, Q.C., for the intervener the Attorney General of Alberta.

Raymond Doray and Guillaume Laberge, for the intervener Barreau du Québec.

François LeBel and Annie Gallant, for the intervener the Institute for Governance of Private and Public Organizations.

Robin K. Basu et Emily Bala, pour l'intervenante la procureure générale de l'Ontario.

Isabel Lavoie Daigle, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Personne n'a comparu pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Michael A. Conner, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Jonathan M. Coady et Justin L. Milne, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

Alan F. Jacobson, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

L. Christine Enns, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Raymond Doray et Guillaume Laberge, pour l'intervenant le Barreau du Québec.

François LeBel et Annie Gallant, pour l'intervenant l'Institut sur la gouvernance d'organisations privées et publiques.

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Background</u>	8
A. <i>Reference re Securities Act (2011)</i>	10
B. <i>Securities Regulation and Cooperative Federalism</i>	16
C. <i>The Cooperative System</i>	21
III. <u>Opinion of the Quebec Court of Appeal — 2017 QCCA 756</u>	29
IV. <u>Position of the Parties</u>	38

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Contexte</u>	8
A. <i>Le Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières (2011)</i>	10
B. <i>La réglementation des valeurs mobilières et le fédéralisme coopératif</i>	16
C. <i>Le régime coopératif</i>	21
III. <u>Avis de la Cour d'appel du Québec — 2017 QCCA 756</u>	29
IV. <u>Position des parties</u>	38

V.	<u>Analysis</u>	44	V.	<u>Analyse</u>	44
A.	<i>Question #1: Does the Constitution of Canada authorize the implementation of pan-Canadian securities regulation under the authority of a single regulator, according to the model established by the most recent publication of the “Memorandum of Agreement regarding the Cooperative Capital Markets Regulatory System”?</i>	44	A.	<i>Question n° 1 : La Constitution du Canada autorise-t-elle la mise en place d’une réglementation pancanadienne des valeurs mobilières sous la gouverne d’un organisme unique selon le modèle prévu par la plus récente publication du « Protocole d’accord concernant le régime coopératif de réglementation des marchés des capitaux »?</i>	44
(1)	<u>Parliamentary Sovereignty and the Fettering of Provincial Legislative Authority</u>	48	(1)	<u>La souveraineté parlementaire et l’entrave à l’exercice de la compétence législative des provinces</u>	48
(a)	<i>Terms of the Memorandum</i>	49	(a)	<i>Les modalités du Protocole d’accord</i>	49
(b)	<i>Parliamentary Sovereignty</i>	53	(b)	<i>La souveraineté parlementaire</i>	53
(c)	<i>Political and Legal Effects</i>	68	(c)	<i>Les effets politiques et juridiques</i>	68
(2)	<u>Delegation of Law-Making Powers</u>	72	(2)	<u>La délégation des pouvoirs de légiférer</u>	72
(3)	<u>Conclusion With Respect to the First Reference Question</u>	81	(3)	<u>Conclusion quant à la première question du renvoi</u>	81
B.	<i>Question #2: Does the most recent version of the draft of the federal “Capital Markets Stability Act” exceed the authority of the Parliament of Canada over the general branch of the trade and commerce power under subsection 91(2) of the Constitution Act, 1867?</i>	82	B.	<i>Question n° 2 : La plus récente version de l’ébauche de la loi fédérale intitulée « Loi sur la stabilité des marchés des capitaux » excède-t-elle la compétence du Parlement du Canada sur le commerce selon le paragraphe 91(2) de la Loi constitutionnelle de 1867?</i>	82
(1)	<u>Constitutional Validity of the Draft Federal Act</u>	86	(1)	<u>La validité constitutionnelle de l’ébauche de la loi fédérale</u>	86
(a)	<i>Characterization of the Draft Federal Act</i>	87	(a)	<i>La qualification de l’ébauche de la loi fédérale</i>	87
(b)	<i>Classification of the Draft Federal Act</i>	98	(b)	<i>La classification de l’ébauche de la loi fédérale</i>	98
(2)	<u>Regulations Under the Draft Federal Act: Sections 76 to 79</u>	117	(2)	<u>Les règlements pris sous le régime de l’ébauche de la loi fédérale : les art. 76 à 79</u>	117
VI.	<u>Conclusion</u>	129	VI.	<u>Conclusion</u>	129

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

I. Introduction

[1] A number of attempts to develop and implement a national system for the regulation of Canadian capital markets in a manner that is compatible with the country's federal structure have been made since the 1930s. At issue in these appeals is the constitutionality of a recent proposal by the federal government and the governments of Ontario, British Columbia, Saskatchewan, New Brunswick, Prince Edward Island and Yukon to implement a national cooperative capital markets regulatory system ("Cooperative System").

[2] The structure of the Cooperative System builds on the guidance provided by this Court in *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837. Its main components include a model provincial and territorial statute known as the *Capital Markets Act* ("Model Provincial Act") that deals primarily with the day-to-day aspects of the securities trade, a federal statute known as the *Capital Markets Stability Act* ("Draft Federal Act") that is aimed at preventing and managing systemic risk and which establishes criminal offences relating to financial markets, and a national securities regulator that is to be overseen by the federal Minister of Finance and the ministers responsible for capital markets regulation in the participating provinces¹ ("Authority").

[3] On July 15, 2015, the Government of Quebec referred two questions pertaining to the Cooperative System to the Quebec Court of Appeal:

1. Does the Constitution of Canada authorize the implementation of pan-Canadian securities regulation under the authority of a single regulator, according to the model established by the most recent publication

¹ In these reasons, references to "provinces" participating in the Cooperative System include participating territories.

Version française du jugement rendu par

LA COUR —

I. Introduction

[1] Plusieurs initiatives ont été entreprises pour élaborer et mettre en place un régime national de réglementation des marchés de capitaux canadiens d'une manière qui est compatible avec la structure fédérale du pays depuis les années 1930. Les présents pourvois portent sur la constitutionnalité d'une récente proposition par le gouvernement fédéral et les gouvernements de l'Ontario, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan, du Nouveau-Brunswick, de l'Île-du-Prince-Édouard et du Yukon concernant la mise en place d'un régime coopératif national de réglementation des marchés de capitaux (« régime coopératif »).

[2] La structure du régime coopératif s'appuie sur les enseignements de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837. Ses principales composantes comprennent une loi provinciale et territoriale type intitulée *Loi sur les marchés des capitaux* (« loi provinciale type ») portant principalement sur les aspects courants du commerce des valeurs mobilières, une loi fédérale intitulée *Loi sur la stabilité des marchés des capitaux* (« ébauche de la loi fédérale ») visant la prévention et la gestion du risque systémique et créant des infractions criminelles relatives aux marchés financiers, ainsi qu'un organisme national de réglementation des valeurs mobilières qui serait surveillé par le ministre fédéral des Finances et les ministres responsables de la réglementation des marchés de capitaux des provinces participantes¹ (« Autorité »).

[3] Le 15 juillet 2015, le gouvernement du Québec soumettait à la Cour d'appel du Québec deux questions relativement au régime coopératif :

1. La Constitution du Canada autorise-t-elle la mise en place d'une réglementation pancanadienne des valeurs mobilières sous la gouverne d'un organisme unique selon le modèle prévu par la plus récente publication du

¹ Dans les présents motifs, la mention des « provinces » participant au régime coopératif vaut également mention des territoires participants.

of the “Memorandum of Agreement regarding the Cooperative Capital Markets Regulatory System”?

2. Does the most recent version of the draft of the federal “Capital Markets Stability Act” exceed the authority of the Parliament of Canada over the general branch of the trade and commerce power under subsection 91(2) of the *Constitution Act, 1867*?

[4] A majority of the Quebec Court of Appeal (the “Majority”) answered both questions in the negative. In response to the first question, the Majority concluded that the Cooperative System was unconstitutional for two reasons: (a) because the process for amending the Model Provincial Act effectively fetters the sovereignty of the respective participating provinces’ legislatures and (b) because the process for making federal regulations is inconsistent with the principle of federalism. As to the second question, the Majority held that the Draft Federal Act is within Parliament’s jurisdiction over the general branch of the trade and commerce power under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*, but took issue with the provisions of the Draft Federal Act (ss. 76 to 79) that pertain to the making of federal regulations. In the Majority’s opinion, the provisions in question, if not removed, render the entire Draft Federal Act unconstitutional.

[5] The dissenting judge would have declined to answer the first question. In his view, it is not for courts to rule on the constitutional validity of intergovernmental agreements that are of a political nature and lack the force of law. Had the first question been limited to the two draft statutes, however, he would have answered in the affirmative; he saw no issues pertaining either to the delegation of law-making authority or to the principle of parliamentary sovereignty. Turning to the second question, the dissenting judge agreed with the Majority that the Draft Federal Act fell within the general branch of Parliament’s trade and commerce power, but found nothing problematic about the manner by which federal regulations were to be made under ss. 76 to 79 of the Draft Federal Act.

« Protocole d’accord concernant le régime coopératif de réglementation des marchés des capitaux »?

2. La plus récente version de l’ébauche de la loi fédérale intitulée « Loi sur la stabilité des marchés des capitaux » excède-t-elle la compétence du Parlement du Canada sur le commerce selon le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

[4] Les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec (les « juges majoritaires ») ont répondu aux deux questions par la négative. En réponse à la première question, ils ont conclu que le régime coopératif était inconstitutionnel pour deux raisons : a) parce que le processus de modification de la loi provinciale type entrave effectivement la souveraineté respective des législatures des provinces participantes; et b) parce que le processus de prise des règlements fédéraux est incompatible avec le principe du fédéralisme. Quant à la seconde question, les juges majoritaires ont statué que l’ébauche de la loi fédérale relève du volet général de la compétence du Parlement en matière de trafic et de commerce prévue au par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais ont critiqué les dispositions de l’ébauche de la loi fédérale (art. 76 à 79) qui portent sur la prise des règlements fédéraux. Selon les juges majoritaires, si elles ne sont pas retirées, ces dispositions rendent l’ensemble de l’ébauche de la loi fédérale inconstitutionnelle.

[5] Le juge dissident aurait refusé de répondre à la première question. À son avis, il n’appartient pas aux tribunaux de se prononcer sur la validité constitutionnelle d’accords intergouvernementaux qui sont de nature politique et qui n’ont pas force de loi. Cependant, si la première question s’était limitée aux deux projets de loi, il y aurait répondu par l’affirmative; il n’a relevé aucun problème relativement à la délégation du pouvoir de légiférer ou au principe de la souveraineté parlementaire. En ce qui concerne la seconde question, le juge dissident s’est dit en accord avec les juges majoritaires, selon lesquels l’ébauche de la loi fédérale relevait du volet général de la compétence du Parlement en matière de trafic et de commerce. Il a conclu cependant qu’il n’y a rien de problématique dans la façon dont les règlements fédéraux doivent être pris sous le régime des art. 76 à 79 de l’ébauche de la loi fédérale.

[6] The Attorney General of Canada appeals the Quebec Court of Appeal's opinion on both questions. The Attorney General of British Columbia appeals only the opinion on the first question, while the Attorney General of Quebec appeals only the opinion on the second question.

[7] For the reasons that follow, the Attorney General of Canada's appeal is allowed, the Attorney General of British Columbia's appeal is allowed, and the Attorney General of Quebec's appeal is dismissed. With respect to the first question posed by the reference, we find that the Cooperative System does not improperly fetter the legislatures' sovereignty, nor does it entail an impermissible delegation of law-making authority. We therefore answer that question in the affirmative. As to the second question, we answer it in the negative: our view is that the subject matter of the Draft Federal Act falls within the general branch of Parliament's trade and commerce power pursuant to s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*.

II. Background

[8] Canada is one of the only industrialized countries in the world that does not have a *national* securities regulator. This is largely attributable to the constitutional division of provincial and federal powers as set out in Part VI of the *Constitution Act, 1867*. As a result of their jurisdiction over property and civil rights (s. 92(13)) and matters of a merely local nature (s. 92(16)), the provincial legislatures — and not Parliament — have the authority to legislate in respect of the securities trade within their respective borders. The result is a nationwide patchwork of provincial regulatory schemes and the absence of a truly national approach to regulating capital markets.

[9] In spite of this constitutional impediment, however, various attempts to centralize or standardize the regulation of securities in Canada have been made for over 80 years (see: D. Johnston, K.

[6] Le procureur général du Canada porte en appel l'avis de la Cour d'appel du Québec quant aux deux questions. Le procureur général de la Colombie-Britannique interjette appel de l'avis concernant la première question seulement, tandis que l'appel de la procureure générale du Québec se limite à l'avis relatif à la seconde question.

[7] Pour les motifs qui suivent, le pourvoi du procureur général du Canada est accueilli, tout comme celui du procureur général de la Colombie-Britannique, et le pourvoi de la procureure générale du Québec est rejeté. En ce qui concerne la première question posée par le renvoi, nous concluons que le régime coopératif n'entrave pas indûment la souveraineté des législatures, pas plus qu'il ne comporte une délégation inacceptable du pouvoir de légiférer. Nous y répondons par l'affirmative. Quant à la seconde question, nous sommes d'avis d'y répondre par la négative : nous estimons que l'objet de l'ébauche de la loi fédérale relève du volet général de la compétence du Parlement en matière de trafic et de commerce conférée par le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

II. Contexte

[8] Le Canada est l'un des seuls pays industrialisés au monde à ne pas avoir d'organisme *national* de réglementation des valeurs mobilières. Cette situation est en grande partie attribuable au partage constitutionnel des compétences fédérales et provinciales établi à la partie VI de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Puisqu'elles ont compétence sur la propriété et les droits civils (par. 92(13)) et sur les matières d'une nature purement locale (par. 92(16)), les législatures provinciales — et non le Parlement — ont le pouvoir de légiférer en matière de commerce des valeurs mobilières à l'intérieur de leurs frontières respectives. Il en résulte un ensemble disparate de régimes provinciaux de réglementation à l'échelle du pays et l'absence d'une véritable approche nationale pour la réglementation des marchés de capitaux.

[9] Toutefois, malgré cet obstacle constitutionnel, diverses tentatives en vue de centraliser et d'uniformiser la réglementation des valeurs mobilières ont été faites au Canada depuis plus de 80 ans : voir

Doyle Rockwell and C. Ford, *Canadian Securities Regulation* (5th ed. 2014), at pp. 634-62). Although proposals aimed at establishing a national securities regulator have not succeeded, certain interprovincial initiatives aimed at coordinating regulatory functions have. These include the adoption by some provincial securities commissions of various national and multilateral instruments (which are standardized rules and regulations respecting specific aspects of the securities trade), as well as the implementation of the “passport regime”, which allows market participants to have access to the capital markets of other participating jurisdictions while dealing with a single principal regulator and complying with harmonized legislative provisions (Johnston et al., at pp. 91-94). Detailed discussions about the impetus behind and response to the various proposals and initiatives that have been put forward over the past several decades can be found elsewhere (see: *Reference re Securities Act*, at paras. 11-28; A. D. Harris, *White Paper — A Symposium on Canadian Securities Regulation: Harmonization or Neutralization?* (2002); Johnston et al., at pp. 634-62).

A. *Reference re Securities Act (2011)*

[10] In 2009, the federal government responded to recommendations from a body known as the Expert Panel on Securities Regulation by preparing draft federal legislation, the *Proposed Canadian Securities Act*, Order in Council P.C. 2010-667, which would establish a national scheme for the regulation of capital markets under the oversight of a national securities regulator. The stated purposes of the *Proposed Canadian Securities Act* were “to provide protection to investors” (s. 9(a)), “foster fair, efficient and competitive capital markets” (s. 9(b)) and “contribute . . . to the integrity and stability of [Canada’s] financial system” (s. 9(c)).

D. Johnston, K. Doyle Rockwell et C. Ford, *Canadian Securities Regulation* (5^e éd. 2014), p. 634-662. Même si les propositions visant à établir un organisme national de réglementation ont échoué, certaines initiatives interprovinciales ayant pour objectif de coordonner les fonctions de réglementation ont réussi. Ces initiatives comprennent l’adoption par certaines commissions provinciales des valeurs mobilières de divers documents nationaux et multilatéraux (qui constituent des règlements uniformisés concernant certains aspects du commerce des valeurs mobilières) ainsi que la mise en place du « régime de passeport », qui permet aux acteurs du marché d’accéder aux marchés de capitaux des autres provinces participantes, et ce, sous l’autorité d’un organisme de réglementation unique et en se conformant à des dispositions législatives harmonisées : Johnston et autres, p. 91-94. Des analyses détaillées de la raison d’être des différentes propositions et initiatives présentées au cours des dernières décennies, et des réponses qu’elles ont suscitées, peuvent être consultées ailleurs : voir *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 11-28; A. D. Harris, *White Paper — A Symposium on Canadian Securities Regulation: Harmonization or Neutralization?* (2002); Johnston et autres, p. 634-662.

A. *Le Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières (2011)*

[10] En 2009, le gouvernement fédéral donnait suite aux recommandations d’une entité connue sous le nom de Groupe d’experts sur la réglementation des valeurs mobilières en préparant une ébauche de loi fédérale — la *Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur les valeurs mobilières*, décret C.P. 2010-667 — qui visait la création d’un régime national de réglementation des marchés de capitaux sous la surveillance d’un organisme national de réglementation des valeurs mobilières. La *Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur les valeurs mobilières* avait pour objets de « protéger les investisseurs » (al. 9a)), de « favoriser des marchés des capitaux justes, efficaces et compétitifs » (al. 9b)) et de « contribuer [. . .] à l’intégrité et à la stabilité du système financier [du Canada] » (al. 9c)).

[11] The *Proposed Canadian Securities Act* was designed to regulate all aspects of capital markets, and it therefore dealt in large part with the day-to-day aspects of the trade in securities (like registration requirements, prospectus filings and disclosure obligations). Although much of this scheme overlapped with provincial securities laws, it also contained provisions for the regulation of systemic risk in capital markets — risk that represents a threat to the stability of the country’s economy. It is important to note, as well, that this proposed national regulatory scheme was not intended to *immediately* displace provincial securities legislation once the federal legislation was enacted by Parliament. Rather, the scheme was designed to function on an “opt-in” basis, each province retaining the right to choose whether to participate in the scheme or instead to keep its existing regulatory framework in place.

[12] The constitutionality of the *Proposed Canadian Securities Act* was at issue before this Court in *Reference re Securities Act*. Specifically, the federal government sought from this Court an advisory opinion as to whether the enactment of the *Proposed Canadian Securities Act*, which this Court described as “a comprehensive foray by Parliament into the realm of securities regulation” (para. 2), would constitute a valid exercise of Parliament’s power over trade and commerce pursuant to s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*.

[13] This Court unanimously held that it would not, and rejected the federal government’s argument that the securities market had “evolved from a provincial matter to a national matter affecting the country as a whole” (para. 4). Having determined that the main thrust of the *Proposed Canadian Securities Act* was to regulate *on an exclusive basis* all aspects of the trade in securities in Canada, this Court went on to conclude that the constitutionality of the draft statute

[11] La *Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur les valeurs mobilières* a été conçue de manière à réglementer tous les aspects des marchés de capitaux et portait donc, dans une large mesure, sur les aspects courants du commerce des valeurs mobilières (comme les exigences concernant l’inscription, le dépôt des prospectus et les exigences relatives à la communication de renseignements). Même si une grande partie du régime chevauchait les lois provinciales sur les valeurs mobilières, il contenait également des dispositions sur la réglementation du risque systémique lié aux marchés de capitaux — risque qui constitue une menace pour la stabilité de l’économie canadienne. Il importe également de souligner que le régime national de réglementation proposé n’était pas censé remplacer *immédiatement* la législation provinciale sur les valeurs mobilières une fois la loi fédérale adoptée par le Parlement. Le régime devait plutôt fonctionner sur la base d’une « participation volontaire », chaque province pouvant toujours choisir d’y participer ou de conserver son cadre de réglementation existant.

[12] La constitutionnalité de la *Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur les valeurs mobilières* était en cause devant notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*. Plus précisément, le gouvernement fédéral sollicitait l’avis consultatif de la Cour sur la question de savoir si l’adoption de la *Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur les valeurs mobilières* — que la Cour a décrite comme « une intrusion massive par le Parlement dans le domaine de la réglementation des valeurs mobilières » (par. 2) — constituerait un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de trafic et de commerce conférée par le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[13] La Cour a statué, à l’unanimité, que ce n’était pas le cas, et a rejeté l’argument du gouvernement fédéral selon lequel le marché des valeurs mobilières avait « évolué, passant d’une matière provinciale à une matière nationale touchant l’ensemble du pays » : par. 4. Après avoir établi que l’objet principal de la *Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur les valeurs mobilières* consistait à réglementer, à *titre exclusif*, tous les aspects du

could not be supported by Parliament's general trade and commerce power.

[14] This Court analyzed the s. 91(2) issue in accordance with the five indicia set out in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, and based its conclusion on the final three indicia: (a) the detailed regulation of capital markets is not a matter that engages trade *as a whole*, but instead relates to the securities trade *in particular*; (b) the provinces have the constitutional capacity to legislate in respect of most matters covered by the *Proposed Canadian Securities Act* and can delegate regulatory powers to a single national securities regulator if they so choose; and (c) the successful operation of this regulatory scheme would not be jeopardized should any one province decline to participate, especially given that this proposed scheme would function on an "opt-in" basis. In the end, this Court held that "the day-to-day regulation of all aspects of trading in securities and the conduct of those engaged in this field of activity . . . simply cannot be described as a matter that is truly national in importance and scope making it qualitatively different from provincial concerns" (*Reference re Securities Act*, at para. 125).

[15] Although this Court found that legislation purporting to regulate *all aspects* of the trade in securities was outside Parliament's sphere of legislative authority, it acknowledged that certain aspects of securities regulation may nevertheless fall within the federal sphere of jurisdiction, including the prevention and management of systemic risk in Canadian capital markets. Indeed, it is clear from this Court's reasons that the preservation of capital markets and the maintenance of Canada's economic stability are matters that are beyond provincial concern, and therefore fall within Parliament's jurisdiction over trade and commerce.

commerce des valeurs mobilières au Canada, la Cour a conclu que la constitutionnalité du projet de loi ne pouvait trouver appui dans la compétence générale du Parlement en matière de trafic et de commerce.

[14] La Cour a analysé la question du par. 91(2) conformément aux cinq critères établis dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, et a conclu sur la base des trois derniers critères : a) la réglementation détaillée des marchés de capitaux n'est pas une question qui met en jeu le commerce *dans son ensemble*, mais concerne plutôt le commerce des valeurs mobilières *en particulier*; b) les provinces disposent du pouvoir constitutionnel de légiférer sur la plupart des matières visées par la *Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur les valeurs mobilières* et peuvent déléguer leurs pouvoirs de réglementation à un seul organisme national de réglementation des valeurs mobilières si elles le souhaitent; et c) l'application du régime de réglementation ne serait pas compromise si une province refusait d'y participer, d'autant plus que le régime proposé fonctionnerait sur la base d'une « participation volontaire ». Ultiment, la Cour a conclu que « la réglementation courante de tous les aspects du commerce des valeurs mobilières et de la conduite des participants à ce secteur d'activités [. . .] ne peut tout simplement pas constituer un enjeu d'importance et de portée véritablement nationales qui le rend différent, sur le plan qualitatif, des enjeux provinciaux » : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 125.

[15] Bien que la Cour ait conclu qu'une loi dont l'objectif était de réglementer *tous les aspects* du commerce des valeurs mobilières ne relevait pas de la compétence législative du Parlement, elle a reconnu que certains aspects de la réglementation des valeurs mobilières pouvaient néanmoins relever de la compétence fédérale, notamment la prévention et la gestion du risque systémique lié aux marchés de capitaux canadiens. En effet, il ressort clairement des motifs de la Cour que la préservation des marchés de capitaux et le maintien de la stabilité économique du Canada sont des questions qui vont au-delà des enjeux provinciaux et, par conséquent, relèveraient de la compétence du Parlement en matière de trafic et de commerce.

B. *Securities Regulation and Cooperative Federalism*

[16] While it is true that this Court found the *Proposed Canadian Securities Act* to be unconstitutional, it nevertheless recognized that a scheme based on a cooperative approach to the regulation of securities in Canada — one under which the provinces would address issues falling within their powers over property and civil rights and matters of a local nature while also leaving room for Parliament to address genuinely national concerns — might be constitutional (*Reference re Securities Act*, at paras. 130-33; see also para. 9). Given that the Attorneys General of Canada and British Columbia, as well as several of the interveners, submit that the Cooperative System follows this cooperative approach, a word about cooperative federalism is in order here.

[17] Cooperative federalism is an interpretative aid that is used when “interpreting constitutional texts to consider how different interpretations impact the balance between federal and provincial interests” (*R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342, para. 78). Where possible, courts should favour a harmonious reading of statutes enacted by the federal and provincial governments which allows for them to operate concurrently (*Rogers Communications Inc. v. Chateauguay (City)*, 2016 SCC 23, [2016] 1 S.C.R. 467, at para. 38). This principle is based on the presumption that “Parliament intends its laws to co-exist with provincial laws” (*Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327, at para. 27).

[18] Cooperative federalism is often applied “to facilitate interlocking federal and provincial legislative schemes and to avoid unnecessary constraints on provincial legislative action” (*Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, at paras. 17-19). Broadly speaking, it “accommodates overlapping jurisdiction and encourages intergovernmental cooperation”, and therefore discourages courts from interfering with

B. *La réglementation des valeurs mobilières et le fédéralisme coopératif*

[16] S’il est vrai que la Cour a jugé inconstitutionnelle la *Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur les valeurs mobilières*, elle a tout de même reconnu qu’un régime fondé sur une approche coopérative en matière de réglementation des valeurs mobilières au Canada — régime suivant lequel les provinces se chargeraient des questions relevant de leur compétence sur la propriété et les droits civils et les matières d’une nature locale tout en permettant au Parlement de s’occuper des enjeux d’une nature véritablement nationale — pourrait être constitutionnel : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 130-133; voir aussi par. 9. Étant donné que les procureurs généraux du Canada et de la Colombie-Britannique, ainsi que plusieurs des intervenants, soutiennent que le régime coopératif s’inscrit dans cette approche coopérative, il convient ici de dire quelques mots sur le fédéralisme coopératif.

[17] Le fédéralisme coopératif est un outil d’interprétation utilisé pour interpréter « des textes constitutionnels [de manière à tenir] compte des répercussions des différentes interprétations sur l’équilibre entre les intérêts du fédéral et ceux des provinces » : *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 78. Dans la mesure du possible, les tribunaux doivent favoriser une interprétation cohérente des lois fédérales et provinciales de manière à permettre qu’elles s’appliquent concurremment : *Rogers Communications Inc. c. Chateauguay (Ville)*, 2016 CSC 23, [2016] 1 R.C.S. 467, par. 38. Ce principe relève de la présomption selon laquelle « le Parlement a voulu que ses lois coexistent avec les lois provinciales » : *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327, par. 27.

[18] On a souvent recours au fédéralisme coopératif « pour faciliter l’intégration des régimes législatifs fédéraux et provinciaux et éviter l’imposition de contraintes inutiles aux interventions législatives provinciales » : *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 17-19. De façon générale, il « permet le chevauchement des compétences et [. . .] encourage la coopération intergouvernementale » et décourage

cooperative regulatory schemes so long as they are not incompatible with the boundaries dictated by the *Constitution Act, 1867* (*Reference re Securities Act*, at para. 57, citing *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 18; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at para. 63; *Reference re Securities Act*, at paras. 61-62). We stress that cooperative federalism may be used neither to “override nor [to] modify the division of powers itself” (*Rogers Communications Inc. v. Chateauguay (City)*, at para. 39), nor to impose “limits on the otherwise valid exercise of legislative competence” (*Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, at para. 19; *Reference re Securities Act*, at paras. 61-62). It cannot, therefore, be used to make *ultra vires* legislation *intra vires*. By fostering cooperation between Parliament and the legislatures within the existing constitutional boundaries, however, cooperative federalism works to support, rather than supplant, the division of legislative powers (see: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 22).

[19] This modern view of federalism sees Part VI of the *Constitution Act, 1867* as a set of boundaries within which provinces and the federal government are free to give full effect to “Canadian federalism’s constitutional creativity and cooperative flexibility” (*Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, 2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292, at para. 15). In short, cooperative federalism allows “different levels of government [to] work together on the ground to leverage their unique constitutional powers in tandem to establish a regulatory regime that may be *ultra vires* the jurisdiction of one legislature on its own” (*Comeau*, at para. 87).

[20] Among the issues in the present case is whether the Cooperative System is consistent with this cooperative approach to the constitutional division of federal and provincial powers.

par conséquent l’ingérence des tribunaux dans les régimes de réglementation coopératifs tant que ceux-ci ne sont pas incompatibles avec les limites dictées par la *Loi constitutionnelle de 1867* ni ne les modifient : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 57, citant *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 18; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 63; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 61-62. Nous tenons à souligner que le fédéralisme coopératif ne peut servir « ni [à] l’emporter sur le partage [des compétences] lui-même ni [à] le modifier » (*Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville)*, par. 39), pas plus qu’il ne peut imposer « des limites à l’exercice par ailleurs valide d’une compétence législative » (*Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, par. 19; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 61-62). Il ne peut donc servir à rendre *intra vires* une loi *ultra vires*. En favorisant la coopération entre le Parlement et les législatures à l’intérieur des limites constitutionnelles existantes, le fédéralisme coopératif appuie le partage des compétences législatives au lieu de le supplanter : voir *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 22.

[19] Selon cette vision moderne du fédéralisme, la partie VI de la *Loi constitutionnelle de 1867* constitue un ensemble de limites à l’intérieur desquelles les provinces et le gouvernement fédéral sont libres de donner pleinement effet à « la créativité constitutionnelle et [à] la souplesse coopérative du fédéralisme canadien » : *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292, par. 15. En somme, le fédéralisme coopératif permet à « différents ordres de gouvernement [de travailler] de concert au départ pour tirer parti en tandem des pouvoirs constitutionnels qui leur sont propres afin d’établir un régime réglementaire qui pourrait outrepasser la compétence d’une assemblée législative à elle seule » : *Comeau*, par. 87.

[20] Parmi les questions en litige en l’espèce, il y a celle de savoir si le régime coopératif est compatible avec cette approche coopérative en matière de partage constitutionnel des compétences fédérales et provinciales.

C. *The Cooperative System*

[21] The framework of the Cooperative System is set out in an agreement between the federal government and the governments of Ontario, British Columbia, Saskatchewan, New Brunswick, Prince Edward Island and Yukon (together the “Participating Jurisdictions”) which is known as the “Memorandum of Agreement regarding the Cooperative Capital Markets Regulatory Scheme” (“Memorandum”). This system has four primary components, which are as follows:

- (1) *Uniform Provincial and Territorial Legislation:* The Cooperative System’s first component involves the standardization of provincial and territorial legislation respecting the day-to-day aspects of the securities trade. To this end, the Memorandum provides that each participating province is to enact a statute that mirrors the Model Provincial Act. The Model Provincial Act purports to address all matters respecting capital markets that fall within provincial or territorial jurisdiction (Memorandum, s. 3(a)(i)), including the registration of dealers and certain other market participants, prospectus requirements, disclosure and proxies, takeover and issuer bids, derivatives trading, and civil liability. Importantly, the Model Provincial Act does not have legal force within any participating province unless the province’s legislature enacts it into law.
- (2) *Complementary Federal Legislation:* The uniform provincial and territorial securities legislation is to be complemented by a federal statute, that is, the Draft Federal Act. The Draft Federal Act is more limited in scope, as it addresses only criminal matters, matters relating to systemic risk in Canada’s capital markets, and national data collection (Memorandum, s. 3(a)(ii)). The federal government undertakes to seek the enactment by Parliament of legislation that mirrors this draft statute (s. 8.3).
- (3) *A National Regulator:* The Memorandum contemplates a delegation by the federal government

C. *Le régime coopératif*

[21] Le cadre du régime coopératif est établi dans un accord entre le gouvernement fédéral et les gouvernements de l’Ontario, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan, du Nouveau-Brunswick, de l’Île-du-Prince-Édouard et du Yukon (collectivement, les « juridictions participantes »), connu sous le nom de « Protocole d’accord concernant le régime coopératif de réglementation des marchés des capitaux » (« Protocole d’accord »). Le régime est constitué des quatre principales composantes suivantes :

- (1) *Législation provinciale et territoriale uniforme :* La première composante du régime coopératif concerne l’uniformisation des lois provinciales et territoriales régissant les aspects courants du commerce des valeurs mobilières. À cette fin, le Protocole d’accord prévoit que chaque province participante doit adopter une loi qui reflète en tous points la loi provinciale type. La loi provinciale type concerne toutes les questions de compétence provinciale ou territoriale ayant trait aux marchés de capitaux (Protocole d’accord, sous-al. 3a(i)), notamment l’inscription des courtiers et de certains autres acteurs du marché, les exigences relatives aux prospectus, la communication et les procurations, les offres publiques d’achat et de rachat, le commerce des instruments dérivés et la responsabilité civile. Fait important, la loi provinciale type n’a pas force de loi dans la province participante tant et aussi longtemps que la législation de celle-ci ne l’a pas adoptée.
- (2) *Législation fédérale complémentaire :* La loi provinciale et territoriale uniforme en matière de valeurs mobilières doit être accompagnée d’une loi fédérale, c.-à-d. l’ébauche de la loi fédérale. L’ébauche de la loi fédérale a une portée plus limitée, puisqu’elle porte seulement sur les questions de droit criminel et les questions relatives au risque systémique dans les marchés de capitaux canadiens et à la collecte de données à l’échelle nationale : Protocole d’accord, sous-al. 3a(ii). Le gouvernement fédéral s’engage à demander au Parlement de promulguer une loi qui reflète en tous point cette ébauche : art. 8.3.
- (3) *Organisme national de réglementation :* Le Protocole d’accord prévoit la délégation par le

(pursuant to s. 73 of the Draft Federal Act) and the participating provinces (pursuant to s. 202 of the Model Provincial Act) of certain regulatory powers to a single operationally independent capital markets regulatory authority (the Authority). The intention is that the Authority will become the sole entity responsible for administering both the federal and provincial cooperative system legislation, and will fulfill all relevant regulatory, enforcement and adjudicative functions relating to the trade in securities under these statutes as enacted (Memorandum, s. 3(a)(iii)). As of now, a draft of the Authority's enabling legislation has not yet been published.

- (4) *The Council of Ministers*: Finally, the Authority and its Board of Directors are to operate under the supervision of a Council of Ministers, which will comprise the ministers responsible for capital markets regulation in each participating province and the federal Minister of Finance (Memorandum, s. 3(a)(iv)).

[22] Each of these components is integral to the Cooperative System's ultimate objective: to establish a unified and cooperative system for the regulation of capital markets in Canada *in a manner that accords with the constitutional division of powers*. This objective is expressed in s. 2.2 of the Memorandum, which reads as follows:

In entering into this [Memorandum] and participating in the Cooperative System, each of the Participating Jurisdictions is addressing matters within its constitutional jurisdiction and is neither surrendering nor impairing any of its jurisdiction, with respect to which it remains sovereign.

[23] The parties to the agreement are the executive branches of the governments of the Participating Jurisdictions. By signing the Memorandum, each undertakes to establish the Cooperative System on the basis set out in the Memorandum (s. 10.1(a)).

[24] The Memorandum makes clear that the two proposed statutes — the Draft Federal Act and the

gouvernement fédéral (en vertu de l'art. 73 de l'ébauche de la loi fédérale) et par les provinces participantes (en vertu de l'art. 202 de la loi provinciale type) de certains pouvoirs de réglementation à un organisme unique de réglementation des marchés de capitaux indépendant sur le plan opérationnel (l'Autorité). L'intention est que l'Autorité devienne la seule entité chargée d'appliquer la législation, tant fédérale que provinciale, relative au régime coopératif, et qu'elle s'acquitte de toutes les fonctions de réglementation et d'application de la loi et des fonctions juridictionnelles pertinentes ayant trait au commerce des valeurs mobilières sous le régime de ces lois, telles qu'elles ont été adoptées : Protocole d'accord, sous-al. 3a)(iii). À l'heure actuelle, aucune ébauche de la loi habilitante de l'Autorité n'a encore été publiée.

- (4) *Conseil des ministres* : Enfin, l'Autorité et son conseil d'administration doivent être supervisés par un conseil des ministres, composé des ministres responsables de la réglementation des marchés de capitaux de chacune des provinces participantes et du ministre fédéral des Finances : Protocole d'accord, sous-al. 3a)(iv).

[22] Chacune de ces composantes est indispensable à la réalisation de l'objectif ultime du régime coopératif : l'instauration d'un régime coopératif et unifié de réglementation des marchés de capitaux au Canada *conformément au partage constitutionnel des compétences*. Cet objectif est exprimé à l'art. 2.2 du Protocole d'accord, dont voici le texte :

En participant au présent [Protocole d'accord] et au régime coopératif, chaque partie traite de questions qui relèvent de ses compétences constitutionnelles et ne cède et ne compromet aucune de ses compétences, à l'égard desquelles elle demeure souveraine.

[23] Les parties à l'accord sont les différents exécutifs issus des gouvernements des juridictions participantes. En signant le Protocole d'accord, chacune des parties s'engage à instaurer le régime coopératif selon les principes énoncés dans le Protocole d'accord : al. 10.1a).

[24] Le Protocole d'accord indique clairement que les deux lois proposées — l'ébauche de la loi fédérale

Model Provincial Act — remain subject to legislative approval (s. 3(a)(i) and (ii)). What this means is that neither has any legal effect unless and until the applicable legislatures enact them into law. It is for this reason that the executive signatories of the Participating Jurisdictions have agreed, in s. 10.1(b) of the Memorandum, “to use their best efforts to cause their respective legislatures to enact or approve” legislation that is substantially the same as the proposed statutes (see also ss. 8.1 and 8.3).

[25] The Council of Ministers plays an important role in the overall operation of the Cooperative System. Its duties, which are listed in s. 4.2 of the Memorandum, include proposing amendments to the Draft Federal Act and the Model Provincial Act. Section 5.6 of the Memorandum provides that proposed amendments to the Draft Federal Act require consultation between the federal Minister of Finance and the other members of the Council of Ministers. Proposals to amend the Model Provincial Act, by contrast, are subject to a vote and must be approved by (a) at least 50 percent of all members of the Council of Ministers, and (b) the members of the Council of Ministers from each “Major Capital Markets Jurisdiction” — which, at present, are Ontario and British Columbia (s. 5.5). It must be observed, however, that those voting requirements apply only to proposals to amend the Model Provincial Act, which provides content to the commitments of the executive signatories, *but which remains subject to legislative approval*. We also note that s. 5.7 of the Memorandum — which requires enhanced majority approval from the Council of Ministers for certain listed fundamental changes — does not apply to proposals to amend the Model Provincial Act. Put simply, s. 5.5 does not purport to apply to the amendment of legislation after it has been enacted into law in a participating province. As we will explain below, the power to enact, amend and repeal legislation lies exclusively in the hands of the legislatures, and cannot be subject to the approval of the Council of Ministers.

et la loi provinciale type — demeurent assujetties à l’approbation législative (sous-al. 3a)(i) et (ii)), ce qui signifie que ces lois n’ont aucun effet juridique tant et aussi longtemps qu’elles n’ont pas été adoptées par les législatures concernées. C’est pour cette raison que les signataires représentant le pouvoir exécutif des juridictions participantes ont convenu, à l’al. 10.1b) du Protocole d’accord, de « tout mettre en œuvre pour amener leur assemblée législative respective à promulguer ou approuver » des lois qui ressemblent essentiellement aux lois proposées : voir aussi art. 8.1 et 8.3.

[25] Le Conseil des ministres joue un rôle important dans le fonctionnement global du régime coopératif. Ses devoirs, énumérés à l’art. 4.2 du Protocole d’accord, comprennent le fait de proposer des modifications à l’ébauche de la loi fédérale et à la loi provinciale type. L’article 5.6 du Protocole d’accord prévoit que les propositions de modification de l’ébauche de la loi fédérale nécessitent des consultations entre le ministre fédéral des Finances et les autres membres du Conseil des ministres. En revanche, les propositions visant à modifier la loi provinciale type sont assujetties à un vote et doivent être approuvées par a) au moins 50 pour 100 des membres du Conseil des ministres et b) les membres du Conseil des ministres de chaque « partie ayant de grands marchés des capitaux » — qui sont, à l’heure actuelle, l’Ontario et la Colombie-Britannique : art. 5.5. Cependant, il convient de souligner que ces exigences en matière de vote s’appliquent uniquement aux propositions de modification de la loi provinciale type, laquelle détermine la teneur des engagements des signataires représentant les différents pouvoirs exécutifs, *mais qui demeure assujettie à l’approbation législative*. Nous ajoutons également que l’art. 5.7 du Protocole d’accord, suivant lequel certaines modifications fondamentales qui y sont énumérées nécessitent l’accord d’une majorité élargie du Conseil des ministres, ne s’applique pas aux propositions de modification de la loi provinciale type. Autrement dit, l’art. 5.5 n’est pas censé s’appliquer à la modification de la loi une fois que celle-ci a été adoptée dans une province participante. Comme nous l’expliquerons plus loin, le pouvoir d’adopter, de modifier et d’abroger des lois relève exclusivement des législatures et ne saurait être assujetti à l’approbation du Conseil des ministres.

[26] The Memorandum contemplates the possibility that other provinces and territories will join the Cooperative System at a later date: s. 11(a) requires that Participating Jurisdictions “use their best efforts and work together to secure the agreement of the government of each non-Participating Jurisdiction of Canada to participate in the Cooperative System on the basis of the terms of [the Memorandum]”. Accession by a non-Participating Jurisdiction remains subject to the approval of the Council of Ministers (ss. 5.7(b) and 11(b)). The Memorandum also sets out a mechanism by which Participating Jurisdictions can withdraw from the Cooperative System. Section 13 reads as follows:

A Participating Jurisdiction may withdraw from the Cooperative System by providing at least six months’ written notice to the other Participating Jurisdictions. A Minister of a Participating Jurisdiction that has provided written notice to any other Participating Jurisdiction of its intention to withdraw from the Cooperative System will no longer be entitled to vote as a member of the Council of Ministers.

The [Authority] shall use all reasonable efforts to facilitate an expeditious withdrawal and the transfer and/or assignment of employees, assets and contracts relating to capital markets regulation in a withdrawing Participating Jurisdiction as of the effective withdrawal date.

[27] Another important aspect of the Cooperative System is the Authority’s power to make regulations pursuant to both the Draft Federal Act and the Model Provincial Act. Both statutes provide that any regulations proposed by the Authority must be approved by the Council of Ministers before they come into force (Model Provincial Act, s. 206; Draft Federal Act, s. 76). Section 5.2 of the Memorandum, which sets out the mechanism by which the Council of Ministers approves or rejects regulations submitted by the Authority’s Board of Directors, reads as follows:

5.2 Voting on a Regulation made by the Board of Directors

- (a) A regulation made by the Board of Directors subsequent to the Initial Regulations will be put before the Council of Ministers before it comes

[26] Le Protocole d’accord évoque la possibilité que d’autres provinces et territoires se joignent au régime coopératif à une date ultérieure; l’al. 11a) exige que les juridictions participantes « collabore[nt] et déploie[nt] leurs meilleurs efforts dans le but d’obtenir l’adhésion au régime coopératif de tous les gouvernements des provinces et territoires non participants du Canada sur la base des modalités du [Protocole d’accord] ». L’adhésion d’une juridiction non participante demeure assujettie à l’approbation du Conseil des ministres : al. 5.7b) et 11b). Le Protocole d’accord établit également le mécanisme permettant aux juridictions participantes de se retirer du régime coopératif. L’article 13 se lit comme suit :

Une partie peut se retirer du régime coopératif en donnant par écrit un préavis d’au moins six mois aux autres parties. Le ministre d’une partie qui a donné à toute autre partie un préavis écrit de son intention de se retirer du régime coopératif n’aura plus le droit de vote en tant que membre du Conseil des ministres.

L’[Autorité] déploiera tous les efforts raisonnables pour faciliter promptement le retrait et le transfert ou l’affectation des employés, des actifs et des contrats se rapportant à la réglementation des marchés des capitaux dans la partie à la date d’entrée en vigueur du retrait.

[27] Un autre aspect important du régime coopératif est le pouvoir de l’Autorité de prendre des règlements tant en vertu de l’ébauche de la loi fédérale qu’en vertu de la loi provinciale type. Les deux lois prévoient que tous les règlements proposés par l’Autorité doivent être approuvés par le Conseil des ministres avant leur entrée en vigueur : loi provinciale type, art. 206; ébauche de la loi fédérale, art. 76. L’article 5.2 du Protocole d’accord, qui établit le mécanisme par lequel le Conseil des ministres approuve ou rejette les règlements présentés par le conseil d’administration de l’Autorité, est ainsi libellé :

5.2 Vote à propos d’un règlement pris par le conseil d’administration

- a) Un règlement pris par le conseil d’administration une fois les règlements initiaux pris sera soumis au Conseil des ministres avant d’entrer en vigueur.

- into force. Unless the Council of Ministers has asked that the Board of Directors reconsider the regulation or the Council of Ministers has decided to reject the regulation within a specified period, the regulation will be considered to have been approved by the Council of Ministers.
- (b) The Council of Ministers must request that the Board of Directors reconsider a regulation before the Council of Ministers makes a decision to reject the regulation.
- (c) A request by the Council of Ministers to the Board of Directors to reconsider a regulation must be approved by:
- (i) at least 50 [percent] of all members of the Council of Ministers; and
 - (ii) any one of the members of the Council of Ministers from the Major Capital Markets Jurisdictions and from Canada taken together.
- (d) A decision to reject a regulation that has been reconsidered by the Board of Directors at the request of the Council of Ministers and once again put before the Council of Ministers before it comes into force must be approved by:
- (i) at least 50 [percent] of all members of the Council of Ministers; and
 - (ii) a majority of the members of the Council of Ministers from the Major Capital Markets Jurisdictions and from Canada taken together.
- À moins que le Conseil des ministres ne demande au conseil d'administration de réexaminer le règlement ou que le Conseil des ministres ne décide de le refuser dans un délai précisé, le règlement sera réputé avoir été approuvé par le Conseil des ministres.
- b) Le Conseil des ministres doit demander au conseil d'administration de réexaminer un règlement avant de rejeter ce dernier.
- c) Une telle demande de réexamen doit être approuvée par :
- (i) au moins 50 % des membres du Conseil des ministres;
 - (ii) l'un ou l'autre des ministres représentant les parties ayant de grands marchés des capitaux ou représentant le Canada.
- d) La décision de rejeter un règlement que le conseil d'administration a réexaminé à la demande du Conseil des ministres et présenté à nouveau devant ce dernier avant son entrée en vigueur doit être approuvée par :
- (i) au moins 50 % des membres du Conseil des ministres;
 - (ii) la majorité des membres du Conseil des ministres représentant les parties ayant de grands marchés des capitaux ou représentant le Canada.

[28] The Council of Ministers is thus required to request that the Board of Directors reconsider a proposed regulation before it can reject the regulation outright. Moreover, any decision to request the reconsideration of a proposed regulation must be approved by at least half of the members of the Council of Ministers *and* by any one member from the Major Capital Markets Jurisdictions and the federal government. A decision to reject a regulation that has been reconsidered by the Board of Directors must be approved by at least half of the former and by a majority of the latter. A proposed regulation that the

[28] Par conséquent, le Conseil des ministres doit demander au conseil d'administration de réexaminer le projet de règlement avant de rejeter carrément ce dernier. De plus, la décision de demander le réexamen d'un projet de règlement doit être approuvée, d'une part, par au moins la moitié des membres du Conseil des ministres *et*, d'autre part, par un membre représentant les parties ayant de grands marchés de capitaux ou représentant le gouvernement fédéral. Quant à la décision de rejeter un règlement que le conseil d'administration a réexaminé, elle doit être approuvée par au moins la moitié des membres du

Council of Ministers has not rejected or requested that it be reconsidered will be deemed to have been approved (Memorandum, s. 5.2(a)).

III. Opinion of the Quebec Court of Appeal — 2017 QCCA 756

[29] As mentioned above, the following two questions were referred to the Quebec Court of Appeal:

1. Does the Constitution of Canada authorize the implementation of pan-Canadian securities regulation under the authority of a single regulator, according to the model established by the most recent publication of the “Memorandum of Agreement regarding the Cooperative Capital Markets Regulatory System”?
2. Does the most recent version of the draft of the federal “Capital Markets Stability Act” exceed the authority of the Parliament of Canada over the general branch of the trade and commerce power under subsection 91(2) of the *Constitution Act, 1867*?

The reference was heard by a panel of five judges.

[30] With respect to the first question, the Majority — composed of Duval Hesler C.J.Q. and Bouchard, Savard and Mainville J.J.A. — found the Cooperative System to be unconstitutional, for two main reasons.

[31] First, the Majority held that the mechanism for amending the Model Provincial Act, as set out in the Memorandum, effectively subjects the legislative jurisdiction of the participating provinces to the approval of an external entity: the Council of Ministers. In the Majority’s view, the terms of the Memorandum had to be understood as *prohibiting* all participating provinces from amending their securities legislation without the consent of the Council of Ministers, while also *requiring* the legislative implementation of all amendments dictated by the Council of Ministers. This, it held, conflicts with

Conseil des ministres et par la majorité des membres du Conseil des ministres représentant les parties ayant de grands marchés de capitaux ou représentant le Canada. Le projet de règlement qui ne fait pas l’objet d’un rejet ou d’une demande de réexamen par le Conseil des ministres est réputé avoir été approuvé : Protocole d’accord, al. 5.2a).

III. Avis de la Cour d’appel du Québec — 2017 QCCA 756

[29] Comme nous l’avons mentionné précédemment, les deux questions suivantes ont été soumises à la Cour d’appel du Québec :

1. La Constitution du Canada autorise-t-elle la mise en place d’une réglementation pancanadienne des valeurs mobilières sous la gouverne d’un organisme unique selon le modèle prévu par la plus récente publication du « Protocole d’accord concernant le régime coopératif de réglementation des marchés des capitaux »?
2. La plus récente version de l’ébauche de la loi fédérale intitulée « Loi sur la stabilité des marchés des capitaux » excède-t-elle la compétence du Parlement du Canada sur le commerce selon le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Le renvoi a été entendu par une formation de cinq juges.

[30] En ce qui concerne la première question, les juges majoritaires — à savoir la juge en chef Duval Hesler et les juges Bouchard, Savard et Mainville — ont conclu que le régime coopératif était inconstitutionnel pour deux raisons principales.

[31] Premièrement, les juges majoritaires ont conclu que le mécanisme de modification de la loi provinciale type, comme l’établit le Protocole d’accord, assujettit en réalité la compétence législative des provinces participantes à l’approbation d’une entité extérieure : le Conseil des ministres. Selon eux, les modalités du Protocole d’accord devaient être interprétées comme *empêchant* toutes les provinces participantes de modifier leurs lois portant sur les valeurs mobilières sans le consentement du Conseil des ministres, tout en *imposant* la mise en œuvre législative de toutes les modifications dictées par le

the principle of parliamentary sovereignty, which protects a legislature's freedom to enact, amend and repeal legislation as it sees fit.

[32] Second, the Majority held that the involvement of the Council of Ministers in the making of regulations pursuant to the Draft Federal Act undermines the validity of that Act “by permitting certain provinces to exercise what amounts to a veto over federal initiatives that seek to guard against systemic risks related to capital markets which would have material adverse effects on the Canadian economy as a whole” (para. 56). On this point, the Majority expressed the opinion that a provincial veto is incompatible with the general branch of the trade and commerce power and accordingly calls the constitutional validity of the Draft Federal Act into question, as it “negates the very necessity of pan-Canadian federal legislation to counter systemic risks on a national scale” (para. 90; see also para. 95). The Majority added that the involvement of the Council of Ministers in the making of regulations under the Draft Federal Act amounts to an abdication of federal jurisdiction.

[33] Schragger J.A. (the “Dissenting Judge”) took the position that the analysis of the scheme's constitutional validity should be limited to the two draft statutes — the Model Provincial Act and the Draft Federal Act — and should not encompass the terms of the Memorandum, given that the Memorandum is an intergovernmental agreement that lacks the force of law. He would have answered this first question posed by the reference, amended accordingly, in the affirmative. In his view, both of the statutes are constitutional, as they entail neither the delegation of legislative authority nor the abdication of parliamentary sovereignty. Although he found that s. 5.5 of the Memorandum does have the effect of limiting a provincial legislature's authority to amend its legislation, he observed that such a limitation is not incorporated into either the Draft Federal Act or the Model Provincial Act.

Conseil des ministres. Cela, ont-ils affirmé, va à l'encontre du principe de la souveraineté parlementaire, qui protège la liberté de la législature d'adopter, de modifier et d'abroger des lois comme elle l'entend.

[32] Deuxièmement, les juges majoritaires ont conclu que la participation du Conseil des ministres à la prise des règlements sous le régime de l'ébauche de la loi fédérale sape la validité constitutionnelle de cette loi « en permettant à certaines provinces d'exercer un droit de veto effectif sur les initiatives fédérales visant à prémunir les risques systémiques liés aux marchés des capitaux qui sont susceptibles d'avoir des conséquences négatives importantes sur l'économie canadienne dans son ensemble » : par. 56. À ce sujet, les juges majoritaires se sont dits d'avis qu'un veto provincial est incompatible avec le volet général de la compétence en matière de trafic et de commerce et, par conséquent, met en cause la validité constitutionnelle de l'ébauche de la loi fédérale, car un tel veto « ni[e] la nécessité même d'une intervention législative fédérale pan-canadienne afin de contrer les risques systémiques à l'échelle nationale » : par. 90; voir aussi par. 95. Les juges majoritaires ont ajouté que la participation du Conseil des ministres à la prise de règlements sous le régime de l'ébauche de la loi fédérale équivaut à une abdication de la compétence fédérale.

[33] Le juge Schragger (le « juge dissident ») était pour sa part d'avis que l'analyse de la validité constitutionnelle du régime devait se limiter aux deux ébauches de loi — la loi provinciale type et l'ébauche de la loi fédérale — et ne devait pas porter sur les modalités du Protocole d'accord, étant donné que ce dernier constitue un accord intergouvernemental n'ayant pas force de loi. Il aurait répondu à la première question posée par le renvoi — modifiée en conséquence — par l'affirmative. À son avis, les deux lois étaient constitutionnelles, car elles ne comportaient ni délégation de la compétence législative ni abdication de la souveraineté parlementaire. Bien qu'il ait conclu que l'art. 5.5 du Protocole d'accord a pour effet de restreindre le pouvoir de la législature provinciale de modifier sa loi, il a fait remarquer que cette restriction n'est incorporée ni dans la l'ébauche de la loi fédérale ni dans la loi provinciale type.

[34] To the extent that he was bound to consider the first question with reference to the terms of the Memorandum, the Dissenting Judge would have declined to do so because, in his view, it is not for the courts to pronounce on the constitutional validity of intergovernmental agreements. He also found it problematic that the Court of Appeal did not have before it a draft of the Authority's enabling legislation.

[35] In response to the second question, the Majority concluded that the Draft Federal Act is not *ultra vires* Parliament under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*, except with respect to ss. 76 to 79, which set out the role of the Council of Ministers in the making of regulations. Given the stated purposes of the Draft Federal Act, the definition of "systemic risk" provided therein, and the limitations imposed on the scope of the Authority's delegated regulatory powers, the Majority found that the pith and substance of the Draft Federal Act is to promote the stability of the Canadian economy by managing systemic risk in capital markets — risk which could have material adverse effects on the economy as a whole. Following this Court's guidance in *Reference re Securities Act*, the Majority had little trouble concluding that this is a subject matter that falls within Parliament's jurisdiction over trade and commerce.

[36] However, the Majority took issue with ss. 76 to 79 of the Draft Federal Act, which require that all regulations made by the Authority pursuant to the Draft Federal Act be approved by the Council of Ministers. In the Majority's view, these provisions have the effect of conferring on certain provinces a veto over federal regulations, and therefore "negates the very necessity of pan-Canadian federal legislation to counter systemic risks on a national scale" (para. 90). The Majority concluded on this basis that ss. 76 to 79 would render the Draft Federal Act unconstitutional as a whole if they are not removed from it.

[34] Dans la mesure où il était tenu d'examiner la première question par rapport aux modalités du Protocole d'accord, le juge dissident aurait refusé de le faire parce que, à son avis, il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer sur la validité constitutionnelle des accords intergouvernementaux. Il a également jugé problématique que la Cour d'appel ne dispose pas d'une ébauche de la loi constitutive de l'Autorité.

[35] En réponse à la seconde question, les juges majoritaires ont conclu que l'ébauche de la loi fédérale n'excédait pas la compétence conférée au Parlement par le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sauf pour ce qui est des art. 76 à 79, qui énoncent le rôle du Conseil des ministres dans la prise de règlements. Compte tenu des objets énoncés dans l'ébauche de la loi fédérale, de la définition de « risque systémique » qui y figure et des limites imposées aux pouvoirs de réglementation délégués de l'Autorité, les juges majoritaires ont conclu que le caractère véritable de l'ébauche de la loi fédérale est de promouvoir la stabilité de l'économie canadienne par la gestion du risque systémique lié aux marchés de capitaux, lequel risque est susceptible d'avoir des conséquences négatives importantes sur l'économie dans son ensemble. S'inspirant des enseignements de la Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, les juges majoritaires n'ont eu aucun mal à conclure que cet objet relève de la compétence du Parlement en matière de trafic et de commerce.

[36] Cependant, les juges majoritaires ont critiqué les art. 76 à 79 de l'ébauche de la loi fédérale, qui exigent que tous les règlements pris par l'Autorité sous le régime de l'ébauche de la loi fédérale soient approuvés par le Conseil des ministres. À leur avis, ces dispositions ont pour effet de conférer à certaines provinces un droit de veto à l'égard de la réglementation fédérale, et donc de « nier la nécessité même d'une intervention législative fédérale pan-canadienne afin de contrer les risques systémiques à l'échelle nationale » : par. 90. Pour cette raison, les juges majoritaires ont conclu que les art. 76 à 79 rendraient l'ébauche de la loi fédérale inconstitutionnelle dans son ensemble s'ils n'en étaient pas retirés.

[37] The Dissenting Judge would have found the Draft Federal Act *in its entirety* to represent a valid exercise of Parliament's general trade and commerce power. Although he agreed that the subject matter of the draft legislation falls within Parliament's jurisdiction under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*, he did not find that ss. 76 to 79 render the Draft Federal Act unconstitutional. He noted that Parliament has the power to delegate regulatory authority as it sees fit and to structure the body to which it delegates authority in any manner that is deemed appropriate to the task. In the Dissenting Judge's view, therefore, the fact that such a body may be populated by ministers of provincial governments does not invalidate the delegation of any such regulatory authority or undermine the inherently federal nature of the statute.

IV. Positions of the Parties

[38] With respect to the first question posed by the reference, the Attorneys General of Canada and British Columbia, supported by those of Ontario, Prince Edward Island, Saskatchewan and New Brunswick, submit that the proposed Cooperative System is constitutional. They argue that the Majority erred in interpreting the Memorandum, taking the position that it neither *purports to nor has the effect of* binding the legislatures of the participating provinces, and does not require them to abdicate their legislative authority either. In particular, the Attorneys General of Canada and British Columbia dispute the Majority's understanding of the principle of parliamentary sovereignty: in their submission, the executive is simply *incapable* of binding the legislature by way of cooperative agreements. Their opinion is that the Majority's conception of parliamentary sovereignty would, if accepted, limit the ability of provinces and the federal government to cooperate in the pursuit of common objectives, and would ultimately frustrate the application of cooperative federalism.

[39] The Attorneys General of Canada and British Columbia (as well as the interveners that support their position) agree with the Court of Appeal that the Draft Federal Act is *intra vires* Parliament,

[37] Le juge dissident a conclu que l'ébauche de la loi fédérale *en entier* constituait un exercice valide de la compétence générale du Parlement en matière de trafic et de commerce. Même s'il était d'accord que l'objet de la loi proposée relève de la compétence du Parlement conférée par le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il n'a pas été d'avis que les art. 76 à 79 rendraient l'ébauche de la loi fédérale inconstitutionnelle. Il a souligné que le Parlement a le pouvoir de déléguer son pouvoir de réglementation comme il l'entend, et d'organiser comme bon lui semble la structure de l'organisme auquel il délègue ce pouvoir. Selon le juge dissident, le fait que cet organisme puisse être composé de ministres des gouvernements provinciaux n'invalide pas la délégation de tels pouvoirs de réglementation, pas plus qu'il ne mine la nature intrinsèquement fédérale de la loi.

IV. Position des parties

[38] En ce qui concerne la première question posée par le renvoi, les procureurs généraux du Canada et de la Colombie-Britannique — appuyés par ceux de l'Ontario, de l'Île-du-Prince-Édouard, de la Saskatchewan et du Nouveau-Brunswick — soutiennent que le régime coopératif proposé est constitutionnel. Ils affirment que les juges majoritaires ont commis une erreur dans leur interprétation du Protocole d'accord, estimant que celui-ci n'a ni *pour objet* ni *pour effet* de lier les législatures des provinces participantes, et qu'il ne les oblige pas à abdiquer leur compétence législative. En particulier, les procureurs généraux du Canada et de la Colombie-Britannique contestent la façon dont les juges majoritaires comprennent le principe de la souveraineté parlementaire; selon leurs observations, l'exécutif est tout simplement *incapable* de lier la législature au moyen d'accords de coopération. Ils soutiennent que souscrire à la façon dont les juges majoritaires conçoivent la souveraineté parlementaire limiterait la capacité des provinces et du gouvernement fédéral de collaborer à la poursuite d'objectifs communs et finirait par entraver l'application du fédéralisme coopératif.

[39] Les procureurs généraux du Canada et de la Colombie-Britannique (de même que les intervenants qui appuient leur position) conviennent avec la Cour d'appel que l'ébauche de la loi fédérale relève

but disagree with the Majority's conclusion that the Council of Ministers' involvement in reviewing federal regulations renders the Draft Federal Act unconstitutional. They submit that the existence of a "provincial veto" is factually inaccurate, and add that the manner in which a statute delegates regulatory powers cannot affect that statute's constitutionality, since the legislature remains free to delegate such regulatory powers as it sees fit.

[40] The Attorneys General of Quebec and Alberta, together with the Barreau du Québec and the Institute for Governance of Private and Public Organizations — agree with the Majority that the Cooperative System is unconstitutional. They submit that the proposed scheme requires participating provinces to surrender their legislative jurisdiction by undertaking to enact the Model Provincial Act and to refrain from unilaterally amending that legislation, the result being a violation of the principle of parliamentary sovereignty. They also argue that this transfer of legislative authority to the Council of Ministers effectively creates a legislative body that is not contemplated by the Constitution. This, they contend, represents a colourable attempt to amend the Constitution and is incompatible with the rule respecting legislative delegation.

[41] Turning to the second question, the Attorneys General of Canada, Ontario and New Brunswick submit that the Draft Federal Act falls within Parliament's general trade and commerce power. In their view, the proposed Act relates, in pith and substance, to the promotion and protection of the stability of the country's financial system by managing systemic risk in capital markets. This, they argue, falls squarely within the general branch of the trade and commerce power, in accordance with this Court's decision in *Reference re Securities Act*.

[42] The Attorney General of Quebec, together with the Attorney General of Alberta, the Barreau du

de la compétence du Parlement, mais rejettent la conclusion des juges majoritaires selon laquelle la participation du Conseil des ministres à l'examen des règlements fédéraux rend l'ébauche de la loi fédérale inconstitutionnelle. Ils soutiennent que l'existence d'un « veto provincial » est inexacte sur le plan factuel et ajoutent que la façon dont une loi délègue les pouvoirs de réglementation ne saurait compromettre la constitutionnalité de cette loi, car la législature demeure libre de déléguer de tels pouvoirs de réglementation comme elle l'entend.

[40] En revanche, les procureurs généraux du Québec et de l'Alberta — auxquels se joignent le Barreau du Québec et l'Institut sur la gouvernance d'organisations privées et publiques — conviennent avec les juges majoritaires que le régime coopératif est inconstitutionnel. Ils soutiennent que le régime proposé oblige les provinces participantes à renoncer à leur compétence législative en s'engageant à adopter la loi provinciale type et à s'abstenir de modifier unilatéralement cette loi une fois promulguée, de sorte qu'il en résulte une violation du principe de la souveraineté parlementaire. Ils soutiennent également que le transfert de cette compétence législative au Conseil des ministres crée de fait un corps législatif qui n'est pas prévu dans la Constitution, ce qui, prétendent-ils, constitue une tentative déguisée de modifier la Constitution et va à l'encontre de la règle en matière de délégation de pouvoirs législatifs.

[41] Quant à la seconde question, les procureurs généraux du Canada, de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick soutiennent que l'ébauche de la loi fédérale relève de la compétence générale du Parlement en matière de trafic et de commerce. À leur avis, le caractère véritable de cette ébauche se rapporte à la promotion et à la protection de la stabilité du système financier du pays par la gestion du risque systémique lié aux marchés de capitaux, ce qui, soutiennent-ils, relève clairement du volet général de la compétence en matière de trafic et de commerce, conformément à l'avis consultatif de la Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*.

[42] La procureure générale du Québec, ainsi que le procureur général de l'Alberta, le Barreau du

Québec and the Institute for Governance of Private and Public Organizations, submits that the Draft Federal Act is beyond Parliament's general trade and commerce power. As the management of systemic risk is a purpose that animates the regulation of securities generally, it is not helpful in drawing a line between provincial and federal jurisdiction. Moreover, and even assuming the Draft Federal Act's pith and substance can be characterized as the management of systemic risk, the Attorney General of Quebec takes the view that the constitutionality of this proposed legislation still cannot be supported under the general trade and commerce power on the basis of the *General Motors* indicia: the Draft Federal Act is concerned solely with the securities industry, there is no evidence that the provinces are incapable of enacting and enforcing similar measures, and given the realities of the trade in securities, one province's failure to regulate will not jeopardize the regulation of securities in other jurisdictions.

[43] The Attorney General of Manitoba agrees with the Attorney General of Quebec that the Draft Federal Act is *ultra vires*, but takes a slightly different approach. Manitoba accepts that Parliament has the authority to legislate for the purpose of managing systemic risk, as this Court held in *Reference re Securities Act*. Given that the provinces also have the authority to legislate for this purpose, and in light of the inherently amorphous nature of the concept of "systemic risk", Manitoba instead argues that federal authority over systemic risk must be confined to urgent circumstances that demonstrably require uniform national action. Manitoba submits that the Draft Federal Act fails to meet this standard and would simply duplicate provincial regulation of the same risks for the same purposes without employing a qualitatively different approach.

Québec et l'Institut sur la gouvernance d'organisations privées et publiques, affirment que l'ébauche de la loi fédérale excède la compétence générale du Parlement en matière de trafic et de commerce. Étant donné que la gestion du risque systémique est un objet qui sous-tend la réglementation des valeurs mobilières en général, cet objet n'est guère utile pour tracer une ligne de démarcation exacte entre les compétences provinciales et fédérales. De plus, même en supposant que le caractère véritable de l'ébauche de la loi fédérale puisse être considéré comme étant la gestion du risque systémique, la procureure générale du Québec est d'avis que la constitutionnalité de la loi proposée ne peut toujours pas trouver appui dans la compétence générale en matière de trafic et de commerce suivant les critères établis dans l'arrêt *General Motors* : l'ébauche de la loi fédérale porte uniquement sur le secteur des valeurs mobilières, rien n'indique que les provinces ne sont pas en mesure d'adopter et d'appliquer des mesures similaires et, compte tenu des réalités du commerce des valeurs mobilières, l'omission par une province de réglementer ne compromettra pas la réglementation des valeurs mobilières dans d'autres provinces.

[43] Le procureur général du Manitoba est d'accord avec la procureure générale du Québec pour dire que l'ébauche de la loi fédérale est *ultra vires*, mais adopte une approche légèrement différente. Il reconnaît que le Parlement a le pouvoir de légiférer pour gérer le risque systémique, comme l'a conclu la Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*. Comme les provinces peuvent elles aussi légiférer à cette même fin, et compte tenu du caractère intrinsèquement imprécis de la notion de « risque systémique », le Manitoba fait plutôt valoir que la compétence fédérale en matière de risque systémique doit se limiter aux circonstances urgentes nécessitant manifestement une action nationale uniforme. Le Manitoba soutient que l'ébauche de la loi fédérale ne satisfait pas à cette norme et qu'elle ferait simplement double emploi avec la réglementation provinciale visant les mêmes risques aux mêmes fins, sans emprunter une approche qualitativement différente.

V. Analysis

- A. *Question #1: Does the Constitution of Canada authorize the implementation of pan-Canadian securities regulation under the authority of a single regulator, according to the model established by the most recent publication of the “Memorandum of Agreement regarding the Cooperative Capital Markets Regulatory System”?*

[44] This first question requires this Court to consider whether the Cooperative System, as set out in the Memorandum, is constitutional. As noted above, the Majority answered this question in the negative, for two reasons. First, it held that the involvement of the Council of Ministers in the proposal of amendments to the Model Provincial Act (as set out in ss. 4.2 and 5.5 of the Memorandum) fetters the law-making powers of the provincial legislatures, and therefore contravenes the principle of parliamentary sovereignty (paras. 57-81). Second, it found the requirement that proposed regulations under the Draft Federal Act be approved by the Council of Ministers (Draft Federal Act, ss. 76 to 79), coupled with the mechanism by which the Council of Ministers approves or rejects such proposed regulations (Memorandum, s. 5.2), has the effect of giving certain provinces a “veto” over federal intervention in capital markets (para. 87). This, in the Majority’s view, is incompatible with the constitutional foundation for federal jurisdiction under the general trade and commerce power (para. 95).

[45] The arguments advanced by the Attorney General of Quebec in this Court are consistent with the Majority’s conclusions. Quebec contends that the effect of s. 5.5 of the Memorandum is to bind the legislatures of the respective participating provinces by (a) prohibiting them from amending their securities legislation without the consent of the Council of Ministers, and by (b) requiring that they enact all amendments to the Model Provincial Act that are approved by the Council of Ministers. In Quebec’s

V. Analyse

- A. *Question n° 1 : La Constitution du Canada autorise-t-elle la mise en place d’une réglementation pancanadienne des valeurs mobilières sous la gouverne d’un organisme unique selon le modèle prévu par la plus récente publication du « Protocole d’accord concernant le régime coopératif de réglementation des marchés des capitaux »?*

[44] Cette première question amène la Cour à se demander si le régime coopératif, tel qu’il est établi dans le Protocole d’accord, est constitutionnel. Comme nous l’avons mentionné précédemment, les juges majoritaires ont répondu à cette question par la négative, pour deux raisons. Premièrement, ils ont conclu que la participation du Conseil des ministres aux propositions visant à modifier la loi provinciale type (comme le prévoient les art. 4.2 et 5.5 du Protocole d’accord) entrave l’exercice des pouvoirs de légiférer des législatures provinciales, et contrevient par conséquent au principe de la souveraineté parlementaire : par. 57-81. Deuxièmement, ils ont conclu que l’exigence voulant que les projets de règlement pris sous le régime de l’ébauche de la loi fédérale soient approuvés par le Conseil des ministres (ébauche de la loi fédérale, art. 76 à 79), conjuguée au mécanisme par lequel le Conseil des ministres approuve ou rejette ces projets de règlement (Protocole d’accord, art. 5.2), a pour effet de conférer à certaines provinces un « droit de veto » sur l’intervention fédérale dans les marchés de capitaux (par. 87), ce qui, affirment-ils, est incompatible avec l’assise constitutionnelle de la compétence fédérale générale en matière de trafic et de commerce (par. 95).

[45] Les arguments soumis par la procureure générale du Québec devant notre Cour s’accordent avec les conclusions des juges majoritaires. Le Québec prétend que l’art. 5.5 du Protocole d’accord a pour effet de lier les législatures des provinces participantes : a) en les empêchant de modifier leurs lois portant sur les valeurs mobilières sans le consentement du Conseil des ministres; et b) en les obligeant à adopter toutes les modifications à la loi provinciale type approuvées par le Conseil des ministres. Selon

submission, this amounts to an impermissible fettering of the legislatures' sovereign authority.

[46] The Attorney General of Quebec also submits that this aspect of the Cooperative System is contrary to the prohibition against legislative delegation, as it effectively requires each of the participating provinces to “surrender their jurisdiction over securities in order to hand it over to a composite body which none of them controls” (R.F., at para. 77). As a final point, Quebec adds that the effect of the Memorandum is to create a legislative body that is not contemplated in the Constitution.

[47] For the reasons that follow, we respectfully disagree with the Majority's conclusion and are unable to accept the position advanced by Quebec.

(1) Parliamentary Sovereignty and the Fettering of Provincial Legislative Authority

[48] The proposition that the Council of Ministers' involvement in amending the Model Provincial Act is inconsistent with the principle of parliamentary sovereignty rests on two erroneous premises: first, that the Memorandum *purports* to bind the legislatures of the participating provinces and second, that it is *actually capable* of doing so. As we will explain, the terms of the Memorandum do not and cannot fetter the legislatures' primary law-making authority.

(a) *Terms of the Memorandum*

[49] Section 4.2 of the Memorandum provides that the Council of Ministers will be responsible for, among other things, proposing amendments to the Model Provincial Act, the Draft Federal Act, and the Authority's charter documentation. The voting rules applicable to approval by the Council of Ministers of a proposal to amend the Model Provincial Act are set out in s. 5.5, which reads as follows:

le Québec, cela constitue une entrave inadmissible à l'exercice du pouvoir souverain des législatures.

[46] La procureure générale du Québec soutient également que cet aspect du régime coopératif est contraire à l'interdiction visant la délégation de pouvoirs législatifs, car il oblige en fait les provinces participantes à « abandonne[r] leur compétence en matière de valeurs mobilières, afin de la confier à un organisme composite qu'aucune d'entre d'elles ne contrôle » : m.i., par. 77. En dernier lieu, le Québec ajoute que le Protocole d'accord a pour effet de créer un corps législatif qui n'est pas prévu dans la Constitution.

[47] Avec égards, pour les motifs qui suivent, nous ne pouvons nous rallier à la conclusion des juges majoritaires et ne pouvons souscrire à la position soutenue par le Québec.

(1) La souveraineté parlementaire et l'entrave à l'exercice de la compétence législative des provinces

[48] La thèse voulant que la participation du Conseil des ministres à la modification de la loi provinciale type contrevienne au principe de la souveraineté parlementaire repose sur deux prémisses erronées : premièrement, que le Protocole d'accord *vise* à lier les législatures des provinces participantes, et deuxièmement, qu'il est *réellement capable* de le faire. Comme nous l'expliquons plus loin, les modalités du Protocole d'accord n'entravent pas, ni ne peuvent entraver, le pouvoir primaire de légiférer des législatures.

a) *Les modalités du Protocole d'accord*

[49] L'article 4.2 du Protocole d'accord prévoit que le Conseil des ministres sera notamment responsable de proposer des modifications à la loi provinciale type, à l'ébauche de la loi fédérale et aux documents relatifs à la charte de l'Autorité. Les règles concernant le vote relatif à l'approbation par le Conseil des ministres d'une proposition de modification à la loi provinciale type sont énoncées à l'art. 5.5, qui est rédigé comme suit :

5.5 Voting on a Proposal to Amend Provincial and Territorial Legislation

A proposal to amend the Capital Markets Act must be approved by:

- (a) at least 50 [percent] of all members of the Council of Ministers; and
- (b) the members of the Council of Ministers from each Major Capital Markets Jurisdiction.

[50] It is clear from these sections that the Council of Ministers' role is limited to proposals for amendments to the Model Provincial Act — a model statute which, by definition, remains “subject to legislative approval” (s. 3(a)(i)). Sections 4.2 and 5.5 refer exclusively to the proposed legislation on which this Cooperative System is based, and do not contemplate that the Council of Ministers will have any formal involvement in the amendment of legislation that has already been enacted by provincial legislatures. This is key: nowhere does the Memorandum imply that the legislatures of the participating provinces are *required* to implement the amendments made to the Model Provincial Act that have been approved by the Council of Ministers, or that they are *precluded* from making any other amendments to their securities laws. Indeed, the terms of the Memorandum do not even require that the provisions of the Model Provincial Act themselves be enacted into law by the legislatures of the participating provinces: the fact that the executive signatories are bound to “use their best efforts to cause their respective legislatures to enact or approve the Cooperative System Legislation” (s. 10.1; see also s. 8.1) shows that these legislatures remain free to reject the proposed statutes (as amended) if they so choose.

[51] We also note that neither of ss. 4.2 and 5.5 was incorporated into the Model Provincial Act. In our view, this further undermines the submission that the Council of Ministers has a formal role to play in the legislative process. And the fact that the Model Provincial Act's definition of “Council of Ministers” refers to the Memorandum cannot be understood

5.5 Vote à propos d'une proposition visant à modifier la législation provinciale et territoriale

Une proposition visant à modifier la loi sur les marchés des capitaux doit être approuvée par :

- a) au moins 50 % des membres du Conseil des ministres;
- b) les membres du Conseil des ministres de chaque partie ayant de grands marchés des capitaux.

[50] Il est clair de ces articles que le rôle du Conseil des ministres se limite aux propositions de modifications à la loi provinciale type — une loi type qui, par définition, demeure assujettie à « l'approbation législative » : sous-al. 3a(i). Les articles 4.2 et 5.5 visent uniquement la législation proposée sur laquelle repose le régime coopératif et ne prévoient pas que le Conseil des ministres jouera un rôle officiel dans la modification des lois déjà adoptées par les législatures provinciales. Il s'agit là de l'élément clé : rien dans le Protocole d'accord ne suggère que les législatures des provinces participantes sont *tenues* de mettre en œuvre les modifications à la loi provinciale type approuvées par le Conseil des ministres, ou qu'il leur est *interdit* d'apporter d'autres modifications à leurs lois en matière de valeurs mobilières. En effet, les termes du Protocole d'accord n'obligent même pas les législatures des provinces participantes à légiférer pour adopter les dispositions de la loi provinciale type elles-mêmes; le fait que les signataires représentant les différents pouvoirs exécutifs soient tenus de « tout mettre en œuvre pour amener leur assemblée législative respective à promulguer ou approuver la législation sur le régime coopératif » (art. 10.1; voir aussi art. 8.1) démontre que les législatures demeurent libres de rejeter les lois proposées (dans leur version modifiée) si elles choisissent de le faire.

[51] Nous tenons également à souligner que ni l'art. 4.2 ni l'art. 5.5 n'a été incorporé dans la loi provinciale type. À notre avis, cet élément mine encore plus l'argument selon lequel le Conseil des ministres a un rôle officiel à jouer dans le processus législatif. Et le fait que la définition de « Conseil des ministres » contenue dans la loi provinciale type

as incorporating the voting rules of s. 5.5 into the statutory scheme (see: C.A. reasons, at para. 75). Incorporation by reference requires clear language (*Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309, at paras. 11-12; citing with approval *UL Canada Inc. v. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 1720 (Sup. Ct.), at p. 1741, citing N. Bankes, “Co-operative Federalism: Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 792, at p. 832). Similarly, a legislature intending to bind itself to rules respecting the manner and form by which the statute is to be amended *must* do so in clear terms (see: *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at pp. 561-64; *Canadian Taxpayers Federation v. Ontario (Minister of Finance)* (2004), 73 O.R. (3d) 621 (S.C.J.), at para. 49).

[52] We therefore reject the proposition that the Cooperative System, as set out in the Memorandum, purports to fetter the law-making powers of the participating provinces’ legislatures.

(b) *Parliamentary Sovereignty*

[53] At a broader level, the Majority’s reasoning reflects a misunderstanding of the principle of parliamentary sovereignty. In short, the executive is incapable of interfering with the legislature’s power to enact, amend and repeal legislation. An executive agreement that purports to bind the parties’ respective legislatures cannot, therefore, have any such effect.

[54] Parliamentary sovereignty is a foundational principle of the Westminster model of government, and it is based on a recognition that the legislature’s power to make laws exists without any legal limits or constraints (P. J. Monahan, B. Shaw and P. Ryan, *Constitutional Law* (5th ed. 2017), at p. 85). In its traditional form, parliamentary sovereignty means that the legislature has the *exclusive* authority to enact, amend, and repeal any law as it sees fit, and

renvoie au Protocole d’accord ne saurait être interprété comme incorporant les règles relatives au vote prévues à l’art. 5.5 dans le régime législatif : voir les motifs de la C.A., par. 75. L’incorporation par renvoi nécessite un libellé clair : *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309, par. 11-12, citant en l’approuvant *UL Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 1720 (C.S.), p. 1741, citant N. Bankes, « Co-operative Federalism : Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 792, p. 832. De la même façon, la législature qui a l’intention de s’engager à respecter des règles quant à la manière et à la forme selon lesquelles la loi est censée être modifiée *doit* le faire en termes clairs : voir *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 561-564; *Canadian Taxpayers Federation c. Ontario (Minister of Finance)* (2004), 73 O.R. (3d) 621 (C.S.J.), par. 49.

[52] Par conséquent, nous rejetons la thèse voulant que le régime coopératif, tel qu’il est établi dans le Protocole d’accord, vise à entraver l’exercice des pouvoirs de légiférer des législatures des provinces participantes.

b) *La souveraineté parlementaire*

[53] De façon générale, le raisonnement des juges majoritaires témoigne d’une incompréhension du principe de la souveraineté parlementaire. En somme, le pouvoir exécutif est incapable de restreindre le pouvoir de la législature d’adopter, de modifier et d’abroger des lois. Un accord conclu par différents exécutifs et censé lier les législatures respectives des parties ne peut donc avoir un tel effet.

[54] La souveraineté parlementaire est un principe fondateur du modèle de gouvernement de Westminster qui repose sur la reconnaissance du fait que le pouvoir de la législature de faire des lois ne connaît aucune limite ou contrainte juridique : P. J. Monahan, B. Shaw et P. Ryan, *Constitutional Law* (5^e éd. 2017), p. 85. Dans sa forme traditionnelle, la souveraineté parlementaire signifie que la législature jouit du pouvoir *exclusif* d’adopter, de

that there is no matter in respect of which it may not make laws. As explained by A. V. Dicey:

The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament.

(A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed. 1959), at pp. 39-40)

[55] The sovereignty of the legislature is central to the United Kingdom's uncodified constitutional structure (*Jackson v. Her Majesty's Attorney General*, [2005] UKHL 56, [2006] 1 A.C. 262, at para. 9 (per Lord Bingham)). Because there are no constituent instruments that either restrict the U.K. Parliament's jurisdiction over certain subject matters or enshrine certain civil rights and liberties, "[a]ny law, upon any subject matter, is within Parliament's competence" (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 12-1). Parliamentary sovereignty therefore means that the legislative branch of government has supremacy over the executive and the judiciary: both must act in accordance with statutory enactments, and neither can usurp or interfere with the legislature's law-making function.

[56] While the principle of parliamentary sovereignty is an equally important feature of Canadian law, various aspects of our written Constitution have qualified the basic Diceyan rule that Parliament has the power "to make or unmake any law whatever". One such qualification lies in the federal structure of the Canadian state, which restricts the subject matters over which each legislature has jurisdiction. The distribution of legislative power between Parliament and the provincial legislatures is set out in Part VI of the *Constitution Act, 1867*. Since neither level of government has the power to legislate in respect of matters that fall within the exclusive competence of the other, the sovereignty of Parliament and of the provincial legislatures has been limited

modifier et d'abroger des lois comme elle l'entend et aucun sujet n'échappe à son pouvoir de légiférer. Comme l'a expliqué A. V. Dicey :

[TRADUCTION] Le principe de la souveraineté parlementaire veut tout simplement dire que le Parlement, ainsi défini, a, en vertu de la constitution anglaise, le droit de faire ou d'abroger quelque loi que ce soit; de plus, le droit anglais ne reconnaît à aucun individu ou organisme le droit de déroger aux lois du Parlement ou de les annuler.

(A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10^e éd. 1959), p. 39-40)

[55] La souveraineté de la législature est un élément essentiel de la structure constitutionnelle non codifiée du Royaume-Uni : *Jackson c. Her Majesty's Attorney General*, [2005] UKHL 56, [2006] 1 A.C. 262, par. 9 (lord Bingham). Comme il n'existe pas d'acte constitutif restreignant la compétence du Parlement du Royaume-Uni à l'égard de certains sujets ou enchaissant certains droits et libertés civils, [TRADUCTION] « [n]'importe quelle loi, sur n'importe quel sujet, relève de la compétence du Parlement » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 12-1. La souveraineté parlementaire signifie donc que le pouvoir législatif du gouvernement l'emporte sur les pouvoirs exécutif et judiciaire, qui doivent tous deux agir conformément aux textes législatifs et ne peuvent usurper la fonction législative de la législature ou y nuire.

[56] Si le principe de la souveraineté parlementaire est tout aussi important en droit canadien, plusieurs aspects de notre Constitution écrite ont toutefois restreint la règle de Dicey selon laquelle le Parlement a le pouvoir [TRADUCTION] « de faire ou d'abroger quelque loi que ce soit ». L'une de ces restrictions tient à la structure fédérale de l'État canadien, qui limite les sujets sur lesquels chaque législature a compétence. La répartition du pouvoir législatif entre le Parlement et les législatures provinciales est établie à la partie VI de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Étant donné qu'aucun des ordres de gouvernement n'a le pouvoir de légiférer sur les matières qui relèvent de la compétence exclusive de l'autre, la souveraineté du Parlement et des législatures provinciales est limitée

in Canada since Confederation. This was explained by the Judicial Committee of the Privy Council in *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.), as follows:

When the British North America Act [now known as the *Constitution Act, 1867*] enacted that there should be a legislature for Ontario, and that its legislative assembly should have exclusive authority to make laws for the Province and for provincial purposes in relation to matters enumerated in sect. 92, it conferred . . . authority as plenary and as ample within the limits prescribed by sect. 92 as the Imperial Parliament in the plenitude of its power possessed and could bestow. Within these limits of subjects and area the local legislature is supreme, and has the same authority as the Imperial Parliament, or the Parliament of the Dominion, would have had under like circumstances . . . [Emphasis added; p. 132.]

Given this constitutional division of powers, therefore, neither Parliament nor the provincial legislatures have the authority to enact laws that touch on all subject matters. Rather, the effect of parliamentary sovereignty in the context of Canadian federalism is that Parliament and the provincial legislatures are supreme with respect only to matters that fall within their respective spheres of jurisdiction.

[57] Further limits were placed upon parliamentary sovereignty in Canada following the enactment of the *Constitution Act, 1982*, a constitutional document which (among other things) protects the various civil rights and freedoms enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (ss. 1 to 34), recognizes and affirms existing Aboriginal and treaty rights (s. 35), and provides that any laws which are inconsistent with the provisions of the Constitution are, “to the extent of the inconsistency, of no force or effect” (s. 52(1)). Not only does this constitutional instrument impose substantive limits on the content of statutory enactments, but it also codifies the authority of superior courts to review legislation for constitutional compliance (an authority that had previously been only assumed to exist). Professor Monahan et al. had the following to say about the effect of the *Constitution Act, 1982*

au Canada depuis la Confédération. C’est ce qu’a expliqué le Comité judiciaire du Conseil privé dans *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (C.P.) :

[TRADUCTION] En décrétant que l’Ontario avait droit à une législature et qu’il appartenait en exclusivité à son assemblée législative d’adopter des lois pour la province et pour des fins provinciales relativement aux catégories de sujets énumérés à l’art. 92, l’Acte de l’Amérique du Nord britannique [maintenant connu sous le nom de *Loi constitutionnelle de 1867*] lui conféra [. . .] une autorité aussi complète et aussi vaste, dans les limites prescrites par l’art. 92, que le Parlement impérial, dans la plénitude de ses attributions, possédait et pouvait conférer. Dans les limites des sujets précités et à l’intérieur de ce cadre, la législature locale est souveraine et possède le même pouvoir que le Parlement impérial ou le Parlement du Dominion aurait, dans des circonstances analogues . . . [Nous soulignons; p. 132.]

Compte tenu de ce partage constitutionnel des compétences, ni le Parlement ni les législatures provinciales n’ont, par conséquent, le pouvoir d’adopter des lois qui touchent tous les sujets. Dans le contexte du fédéralisme canadien, la souveraineté parlementaire fait plutôt en sorte que le Parlement et les législatures provinciales sont souverains uniquement quant aux matières qui relèvent de leur compétence respective.

[57] D’autres limites furent apportées à la souveraineté parlementaire au Canada par l’adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un document constitutionnel qui (entre autres choses) protège les divers droits et libertés civils enchâssés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* (art. 1 à 34), reconnaît et confirme les droits existants, ancestraux ou issus de traités (art. 35), et rend « inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit » (par. 52(1)). Non seulement ce document constitutionnel assujettit-il le contenu des textes législatifs à des limites de fond, mais il codifie aussi le pouvoir des cours supérieures de contrôler les mesures législatives afin d’en vérifier la conformité constitutionnelle (pouvoir dont l’existence avait été jusque-là simplement présumée). Le professeur Monahan et ses coauteurs ont tenu les propos suivants au sujet de l’effet de la *Loi constitutionnelle de 1982* sur les

on the principles of parliamentary supremacy and of the rule of law:

All laws, regardless of the subject matter, are subject to review on the basis that they offend fundamental rights of individuals or groups under the *Charter*, or Indigenous rights under [s. 35]. . . . In this sense, the principle of constitutionalism and the rule of law — which requires that all actions of the state must be authorized by law and consistent with constitutional requirements — has now significantly narrowed the principle of parliamentary supremacy in Canada. [p. 86]

[58] In *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, this Court observed that, “with the adoption of the *Charter*, the Canadian system of government was transformed to a significant extent from a system of parliamentary supremacy to one of constitutional supremacy” (para. 72). This is of course true, insofar as the Constitution places limits on the law-making powers of Parliament and the provincial legislatures. However, the principle of parliamentary sovereignty remains foundational to the structure of the Canadian state: aside from these constitutional limits, the legislative branch of government remains supreme over both the judiciary and the executive.

[59] An important corollary to parliamentary sovereignty is the rule that the executive cannot unilaterally fetter the legislature’s law-making power. This rule was illustrated in *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, in which this Court was called upon to decide, among other things, whether an intergovernmental agreement between the governments of Canada and Ontario that purported to render certain portions of the federal *Anti-Inflation Act*, S.C. 1974-75-76, c. 75, applicable to that province’s public sector could in fact achieve this end. Writing for a Court that was unanimous on this point, Laskin C.J. answered this question in the negative, reasoning as follows:

If the agreement alone has the effect contended for, it imposes the Guidelines and accompanying sanctions on the provincial public sector, thereby altering the existing

principes de la suprématie parlementaire et de la primauté du droit :

[TRADUCTION] Toutes les lois, peu importe l’objet, sont susceptibles de contrôle au motif qu’elles portent atteinte aux droits fondamentaux individuels ou collectifs que garantit la *Charte* ou aux droits ancestraux prévus à [l’art. 35]. [. . .] En ce sens, le principe du constitutionnalisme et la primauté du droit — qui exigent que tous les actes de l’État soient autorisés par la loi et conformes aux exigences constitutionnelles — ont maintenant restreint de façon importante le principe de la suprématie parlementaire au Canada. [p. 86]

[58] Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, la Cour a fait observer que, « dans une large mesure, l’adoption de la *Charte* avait fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle » : par. 72. Cela est évidemment vrai, dans la mesure où la Constitution apporte des limites aux pouvoirs de légiférer du Parlement et des législatures provinciales, mais le principe de la souveraineté parlementaire reste un élément fondamental de la structure de l’État canadien; outre ces limites constitutionnelles, le pouvoir législatif du gouvernement l’emporte toujours sur le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire.

[59] Un important corollaire du principe de la souveraineté parlementaire réside dans la règle selon laquelle l’exécutif ne peut entraver unilatéralement l’exercice du pouvoir de légiférer de la législature. Cette règle est illustrée par le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, où la Cour a été appelée à décider, entre autres choses, si un accord entre les gouvernements du Canada et de l’Ontario, qui était censé étendre l’application de certaines parties de la loi fédérale intitulée *Loi anti-inflation*, S.C. 1974-75-76, c. 75, au secteur public de cette province, pouvait effectivement parvenir à cette fin. S’exprimant au nom de la Cour, unanime sur ce point, le juge en chef Laskin a répondu par la négative à cette question, expliquant ainsi son raisonnement :

Si l’accord seul a l’effet prétendu, il impose les Indicateurs et leurs sanctions au secteur public provincial et, par le fait même, modifie la loi existante de l’Ontario et

law of Ontario and precluding changes in that law that are inconsistent with the Guidelines: see s. 4(1) of the *Anti-Inflation Act*. I am unable to appreciate how the provincial Executive, *suo motu*, can accomplish such a change. I agree, of course, that the Executive or a Minister authorized by it may be the proper signatory to an agreement to which the Government of Ontario is a party. That, however, is merely a formality of execution; and even if the agreement is binding upon the Government of Ontario as such, on the analogy of treaties which may bind the contracting parties but yet be without domestic force, that would not make the agreement part of the law of Ontario binding upon persons purportedly affected by it. [Emphasis added; pp. 432-33.]

[60] The rule that the executive cannot bind the legislature is perhaps more clearly exemplified by the decision of Supreme Court of South Australia in *West Lakes Ltd. v. South Australia* (1980), 25 S.A.S.R. 389 — a decision that was cited by the Majority of the Quebec Court of Appeal in its reasons. At issue in *West Lakes* was a provision in an agreement between the State of South Australia and a land developer, which could be interpreted as giving the developer a veto over any amendment to the statute that enacted the agreement into law. When a bill to amend that statute was later introduced into the Parliament of South Australia, the developer sought a declaration that the covenants contained in the agreement were binding upon the State and an injunction restraining the State from taking any step or being party to any step to further the bill. The Supreme Court of South Australia unanimously held that the developer was not entitled to such relief, relying in part on the principle of parliamentary sovereignty. Of particular note for the purpose of these appeals, King C.J. stated that ministers of the State, as members of parliament, were “free to propose, to consider, to discuss, and to vote for any bill unconstrained by a contract entered into on behalf of the State” (pp. 390-91).

[61] Returning to the case at hand, the Majority of the Quebec Court of Appeal took issue with ss. 4.2 and 5.5 of the Memorandum, concluding that the combined effect of these sections is to fetter the

empêche d’y apporter des modifications incompatibles avec les Indicateurs : voir art. 4.(1) de la *Loi anti-inflation*. Je ne vois pas comment le pouvoir exécutif provincial pourrait, de son chef, effectuer de tels changements. Naturellement, je suis d’accord que l’exécutif, ou un ministre autorisé par lui, peut régulièrement signer un accord auquel le gouvernement de l’Ontario est partie. Toutefois, cela ne vise que la formalité de la signature; même si l’accord lie le gouvernement de l’Ontario comme tel, par analogie avec les traités qui peuvent lier les parties contractantes mais sans avoir d’effet en droit interne, il ne devient pas une loi de l’Ontario à l’égard des personnes qu’il prétend obliger à s’y conformer. [Nous soulignons; p. 432-433.]

[60] La règle voulant que l’exécutif ne puisse lier la législature est peut-être encore plus évidente dans la décision rendue par la Cour suprême de l’Australie-Méridionale dans l’affaire *West Lakes Ltd. c. South Australia* (1980), 25 S.A.S.R. 389 — une décision citée par les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec dans leurs motifs. L’affaire *West Lakes* portait sur une clause d’une entente entre l’État de l’Australie-Méridionale et un promoteur immobilier qui pouvait être interprétée comme conférant au promoteur un droit de veto sur toute modification à la loi de mise en œuvre de l’entente. Plus tard, lorsqu’un projet visant à modifier cette loi a été déposé au Parlement de l’Australie-Méridionale, le promoteur a demandé un jugement déclarant que les engagements pris dans l’entente liaient l’État, et une injonction empêchant l’État de prendre des mesures ou de participer à la prise de mesures visant à faire progresser le projet de loi. Se fondant en partie sur le principe de la souveraineté parlementaire, la Cour suprême de l’Australie-Méridionale a conclu, à l’unanimité, que le promoteur n’avait pas droit à une telle réparation. Il convient tout particulièrement de souligner, aux fins des présents pourvois, que le juge en chef King a affirmé que les ministres d’État, en tant que députés, étaient [TRADUCTION] « libres de proposer, d’étudier, de discuter et de voter n’importe quel projet de loi sans aucune contrainte émanant d’un contrat conclu pour le compte de l’État » (p. 390-391).

[61] Revenant à l’affaire qui nous occupe, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont critiqué les art. 4.2 et 5.5 du Protocole d’accord, statuant que ces articles ont pour effet combiné d’entraver l’action

sovereignty of the legislatures of the participating provinces (at para. 62). Not only does this represent a misunderstanding of the terms of the Memorandum themselves, but it also rests on the flawed premise that the executive signatories are *actually capable* of binding the legislatures of their respective jurisdictions to implement any amendments dictated by the Council of Ministers, and of precluding those legislatures from amending their own securities laws without the approval of the Council of Ministers. In light of the principle of parliamentary sovereignty, this cannot in fact be the case.

[62] When an action of the executive branch appears to clash with the legislature's law-making powers, parliamentary sovereignty can be invoked for the purpose of determining the legal *effect* of the impugned executive action, but not its underlying *validity*. For example, the executive of one province may act within the confines of its constitutional authority when entering into an intergovernmental agreement with that of another province. If a term in such an agreement purports to bind the province's legislature, the result is not that the agreement itself is constitutionally invalid; the principle of parliamentary sovereignty simply means that the legislature's hands cannot be tied, and therefore that the impugned term is ineffective. In other words, because the legislature's law-making powers are supreme over the executive, the latter cannot bind the former. The result is that any executive agreement that purports to fetter the legislature is not inherently unconstitutional, but will quite simply not have the desired effect.

[63] This understanding of the principle of parliamentary sovereignty is firmly established in this Court's jurisprudence. The advisory opinion in *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)* is particularly illustrative in this regard. At the centre of that case was an agreement entered into in 1967 between the governments of Canada and British Columbia, pursuant to the *Canada Assistance Plan*, S.C. 1966-67, c. 45 ("*Plan*"). Section 4 of the *Plan* authorized the federal government to enter into agreements with individual provinces to share the

des législatures des provinces participantes : par. 62. Non seulement cette conclusion constitue-t-elle une mauvaise compréhension des modalités mêmes du Protocole d'accord, mais elle repose aussi sur la prémisse erronée que les signataires représentant les différents pouvoirs exécutifs sont *réellement capables* d'obliger les législatures dans leur territoire respectif à mettre en œuvre les modifications dictées par le Conseil des ministres et de les empêcher de modifier leurs propres lois sur les valeurs mobilières sans l'approbation du Conseil des ministres. Compte tenu du principe de la souveraineté parlementaire, cela ne peut en fait être le cas.

[62] Lorsqu'une action du pouvoir exécutif semble être en conflit avec les pouvoirs de légiférer de la législature, la souveraineté parlementaire peut être invoquée pour déterminer l'*effet* juridique de l'action exécutive contestée, mais non sa *validité* sous-jacente. Par exemple, l'exécutif d'une province peut respecter les limites de sa compétence constitutionnelle en concluant un accord intergouvernemental avec celui d'une autre province. Si un tel accord contient une modalité censée lier la législature provinciale, il ne s'ensuit pas que l'accord est lui-même constitutionnellement invalide; le principe de la souveraineté parlementaire signifie tout simplement que les mains de la législature ne peuvent être liées et que, par conséquent, la modalité contestée ne produit aucun effet. En d'autres termes, comme les pouvoirs de légiférer de la législature l'emportent sur les pouvoirs de l'exécutif, celle-ci ne peut être liée par ce dernier. Il en résulte qu'un accord de l'exécutif censé entraver l'action de la législature n'est pas intrinsèquement inconstitutionnel; il ne produira tout simplement pas l'effet souhaité.

[63] Cette interprétation du principe de la souveraineté parlementaire est bien établie dans la jurisprudence de la Cour. L'avis consultatif dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)* en est un bon exemple. Un accord intervenu en 1967 entre les gouvernements du Canada et de la Colombie-Britannique dans le cadre du *Régime d'assistance publique du Canada*, S.C. 1966-1967, c. 45 (« *Régime* ») était au cœur de cette affaire. L'article 4 du *Régime* habilitait le gouvernement fédéral à conclure avec chaque province des accords

cost of expenditures on social assistance and welfare, and s. 5 authorized payments to each contracting province of roughly 50 percent of that province's eligible expenditures. The *Plan* also provided that any such agreement would continue in force so long as the relevant provincial law remained in operation (s. 8(1)), and could be amended or terminated only by mutual consent or by giving one year's notice (s. 8(2)). In response to a budget deficit, however, the federal government introduced legislation into Parliament that would limit the growth of payments to financially stronger provinces — including British Columbia — to less than 50 percent. This Court rejected the Government of British Columbia's challenge to the bill (which was eventually passed into law). Sopinka J., writing for a unanimous Court, held on the basis of the principle of parliamentary sovereignty that Parliament was free to amend the *Plan* as it did, and that the terms of the agreement could not restrict its power to effect such change. On this, he specifically acknowledged that the federal executive “could not bind Parliament from exercising its powers to legislate amendments to the *Plan*” (p. 548), and that parliamentary sovereignty “prevents a legislative body from binding itself as to the substance of its future legislation” (p. 563).

[64] A similar issue arose in *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, in which this Court considered a claim for damages brought by Mr. Wells, a member of the Public Utilities Board, after amendments made to the *Public Utilities Act*, R.S.N. 1970, c. 322, by the Newfoundland House of Assembly had led to his position being abolished. As per the terms of his appointment, he was entitled to serve as a commissioner of the Board during good behaviour until the age of 70. This Court found that these terms were part of an enforceable contract of employment with the Crown and could thus form the basis of a claim for breach of contract. Relying on the opinion in *Reference re Canada Assistance Plan*, however, it unanimously affirmed that this employment contract did not in any way fetter the House of Assembly's authority to restructure or eliminate the

prévoyant le partage des frais engagés au titre de l'assistance publique et de la protection sociale, et l'art. 5 permettait de payer à chacune des provinces contractantes environ 50 pour 100 de leurs dépenses admissibles. Le *Régime* prévoyait également qu'un tel accord resterait en vigueur tant que la législation provinciale était appliquée (par. 8(1)) et qu'il ne pouvait être modifié ou résilié que par consentement mutuel ou à la suite d'un préavis d'un an (par. 8(2)). Toutefois, pour remédier à un déficit budgétaire, le gouvernement fédéral a déposé devant le Parlement un projet de loi limitant l'augmentation des paiements effectués aux provinces les plus fortes financièrement, dont la Colombie-Britannique, à moins de 50 pour 100. La Cour a rejeté la contestation du gouvernement de la Colombie-Britannique à l'égard de ce projet de loi, qui a finalement été adopté. S'exprimant au nom d'une Cour unanime, le juge Sopinka s'est fondé sur le principe de la souveraineté parlementaire pour statuer qu'il était loisible au Parlement de modifier le *Régime* comme il l'avait fait, et que les conditions de l'accord ne pouvaient restreindre son pouvoir d'effectuer pareille modification. À ce sujet, il a expressément reconnu que l'exécutif fédéral « ne pouvait prendre un engagement qui empêcherait le Parlement d'exercer ses pouvoirs de légiférer pour modifier le *Régime* » (p. 548), et que la souveraineté parlementaire « vient empêcher un corps législatif de se lier les mains en ce qui concerne la teneur de sa législation future » : p. 563.

[64] Une question similaire s'est posée dans l'arrêt *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, où la Cour s'est penchée sur une action en dommages-intérêts intentée par M. Wells, un membre de la Public Utilities Board, après que des modifications à la *Public Utilities Act*, R.S.N. 1970, c. 322, apportées par l'Assemblée législative de Terre-Neuve, aient mené à l'abolition de son poste. Selon les conditions de sa nomination, il avait le droit d'exercer ses fonctions de commissaire à titre inamovible jusqu'à l'âge de 70 ans. La Cour a conclu que ces conditions faisaient partie d'un contrat de travail exécutoire avec la Couronne, et qu'elles pouvaient donc fonder une action pour rupture de contrat. Se fondant sur le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, elle a toutefois confirmé à l'unanimité que ce contrat de travail ne limitait aucunement le

Public Utilities Board pursuant to its constitutionally protected law-making powers. Although this Court found that Mr. Wells was still entitled to pursue a claim for breach of contract against the Government of Newfoundland, it relied on the principle of parliamentary sovereignty in affirming the primacy of the legislature's will over acts of the executive.

[65] Interestingly, in both *Reference Re Canada Assistance Plan* and *Wells*, this Court supported its decision by quoting the following passage from the Supreme Court of South Australia in *West Lakes*:

Ministers of State cannot, however, by means of contractual obligations entered into on behalf of the State fetter their own freedom, or the freedom of their successors or the freedom of other members of parliament, to propose, consider and, if they think fit, vote for laws, even laws which are inconsistent with the contractual obligations. [p. 390]

[66] Parallels can be drawn between the effect of executive agreements and that of international treaties. As the Privy Council explained in the *Labour Conventions Case (Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario)*, [1937] A.C. 326 (P.C.), at p. 348, the valid exercise of the federal government's treaty-making power is distinct from the legislative enactment of such agreements into domestic law. Though the federal government may have the authority to enter into international agreements upon subjects falling within the legislative competence of the provinces, the individual provinces will only be bound by the terms of such an agreement once their respective legislatures enact them into law (*Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551, at pp. 611-12, citing P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 294).

[67] In short, the foregoing makes clear that the principle of parliamentary sovereignty is precisely what preserves the provincial legislatures' right to enact, amend and repeal their securities legislation

pouvoir de l'Assemblée législative de restructurer ou d'éliminer la Public Utilities Board dans le cadre de l'exercice des pouvoirs de légiférer que lui garantit la Constitution. Bien que la Cour ait conclu que M. Wells avait toujours le droit d'intenter une action pour rupture de contrat contre le gouvernement de Terre-Neuve, elle s'est appuyée sur le principe de la souveraineté parlementaire pour confirmer la primauté de la volonté de la législature sur les actes de l'exécutif.

[65] Fait intéressant, tant dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada* que dans l'arrêt *Wells*, la Cour justifie sa décision en citant le passage suivant de la décision de la Cour suprême de l'Australie-Méridionale dans l'affaire *West Lakes* :

[TRADUCTION] Les ministres d'État ne sauraient toutefois, au moyen d'obligations contractées pour le compte de l'État, imposer des restrictions à leur propre liberté, à celle de leurs successeurs ou à celle d'autres députés, de proposer, d'étudier et, s'ils le jugent opportun, de voter des lois, fussent-elles incompatibles avec les obligations contractuelles. [p. 390]

[66] On peut établir un parallèle entre l'effet des accords exécutifs et ceux des traités internationaux. Comme l'a indiqué le Conseil privé dans l'*Affaire des relations du travail (Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario)*, [1937] A.C. 326 (C.P.), p. 348, l'exercice valide du pouvoir du gouvernement fédéral de conclure des traités se distingue de l'adoption de ces traités en droit interne. Bien que le gouvernement fédéral ait le pouvoir de conclure des accords internationaux sur des sujets relevant de la compétence législative des provinces, les différentes provinces ne seront liées par les modalités d'un tel accord que lorsque leur législature respective aura légiféré pour les adopter : *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, p. 611-612, citant P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), p. 294.

[67] En somme, il ressort clairement de ce qui précède que le principe de la souveraineté parlementaire est précisément ce qui protège le droit des législatures provinciales d'adopter, de modifier

independently of the Council of Ministers' approval. Therefore, even if the Memorandum actually purported to fetter this legislative power, it would be merely *ineffective* in this regard (since it cannot bind the legislature), and not *constitutionally invalid*.

(c) *Political and Legal Effects*

[68] We would pause at this juncture to distinguish the Memorandum's *political* effects from its *legal* effects. While the Memorandum does not and cannot legally bind the participating provinces' respective legislatures, its political objective is nevertheless to achieve uniformity in provincial securities laws across Canada (Memorandum, s. 1). Achieving such uniformity will effectively require that the legislatures of the participating provinces enact a statute that mirrors the Model Provincial Act, as amended from time to time. The Memorandum therefore envisages an important role for the Council of Ministers; provinces that wish to participate in this coordinated approach to the regulation of capital markets will likely find it necessary to implement any amendments to the Model Provincial Act that may be proposed and approved by the Council of Ministers. Practically speaking, therefore, the Council of Ministers may well play an important political role in the area of securities regulation if the Cooperative System operates as planned.

[69] The Majority below went one step further. It rejected the proposition that the Memorandum is merely a political undertaking that is not legally enforceable, and instead found it necessary to *assume* that the mechanisms set out in the Memorandum — including the involvement of the Council of Ministers in proposing and approving legislative amendments — will have their intended effect (para. 70). With this, we do not agree: the principle of parliamentary sovereignty is precisely the reason why we cannot rely on such an assumption. Any *de facto* control that the executive may be

et d'abroger leurs lois relatives aux valeurs mobilières *indépendamment* de l'approbation du Conseil des ministres. Par conséquent, même si le Protocole d'accord devait réellement viser à entraver l'exercice de ce pouvoir de légiférer, il serait tout simplement *inopérant* à cet égard — puisqu'il ne peut lier la législature — et non *constitutionnellement invalide*.

c) *Les effets politiques et juridiques*

[68] Nous ouvrons ici une parenthèse pour distinguer les effets *politiques* du Protocole d'accord de ses effets *juridiques*. S'il est vrai que le Protocole d'accord ne lie pas ni ne saurait lier juridiquement les législatures respectives des provinces participantes, son objectif politique n'en est pas moins d'assurer l'uniformité des lois provinciales sur les valeurs mobilières dans l'ensemble du Canada (Protocole d'accord, art. 1). Pour atteindre une telle uniformité, les législatures des provinces participantes devront, en fait, adopter une loi qui reflète en tous points la loi provinciale type, avec ses modifications successives. Le Protocole d'accord prévoit donc un rôle important pour le Conseil des ministres; les provinces qui souhaitent participer à cette approche coordonnée en matière de réglementation des marchés de capitaux estimeront vraisemblablement nécessaire de mettre en œuvre toutes les modifications à la loi provinciale type qui pourront être proposées et approuvées par le Conseil des ministres. Sur le plan pratique, le Conseil des ministres pourrait donc jouer un rôle politique important dans le domaine de la réglementation des valeurs mobilières si le régime coopératif fonctionne comme prévu.

[69] Les juges majoritaires en appel sont allés plus loin. Ils ont rejeté la thèse voulant que le Protocole d'accord ne soit qu'un engagement politique n'ayant aucune force exécutoire et ont plutôt conclu qu'il fallait *présumer* que les mécanismes prévus dans le Protocole d'accord — notamment la participation du Conseil des ministres à la proposition et à l'approbation des modifications législatives — auront l'effet recherché : par. 70. Nous ne pouvons souscrire à cette conclusion; le principe de la souveraineté parlementaire est précisément ce qui nous empêche d'être en accord avec une telle présomption. Le fait que l'on

said to have over the legislature is irrelevant to our analysis:

It is of no avail to point to the fusion of powers which characterizes the Westminster system of government. That the executive through its control of a House of Commons majority may in practice dictate the position the House of Commons takes on the scope of Parliament's auditing function is not, with all respect to the contrary position taken by Jerome A.C.J., constitutionally cognizable by the judiciary.

(Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources), [1989] 2 S.C.R. 49, at p. 103)

Although the executive signatories may *at present* view uniformity in securities laws as a desirable goal, the sovereign and democratic will of their respective legislatures entitles the latter to disagree, or to change their mind at some point in the future.

[70] We also recognize that the operation of the Cooperative System will require a significant commitment from its participants. For example, the participating provinces will be required to effectively dissolve their existing securities commissions, and to merge the administration of those commissions into the Authority's organizational structure (as contemplated in ss. 9.2 and 9.3 of the Memorandum). Once this has been done, it would undoubtedly be impractical for those provinces to extricate themselves from the Cooperative System at a later date. Although these practical considerations are of no consequence to this Court's analysis, they are likely to weigh heavily in the exercise of each jurisdiction's sovereign will — especially given that, at present, no draft of the Authority's enabling legislation has yet been published.

[71] To conclude on this point, we are of the view that neither the principle of parliamentary sovereignty nor the terms of the Memorandum themselves allow us to conclude, as did the Majority of the Court

puisse dire que l'exécutif exerce un contrôle *de fait* sur la législature n'est pas pertinent dans le cadre de notre analyse :

Il ne sert à rien d'insister sur la centralisation des pouvoirs qui caractérise le système de gouvernement hérité de Westminster. Avec égards pour l'opinion contraire du juge en chef adjoint Jerome, la possibilité que, grâce à sa majorité à la Chambre des communes, l'exécutif dicte en pratique à cette dernière la position qu'elle doit prendre quant à l'étendue des attributions du Parlement en matière de vérification, ne relève pas sur le plan constitutionnel de la compétence du judiciaire.

(Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources), [1989] 2 R.C.S. 49, p. 103)

Même si les signataires représentant les différents pouvoirs exécutifs peuvent *aujourd'hui* être d'avis que l'uniformité des lois sur les valeurs mobilières est un objectif souhaitable, la volonté souveraine et démocratique de leur législature respective permet à ces législatures de ne pas être d'accord ou de changer d'idée dans un avenir plus ou moins proche.

[70] Nous reconnaissons également que la mise en œuvre du régime coopératif nécessitera un engagement important de la part de ses participants. Par exemple, les provinces participantes devront effectivement dissoudre leur commission des valeurs mobilières existante et en fusionner l'administration avec la structure organisationnelle de l'Autorité (comme le prévoient les art. 9.2 et 9.3 du Protocole d'accord). Une fois cela fait, il sera sans doute très difficile, en pratique, pour ces provinces de s'extirper du régime coopératif à une date ultérieure. Même si ces considérations d'ordre pratique n'ont aucune incidence sur l'analyse de la Cour, elles risquent de peser lourd dans l'exercice de la volonté souveraine de chaque province — surtout compte tenu du fait que, à l'heure actuelle, aucune ébauche de la loi habilitante de l'Autorité n'a été présentée.

[71] Pour conclure sur ce point, nous sommes d'avis que ni le principe de la souveraineté parlementaire ni les modalités du Protocole d'accord comme telles ne nous permettent de conclure, comme l'ont

of Appeal, that this cooperative agreement either is *capable* of binding, or *purports* to bind, the legislatures of the various participating provinces. As is clear from the foregoing, legislatures in Canada are constrained only by the Constitution — and are otherwise free to enact laws that they consider desirable and politically appropriate.

(2) Delegation of Law-Making Powers

[72] A second (and related) basis upon which the Attorney General of Quebec claims that the Cooperative System is unconstitutional pertains to the limits on a legislature’s authority to delegate law-making powers to some separate person or body. Quebec submits that the Memorandum effectively requires that each participating province transfer the power to unilaterally amend its securities legislation to the Council of Ministers. This is because, on Quebec’s interpretation of the Memorandum, the legislature of each participating province (a) will be *obliged* to enact the provisions of the Model Provincial Act into law and to implement any amendments to those provisions that are approved by the Council of Ministers, and (b) will be otherwise *prohibited* from amending that legislation. Quebec claims that this amounts to a direct transfer of legislative authority from the legislatures of the participating provinces to the Council of Ministers, the result being that those provinces will effectively surrender their ability to legislate in respect of the regulation of capital markets.

[73] Before we address this issue, it is necessary to briefly explain the concept of delegation. Parliamentary sovereignty means that the legislature has the authority to enact laws on its own *and* the authority to delegate to some other person or body certain administrative or regulatory powers, including the power to make binding but subordinate rules and regulations. Accordingly, the power to make such rules and regulations is sometimes referred to as a “subordinate law-making power”. This kind of delegation occurs quite frequently in the administrative state, where statutory schemes often merely “set out the legislature’s basic objects”, such that “most of the

fait les juges majoritaires de la Cour d’appel, que cet accord de coopération est *capable* de lier les législatures des différentes provinces participantes ou qu’il *visé* à le faire. Comme il ressort clairement de ce qui précède, les législatures canadiennes ont pour seule contrainte la Constitution; elles sont par ailleurs libres d’adopter les lois qu’elles estiment souhaitables et appropriées sur le plan politique.

(2) La délégation des pouvoirs de légiférer

[72] Le deuxième motif (connexe au premier) sur lequel s’appuie la procureure générale du Québec pour affirmer que le régime coopératif est inconstitutionnel concerne les limites imposées au pouvoir des législatures de déléguer des pouvoirs de légiférer à une personne ou un organisme. Le Québec soutient que le Protocole d’accord oblige en fait chacune des provinces participantes à transférer le pouvoir de modifier unilatéralement sa propre législation en matière de valeurs mobilières au Conseil des ministres. Il en est ainsi suivant l’interprétation du Protocole d’accord par le Québec, car a) les législatures des provinces participantes seront *tenues* d’adopter par voie législative les dispositions de la loi provinciale type et de mettre en œuvre toutes les modifications à ces dispositions qui seront approuvées par le Conseil des ministres et b) il leur sera par ailleurs *interdit* de modifier leur loi. Selon le Québec, cela équivaut à un transfert direct de la compétence législative des législatures des provinces participantes au Conseil des ministres, si bien que ces provinces renonceront en pratique à leur capacité de légiférer en matière de réglementation des marchés de capitaux.

[73] Avant d’aborder cette question, il est nécessaire d’expliquer brièvement la notion de délégation. La souveraineté parlementaire signifie que la législature a compétence pour adopter elle-même des lois *et* pour déléguer à d’autres personnes ou organismes certains pouvoirs administratifs ou réglementaires, notamment le pouvoir de prendre des règlements contraignants, mais subordonnés. C’est pourquoi le pouvoir de prendre de tels règlements est parfois qualifié de « pouvoir législatif subordonné ». Ce type de délégation se produit assez fréquemment dans l’État administratif, où les régimes législatifs se contentent souvent d’énoncer « les grands objectifs [. . .] arrêtés par le

heavy lifting [gets] done by regulations, adopted by the executive branch of government under orders-in-council” (B. McLachlin, P.C., *Administrative Tribunals and the Courts: An Evolutionary Relationship*, May 27, 2013 (online), see also Hogg (5th ed.), at pp. 14-1 and 14-2).

[74] It should be noted that a delegated power is rooted in and limited by the governing statute, which of course takes precedence over every exercise of that power. More importantly, the sovereign legislature always ultimately retains the complete authority to revoke any such delegated power (*Hodge*, at p. 132; R. Tuck, “Delegation — A Way Over the Constitutional Hurdle” (1945), 23 *Can. Bar Rev.* 79, at p. 89).

[75] While it is true that a legislature has broad authority to delegate *subordinate* law-making powers to a person or administrative body, Canadian courts have nevertheless espoused the principle that a legislature of one level of government may not delegate to a legislature of the other level its *primary* authority to legislate — that is, its authority to enact, amend and repeal statutes — in respect of matters that fall within its exclusive jurisdiction under Part VI of the *Constitution Act, 1867*. This was made clear in *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31, which concerned a bill that provided for the delegation of Nova Scotia’s jurisdiction over employment in certain industries to Parliament, and the delegation of federal jurisdiction over indirect taxation to the legislature of Nova Scotia. At issue was whether Parliament and a provincial legislature could, by statutory enactment, delegate or transfer their exclusive jurisdiction to legislate in respect of particular subject matters to one another. This Court held that they could not, reasoning that the bill had the effect of redistributing jurisdiction over these heads of power in a way that would be fundamentally incompatible with the division of federal and provincial powers as set out in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. It was on this basis that the proposed bill was deemed unconstitutional.

législateur », de sorte que « le gros de la gouvernance se fai[t] désormais par voie réglementaire, conformément à des décrets de l’exécutif » : B. McLachlin, C.P., *Tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires : une relation en évolution*, 27 mai 2013 (en ligne); voir aussi Hogg (5^e éd.), p. 14-1 et 14-2.

[74] Il convient de souligner que le pouvoir délégué trouve sa source dans la loi habilitante et est limité par celle-ci, laquelle loi habilitante a évidemment préséance sur tout exercice de ce pouvoir. Fait plus important, la législature souveraine conserve toujours ultimement le pouvoir absolu de révoquer tout pouvoir ainsi délégué : *Hodge*, p. 132; R. Tuck, « Delegation — A Way Over the Constitutional Hurdle » (1945), 23 *R. du B. can.* 79, p. 89.

[75] S’il est vrai que la législature dispose de vastes pouvoirs l’autorisant à déléguer des pouvoirs de prendre des mesures législatives *subordonnées* à une personne ou à un organisme administratif, les tribunaux canadiens ont néanmoins adopté le principe selon lequel la législature d’un ordre de gouvernement ne peut déléguer à la législature d’un autre ordre son pouvoir de légiférer *primaire* — c’est-à-dire son pouvoir d’adopter, de modifier et d’abroger des lois — relativement aux matières relevant de sa compétence exclusive selon la partie VI de la *Loi constitutionnelle de 1867*. C’est ce qui a été clairement établi dans *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31, qui portait sur un projet de loi prévoyant la délégation au Parlement de la compétence de la Nouvelle-Écosse en matière d’emploi dans certains secteurs, et la délégation à la législature de la Nouvelle-Écosse de la compétence fédérale en matière de taxation indirecte. Il s’agissait de savoir si le Parlement et la législature provinciale pouvaient, par l’adoption d’un texte législatif, se déléguer ou se transférer mutuellement leur pouvoir exclusif de légiférer relativement à un objet en particulier. La Cour a conclu qu’il ne leur était pas possible le faire, estimant que le projet de loi avait pour effet de redistribuer la compétence à l’égard de ces chefs de compétence d’une manière qui serait fondamentalement incompatible avec le partage constitutionnel des compétences fédérales et provinciales établi aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. C’est sur ce fondement que le projet de loi a été jugé inconstitutionnel.

[76] To put it simply: while Parliament or a provincial legislature may delegate the regulatory authority to make *subordinate* laws (like binding rules and regulations) in respect of matters over which it has jurisdiction to another person or body, it is nevertheless barred from transferring its *primary* legislative authority — that is, its authority to enact, amend and repeal statutes — with respect to a particular matter over which it has exclusive constitutional jurisdiction to a legislature of the other level of government.

[77] Before this Court, the Attorney General of Quebec contends that the Memorandum is designed to implement the very type of scheme that this Court prohibited in *Nova Scotia*:

Even though the delegation will not be made to a traditional legislature, it will be made to a body that, for all intents and purposes, will exercise legislative powers. The decisive criterion is that each participating province will surrender its jurisdiction over securities. [R.F., at para. 78]

In Quebec’s submission, therefore, *Nova Scotia* should be understood as prohibiting both the direct transfer of power from one legislature to another and “any scheme resulting in substantially similar effects, namely, the centralization, transfer, abdication or delegation of provincial legislative powers” (R.F. at para. 72). Underlying this submission is the principle that a provincial legislature lacks the power to transfer its *primary* legislative authority to any other person or body — in this case, the Council of Ministers — so as to bypass the legislative process altogether.

[78] We respectfully reject this argument on the basis that it rests on a misunderstanding of how the Cooperative System was designed to operate. Neither the Memorandum nor the Model Provincial Act empowers the Council of Ministers to unilaterally amend the provinces’ securities legislation. Further, no part of the Cooperative System imposes any *legal* limit on the participating provinces’ legislative

[76] Pour dire les choses simplement, bien que le Parlement ou une législature provinciale puisse déléguer à une autre personne ou un autre organisme le pouvoir de réglementation permettant d’adopter des mesures législatives *subordonnées* (comme des règles et des règlements contraignants) sur des matières qui relèvent de sa compétence, il lui est interdit de transférer à une législature de l’autre ordre de gouvernement sa compétence législative *primaire* — c’est-à-dire le pouvoir d’adopter, de modifier et d’abroger des lois — sur une matière en particulier à l’égard de laquelle la Constitution lui confère la compétence exclusive.

[77] Devant notre Cour, la procureure générale du Québec prétend que le Protocole d’accord est conçu de façon à mettre en place le type même de régime interdit par la Cour dans l’arrêt *Nova Scotia* :

Même si le destinataire de la délégation n’est pas une législature traditionnelle, il s’agit d’un organe qui exercera, à toutes fins utiles, un pouvoir législatif. Le critère déterminant est que chaque province participante abandonne sa compétence en matière de valeurs mobilières. [m.i., par. 78]

Selon le Québec, l’arrêt *Nova Scotia* devrait donc être interprété comme interdisant à la fois le transfert direct de pouvoirs d’une législature à une autre *et* « tout mécanisme qui entraîne des effets substantiellement semblables, c’est-à-dire la centralisation, le transfert, l’abdication ou la délégation d’une compétence législative provinciale » : m.i., par. 72. Cet argument repose sur le principe suivant lequel la législature provinciale ne peut transférer sa compétence législative *primaire* à une autre personne ou un autre organisme — en l’espèce, le Conseil des ministres — de manière à court-circuiter le processus législatif.

[78] En toute déférence, nous rejetons cet argument, au motif qu’il représente une mauvaise compréhension de la façon dont le régime coopératif a été conçu pour fonctionner. Ni le Protocole d’accord ni la loi provinciale type n’habilite le Conseil des ministres à modifier unilatéralement la législation des provinces en matière de valeurs mobilières. De plus, le régime coopératif n’impose aucune limite

authority to enact, amend and repeal their respective securities laws as they see fit.

[79] What this means is that the Council of Ministers' role in approving amendments to the Model Provincial Act is plainly distinguishable from the delegation of *primary* legislative authority that was prohibited in *Nova Scotia*. Whereas in *Nova Scotia* the impugned bill would have permitted Parliament to legislate *directly* in respect of certain provincial matters and the legislature of Nova Scotia to legislate *directly* in respect of certain federal matters, the Cooperative System does not allow the Council of Ministers to bypass the provincial legislatures at all; its role is instead to make amendments to a model statute that has no force of law *until a provincial legislature gives it such force*. For this reason, the proper implementation of the Cooperative System in accordance with the terms of the Memorandum will not result in any abdication of a participating province's primary legislative authority.

[80] We similarly reject the proposition that the terms of the Memorandum (s. 5.5 in particular) have the effect of creating “an unprecedented legislative body” — i.e. the Council of Ministers — “whose establishment is incompatible with the current architecture of the Constitution” (R.F., at para. 95). Again, because the provisions of the Model Provincial Act (as amended from time to time by the Council of Ministers) will only have the force of law if and when they are properly enacted by the legislature of a participating province, the Council of Ministers is and remains subordinate to the sovereign will of the legislature.

(3) Conclusion With Respect to the First Reference Question

[81] In light of the arguments presented before us, we thus see no constitutional impediment to the implementation of the Cooperative System in accordance with the terms set out in the Memorandum. Our answer to the first question posed by the reference is therefore: “Yes”.

juridique au pouvoir législatif des provinces participantes d'adopter, de modifier et d'abroger leurs lois respectives en matière de valeurs mobilières comme elles l'entendent.

[79] Ainsi, le rôle du Conseil des ministres dans l'approbation des modifications à la loi provinciale type se distingue clairement de la délégation de la compétence législative *primaire* interdite dans l'arrêt *Nova Scotia*. Alors que dans cet arrêt, le projet de loi contesté aurait permis au Parlement de légiférer *directement* sur des matières provinciales et à la législature de la Nouvelle-Écosse de légiférer *directement* sur des matières fédérales, le régime coopératif ne permet aucunement au Conseil des ministres de court-circuiter les législatures provinciales; son rôle consiste plutôt à modifier une loi type qui n'a pas force de loi *tant qu'une législature provinciale ne la lui donne pas*. Pour ce motif, s'il est mis en œuvre correctement, conformément aux modalités du Protocole d'accord, le régime coopératif n'entraînera en aucun cas l'abdication de la compétence législative primaire des provinces participantes.

[80] Nous rejetons également la thèse voulant que les modalités du Protocole d'accord (l'art. 5.5 en particulier) aient pour effet de créer « un organe législatif inédit » — le Conseil des ministres — « dont la mise en place est incompatible avec l'architecture actuelle de la Constitution » : m.i., par. 95. Encore une fois, comme les dispositions de la loi provinciale type (avec leurs modifications successives par le Conseil des ministres) n'auront force de loi qu'après avoir été dûment adoptées par la législature d'une province participante, le Conseil des ministres est — et demeure — soumis à la souveraineté de la législature.

(3) Conclusion quant à la première question du renvoi

[81] Compte tenu des arguments qui nous ont été présentés, nous ne voyons aucun obstacle constitutionnel à la mise en place du régime coopératif selon les modalités énoncées dans le Protocole d'accord. Notre réponse à la première question posée par le renvoi est donc : « oui ».

B. *Question #2: Does the most recent version of the draft of the federal “Capital Markets Stability Act” exceed the authority of the Parliament of Canada over the general branch of the trade and commerce power under subsection 91(2) of the Constitution Act, 1867?*

[82] The second question posed by this reference raises the same issue as the one considered in *Reference re Securities Act*: whether proposed federal securities legislation falls within Parliament’s jurisdiction over trade and commerce, pursuant to s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*. Before proceeding, however, we wish to reaffirm that policy considerations and practical effects are irrelevant to the question before this Court (see: *Reference re Securities Act*, at para. 90; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, at para. 18). Our concern is with *legislative competence*, not with *policy*.

[83] In the Court of Appeal, the Majority concluded that Parliament has the constitutional authority to enact the Draft Federal Act, with the exception of the provisions relating to the role and powers of the Council of Ministers in the making of federal regulations. It found that the pith and substance of the Draft Federal Act is “to promote the stability of the Canadian economy by managing systemic risks related to capital markets having the potential to have material adverse effects on the Canadian economy” (para. 128). Characterizing the legislation in this manner, the Majority relied on this Court’s advisory opinion in *Reference re Securities Act* to conclude that the Draft Federal Act is *intra vires* Parliament pursuant to the general branch of the trade and commerce power (paras. 129-35). But the Majority then held that ss. 76 to 79 of the Draft Federal Act, which require that the Council of Ministers approve all federal regulations, were irreconcilable with the purposes of the proposed federal legislation (paras. 137-38). Its conclusion was therefore that these provisions, unless removed from the legislation, would render the Draft Federal Act unconstitutional as a whole.

B. *Question n° 2 : La plus récente version de l’ébauche de la loi fédérale intitulée « Loi sur la stabilité des marchés des capitaux » excède-t-elle la compétence du Parlement du Canada sur le commerce selon le paragraphe 91(2) de la Loi constitutionnelle de 1867?*

[82] La seconde question posée par ce renvoi soulève la même question que celle examinée dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières* : celle de savoir si une loi fédérale proposée sur les valeurs mobilières relève de la compétence conférée au Parlement en matière de trafic et de commerce par le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Avant d’aller plus loin, nous tenons toutefois à réaffirmer que les considérations de politique générale et les effets pratiques n’ont rien à voir avec la question dont nous sommes saisis : voir *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 90; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, par. 18. Nous nous intéressons à la *compétence législative* et non aux *enjeux de politique générale*.

[83] En Cour d’appel, les juges majoritaires ont conclu que le Parlement a le pouvoir constitutionnel d’adopter l’ébauche de la loi fédérale, à l’exception des dispositions portant sur le rôle et les pouvoirs du Conseil des ministres à l’égard de la prise des règlements fédéraux. Ils ont conclu que le caractère véritable de l’ébauche de la loi fédérale est « [de promouvoir] la stabilité de l’économie canadienne par la gestion des risques systémiques liés aux marchés des capitaux qui sont susceptibles d’avoir des conséquences négatives importantes sur l’économie canadienne » : par. 128. Ayant ainsi qualifié la loi, les juges majoritaires se sont fondés sur l’avis consultatif de la Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières* pour conclure que l’ébauche de la loi fédérale relève du volet général de la compétence du Parlement en matière de trafic et de commerce : par. 129-135. Cela dit, les juges majoritaires ont ensuite statué que les art. 76 à 79 de l’ébauche de la loi fédérale, qui exigent que le Conseil des ministres approuve tous les règlements fédéraux, étaient irréciliables avec les objets de la législation fédérale proposée : par. 137-138. Ils ont donc conclu que ces dispositions, si elles n’étaient pas retirées de la loi, rendraient l’ébauche de la loi fédérale inconstitutionnelle dans son ensemble.

[84] The Dissenting Judge, while in substantial agreement with the Majority, would not have concluded that ss. 76 to 79 invalidate the Draft Federal Act. In his view, Parliament has the power to delegate the authority to make rules and regulations “in the manner it chooses, to whom it chooses” (para. 206). He therefore did not consider the involvement of the Council of Ministers in the making of federal regulations to be problematic.

[85] We agree with the Dissenting Judge, and therefore answer the second question posed by the reference in the negative. Applying the principles developed by this Court in *Reference re Securities Act*, we conclude that the Draft Federal Act falls within Parliament’s general trade and commerce power. Moreover, the manner in which the Draft Federal Act delegates the power to make regulations accords with Parliament’s constitutional powers, which means that ss. 76 to 79 of the Draft Federal Act have no impact on its constitutionality.

(1) Constitutional Validity of the Draft Federal Act

[86] The two-stage analytical framework for the review of legislation on federalism grounds is well established in the jurisprudence: *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, at para. 28; *Reference re Securities Act*, at paras. 63-65; *Reference re Firearms Act (Can.)*, at para. 15. At the first stage (the “characterization stage”), the court considers the law’s purpose and its effect with a view to identifying the true subject matter — the *pith and substance* — of the law in question. Once the court has completed this exercise, it then moves on to the second stage (the “classification stage”) and determines whether the subject matter of the challenged legislation falls within the head of power being relied on to support the legislation’s validity. Where it does, the legislation will be upheld on the basis that it is *intra vires*, and therefore valid.

(a) *Characterization of the Draft Federal Act*

[87] On the question of characterization, we agree with the Majority of the Court of Appeal that the

[84] Même s’il était d’accord pour l’essentiel avec les juges majoritaires, le juge dissident n’a pas conclu que les art. 76 à 79 invalident l’ébauche de la loi fédérale. À son avis, le Parlement a le pouvoir de déléguer son pouvoir d’adopter des règlements « de la façon qui lui plaît et à qui bon lui semble » : par. 206. La participation du Conseil des ministres à la prise des règlements fédéraux ne posait donc selon lui aucun problème.

[85] Nous partageons l’avis du juge dissident et, par conséquent, répondons par la négative à la seconde question posée par le renvoi. En appliquant les principes élaborés par la Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, nous concluons que l’ébauche de la loi fédérale relève de la compétence générale du Parlement en matière de trafic et de commerce. De plus, la façon dont l’ébauche de la loi fédérale délègue le pouvoir de prendre des règlements respecte les pouvoirs constitutionnels du Parlement, si bien que les art. 76 à 79 de l’ébauche de la loi fédérale n’ont aucune incidence sur sa constitutionnalité.

(1) La validité constitutionnelle de l’ébauche de la loi fédérale

[86] Le cadre d’analyse en deux étapes applicable au contrôle d’une loi pour des motifs fondés sur le fédéralisme est bien établi dans la jurisprudence : *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, par. 28; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 63-65; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, par. 15. À la première étape (l’étape de la « qualification »), la cour doit examiner l’objet de la loi ainsi que ses effets afin de déterminer l’objet véritable — le *caractère véritable* — de la loi en question. Une fois qu’elle a terminé cet exercice, la cour passe à la deuxième étape (l’étape de la « classification ») et évalue si l’objet de la loi contestée relève du chef de compétence invoqué pour soutenir la validité de la loi. Dans l’affirmative, la loi est confirmée puisqu’*intra vires* et, par conséquent, valide.

a) *La qualification de l’ébauche de la loi fédérale*

[87] En ce qui concerne la qualification, nous convenons avec les juges majoritaires de la Cour

pith and substance of the Draft Federal Act is “to control systemic risks having the potential to create material adverse effects on the Canadian economy” (para. 124). Indeed, we find that the Draft Federal Act’s purpose, its structure and the limits it imposes upon the exercise of the Authority’s delegated power all support the conclusion that it has this narrow objective. Importantly, this singular focus distinguishes the Draft Federal Act from the *Proposed Canadian Securities Act* at issue in *Reference re Securities Act*, which went beyond the regulation of nationally significant systemic risk to regulate day-to-day aspects of the trade in securities as well (paras. 97 and 100).

[88] The Draft Federal Act’s preamble refers to “the stability of Canada’s financial system” and to the “detection, prevention and management of systemic risk”. It adds that “events and circumstances in domestic and international capital markets can have a profound effect on the stability of Canada’s financial system and on the Canadian economy as a whole”. The dual purposes of the Draft Federal Act are clearly expressed in s. 4:

4. The purposes of this Act are, as part of the Canadian capital markets regulatory framework,

(a) to promote and protect the stability of Canada’s financial system through the management of systemic risk related to capital markets; and

(b) to protect capital markets, investors and others from financial crimes.

This provision, when read together with the Authority’s statutory mandate (s. 6), suggests that the federal government’s role in regulating capital markets is limited to the detection, prevention and management of risk to the stability of the Canadian economy, as well as to the protection against financial crimes. These stated purposes are not nearly as broad as those of the proposed legislation that was at issue

d’appel que le caractère véritable de l’ébauche de la loi fédérale est « d’endiguer les risques systémiques susceptibles d’avoir des conséquences négatives importantes sur l’économie canadienne dans son ensemble » : par. 124. En effet, nous estimons que l’objet de l’ébauche de la loi fédérale ainsi que sa structure et les limites qu’elle impose à l’exercice du pouvoir délégué de l’Autorité étayent tous la conclusion selon laquelle la loi fédérale poursuit cet objectif restreint. Fait important, cet objectif singulier distingue l’ébauche de la loi fédérale de l’ébauche de la *Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur les valeurs mobilières* en cause dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, qui ne se limitait pas à la réglementation du risque systémique d’une importance nationale mais visait aussi à réglementer les aspects courants du commerce des valeurs mobilières : par. 97 et 100.

[88] Le préambule de l’ébauche de la loi fédérale mentionne la « stabilité du système financier canadien » et le « repérage, la prévention et la gestion [...] des risques systémiques ». Il précise que « les réalités des marchés des capitaux intérieurs et internationaux et les événements qui s’y déroulent peuvent avoir de graves conséquences sur la stabilité du système financier canadien ainsi que sur l’ensemble de l’économie canadienne ». Le double objet de l’ébauche de la loi fédérale est clairement exprimé à l’art. 4 :

4. La présente loi a pour objet, dans le cadre du régime canadien de réglementation des marchés des capitaux :

a) de promouvoir et de protéger la stabilité du système financier canadien par la gestion des risques systémiques liés à ces marchés;

b) de protéger notamment ces marchés et les investisseurs contre les crimes financiers.

Lue en corrélation avec le mandat statutaire de l’Autorité (art. 6), cette disposition donne à penser que le rôle du gouvernement fédéral dans la réglementation des marchés de capitaux se limite au repérage, à la prévention et à la gestion du risque systémique pour la stabilité de l’économie canadienne, ainsi qu’à la protection contre les crimes financiers. Tels qu’énoncés, ces objets sont loin d’être aussi vastes que ceux

in *Reference re Securities Act*, namely “to provide investor protection, to foster fair, efficient and competitive capital markets and to contribute to the integrity and stability of Canada’s financial system” (para. 95).

[89] Effect is given to the purposes listed in s. 4 by the substance of the Draft Federal Act, the terms of which carefully limit federal authority to the management of threats to the stability of the Canadian economy. The regulatory powers authorized by the Draft Federal Act are engaged solely when such threats *may foreseeably affect national economic interests*.

[90] The cornerstone of the Draft Federal Act is the prevention and control of “systemic risk related to capital markets”, which is defined in s. 3 as follows:

3. In this Act, systemic risk related to capital markets means a threat to the stability of Canada’s financial system that originates in, is transmitted through or impairs capital markets and that has the potential to have a material adverse effect on the Canadian economy.

For the purposes of this definition, systemic risk can be understood as having three constituent elements: (a) it must represent a threat to the stability of the country’s financial system *as a whole*; (b) it must be *connected to the capital markets*; and (c) it must have the potential to have a *material adverse effect* on the Canadian economy. It is noteworthy that this definition does not encompass every economic risk that may relate to capital markets, but is limited to those that pose a sufficiently significant threat to the Canadian economy.

[91] The concept of “systemic risk” is invoked throughout the Draft Federal Act as a means of limiting the scope of federal regulatory powers. This is made clear in Part 2, which empowers the Authority to make an order designating a benchmark as “systemically important” (s. 18) and to prescribe

de la proposition de loi en cause dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, à savoir : « protéger les investisseurs, établir des mécanismes visant à garantir des marchés des capitaux équitables, efficaces et compétitifs et contribuer à l’intégrité et à la stabilité du système financier canadien » : par. 95.

[89] La teneur de l’ébauche de la loi fédérale, dont les modalités limitent soigneusement le pouvoir fédéral à la gestion des menaces à la stabilité de l’économie canadienne, donne effet aux objets énoncés à l’art. 4. Les pouvoirs de réglementation autorisés par l’ébauche de la loi fédérale n’entrent en jeu que lorsque de telles menaces *peuvent de manière prévisible nuire aux intérêts économiques nationaux*.

[90] La pierre angulaire de l’ébauche de la loi fédérale est la prévention et le contrôle du « risque systémique lié aux marchés des capitaux », terme défini à l’art. 3 de la façon suivante :

3. Dans la présente loi, risque systémique lié aux marchés des capitaux s’entend d’une menace à la stabilité du système financier canadien qui, d’une part, émane des marchés des capitaux, est propagée au sein ou par l’entremise de ceux-ci ou les entrave et, d’autre part, est susceptible d’avoir des conséquences négatives importantes sur l’économie canadienne.

Pour l’application de cette définition, le risque systémique peut être interprété comme se composant des trois éléments suivants : a) il doit constituer une menace à la stabilité du système financier du pays *dans son ensemble*; b) il doit être *lié aux marchés de capitaux*; et c) il doit être susceptible d’avoir des *conséquences négatives importantes* sur l’économie canadienne. Il convient de souligner que cette définition ne vise pas chaque risque économique pouvant être lié aux marchés de capitaux, mais seulement ceux qui constituent une menace suffisamment importante à l’économie canadienne.

[91] La notion de « risque systémique » revient tout au long de l’ébauche de la loi fédérale pour limiter la portée des pouvoirs fédéraux en matière de réglementation. Cela ressort clairement de la partie 2, qui habilite l’Autorité à rendre une ordonnance désignant un indice de référence comme étant « d’importance

by regulation a product to be “systemically important” (s. 20) or a practice to be “systemically risky” (s. 22). Where such an order or regulation is made, the Authority is also given the power to “prescribe requirements, prohibitions and restrictions” respecting these benchmarks (s. 19), products (s. 21) or practices (s. 23).

[92] The Draft Federal Act constrains the exercise of each of these powers in several ways. First, the Authority does not have the power to make any such designation or prescription unless the benchmark, product or practice “could pose a systemic risk related to capital markets” (ss. 18 and 20). Second, any regulations prescribing requirements, prohibitions or restrictions respecting a designated benchmark, product or practice may be made only “in order to address a systemic risk related to capital markets” (ss. 19 and 21). Third, the Authority’s power under s. 24 to make an urgent order can likewise be exercised only for the purpose of addressing “a serious and immediate systemic risk to the capital markets”. Finally, in designating a benchmark or prescribing a product or practice, the Authority must consider a number of factors, including whether there are any relevant existing provincial regulations (ss. 18(2), 20(2) and 22(2)). These requirements indicate that the effect of the Draft Federal Act is to address any risk that “slips through the cracks” and poses a threat to the Canadian economy (C.A. reasons, at para. 197 (per Schragger J.A., dissenting)).

[93] The same is true of Part 1 of the Draft Federal Act, which deals with the collection and disclosure of information. Section 9 confers on the Authority the power to make regulations pertaining to the keeping and provision of records and information, but only for the purposes of “monitoring activity in capital markets or detecting, identifying or mitigating systemic risk related to capital markets”, or “conducting policy analysis related to the Authority’s mandate and the purpose of [the Draft Federal Act]”. Similar restrictions are placed on the Chief Regulator’s

« systémique » (art. 18) et à désigner par règlement un produit comme étant « d’importance systémique » (art. 20) ou une pratique comme « comportant des risques systémiques » (art. 22). Lorsqu’une telle ordonnance est rendue ou un tel règlement est pris, l’Autorité est également habilitée à « prévoir des exigences, interdictions et restrictions » concernant ces indices de référence (art. 19), produits (art. 21) ou pratiques (art. 23).

[92] L’ébauche de la loi fédérale restreint l’exercice de chacun de ces pouvoirs de plusieurs façons. Premièrement, l’Autorité ne peut procéder à une désignation ou prévoir des éléments par règlement que si l’indice de référence, le produit ou la pratique peuvent « poser un risque systémique lié aux marchés des capitaux » : art. 18 et 20. Deuxièmement, les règlements prévoyant des exigences, des interdictions ou des restrictions concernant un indice de référence, un produit ou une pratique ne peuvent être pris que « [p]our parer à un risque systémique lié aux marchés des capitaux » : art. 19 et 21. Troisièmement, les pouvoirs permettant à l’Autorité, en vertu de l’art. 24, de rendre une ordonnance d’urgence ne peuvent également être exercés que « pour parer à un grave et imminent risque systémique lié aux marchés des capitaux ». Enfin, lorsqu’elle désigne un indice de référence, un produit ou une pratique, l’Autorité doit tenir compte d’un certain nombre de facteurs, notamment la question de savoir s’il existe des règlements provinciaux pertinents : par. 18(2), 20(2) et 22(2). Ces exigences indiquent que l’ébauche de la loi fédérale a pour effet de parer à tout risque qui passe entre les « mailles du filet » et qui constitue une menace à l’économie canadienne : motifs de la C.A., par. 197 (le juge Schragger, dissident).

[93] Il en va de même de la partie 1 de l’ébauche de la loi fédérale, qui porte sur la collecte et la communication de renseignements. L’article 9 habilite l’Autorité à prendre des règlements concernant la tenue de dossiers et la conservation et la fourniture de dossiers et de renseignements, mais seulement en vue « de surveiller les activités menées sur les marchés des capitaux ou de repérer, de cerner ou d’atténuer les risques systémiques liés à ces marchés » ou « d’analyser les orientations concernant l’objet de [l’ébauche de la loi fédérale] et la mission

authority to require that records and information be provided to him or her (s. 10(1)) and on the Authority's right to disclose information obtained under the Draft Federal Act to various specified bodies (s. 15(1)).

[94] Part 3 of the Draft Federal Act deals with the administration and enforcement of the Act. It provides, among other things, for (a) the Authority's power to conduct inquiries into matters relating to compliance with the Draft Federal Act (ss. 28 to 32), and (b) the power of a tribunal (which is to be established under legislation known as the *Capital Markets Regulatory Authority Act*) to make certain orders where it is deemed "necessary to address a systemic risk related to capital markets" (s. 39). Parts 4 and 5 concern offences, and the validity of their provisions is not at issue in this Court. Part 6 contains various general provisions relating to the operation of the Draft Federal Act, including the procedure for making regulations. Parts 7 and 8 contain transitional provisions and consequential amendments, respectively.

[95] Thus, unlike the proposed legislation that was at issue in *Reference re Securities Act*, the Draft Federal Act does not purport "to regulate, on an exclusive basis, all aspects of securities trading in Canada" (*Reference re Securities Act*, at para. 106). It does not contain provisions that go to the day-to-day regulation of all aspects of securities trading, like requirements for the registration of dealers, prospectus filing and disclosure obligations. The extent to which the statutory powers under the Draft Federal Act permit the regulation of these matters remains circumscribed by the requirement of systemic risk, which is a significant threshold that must be met before those powers can be exercised (A.F. (Canada), at para. 94). The management of risk which falls below this threshold — that is, risk that does not pose a threat to the Canadian economy *as a whole* — lies outside the scope of the Draft Federal Act.

de l'Autorité ». Des restrictions similaires sont imposées au pouvoir du régulateur en chef d'exiger qu'on lui fournisse des dossiers et des renseignements (par. 10(1)) et au droit de l'Autorité de communiquer des renseignements obtenus sous le régime de l'ébauche de la loi fédérale à certains organismes qui y sont précisés (par. 15(1)).

[94] La partie 3 de l'ébauche de la loi fédérale porte sur l'administration et le contrôle d'application de la loi. Entre autres choses, a) elle habilite l'Autorité à mener des enquêtes sur toute question concernant le respect de l'ébauche de la loi fédérale (art. 28 à 32), et b) elle habilite un tribunal — devant être établi conformément à une loi intitulée *Loi sur l'Autorité de réglementation des marchés des capitaux* — à rendre certaines ordonnances s'il l'estime « nécessaire pour parer à un risque systémique lié aux marchés des capitaux » (art. 39). Les parties 4 et 5 portent sur les infractions, et la validité des dispositions qu'elles contiennent n'est pas en cause devant nous. La partie 6 énonce les diverses dispositions générales relatives à l'application de l'ébauche de la loi fédérale, y compris la façon dont les règlements doivent être pris. Les parties 7 et 8 contiennent respectivement des dispositions transitoires et des modifications corrélatives.

[95] Ainsi, contrairement à la législation proposée qui était en cause dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, l'ébauche de la loi fédérale ne vise pas à « réglementer, à titre exclusif, tous les aspects du commerce des valeurs mobilières au Canada » : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 106. Elle ne contient aucune disposition portant sur la réglementation des aspects courants du commerce des valeurs mobilières, comme les exigences relatives à l'inscription des courtiers, au dépôt des prospectus et à la communication de renseignements. La mesure selon laquelle les pouvoirs prévus par l'ébauche de la loi fédérale permettent la réglementation de ces matières demeure circonscrite par la présence obligatoire d'un risque systémique. Cette exigence constitue un seuil élevé à atteindre avant que ces pouvoirs puissent être exercés : m.a. (Canada), par. 94. La gestion du risque qui ne franchit pas ce seuil — c'est-à-dire celui qui ne constitue pas une menace à l'économie canadienne *dans son ensemble* — échappe à la portée de l'ébauche de la loi fédérale.

[96] Properly understood, therefore, the intention is not that the Draft Federal Act will *displace* provincial and territorial securities legislation. It was instead designed to *complement* these statutes by addressing economic objectives that are considered to be national in character.

[97] When the Draft Federal Act is viewed as a whole, its pith and substance clearly does not relate, as Quebec suggests, to regulation of the trade in securities generally (R.F., paras. 111-16). Rather, its subject matter accords with its stated purposes: “to promote and protect the stability of Canada’s financial system through the management of systemic risk related to capital markets” (s. 4(a)), and “to protect capital markets, investors and others from financial crimes” (s. 4(b)).

(b) *Classification of the Draft Federal Act*

[98] We now turn to the question of whether the Draft Federal Act, so characterized, falls within federal jurisdiction. We observe, at the outset, that there is no dispute regarding Parliament’s authority to enact the provisions related to criminality in capital markets (i.e. Parts 4 and 5). At issue is the validity of the balance of the Draft Federal Act — that is, those portions that are regulatory in nature.

[99] The Attorney General of Canada, supported by a number of interveners, submits that Parliament has the constitutional jurisdiction to enact the Draft Federal Act pursuant to the general trade and commerce power, one of two branches of Parliament’s jurisdiction under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867* (*Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.), at p. 113; *General Motors*, at pp. 656-57). The other branch under s. 91(2) is the power over international and interprovincial trade and commerce.

[96] Interprétée correctement, l’ébauche de la loi fédérale ne vise donc pas à *remplacer* les lois provinciales et territoriales sur les valeurs mobilières. Elle a plutôt été conçue de manière à *compléter* ces lois en s’attaquant aux objectifs économiques considérés comme de nature nationale.

[97] Si l’on considère l’ébauche de la loi fédérale dans son ensemble, il est clair que son caractère véritable n’est pas, comme l’affirme le Québec, la réglementation du commerce des valeurs mobilières en général : m.i., par. 111-116. L’objet de l’ébauche de la loi fédérale concorde plutôt avec ses objectifs énoncés, soit « de promouvoir et de protéger la stabilité du système financier canadien par la gestion des risques systémiques liés [aux marchés de capitaux] » (al. 4a)) et « de protéger notamment ces marchés et les investisseurs contre les crimes financiers » (al. 4b)).

b) *La classification de l’ébauche de la loi fédérale*

[98] Nous passons maintenant à la question de savoir si l’ébauche de la loi fédérale, ainsi qualifiée, relève de la compétence fédérale. D’entrée de jeu, nous tenons à souligner que nul ne conteste le pouvoir du Parlement d’adopter les dispositions portant sur la criminalité liée aux marchés de capitaux (c.-à-d. les parties 4 et 5). Ce qui est en cause, c’est la validité des autres dispositions de l’ébauche de la loi fédérale — c’est-à-dire celles qui sont de nature réglementaire.

[99] Le procureur général du Canada, appuyé par un certain nombre d’intervenants, soutient que le Parlement a compétence constitutionnelle pour adopter l’ébauche de la loi fédérale en vertu de la compétence générale en matière de trafic et de commerce, l’un des deux volets de la compétence que possède le Parlement au titre du par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* : *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.), p. 113; *General Motors*, p. 656-657. L’autre volet du par. 91(2) est la compétence en matière de trafic et de commerce internationaux et interprovinciaux.

[100] The scope of Parliament’s jurisdiction over trade and commerce has been greatly influenced by “the need to reconcile the general trade and commerce power of the federal government with the provincial power over property and civil rights” (*General Motors*, at p. 659). The concern here is that an overly broad interpretation of the general branch under s. 91(2) could entirely supplant the provinces’ jurisdiction over property and civil rights (s. 92(13)) and over matters of a purely local nature (s. 92(16)), while an unduly narrow interpretation could leave this branch “vapid and meaningless” (*General Motors*, at p. 660).

[101] Bearing these concerns in mind, this Court has developed an approach that seeks to limit the general branch to matters of a genuinely national scope — matters that are “qualitatively different from anything that could practically or constitutionally be enacted by the individual provinces either separately or in combination” (*Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206, at p. 267). The regulation of such matters, which are irreducible to individual transactions, specific industries or local markets, will necessarily transcend local concerns and must therefore, by their very nature, “be regulated federally, or not at all” (*Reference re Securities Act*, at para. 87; see also M. Lavoie, “Understanding Trade as a Whole in the *Securities Reference*” (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 157, at p. 160).

[102] This delicate balance between federal and provincial jurisdiction has been safeguarded by the application of several indicia that this Court has recognized as useful in identifying matters that properly fall within the general branch under s. 91(2) (see: *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *Canadian National Transportation, Ltd.*; *General Motors*, at p. 662; *Kirkbi AG v. Rivtik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302, at paras. 16-18). These indicia assist the courts in answering the “ultimate question” with respect to classification within the general trade and commerce

[100] La portée de la compétence du Parlement en matière de trafic et de commerce a été grandement influencée par « [le] besoin de concilier la compétence générale en matière [de trafic] et de commerce que possède le gouvernement fédéral avec la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils » : *General Motors*, p. 659. L’inquiétude est qu’une interprétation trop large du volet général de la compétence conférée par le par. 91(2) puisse supplanter complètement la compétence des provinces sur la propriété et les droits civils (par. 92(13)) et sur les matières d’une nature purement locale (par. 92(16)), et qu’une interprétation trop étroite puisse quant à elle rendre cette compétence « insipide et dépourvue de sens » (*General Motors*, p. 660).

[101] Compte tenu de ces préoccupations, la Cour a élaboré une méthode visant à limiter le volet général aux matières qui sont de portée véritablement nationale, c’est-à-dire à celles qui sont « [d]u point de vue qualitatif [. . .] différente[s] de ce que les provinces, agissant séparément ou conjointement, pourraient pratiquement ou constitutionnellement adopter » : *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, p. 267. La réglementation de ces matières, qui ne se limitent pas à des opérations individuelles, à des secteurs particuliers ou à des marchés locaux, transcende nécessairement l’enjeu local, et « c’est [donc] au fédéral — et à nul autre — qu’il appartient de [. . .] réglementer » ces matières, compte tenu de leur nature : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 87; voir aussi M. Lavoie, « Understanding Trade as a Whole in the *Securities Reference* » (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 157, p. 160.

[102] Cet équilibre délicat entre les compétences fédérale et provinciales a pu être maintenu par l’application de plusieurs critères que la Cour a jugé utiles pour déterminer les objets qui relèvent à juste titre du volet général du par. 91(2) : voir *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Transports Nationaux du Canada, Ltée*; *General Motors*, p. 662; *Kirkbi AG c. Gestion Rivtik Holdings Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302, par. 16-18). Ces critères aident les tribunaux à répondre à l’« ultime question » qui se pose lorsqu’il s’agit de classer une loi comme relevant de la compétence générale en

power: “whether the Act, viewed in its entirety, addresses a matter of genuine national importance and scope going to trade as a whole in a way that is distinct and different from provincial concerns” (*Reference re Securities Act*, at para. 124; see also para. 83). Where a close examination of the statute yields an affirmative answer, the absence of federal power to legislate in respect of the subject matter would create a constitutional gap, which this Court has described as “constitutional anathema in a federation” (*Reference re Securities Act*, at para. 83).

[103] The five *General Motors* indicia are as follows:

- (1) Is the law part of a general regulatory scheme?
- (2) Is the scheme under the oversight of a regulatory agency?
- (3) Is the law concerned with trade as a whole rather than with a particular industry?
- (4) Is the scheme of such a nature that the provinces, acting alone or in concert, would be constitutionally incapable of enacting it?
- (5) Would a failure to include one or more provinces or localities in the scheme jeopardize its successful operation in other parts of the country?

Although these inquiries are neither exhaustive nor determinative of a law’s validity under the general trade and commerce power, affirmative answers to these questions will strongly suggest that the subject matter of a federal enactment is “genuinely a national economic concern” (*Canadian National Transportation*, at p. 268; see also *General Motors*, at p. 662-63).

[104] In *General Motors*, affirmative answers with respect to these indicia supported the validity of a federal statute that regulated anti-competitive behaviour. Dickson C.J., writing for the Court, described the impugned *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (now the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34) as “a complex scheme of competition

matière de trafic et de commerce : « la [l]oi, considérée dans son entièreté, intéresse-t-elle une matière d’importance et de portée véritablement nationales touchant le commerce dans son ensemble et distincte des enjeux provinciaux » : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 124; voir aussi par. 83. Lorsqu’un examen attentif de la loi mène à une réponse affirmative, l’absence de pouvoir fédéral de légiférer relativement à la matière créerait une lacune constitutionnelle qui, selon la Cour, « répugne sur le plan constitutionnel à l’esprit fédératif » : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 83.

[103] Les cinq critères de l’arrêt *General Motors* sont les suivants :

- (1) La loi s’inscrit-elle dans un régime général de réglementation?
- (2) Le régime fait-il l’objet de surveillance constante par un organisme de réglementation?
- (3) La loi porte-t-elle sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier?
- (4) Le régime est-il d’une nature telle que la Constitution n’habiliterait pas les provinces, seules ou de concert, à l’adopter?
- (5) L’omission d’inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le régime en compromettrait-elle l’application dans d’autres parties du pays?

Bien que ces questions ne soient ni exhaustives ni déterminantes quant à la validité de la loi au regard de la compétence générale en matière de trafic et de commerce, des réponses affirmatives donnent fortement à penser que l’objet du texte législatif fédéral est « vraiment une question économique d’intérêt national » : *Transports Nationaux du Canada*, p. 268; voir aussi *General Motors*, p. 662-663.

[104] Dans l’arrêt *General Motors*, des réponses affirmatives données à l’égard de ces critères soutenaient la validité d’une loi fédérale qui réglementait les pratiques monopolistiques. Le juge en chef Dickson, s’exprimant au nom de la Cour, a qualifié la loi contestée intitulée *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, c. C-23 (maintenant

regulation aimed at improving the economic welfare of the nation as a whole” which was “designed to control an aspect of the economy that must be regulated nationally if it is to be successfully regulated at all” (p. 682). The subject matter of the legislation therefore fell within Parliament’s power over trade and commerce *even though* the provinces are also competent to “deal with competition in the exercise of their legislative powers in such fields as consumer protection, labour relations, marketing and the like” (p. 682).

[105] This Court unanimously reached the opposite conclusion in analyzing the constitutional validity of the *Proposed Canadian Securities Act* in 2011, finding that its enactment would be *ultra vires* Parliament pursuant to the general trade and commerce power:

... the day-to-day regulation of all aspects of trading in securities and the conduct of those engaged in this field of activity that the [challenged statute] would sweep into the federal sphere simply cannot be described as a matter that is truly national in importance and scope making it qualitatively different from provincial concerns.

(*Reference re Securities Act*, at para. 125)

[106] Importantly, however, this Court found that *some* aspects of securities regulation are actually national in character (*Reference re Securities Act* at paras. 6, 7 and 131). In particular, it recognized that the “preservation of capital markets to fuel Canada’s economy and maintain Canada’s financial stability” is one aspect of securities regulation that may fall within the general trade and commerce power (*Reference re Securities Act*, at para. 114; see also paras. 97 and 123). This Court therefore accepted that Parliament is competent to enact legislation that pursues these “genuine national goals”, which include the management of systemic risk and nationwide data collection (paras. 121 and 123). This

la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34) de « système complexe de réglementation de la concurrence qui vise à accroître le bien-être économique du pays dans son ensemble », qui était « conç[u] pour surveiller un aspect de l’économie qui doit être réglementé à l’échelle nationale si l’on veut que cet aspect soit réglementé efficacement » : p. 682. L’objet de la loi relevait donc de la compétence du Parlement en matière de trafic et de commerce *même si* les provinces peuvent également « traiter de concurrence dans l’exercice de leurs pouvoirs législatifs dans des domaines comme la protection du consommateur, les relations de travail, la commercialisation et ainsi de suite » : p. 682.

[105] La Cour, à l’unanimité, est parvenue à la conclusion contraire lorsqu’elle a analysé la validité constitutionnelle de la *Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur les valeurs mobilières* en 2011, estimant que son adoption excéderait la compétence générale du Parlement en matière de trafic et de commerce :

... la réglementation courante de tous les aspects du commerce des valeurs mobilières et de la conduite des participants à ce secteur d’activités, que la [loi contestée] aurait pour effet de rattacher à la compétence fédérale, ne peut tout simplement pas constituer un enjeu d’importance et de portée véritablement nationales qui le rend différent, sur le plan qualitatif, des enjeux provinciaux.

(*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 125)

[106] Fait important, cependant, la Cour a conclu que *certain*s aspects de la réglementation des valeurs mobilières sont en réalité de nature nationale : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 6, 7 et 131. En particulier, elle a reconnu que le « maintien des marchés des capitaux pour nourrir l’économie canadienne et assurer la stabilité financière du pays » est un aspect de la réglementation des valeurs mobilières qui pourrait relever de la compétence générale en matière de trafic et de commerce : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 114; voir aussi par. 97 et 123. La Cour a donc reconnu que le Parlement a compétence pour adopter une loi qui vise à atteindre de tels « objectifs véritablement

was central to this Court’s analysis of the *General Motors* indicia — particularly respecting the fourth inquiry, which pertains to the provinces’ capacity to implement the proposed regulatory scheme.

[107] More specifically, this Court endorsed the concept of “systemic risk” as a useful way to differentiate matters that are genuinely national in scope from matters of merely local concern. It accepted the definition of systemic risk as “risks that occasion a ‘domino effect’ whereby the risk of default by one market participant will impact the ability of others to fulfil their legal obligations, setting off a chain of negative economic consequences that pervade an entire financial system” (*Reference Re Securities Act*, para. 103, citing M. J. Trebilcock, *National Securities Regulator Report* (2010)). This Court also relied on expert evidence in concluding that “systemic risk is an emerging reality, ill-suited to local legislation” (para. 104).

[108] *Reference re Securities Act* settled a number of issues pertaining to the relationship between securities regulation and the general branch of the trade and commerce power under s. 91(2). The guidance it offers will be helpful to us as we analyze the constitutional validity of the Draft Federal Act in accordance with the *General Motors* criteria.

[109] Neither of the first two indicia is at issue here: it is common ground that the Draft Federal Act creates a general regulatory scheme that operates under the oversight of a regulatory agency (R.F., at para. 124).

[110] Regarding the third indicium, the Attorney General of Canada submits that the Draft Federal Act is concerned with trade *as a whole* rather than with the regulation of the securities industry in particular.

nationaux », comme la gestion du risque systémique et la collecte de données à l’échelle du pays : par. 121 et 123. Il s’agissait d’un élément essentiel de l’analyse de la Cour quant aux critères établis dans l’arrêt *General Motors* — particulièrement en ce qui concerne la quatrième question, qui porte sur la capacité des provinces de mettre en place le régime de réglementation proposé.

[107] Plus précisément, la Cour a souscrit à l’idée que le « risque systémique » peut servir à différencier les matières de portée véritablement nationale de celles qui sont seulement de nature locale. Elle a accepté la définition suivante des risques systémiques : [TRADUCTION] « . . . risques qui entraînent un “effet domino” où le risque de défaillance d’un participant du marché nuit à la faculté des autres de s’acquitter de leurs obligations juridiques et provoque une série de chocs économiques néfastes qui se répercutent dans l’ensemble d’un système financier » : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 103, citant M. J. Trebilcock, *National Securities Regulator Report* (2010). La Cour s’est également appuyée sur la preuve d’expert pour conclure que « les risques systémiques constituent une réalité émergente qui se prête mal à une législation locale » : par. 104.

[108] Le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières* a réglé un certain nombre de questions portant sur la relation entre la réglementation des valeurs mobilières et le volet général de la compétence en matière de trafic et de commerce que confère le par. 91(2). Les enseignements énoncés dans ce renvoi nous aideront à analyser la validité constitutionnelle de l’ébauche de la loi fédérale au regard des critères établis dans l’arrêt *General Motors*.

[109] Les premier et deuxième critères ne sont pas en cause en l’espèce; nul ne conteste que l’ébauche de la loi fédérale crée un régime général de réglementation qui fonctionne sous la surveillance d’un organisme de réglementation : m.i., par. 124.

[110] Quant au troisième critère, le procureur général du Canada soutient que l’ébauche de la loi fédérale porte sur le commerce *dans son ensemble* plutôt que sur la réglementation du secteur des valeurs

The Attorney General of Quebec counters that securities trading takes place within a specific industry or segment of the economy, and that the law applicable to it is therefore distinguishable from competition law or trade-marks law.

[111] Although this Court held in *Reference re Securities Act* that the impugned legislation in that case was concerned not with trade as a whole but rather with the regulation of the securities market in particular, the Draft Federal Act is qualitatively different. Unlike the *Proposed Canadian Securities Act*, it does not “descen[d] into the detailed regulation of all aspects of trading in securities” (at para. 114 (emphasis in original)); rather, federal intervention in capital markets is instead limited to addressing issues and risk of a *systemic* nature that may represent a material threat to the stability of Canada’s financial system. In other words, the regulation of systemic risk in capital markets goes to promoting the stability of the economy generally, not the stability of one economic sector in particular. Securities transactions are one of the principal means by which money moves from suppliers to consumers throughout the country (*Reference Re Securities Act*, at para. 113). For this reason, the Draft Federal Act is not concerned only with regulating capital markets specifically, but instead addresses economic matters of national scope which transcend the concerns of any one province. It is therefore akin to the *Combines Investigation Act* that was at issue in *General Motors*, in that both are aimed at stamping out risks and practices that are unhealthy to the Canadian economy. That Parliament’s trade and commerce power is exercised in a way that affects particular industries is not inherently objectionable, so long as the focus of that exercise is on matters that affect trade as a whole.

mobilières en particulier. La procureure générale du Québec rétorque que le commerce des valeurs mobilières s’inscrit dans un secteur ou un segment de l’économie en particulier et que le droit qui lui est applicable se distingue ainsi du droit de la concurrence ou du droit des marques de commerce.

[111] S’il est vrai que la Cour a conclu dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières* que la loi contestée dans cette affaire ne portait pas sur le commerce dans son ensemble, mais bien sur la réglementation du marché des valeurs mobilières en particulier, l’ébauche de la loi fédérale est différente sur le plan qualitatif. Contrairement à la *Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur les valeurs mobilières*, elle ne « se préoccup[e] [pas] de la réglementation détaillée de tous les aspects du commerce des valeurs mobilières » (par. 114 (en italique dans l’original)); l’intervention fédérale dans les marchés de capitaux se limite plutôt à s’occuper des problèmes et du risque d’une nature *systémique* pouvant constituer une menace réelle à la stabilité du système financier canadien. Autrement dit, régler le risque systémique dans les marchés de capitaux vise à favoriser la stabilité de l’économie dans son ensemble et non celle de certains secteurs d’activités en particulier. Les transactions de valeurs mobilières constituent l’un des principaux moyens par lesquels fournisseurs et consommateurs échangent de l’argent partout au pays : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 113. Par conséquent, la portée de l’ébauche de la loi fédérale ne se limite pas à la réglementation des marchés de capitaux en particulier, mais vise plutôt des enjeux économiques de portée nationale qui transcendent les préoccupations de toute province. L’ébauche de la loi fédérale s’apparente donc à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qui était en cause dans l’affaire *General Motors*, en ce que les deux lois visent à enrayer des risques et des pratiques qui nuisent à la santé de l’économie canadienne. Que la compétence du Parlement en matière de trafic et de commerce soit exercée d’une manière qui a des répercussions sur des secteurs en particulier n’est pas en soi répréhensible, dans la mesure où cet exercice porte essentiellement sur des matières touchant le commerce dans son ensemble.

[112] Like the Majority of the Court of Appeal, we can do no better than to reiterate what this Court stated back in 2011:

We accept that preservation of capital markets to fuel Canada's economy and maintain Canada's financial stability is a matter that goes beyond a particular "industry" and engages "trade as a whole" within the general trade and commerce power as contemplated by the *General Motors* test. Legislation aimed at imposing minimum standards applicable throughout the country and preserving the stability and integrity of Canada's financial markets might well relate to trade as a whole.

(*Reference re Securities Act*, para. 114)

[113] Turning now to the fourth indicium, we are of the view that the provinces, acting alone or in concert, would be incapable of enacting a scheme like the one set out in the Draft Federal Act. Relying on the principle of parliamentary sovereignty, this Court in *Reference re Securities Act* observed that "[t]he provinces, acting in concert, lack the constitutional capacity to sustain a viable national scheme aimed at genuine national goals such as management of systemic risk or Canada-wide data collection" (para. 121), given that each of the provinces "retain[s] the ability to resile from an interprovincial scheme" (para. 119). In other words, the fact that any one province can opt against participating in (or can subsequently resile from) such a cooperative scheme could seriously impair that scheme's capacity to protect the Canadian economy from systemic risk. The Draft Federal Act, with its carefully tailored scope, constitutes a response to this provincial incapacity, with Parliament stepping in to fill this constitutional gap.

[114] We accept that the provinces can and do regulate systemic risk in their capital markets. However, our federalism jurisprudence supports the principle that a subject matter can have both federal

[112] À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, nous ne pouvons faire autrement que de réitérer les propos qu'a tenus la Cour en 2011 :

Nous reconnaissons que le maintien des marchés des capitaux pour nourrir l'économie canadienne et assurer la stabilité financière du pays est une question qui va au-delà d'un « secteur » en particulier et met en jeu « le commerce dans son ensemble » visé par le pouvoir général en matière de trafic et de commerce au sens où il faut l'entendre selon le test formulé dans *General Motors*. Une loi qui vise à fixer des normes minimales applicables dans l'ensemble du pays et qui vise à assurer la stabilité et l'intégrité des marchés financiers du Canada pourrait fort bien avoir trait au commerce dans son ensemble.

(*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 114)

[113] En ce qui concerne maintenant le quatrième critère, nous estimons que les provinces, seules ou de concert, seraient incapables d'adopter un régime du type établi dans l'ébauche de la loi fédérale. Se fondant sur le principe de la souveraineté parlementaire, la Cour a fait observer dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières* que « [l]es provinces, agissant de concert, sont dépourvues de la capacité constitutionnelle de maintenir un régime national viable visant à atteindre des objectifs véritablement nationaux telles l'atténuation des risques systémiques ou la collecte de données à l'échelle nationale » (par. 121), étant donné que chaque province « pourr[a] toujours soustraire [son] adhésion à un régime interprovincial » (par. 119). En d'autres termes, le fait qu'une province puisse choisir de ne pas adhérer au régime coopératif ou de se retirer d'un tel régime pourrait sérieusement nuire à la capacité du régime de protéger l'économie canadienne contre le risque systémique. L'ébauche de la loi fédérale, dont la portée a été soigneusement circonscrite, remédie à cette incapacité des provinces, en faisant en sorte que le Parlement intervienne pour combler cette lacune constitutionnelle.

[114] Nous reconnaissons que les provinces peuvent réglementer, et réglementent, le risque systémique lié à leurs marchés de capitaux respectifs. Toutefois, notre jurisprudence portant sur le

and provincial aspects (*Hodge*, at p. 130; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 181; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59, at p. 65; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113, at para. 23). In such a case, the double aspect doctrine permits the provinces to legislate in pursuit of a valid provincial objective and Parliament to do the same in pursuit of a separate federal objective. While provinces have the capacity to legislate in respect of systemic risk in their own capital markets, they do so from a *local* perspective and therefore in a manner that cannot effectively address *national* concerns which transcend their own respective concerns. As this Court made clear in *Multiple Access Ltd.*, at p. 175, “[t]he validity of the federal legislation must be determined without heed to the . . . [provincial] legislation” (see also: *General Motors*, at pp. 680-82).

[115] Our conclusion with respect to the fifth indicium largely flows from our conclusion as to the fourth. Given our discussion on that subject, we are of the view that the effective management of systemic risk requires market-wide regulation, such that any one jurisdiction’s failure to participate would jeopardize the scheme’s successful operation. Put simply, the management of systemic risk across Canadian capital markets must be regulated federally, if at all. Once again, this Court’s reasons in *Reference re Securities Act* effectively compel an affirmative answer to the final inquiry:

The fifth and final *General Motors* inquiry is whether the absence of a province from the scheme would prevent its effective operation. On lesser regulatory matters the answer might well be no. However, when it comes to genuine national goals, related to fair, efficient and competitive markets and the integrity and stability of Canada’s financial system, including national data collection and prevention of and response to systemic risks — the answer must be yes — much for the reasons discussed under the fourth question. On these matters a federal regime would

fédéralisme appuie le principe selon lequel un objet peut avoir à la fois un aspect fédéral et un aspect provincial : *Hodge*, p. 130; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 181; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d’alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59, p. 65; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113, par. 23. Dans un tel cas, la règle du double aspect permet aux provinces de légiférer pour réaliser un objectif provincial valide et au Parlement de faire de même pour réaliser un objectif fédéral distinct. Les provinces ont la capacité de légiférer relativement au risque systémique lié à leurs marchés de capitaux, mais elles le font d’un point de vue *local* et, par conséquent, d’une manière qui ne peut aborder des enjeux *nationaux* qui transcendent les préoccupations qui leur sont propres. Comme l’a clairement indiqué la Cour dans *Multiple Access Ltd.*, p. 175, « [i]l faut déterminer la validité de la loi fédérale sans tenir compte de la loi [provinciale] » : voir aussi *General Motors*, p. 680-682.

[115] Notre conclusion quant au cinquième critère découle en grande partie de celle concernant le quatrième. Compte tenu de notre analyse à cet égard, nous estimons que la gestion efficace du risque systémique nécessite une réglementation du marché dans son ensemble, si bien que le fait pour une province de ne pas y participer compromettrait l’application du régime. En termes simples, c’est au fédéral qu’il appartient de réglementer, le cas échéant, la gestion du risque systémique dans les marchés de capitaux canadiens. Encore une fois, les motifs de la Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières* commandent effectivement une réponse affirmative à la dernière question :

Abordons maintenant la cinquième et dernière étape de l’analyse tirée de *General Motors* : la non-adhésion d’une province au régime en entraverait-elle le fonctionnement? En ce qui a trait à des questions réglementaires de moindre importance, la question pourrait certainement appeler une réponse négative. Or, lorsqu’il s’agit d’objectifs véritablement nationaux, visant à favoriser des marchés équitables, efficaces et compétitifs et à assurer l’intégrité et la stabilité du système financier canadien, notamment par la collecte de données, la prévention des

be qualitatively different from a voluntary interprovincial scheme. [para. 123]

[116] In our view, the *General Motors* framework leads to the conclusion that the Draft Federal Act addresses a matter of genuine national importance and scope that relates to trade as a whole. The preservation of the integrity and stability of the Canadian economy is quite clearly a matter with a national dimension, and one which lies beyond provincial competence. Moreover, the fact that the federal government's foray into securities regulation under the Draft Federal Act is limited to achieving these objectives supports the validity of this proposed statute. Given our conclusions with respect to each of the *General Motors* indicia, we therefore classify the legislation at issue in this case as falling within Parliament's power over trade and commerce pursuant to s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*.

(2) Regulations Under the Draft Federal Act: Sections 76 to 79

[117] Before concluding, we will briefly address the argument that the Council of Ministers' role in the making of regulations under the Draft Federal Act undermines the validity of this draft statute. The Majority of the Court of Appeal accepted that this was a proper basis on which to find that the Draft Federal Act is *ultra vires*.

[118] The involvement of the Council of Ministers in the making of regulations is set out in ss. 76 to 79 of the Draft Federal Act. Broadly speaking, those provisions require that the Authority submit proposed regulations to the Council of Ministers for approval, and confer onto the Council of Ministers the power either to approve any proposed regulation, to reject it, or to return it to the Authority for reconsideration. Approval from the Council of Ministers, whether express or implied, is necessary before a regulation can be made (see: s. 79 of the Draft Federal Act).

risques systémiques et l'intervention en cas de besoin, il faut répondre par l'affirmative — pour des raisons essentiellement identiques à celles avancées dans l'analyse du quatrième critère. Dans ces derniers cas, un régime fédéral différencierait, au plan qualitatif, d'un régime interprovincial à participation volontaire. [par. 123]

[116] Nous estimons que le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *General Motors* mène à la conclusion que l'ébauche de la loi fédérale porte sur une matière d'importance et de portée véritablement nationales touchant le commerce dans son ensemble. La préservation de l'intégrité et de la stabilité de l'économie canadienne est très clairement une matière qui a une dimension nationale et qui excède la compétence provinciale. De plus, le fait que l'intrusion du gouvernement fédéral dans la réglementation des valeurs mobilières sous le régime de l'ébauche de la loi fédérale se limite à l'atteinte de ces objectifs appuie sa validité. Compte tenu de nos conclusions quant à chacun des critères de l'arrêt *General Motors*, nous classons la loi en cause comme relevant de la compétence générale en matière de trafic et de commerce conférée au Parlement par le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

(2) Les règlements pris sous le régime de l'ébauche de la loi fédérale : les art. 76 à 79

[117] Avant de conclure, nous traiterons brièvement de l'argument voulant que le rôle du Conseil des ministres dans la prise de règlements sous le régime de l'ébauche de la loi fédérale en sape la validité. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont reconnu qu'il s'agissait d'un motif valable pour déclarer l'ébauche de la loi fédérale *ultra vires*.

[118] La participation du Conseil des ministres à la prise de règlements est énoncée aux art. 76 à 79 de l'ébauche de la loi fédérale. De façon générale, ces dispositions obligent l'Autorité à remettre tout projet de règlement au Conseil des ministres pour approbation et confèrent au Conseil des ministres le pouvoir d'approuver le projet de règlement, de le rejeter ou de le renvoyer à l'Autorité pour réexamen. L'approbation du Conseil des ministres, qu'elle soit expresse ou implicite, est nécessaire à la prise du règlement : voir art. 79 de l'ébauche de la loi fédérale.

[119] The mechanism applicable to the approval or rejection of regulations by the Council of Ministers is set out in s. 5.2 of the Memorandum (reproduced above, at para. 27). The Majority below found that this section, when combined with ss. 76 to 79 of the Draft Federal Act, confers on “a majority of ministers responsible for regulating capital markets in the participating provinces, or a majority of ministers representing major capital markets jurisdictions (currently Ontario and British Columbia)”, a “veto right” over proposed federal regulations (para. 87). In the Majority’s opinion, the possibility of a provincial veto “undermine[s] the constitutional foundation of the [Draft] Federal Act” (para. 137), since it belies the idea that the legislation’s subject matter truly “relates to matters that transcend interests of a purely local and provincial nature” (para. 96; see also para. 95).

[120] The Dissenting Judge did not subscribe to the Majority’s reasoning on this point. He observed that Parliament may delegate regulatory authority over subject matters that fall within its jurisdiction, and can structure the internal processes of subordinate regulatory bodies in such manner as it deems most appropriate. In his view, how regulatory authority is delegated under the Draft Federal Act cannot undermine the Act’s validity.

[121] We agree with the Dissenting Judge. There is nothing problematic about the way in which the Draft Federal Act delegates the power to make regulations to the Authority under the supervision of the Council of Ministers.

[122] At the outset, we note that the Majority found that the mechanism for making regulations under the Draft Federal Act effectively confers on the participating provinces a “veto right”. It is clear from s. 5.2 of the Memorandum that any request by the Council of Ministers to have the Authority reconsider a proposed regulation must be approved by a majority of the members of the Council of Ministers, and by one member representing the Major Capital Markets Jurisdictions and the federal government. Moreover,

[119] Le mécanisme applicable à l’approbation ou au rejet des règlements par le Conseil des ministres est établi à l’art. 5.2 du Protocole d’accord (reproduit précédemment, au par. 27). Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que cet article, conjugué aux art. 76 à 79 de l’ébauche de la loi fédérale, confère à « une majorité de ministres responsables de la réglementation des marchés des capitaux des provinces participantes ou une majorité de ministres représentant les provinces participantes ayant de grands marchés des capitaux (en l’occurrence la Colombie-Britannique et l’Ontario) » un « droit de veto » sur les projets de règlement fédéraux (par. 87). Selon les juges majoritaires, la possibilité d’un droit de veto provincial « sape l’assise constitutionnelle de [l’ébauche de la loi fédérale] » (par. 137), car elle contredit l’idée que l’objet de la loi concerne réellement « des matières qui transcendent les intérêts de nature locale et provinciale » (par. 96; voir aussi par. 95).

[120] Le juge dissident n’a pas souscrit au raisonnement des juges majoritaires sur ce point. Il a fait remarquer que le Parlement peut déléguer son pouvoir de réglementation à l’égard d’objets qui relèvent de sa compétence et organiser les processus internes des organismes de réglementation subordonnés comme il l’entend. Selon lui, la façon dont le pouvoir de réglementation est délégué en vertu de l’ébauche de la loi fédérale ne peut saper la validité de la loi.

[121] Nous sommes d’accord avec le juge dissident. Il n’y a rien de problématique dans la façon dont l’ébauche de la loi fédérale délègue à l’Autorité le pouvoir de prendre des règlements sous la supervision du Conseil des ministres.

[122] Tout d’abord, nous soulignons que les juges majoritaires ont conclu que le mécanisme de prise de règlements prévu à l’ébauche de la loi fédérale confère effectivement un « droit de veto » aux provinces participantes. Le libellé de l’art. 5.2 indique clairement que toute demande du Conseil des ministres visant à faire réexaminer un projet de règlement par l’Autorité doit être approuvée par la majorité des membres du Conseil des ministres et par un représentant des parties ayant de grands marchés

a decision to reject a proposed regulation after it has been reconsidered by the Authority must be approved by a majority of the members of the Council of Ministers and a majority of those members representing the Major Capital Markets Jurisdictions and the federal government. And it should be borne in mind that, in the absence of the requisite support for either a request to reconsider or a rejection, the regulation will be considered to have been approved by the Council of Ministers (s. 5.2(a)). As a result, any attempts *to block* proposed federal regulations require the support of a majority of the Council of Ministers *as well as* some level of support from the Major Capital Markets Jurisdictions and the federal Minister of Finance. No one province can therefore be said to have a “veto” power in this respect; at most, it is possible for a group of provinces *acting together* to reject a proposed federal regulation. As we will explain, however, this is not problematic.

[123] As noted above under the analysis of the first reference question, a corollary to the principle of parliamentary sovereignty is that the legislature has the broad authority to delegate *administrative* powers — including the power to make legally binding rules and regulations — to a subordinate body, like the Governor General in Council, the Lieutenant Governor in Council, an administrative agency or a Crown corporation. The Draft Federal Act is an excellent example of this: it sets out a broad framework for the regulation of systemic risk in capital markets, but delegates extensive administrative powers, including the power to make regulations, to the Authority. We repeat that this form of delegation of administrative powers is entirely consistent with the principle of parliamentary sovereignty, since the delegated authority can always be revoked by the sovereign legislature and its scope remains limited by and subject to the terms of the governing statute (*R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89). To borrow the words of the Judicial Committee of the Privy Council in *Hodge*:

It was argued at the bar that a legislature committing important regulations to agents or delegates effaces itself.

de capitaux ou un représentant du gouvernement fédéral. De plus, la décision de rejeter un projet de règlement après son réexamen par l’Autorité doit être approuvée par la majorité des membres du Conseil des ministres et par la majorité des membres représentant les parties ayant de grands marchés de capitaux ou représentant le gouvernement fédéral. Par ailleurs, il faut rappeler qu’à défaut de l’appui requis à l’égard d’une demande de réexamen ou d’un rejet, le règlement est considéré comme ayant été approuvé par le Conseil des ministres : al. 5.2a). Ainsi, toute tentative visant à *bloquer* la prise de projets de règlement fédéraux doit obtenir l’appui de la majorité des membres du Conseil des ministres *en plus* d’un certain appui des parties ayant de grands marchés de capitaux et du ministre fédéral des Finances. On ne peut donc pas affirmer qu’une province a un pouvoir de « veto » à cet égard; il est tout au plus possible que des provinces *agissent de concert* en vue de rejeter un projet de règlement fédéral. Comme nous l’expliquerons, toutefois, cela n’est pas problématique.

[123] Comme nous l’avons souligné précédemment dans notre analyse de la première question du renvoi, le principe de la souveraineté parlementaire a pour corollaire que la législature jouit du vaste pouvoir de déléguer des pouvoirs *administratifs* — notamment le pouvoir d’établir des règlements juridiquement contraignants — à un organisme subordonné, comme le gouverneur général en conseil, le lieutenant-gouverneur en conseil, un organisme administratif ou une société d’État. L’ébauche de la loi fédérale en est un excellent exemple; elle énonce un cadre général pour la réglementation du risque systémique lié aux marchés de capitaux, mais délègue de vastes pouvoirs administratifs, dont le pouvoir de prendre des règlements, à l’Autorité. Nous le répétons, cette forme de délégation de pouvoirs administratifs est tout à fait conforme au principe de la souveraineté parlementaire, car le pouvoir délégué peut toujours être révoqué par la législature souveraine et sa portée demeure limitée par les termes de la loi habilitante et assujettie à ceux-ci : *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89. Pour reprendre les propos du Comité judiciaire du Conseil privé dans *Hodge* :

[TRADUCTION] On a soutenu à la barre que la législature qui confie la prise de règlements importants à un

That is not so. It retains its powers intact, and can, whenever it pleases, destroy the agency it has created and set up another, or take the matter directly into its own hands. How far it shall seek the aid of subordinate agencies, and how long it shall continue them, are matters for each legislature, and not for the Courts of Law, to decide. [Emphasis added; p. 132.]

[124] This Court has confirmed that the legislature retains a significant degree of latitude in deciding how it will delegate administrative law-making powers pertaining to matters within its jurisdiction. While Parliament cannot transfer primary legislative authority to a provincial legislature (and vice versa), this Court has not taken issue with federal legislation that delegated administrative powers to a creature of a provincial legislature (*P.E.I. Potato Marketing Board v. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 S.C.R. 392) or that incorporated by reference provincial legislation as amended from time to time (*Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569).

[125] It is therefore important to note the distinction between the *constitutionality of legislation* and the *legislature's authority to delegate administrative powers* to a subordinate person or body. Even though a statute's subject matter may fall within the jurisdiction of the enacting legislature, that statute may still contravene the rule against legislative delegation if it purports to transfer primary legislative authority to the other level of government. Conversely, a statute that delegates administrative powers, including a subordinate law-making power, to a statutory body may be struck down as unconstitutional if its subject matter is *ultra vires* the enacting legislature. In respect of matters over which a legislature has competence, however, the statutory delegation of administrative powers cannot undermine the underlying validity of that statute itself. In the words of Laskin C.J. in *Reference re Agricultural Products Marketing Association*, [1978] 2 S.C.R. 1198, at p. 1225, "delegation . . . cannot impeach the assertion of power".

mandataire ou à un délégué s'efface. Ce n'est pas le cas. Ses pouvoirs restent intacts, et elle peut, quand bon lui semble, mettre fin au mandat qu'elle a établi et en créer un autre, ou prendre elle-même les choses en main. La mesure dans laquelle elle fera appel à des mandats subordonnés et la durée pendant laquelle elle les maintiendra sont des questions qu'il appartient à chaque législature, et non aux cours de justice, de trancher. [Nous soulignons; p. 132.]

[124] La Cour a confirmé que la législature conserve une grande latitude pour déterminer la façon dont elle délègue des pouvoirs administratifs autorisant la prise de mesures législatives se rapportant aux matières qui relèvent de sa compétence. S'il est vrai que le Parlement ne peut transférer sa compétence législative primaire à une législature provinciale (et vice-versa), la Cour n'a rien perçu de problématique dans une loi fédérale qui déléguait des pouvoirs administratifs à une entité créée par une législature provinciale (*P.E.I. Potato Marketing Board c. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 R.C.S. 392) ou qui incorporait par renvoi une loi provinciale et ses modifications postérieures (*Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569).

[125] Il importe par conséquent de souligner la distinction entre la *constitutionnalité d'une loi* et le *pouvoir d'une législature de déléguer des pouvoirs administratifs* à une personne ou un organisme subordonnés. Bien que l'objet d'une loi puisse relever de la compétence de la législature qui l'a adoptée, cette loi peut néanmoins contrevenir à la règle interdisant la délégation de pouvoirs législatifs si elle vise à transférer une compétence législative primaire à l'autre palier de gouvernement. Inversement, une loi qui délègue de simples pouvoirs administratifs, notamment le pouvoir de prendre des règlements, à un organisme créé par la loi peut être déclarée inconstitutionnelle si son objet excède la compétence de la législature qui l'a adoptée. S'agissant d'objets sur lesquels la législature a compétence, par contre, la délégation de pouvoirs administratifs prévue par une loi ne peut saper la validité sous-jacente de la loi elle-même. Pour reprendre les propos du juge en chef Laskin dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, p. 1225, la « délégation [. . .] ne remet pas en cause la répartition des pouvoirs ».

[126] With this in mind, we turn to a second issue on the subject of the delegation of powers under the Draft Federal Act: Is the manner in which the Draft Federal Act delegates law-making powers to the Authority, under the oversight of the Council of Ministers, problematic from the perspective of federalism or the constitutional division of powers? In our view, the answer is quite clearly “no”. In exercising its sovereign legislative powers, Parliament has the authority to confer on a statutory body — in this case, the Council of Ministers — the power to approve or reject proposed subordinate regulations, even if some members of that body are representatives of certain provinces. The delegation of administrative powers in a manner solicitous of (or even dependent upon) provincial input is in no way incompatible with the principle of federalism, provided that the delegating legislature has the constitutional authority to legislate in respect of the applicable subject matter.

[127] And as we explained above, the Draft Federal Act is *intra vires* Parliament pursuant to the general trade and commerce power, notwithstanding the fact that provincial representatives will be involved in the making of regulations. To put it simply, the *General Motors* framework is not concerned with whether a particular subject matter relating to trade can only be dealt with through direct, unfettered federal action; rather, its purpose is to identify aspects of the economy that the provinces, acting either individually or collectively, lack the capacity to regulate effectively. For this reason, the fact that some regulations might never be adopted because of provincial opposition does not change the reality that the regulations that are adopted *must*, by their very nature, be respected by all the provinces if the objectives underlying the Draft Federal Act are to be achieved. The Dissenting Judge’s comments in this regard are particularly apt:

... Parliament is free to delegate [in the manner set out in *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General for Canada*, [1951] S.C.R. 31, and *P.E.I. Potato Marketing Board v. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 S.C.R. 392] and in such regard to constitute the body (the Authority) to whom it

[126] Ayant ces principes à l’esprit, nous passons maintenant à une deuxième question portant sur la délégation de pouvoirs sous le régime de l’ébauche de la loi fédérale : la façon dont l’ébauche de la loi fédérale délègue des pouvoirs de légiférer à l’Autorité, sous la surveillance du Conseil des ministres, est-elle problématique sous l’angle du fédéralisme ou du partage constitutionnel des pouvoirs? À notre avis, la réponse est clairement « non ». Lorsqu’il exerce ses pouvoirs législatifs souverains, le Parlement a le pouvoir de conférer à un organisme créé par la loi — en l’espèce, le Conseil des ministres — le pouvoir d’approuver ou de rejeter des projets de règlement subordonnés, même si certains membres de cet organisme sont des représentants de certaines provinces. La délégation de pouvoirs administratifs qui se soucie (voire dépend) de l’avis des provinces n’est aucunement incompatible avec le principe du fédéralisme, dans la mesure où la législature ayant procédé à la délégation a compétence constitutionnelle pour légiférer relativement à l’objet visé.

[127] Et comme nous l’avons expliqué ci-dessus, l’ébauche de la loi fédérale relève de la compétence générale du Parlement en matière de trafic et de commerce, et ce, même si des représentants des provinces participeront à l’élaboration des règlements. En termes simples, le cadre d’analyse de l’arrêt *General Motors* ne vise pas à savoir si l’objet en question se rapportant au commerce ne peut être réglé que par une intervention fédérale qui soit directe et libre d’entrave; il cherche plutôt à relever les aspects de l’économie que les provinces, seules ou de concert, ne peuvent réglementer efficacement. Pour ce motif, la possibilité que certains règlements puissent ne jamais être pris en raison d’une opposition des provinces ne change rien au fait que les règlements qui le sont *doivent*, de par leur nature même, être respectés par toutes les provinces pour que les objectifs qui sous-tendent l’ébauche de la loi fédérale soient atteints. Les remarques du juge dissident à cet égard sont particulièrement justes :

... le Parlement est libre de déléguer ses fonctions réglementaires [conformément aux arrêts *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31, et *P.E.I. Potato Marketing Board c. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 R.C.S. 392], et, à cet égard, de constituer

delegates regulatory functions. Parliament may determine the internal workings of such body and the process of approval of the regulations it proposes. The fact that the body approving the regulations (i.e. the Council [of Ministers]) is populated with ministers of provincial governments does not invalidate the delegation. Parliament can choose to structure the internal mechanics and approval process of the regulatory body in such manner deemed appropriate to the task. [Emphasis added.]

(C.A. reasons, at para. 205 (per Schragger J.A., dissenting))

[128] It therefore follows that we answer the second reference question in the negative.

VI. Conclusion

[129] For the foregoing reasons, we are of the view that the Cooperative System does not run afoul of the principle of parliamentary sovereignty or the rule respecting the legislature's authority to delegate law-making powers. Moreover, we hold that the enactment of the Draft Federal Act falls within Parliament's power over trade and commerce under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*.

[130] Again, however, we note that our advisory opinion is limited to the constitutionality of the Cooperative System. It is up to the provinces to determine whether participation is in their best interests. This advisory opinion does not take into consideration many of the political and practical complexities relating to this Cooperative System, and in particular those that may arise if a Participating Jurisdiction decides to withdraw at some later date. Moreover, with respect to the content of the Authority's enabling statute (which has not yet been published), we note that it will have to be carefully drafted so as to respect the limits on overlapping, yet distinct federal and provincial authority.

[131] *When* and *whether* to relinquish a degree of autonomy over the regulation of securities for the

l'organisme (l'Autorité) auquel il délègue ses fonctions. Le Parlement peut déterminer le fonctionnement interne d'un tel organisme, dont le processus d'approbation des règlements proposés par ce dernier. Le fait que l'organisme proposant ces règlements (le Conseil [des ministres]) soit composé de ministres des gouvernements provinciaux n'invalide pas la délégation. Le Parlement peut choisir comme bon lui semble d'organiser la structure interne de l'organisme de réglementation ainsi que les particularités du processus d'approbation des règlements de cet organisme. [Nous soulignons.]

(motifs de la C.A., par. 205 (le juge Schragger, dissident))

[128] Il s'ensuit par conséquent que nous répondons à la seconde question soumise par renvoi par la négative.

VI. Conclusion

[129] Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis que le régime coopératif ne va pas à l'encontre du principe de la souveraineté parlementaire ou de la règle concernant le pouvoir de la législature de déléguer des pouvoirs de légiférer. De plus, nous sommes d'avis que l'adoption de l'ébauche de la loi fédérale relève de la compétence du Parlement en matière de trafic et de commerce prévue au par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[130] Encore une fois, cependant, nous tenons à souligner que notre avis consultatif ne porte que sur la constitutionnalité du régime coopératif. Il appartient aux provinces de décider s'il est dans leur intérêt d'y participer. Le présent avis consultatif ne prend pas en considération bon nombre des difficultés politiques et pratiques liées à ce régime coopératif, et particulièrement celles qui peuvent se présenter si une juridiction participante décide de se retirer à une date ultérieure. En outre, en ce qui concerne le contenu de la loi habilitante de l'Autorité (qui n'a pas encore été publiée), nous rappelons qu'elle devra être soigneusement rédigée de manière à respecter les limites imposées au pouvoir fédéral et au pouvoir provincial qui, bien qu'ils soient distincts, se chevauchent.

[131] La question de savoir *si* et *quand* il convient de renoncer à un certain degré d'autonomie en

purpose of achieving national uniformity is *entirely* a matter of political choice. This too is a valid exercise of parliamentary sovereignty. The various jurisdictions have an unquestioned and equally sovereign right to join or to reject the Cooperative System.

[132] We answer the questions referred by the Government of Quebec as follows:

Question #1: Does the Constitution of Canada authorize the implementation of pan-Canadian securities regulation under the authority of a single regulator, according to the model established by the most recent publication of the “Memorandum of Agreement regarding the Cooperative Capital Markets Regulatory System”?

Answer: Yes.

Question #2: Does the most recent version of the draft of the federal “Capital Markets Stability Act” exceed the authority of the Parliament of Canada over the general branch of the trade and commerce power under subsection 91(2) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

Accordingly, the Attorney General of Canada’s appeal is allowed, the Attorney General of British Columbia’s appeal is allowed, and the Attorney General of Quebec’s appeal is dismissed.

Appeals of the Attorney General of Canada and of the Attorney General of British Columbia allowed. Appeal of the Attorney General of Quebec dismissed.

Solicitor for the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitors for the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy (Justice Québec), Montréal.

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

matière de réglementation des valeurs mobilières afin d’assurer l’uniformité nationale relève *entièrement* du choix politique. Il s’agit là aussi d’un exercice valide de la souveraineté parlementaire. Chacune des juridictions participantes a le droit incontestable et tout aussi souverain d’adhérer au régime coopératif ou de le rejeter.

[132] Nous répondons aux questions soumises par le gouvernement du Québec de la façon suivante :

Question n° 1 : La Constitution du Canada autorise-t-elle la mise en place d’une réglementation pancanadienne des valeurs mobilières sous la gouverne d’un organisme unique selon le modèle prévu par la plus récente publication du « Protocole d’accord concernant le régime coopératif de réglementation des marchés des capitaux »?

Réponse : Oui.

Question n° 2 : La plus récente version de l’ébauche de la loi fédérale intitulée « Loi sur la stabilité des marchés des capitaux » excède-t-elle la compétence du Parlement du Canada sur le commerce selon le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

Par conséquent, le pourvoi du procureur général du Canada est accueilli, le pourvoi du procureur général de la Colombie-Britannique est accueilli et le pourvoi de la procureure générale du Québec est rejeté.

Pourvois du procureur général du Canada et du procureur général de la Colombie-Britannique accueillis. Pourvoi de la procureure générale du Québec rejeté.

Procureur du procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureurs de la procureure générale du Québec : Bernard, Roy (Justice Québec), Montréal.

Procureur du procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

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

Procureur de l'intervenant la procureure générale de l'Ontario : Procureure générale de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: Stewart McKelvey, Charlottetown.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard : Stewart McKelvey, Charlottetown.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener Barreau du Québec: Lavery, de Billy, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Barreau du Québec : Lavery, de Billy, Montréal.

Solicitors for the intervener the Institute for Governance of Private and Public Organizations: Langlois avocats, Québec.

Procureurs de l'intervenant l'Institut sur la gouvernance d'organisations privées et publiques : Langlois avocats, Québec.