

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

79-22-CA

NEW BRUNSWICK HIGHWAY
CORPORATION

APPELLANT

- and -

MRDC OPERATIONS CORPORATION

RESPONDENT

New Brunswick Highway Corporation v. MRDC
Operations Corporation, 2023 NBCA 19

CORAM:

The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice French
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
July 20, 2022

History of Case:

Decision under appeal:
2022 NBQB 141

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
November 8, 2022

Judgment rendered:
March 23, 2023

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Quigg

Concurred in by:
The Honourable Justice French
The Honourable Justice LeBlond

SOCIÉTÉ DE VOIRIE DU NOUVEAU-
BRUNSWICK

APPELANTE

- et -

MRDC OPERATIONS CORPORATION

INTIMÉE

Société de voirie du Nouveau-Brunswick c.
MRDC Operations Corporation, 2023 NBCA 19

CORAM :

l'honorable juge Quigg
l'honorable juge French
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 20 juillet 2022

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2022 NBBR 141

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 8 novembre 2022

Jugement rendu :
le 23 mars 2023

Motifs de jugement :
l'honorable juge Quigg

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge French
l'honorable juge LeBlond

Counsel at hearing:

For the appellant:

Leonard Thomas Hoyt, K.C., David Duncan Young and Andrew R. Kinley

For the respondent:

David Foulds and Ahmed Kamel

THE COURT

The appeal is dismissed with costs of \$7,500.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :

Leonard Thomas Hoyt, c.r., David Duncan Young et Andrew R. Kinley

Pour l'intimée :

David Foulds et Ahmed Kamel

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens de 7 500 \$.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] Central to this appeal is a decision of a three-member arbitration panel which was tasked with determining a fixed price for the final 10-year period of a 30-year Operation, Management, Maintenance and Rehabilitation Agreement (“OMM Agreement”) relating to the Trans-Canada Highway between Moncton and Fredericton. The Panel released its decision in July 2020, and an amended award on September 18, 2020.

[2] The New Brunswick Highway Corporation (“NBHC”) filed Notices of Preliminary Motions seeking: (1) confirmation that it had the contractual right to appeal the award on questions of law, pursuant to Section 24.7 of the OMM Agreement; and (2) in the alternative, an order granting leave to appeal the award on questions of law, pursuant to s. 45(1) of the *Arbitration Act*, R.S.N.B. 2014, c. 100.

[3] The motions were heard in the Court of Queen’s Bench, as it then was, and a decision was issued on July 20, 2022. Essentially, the motion judge decided:

- 1) The OMM Agreement did not provide a right to appeal the award, on questions of law or otherwise;
- 2) The proposed grounds of appeal failed to raise questions of law and, as a consequence, leave to appeal could not be granted under s. 45(1) of the *Arbitration Act*; and
- 3) Even if the proposed grounds of appeal did raise questions of law, leave to appeal should not be granted.

[4] NBHC filed a Notice of Appeal claiming the motion judge erred in law respecting the first and second decisions and it took no issue with the third.

[5] NBHC relied on the following provisions of the OMM Agreement in asserting it had a contractual right to appeal the Award in relation to errors in law:

24.7(c) Subject to the exceptions set out in the *Arbitration Act* and monetary claims in excess of Two Hundred Thousand Dollars (\$200,000.00) or errors in law, the decision of the Arbitrator shall be final and binding on the parties and shall not be subject to any appeal or review procedure, provided that the Arbitrator has followed the rules and procedures provided herein in good faith and has proceeded in accordance with the principles of natural justice. For greater certainty (but subject to the exceptions set out in the *Arbitration Act*), the decision of the Arbitrator with respect to the Renewal Period Fixed Highway OMM Price pursuant to Section 4.2 (sic) shall be final and binding on the parties.

24.7(d) If the decision involves the resolution of a monetary claim in excess of Two Hundred Thousand Dollars (\$200,000.00) or if there has been an error in law, the decision of the Arbitrator may be appealed by the parties and determined by an action brought in a court of competent jurisdiction.

[6] NBHC's alternate request for leave to appeal on questions of law is based on s. 45(1) the *Arbitration Act*, which provides:

Appeal of award

45(1) A party may appeal an award to the court on a question of law with leave, which the court shall grant only if it is satisfied that

(a) the importance to the parties of the matters at stake in the arbitration justifies an appeal, and

Appel de la sentence arbitrale

45(1) Une partie peut appeler à la cour, avec sa permission d'une sentence arbitrale sur une question de droit, et celle-ci n'accorde sa permission que si elle est convaincue de ce qui suit :

a) l'importance pour les parties des questions en jeu à l'arbitrage justifie l'appel;

(b) determination of the question of law at issue will significantly affect the rights of the parties.

b) la décision concernant la question de droit litigieuse peut porter atteinte de manière significative aux droits des parties.

[7] I would dismiss the appeal for the reasons that follow.

II. Background

[8] NBHC is a provincial Crown corporation formed in 1995 under the authority of the *New Brunswick Highway Corporation Act*, S.N.B. 1995, c. N-5.11. The creation of NBHC allowed the Province of New Brunswick to contract with corporations, like MRDC Operations Corporation (“MRDC”), for the implementation of major highway infrastructure projects.

[9] In the spring of 1998, following its success in a competitive bidding process, MRDC commenced construction on the four-lane highway connecting Fredericton and Moncton (the “Facility”).

[10] The OMM Agreement was a separate contract that provided for MRDC to operate, manage, maintain and rehabilitate the Facility over a 30-year period following its construction. Construction of the Facility began after the OMM Agreement was entered into by NBHC and MRDC. It was later amended and restated in March 2000.

[11] Under the OMM Agreement, in exchange for MRDC’s operation, management, maintenance, and rehabilitation of the Facility, NBHC would pay MRDC \$172,000,000 (in 1998 dollars) for the first 20 years of the 30-year agreement. The first 20-year period of the OMM Agreement ran from January 22, 1998, to January 22, 2018. Section 4.3 of the OMM Agreement delineates the proposal process to determine the price to be paid to MRDC for the final 10-year period, from 2018 to 2028 (the “Renewal Period”). It required MRDC to submit a proposal within a specified time frame and for the NBHC to either approve it or not. In July 2017, MRDC proposed a price of

\$431,678,136 comprised of 47 line items for the Renewal Period. NBHC did not accept the proposal, and negotiations failed. This triggered the operation of s. 4.3(b)(ii), which states that, in such an event, the matter is to proceed to arbitration pursuant to Article 24 of the OMM Agreement. As a result, MRDC submitted the dispute to arbitration in May 2018.

[12] In accordance with Article 24, each party appointed one arbitrator to sit on a three-member panel. MRDC appointed Stephen R. Morrison FCI Arb, and NBHC appointed Kenneth B. McCulloch, K.C. These members appointed the former Chief Justice of Canada, the Right Honourable Beverley McLachlin, P.C., C.C., C.St.J., C.Arb FCI Arb. to chair the arbitration panel (the “Panel”). The Panel’s task was to determine a “commercially reasonable” renewal price for the Renewal Period (the “Renewal Price”).

[13] In the summer and fall of 2019, the parties exchanged documents including pleadings, witness statements, responding statements, and expert reports. Line items that were discussed included:

- Insurance costs;
- Salt costs;
- Pavement costs;
- Maintenance and rehabilitation of high-level structures;
- Rehabilitation of the Oromocto bridge;
- Rehabilitation of standard structures; and
- Rehabilitation of culverts.

[14] The parties were able to resolve 29 of the 47 line items before and during arbitration. Pursuant to their obligation to negotiate, they agreed on many of the projected costs for items of the OMM Agreement for the remainder of the Renewal Period. They also agreed on aspects of pricing of disputed items. Other items and prices remained in dispute.

[15] This formed the basis for the Renewal Price. The remaining items proceeded to a hearing, with *viva voce* testimony of witnesses and independent experts and oral arguments by counsel, that spanned four weeks in January and February of 2020. The hearing was followed by written closing arguments and replies.

[16] The final Renewal Price claim submitted by MRDC was \$438,808,870. NBHC's proposal was \$164,254,826 after deducting from its proposed Renewal Price a set-off claim for outstanding alleged deficiencies during the first 20 years of the OMM Agreement.

[17] On July 15, 2020, the Panel released its decision, which set the Renewal Price at \$307,645,861. This amount was based on the rejection of NBHC's claim for set-off (relating to the first 20 years of the OMM Agreement). Importantly, the amount included a global risk contingency award ("RCA") of \$32,000,000, which is the target of one of NBHC's proposed grounds of appeal. NBHC had argued that a risk contingency be determined for each of the line items that went into the determination of the Renewal Price. The Panel wrote:

From the Panel's perspective, a reasonable approach to monetizing the risk factor is to begin with the projected costs for each disputed item, determine a "worst case" scenario for each of those items, and consign the difference between the projected cost and the worst case scenario cost to a notional "contingency bucket". The aggregate of all the amounts in the contingency bucket would represent the worst-case scenario if every risk associated with every disputed item were to occur. Since it is highly unlikely that every adverse risk will materialize, the Panel has applied what it believes, based on all of the evidence and submissions, to be a reasonable discount rate to the aggregate of the amounts consigned to the notional contingency bucket and added the resulting amount as a separate line item representing a monetary risk component. The risk component is then prorated over each of the Renewal Period years.

Finally, the Panel views the margin component as separate and distinct from cost and risk. The Panel has applied a

margin component based on evidence of market comparables for similar work.

[Panel decision, paras. 21-22]

[18] On September 18, 2020, following written and oral submissions by both parties respecting corrections to be made to the decision, as permitted under s. 44 of the *Arbitration Act*, the Panel increased the Renewal Price to \$311,712,923 in its Corrections Order. An interest award for retroactive payments, as permitted by s. 1.3 of the OMM Agreement, and a costs award of \$5,844,091, both in favour of MRDC, were also made in the Corrections Order.

[19] The above facts gave rise to the August and October 2020 preliminary motions filed by NBHC, which sought, “if leave to appeal the Award is required pursuant to Sections 24.7(c) and (d) of the OMM Agreement [...], Section 45(1) of the *Arbitration Act* and Rule 16.02 of the *Rules of Court*,” an order granting it leave to appeal the Award on questions of law.

[20] As noted, the motion judge determined the OMM Agreement did not provide a right to appeal the Panel’s Renewal Price decision on questions of law or otherwise and denied NBHC’s motions for leave to appeal as they did not identify questions of law. She also concluded that, even if the grounds of appeal raised questions of law, leave to appeal should not be granted. This is the decision appealed.

III. Relevant Provisions of the OMM Agreement and the *Arbitration Act*

(1) OMM Agreement

[21] Following are the relevant provisions of the OMM Agreement:

Section 4.3 Preparation of Renewal Period Fixed Highway OMM Price Proposal

(a) The Operator shall prepare and provide to the Project Company for Approval a proposal (the “Renewal

Period Fixed Highway OMM Price Proposal”) at least one hundred and eighty (180) days but not more than three hundred and sixty-five (365) days prior to the twentieth (20th) anniversary of the Commencement Date (the “Twentieth Anniversary Date”). The Renewal Period Fixed Highway OMM Price Proposal shall include the following:

- (i) a proposed fixed price for the performance of the Highway OMM Work for the remaining ten (10) Fiscal Years of the OMM Period (containing a breakdown of the fixed price for each such Fiscal Year);
 - (ii) any required changes to the then current Master Programme; and
 - (iii) such other information as may be reasonably requested by the Project Company.
- (b) The Project Company shall have sixty (60) days in which to review the Renewal Period Fixed Highway OMM Price Proposal and within such time shall notify (the “Proposal Notice”) the Operator, that:
- (i) the Renewal Period Fixed Highway OMM Price Proposal is Approved; or
 - (ii) the Renewal Period Fixed Highway OMM Price Proposal is not Approved, in whole or in part, together with reasons therefor in which event, the Operator and the Project Company shall, using reasonable commercial efforts, attempt to reach agreement on a modified Renewal Period Highway OMM Fixed Price Proposal within twenty (20) Business Days following receipt by the Operator of the Proposal Notice or such other period of time that the parties may agree to in writing, failing which, the matter shall be resolved pursuant to Article 24.
- (c) If the Project Company and the Operator have not reached agreement regarding the Renewal Period Fixed Highway OMM Price Proposal prior to the Twentieth Anniversary Date or if the Operator does not provide the Renewal Period Fixed Highway OMM Price Proposal as required under Subsection 4.3(a), the most recent Twenty Year Fixed Highway OMM Price shall remain in effect

until the Renewal Period Fixed Highway OMM Price Proposal has been Approved by the Project Company or otherwise resolved in accordance with Article 24.

Article 24 – Dispute Resolution

24.7 The Decision

(a) Subject to the *Arbitration Act*, the Arbitrator will make and send a decision in writing to the parties within thirty (30) Business Days after the conclusion of all hearings referred to in Section 24.6 unless that time period is extended for a fixed period by the Arbitrator on written notice to each party because of illness or other cause beyond the Arbitrator's control and, unless the parties otherwise agree, will set out reasons for decision in the decision.

(b) In the case of a panel of Arbitrators, the decision of the majority of the Arbitrators shall be deemed to be the decision of the arbitration panel.

(c) Subject to the exceptions set out in the *Arbitration Act* and monetary claims in excess of Two Hundred Thousand Dollars (\$200,000.00) or errors in law, the decision of the Arbitrator shall be final and binding on the parties and shall not be subject to any appeal or review procedure, provided that the Arbitrator has followed the rules and procedures provided herein in good faith and has proceeded in accordance with the principles of natural justice. For greater certainty (but subject to the exceptions set out in the *Arbitration Act*), the decision of the Arbitrator with respect to the Renewal Period Fixed Highway OMM Price pursuant to Section 4.2 shall be final and binding on the parties.

(d) If the decision involves the resolution of a monetary claim in excess of Two Hundred Thousand Dollars (\$200,000.00) or if there has been an error in law, the decision of the Arbitrator may be appealed by the parties and determined by an action brought in a court of competent jurisdiction.

24.8 Jurisdiction and Powers of the Arbitrator

(b) Without limiting the jurisdiction of the Arbitrator at law, the parties agree that the Arbitrator shall have jurisdiction to:

- (xi) make an order or orders as to the payment of costs of the arbitration[.]

24.9 Arbitration Act

The rules and procedures of the *Arbitration Act* shall apply to any arbitration conducted hereunder except to the extent that they are modified by the express provisions of Article 24.

(2) Arbitration Act

[22]

The relevant sections of the *Arbitration Act* are:

Correction of award

44(1) An arbitral tribunal may, on its own initiative within 30 days after making an award or at a party's request made within 30 days after receiving the award,

(a) correct typographical errors, errors of calculation and similar errors in the award, or

(b) amend the award so as to correct an injustice caused by an oversight on the part of the arbitral tribunal.

44(2) The arbitral tribunal may, on its own initiative at any time or at a party's request made within 30 days after receiving the award, make an additional award to deal with a claim that was presented in the arbitration but omitted from the earlier award.

Correction de la sentence arbitrale

44(1) Le tribunal arbitral peut, de son propre chef, dans les trente jours après avoir rendu la sentence arbitrale ou sur demande d'une partie présentée dans les trente jours de sa réception :

a) corriger dans le texte de la sentence arbitrale des erreurs de typographie, des erreurs de calcul et d'autres erreurs similaires;

b) modifier la sentence arbitrale de manière à remédier à une injustice que le tribunal arbitral a causée par inadvertance.

44(2) Le tribunal arbitral peut, de son propre chef, à tout temps ou sur demande d'une partie présentée dans les trente jours de sa réception, rendre une sentence arbitrale complémentaire pour traiter une demande qui a été présentée à l'arbitrage mais qui a été omise dans la sentence

44(3) The arbitral tribunal need not hold a hearing or meeting before rejecting a request made under this section.

Appeal of award

45(1) A party may appeal an award to the court on a question of law with leave, which the court shall grant only if it is satisfied that

(a) the importance to the parties of the matters at stake in the arbitration justifies an appeal, and

(b) determination of the question of law at issue will significantly affect the rights of the parties.

45(2) If the arbitration agreement so provides, a party may appeal an award to the court on a question of law.

45(3) If the arbitration agreement so provides, a party may appeal an award to the court on a question of fact or on a question of mixed fact and law.

45(4) The court may require the arbitral tribunal to explain any matter.

45(5) The court may confirm, vary or set aside the award or may remit the award to the arbitral tribunal, with the court's opinion on the question of law, in the case of an appeal on a question of law, and give directions about the conduct of the arbitration.

arbitrale précédente.

44(3) Le tribunal arbitral n'est pas obligé de tenir une audience ou une réunion avant de rejeter une demande présentée en vertu du présent article.

Appel de la sentence arbitrale

45(1) Une partie peut appeler à la cour, avec sa permission d'une sentence arbitrale sur une question de droit, et celle-ci n'accorde sa permission que si elle est convaincue de ce qui suit :

a) l'importance pour les parties des questions en jeu à l'arbitrage justifie l'appel;

b) la décision concernant la question de droit litigieuse peut porter atteinte de manière significative aux droits des parties.

45(2) Si la convention d'arbitrage le prévoit, une partie peut appeler à la cour de la sentence arbitrale sur une question de droit.

45(3) Si la convention d'arbitrage le prévoit, une partie peut appeler à la cour de la sentence arbitrale sur une question de fait ou sur une question mixte de fait et de droit.

45(4) La cour peut exiger du tribunal arbitral des explications sur une question quelconque.

45(5) La cour peut confirmer, modifier ou annuler la sentence arbitrale ou la déférer au tribunal arbitral, accompagnée de son avis sur la question de droit, dans le cas d'un appel sur une question de droit, et donner des directives concernant la conduite de l'arbitrage.

IV. Grounds of Appeal

[23]

NBHC sets out its grounds of appeal as follows:

1. Did the motion judge err in law in concluding s. 24.7 of the OMM Agreement does not grant an automatic right of appeal on a question of law by:
 - (a) failing to read the OMM Agreement as a whole and not recognizing the express right of appeal provided for in s. 24.7(d) of the OMM Agreement for all awards decided through arbitration under the OMM Agreement;
 - (b) failing to assign meaning to all the terms of the OMM Agreement and specifically the terms “error(s) in law” and “may be appealed” in ss. 24.7(c) and (d) of the OMM Agreement;
 - (c) misinterpreting the terms “error(s) in law,” “may be appealed” and “final and binding” in ss. 24.7(c) and (d) of the OMM Agreement, which are terms of art in arbitration and dispute resolution clauses;
 - (d) interpreting one sentence in s. 24.7(c) of the OMM Agreement in isolation from the preceding sentence in that section; and
 - (e) failing to adopt an interpretation of ss. 24.7(c) and (d) of the OMM Agreement that follows the governing principles of contractual interpretation?
2. Did the motion judge err in law in concluding that NBHC’s preliminary motions did not identify questions of law?

V. Standard of Review

[24] NBHC claims the correctness standard of review applies to both grounds.

[25] MRDC submits that the motion judge's determination that the OMM Agreement does not grant NBHC a right to appeal on questions of law is entitled to deference and reviewable on a standard of mixed fact and law, and that she did not make a palpable and overriding error when she concluded s. 24.7 of the OMM Agreement does not grant NBHC the contractual right to appeal. MRDC argues, in the alternative, that the motion judge was correct when she concluded there is no contractual right to appeal on questions of law in respect of the Award, the Interest Award or the Costs Award and, in the further alternative, that even if there were a contractual right to appeal on questions of law, the motion judge correctly concluded NBHC did not raise questions of law.

[26] This Court recently discussed standards of review generally in *666917 N.B. Inc. et al. v. Stairs Building (2004) Ltd.*, 2022 NBCA 22, [2022] N.B.J. No. 115 (QL):

The discretionary standard reflects the high standard of deference accorded to discretionary decisions. On appeal, the Court may only interfere with a discretionary judicial decision if it is founded on an error of law, an error in the application of the governing principles, or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence: *Maisonneuve, Hamelin, Martin Ltd. v. JWT Campground Inc.*, [2021] N.B.J. No. 205 (QL) (C.A.), at para. 45.

With respect to the remaining standards, questions of law are reviewable on the standard of correctness, while questions of fact are reviewable on the standard of palpable and overriding error: *Vautour et al. v. Her Majesty the Queen in right of the Province of New Brunswick et al.*, 2021 NBCA 4, [2021] N.B.J. No. 18 (QL), at para. 31; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

Questions of mixed fact and law are reviewable on the standard of palpable and overriding error, unless a question of law is extricable from the mix, in which case the standard of review is correctness. Instances where a question of law is extricable include “the application of an

incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor” (see *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at para. 53; *Algo Enterprises Ltd. v. Repap New Brunswick Inc.*, 2016 NBCA 35, 450 N.B.R. (2d) 238, at para. 18; *Vautour*, at para. 31). [paras. 28-30]

[27] With respect to the standard of review to be employed in the interpretation of contracts, in *The Conduct of an Appeal*, 5th ed (Toronto: Lexis Nexis Canada, 2022), the learned authors John Sopinka, Mark A. Gelowitz, and W. David Rankin wrote:

4. Contractual Interpretation

The standard of review on appeals involving the interpretation of a contract has been significantly altered in recent years. Historically, the interpretation of contracts was a question of law and was reviewable for correctness on appeal. Over time, that consensus began to break down. Some provincial appellate courts began holding that the interpretation of contracts may give rise to questions of mixed fact and law, whereas others continued following the historical approach. Ultimately, the Supreme Court of Canada repudiated the historical approach but recognized that correctness review may still be appropriate in certain circumstances.

In *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, [2014] S.C.J. No. 53 at para. 49, [2014] 2 S.C.R. 633(S.C.C.), the Supreme Court of Canada concluded that the historical approach of treating contractual interpretation as a question of law could no longer be justified. Instead, the Court held that contractual interpretation generally involves questions of mixed fact and law. Such questions will generally be approached with deference on appeal, if an appeal is even available in the statutory context.

Writing for a unanimous Court in *Sattva*, Rothstein J. offered two reasons for abandoning the historical approach to contractual interpretation. First, contractual interpretation had progressed beyond technical rules towards a “practical, common-sense approach” in which courts are required to consider the surrounding circumstances or “factual matrix” when interpreting a written contract. Second, the distinction drawn by previous

Supreme Court decisions between questions of law and questions of mixed fact and law suggested that contractual interpretation fell into the latter category. This is because courts interpreting a contract must “ascertain the objective intent of the parties – a fact-specific goal – through the application of legal principles of interpretation.”

In addition, Rothstein J. noted that the purpose of the distinction between questions of law and those of mixed fact and law supported the Court’s conclusion. In general, appellate intervention should be limited to questions that can be expected to have an impact beyond the parties to the particular dispute. In contract, the legal obligations arising from a particular contract are, in most cases, limited to the interests of the particular parties.

At the same time, Rothstein J. recognized that there may be exceptions to the general rule that contractual interpretation involves issues of mixed fact and law. First, certain issues in contract law clearly engage substantive rules of law, such as the requirements for the formation of the contract the capacity of the parties, and the requirement that certain contracts be evidenced in writing. Second, it may be possible to identify an extricable question of law from within what was initially characterized as a question of mixed fact and law. Rothstein J. cautioned that “courts should be cautious in identifying extricable questions of law in disputes over contractual interpretation. [§2.87-§2.9]

[28] In *Civil Appeals*, vol. 2 (Toronto: Thompson Reuters, 2022), Donald J.M. Brown, K.C., wrote:

Interpretation of Contracts – Presumptively A Question of Mixed Fact and Law

Since a contract provides operative legal norms, its construction, typically and historically was classified as a question of law and was reviewed on the standard of correctness. However, since contract interpretation is fact-specific, in that today the interpretative principles are applied in light of the factual matrix, the Supreme Court of Canada in *Sattva* has held the standard is no longer correctness. Of course, where it is necessary to make findings of fact as, for example, to establish the terms of a contract, other than the implications of a term, the

applicable standard is “palpable and over-riding error”. And, prior to *Sattva*, it was said that, as a prelude to interpretation, the determination of the true meaning of the words and the factual matrix gives rise to either questions of fact or questions of mixed fact and law. As well, it has been said that whether a contract is ambiguous is a question of fact. Moreover, prior to *Sattva*, some courts said that questions of contract *interpretation* directly gave rise to questions of mixed fact and law, whereas others, while conceding that the interpretation of the words is a question of law, went on to say that the application of the contract to the particular facts gives rise to a question of mixed fact and law. That latter position is now the proper classification of contract interpretation questions and accordingly presumptively they will be reviewable by the “reasonableness” standard of appellate review.

Interpretation of Contracts – Exception: An Extrinsic Question of Law

Of course, characterizing the issue as one of mixed fact and law will not automatically establish the standard of review. Rather, once the facts have been established, the “correctness” standard may still apply. Primarily, this will be so where the interpretation is seen as establishing a precedent as is the case where the contract in question is a standard form contract, and, as such, as constituting an “extricable” question of law reviewable for correctness. As the Supreme Court has noted, “[E]xtricable questions of law include the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor”. Accordingly, decision-making process errors, such as the improper use of the principles of interpretation, including the requirement that the agreement must be read as a whole, disregarding a “clear, compelling substantive provision”, and errors as to whether evidence of the factual matrix is used properly in connection with the construction of an agreement, have been said to raise questions of law. [§ 14:25-§ 14:26]

[29] As these excerpts highlight, in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, the Supreme Court departed from the traditional approach to contractual interpretation. Reflecting on this change in *Corner Brook (City) v. Bailey*, 2021 SCC 29, [2021] S.C.J. No. 29 (QL), it observed:

Sattva marked a significant change in the jurisprudence. Traditionally, the interpretation of contracts was a matter of law, not mixed fact and law. This was because interpretation was seen primarily as an exercise in giving meaning to words. Circumstances were generally relevant to interpretation only where there was an ambiguity.

[para. 17]

[30]

Sattva articulates the following principles of contract law:

The meaning of words is often derived from a number of contextual factors, including the purpose of the agreement and the nature of the relationship created by the agreement (see *Moore Realty Inc. v. Manitoba Motor League*, 2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300, at para. 15, per Hamilton J.A.; see also *Hall*, at p. 22; and *McCamus*, at pp. 749-50). As stated by Lord Hoffmann in *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98 (H.L.):

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

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

The purpose of the distinction between questions of law and those of mixed fact and law further supports this conclusion. One central purpose of drawing a distinction between questions of law and those of mixed fact and law is to limit the intervention of appellate courts to cases where the results can be expected to have an impact beyond the parties to the particular dispute. It reflects the role of courts of appeal in ensuring the consistency of the law, rather than in providing a new forum for parties to continue

their private litigation. For this reason, *Southam* identified the degree of generality (or “precedential value”) as the key difference between a question of law and a question of mixed fact and law. The more narrow the rule, the less useful will be the intervention of the court of appeal: [...]

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

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

[Emphasis added; paras. 48, 50-53]

[31] *Sattva* cautions appellate courts not to hasten to identify extricable errors of law in litigation respecting contractual interpretation:

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

The warning expressed in *Housen* to exercise caution in attempting to extricate a question of law is relevant here:

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

Although that caution was expressed in the context of a negligence case, it applies, in my opinion, to contractual interpretation as well. As mentioned above, the goal of contractual interpretation, to ascertain the objective intentions of the parties, is inherently fact specific. The close relationship between the selection and application of principles of contractual interpretation and the construction ultimately given to the instrument means that the circumstances in which a question of law can be extricated from the interpretation process will be rare. In the absence of a legal error of the type described above, no appeal lies under the [*Arbitration Act*] from an arbitrator’s interpretation of a contract. [Emphasis added; paras. 54-55]

[32] Therefore, the question before this Court is: did the motion judge’s interpretation of s. 24.7 of the OMM Agreement reveal an “extricable” question of law? If so the standard of review is correctness, and we can determine the correct interpretation of the OMM Agreement. Otherwise, her interpretation is entitled to deference and is subject to a standard of palpable and overriding error.

VI. Analysis

A. *First ground of appeal – Did the motion judge err in concluding the OMM Agreement does not grant a contractual right of appeal on questions of law?*

[33] The motion judge held that a plain reading of s. 24.7 of the OMM Agreement indicates there is no right of appeal respecting the Renewal Price. She stated:

In my view, a plain reading of section 24.7 of the OMM Agreement does not grant NBHC an automatic right of appeal on a question of law. The process to arrive at a decision by an Arbitration Panel on The Renewal Price is set out comprehensively in the OMM Agreement and would have included an automatic right to appeal beyond those provided under the *Arbitration Act*, if that had been the intention of the parties. A review of section 24.7 of the OMM Agreement is clear that the decision of the Renewal Price by an Arbitration Panel is final and binding on the parties other than pursuant to those exceptions as set out in the *Arbitration Act*. Pursuant to section 45(1) of the *Arbitration Act* a party may appeal an Arbitration Award to the Court with leave. In the circumstances of this case NBHC does not have a contractual right to appeal the Arbitral Awards related to the Renewal Price but must rely on the statutory remedies [available] to it under the *Arbitration Act*. [para. 30]

[34] In other words, the motion judge's interpretation was that a plain reading of s. 24.7 does not grant a right of appeal; and, had it been their intention to include a right of appeal for the Renewal Price beyond the exceptions found in the *Act*, the parties would have provided for it.

[35] NBHC asserts the motion judge made the following errors in concluding a plain reading of s. 24.7 does not grant a contractual right of appeal. Although these mirror the grounds of appeal set out at paragraph 23, I will repeat them here for ease of reference. NBHC states the motion judge:

- (a) failed to read the OMM Agreement as a whole and to recognize the express right of appeal provided for in s. 24.7(d) of the OMM Agreement for all awards decided through arbitration under the OMM Agreement;
- (b) failed to assign meaning to all the terms of the OMM Agreement, specifically the terms "error(s) in law" and "may be appealed" in ss. 24.7(c) and (d);

- (c) misinterpreted the terms “error(s) in law,” “may be appealed” and “final and binding” in ss. 24.7(c) and (d) of the OMM Agreement, which are terms of art in arbitration and dispute resolution clauses;
- (d) interpreted one sentence in s. 24.7(c) of the OMM Agreement in isolation from the preceding sentence in that section; and
- (e) failed to adopt an interpretation of ss. 24.7(c) and (d) of the OMM Agreement that follows the governing principles of contractual interpretation.

[36] MRDC argues that the motion judge’s interpretation is consistent with the reading of the contract as a whole and with commercial principles and that it reflects good business sense in the context of the factual matrix.

[37] The parties agree with the principles of contractual interpretation the motion judge was required to apply. However, they disagree on whether the motion judge properly applied these principles in arriving at her decision.

[38] When interpreting a contract, the main objective is to give effect to the intentions of the parties. In determining these intentions, the words of the contract form the starting point. That said, individual words and phrases must be read in the context of the entire agreement. A contract should be construed as a whole, and effect should be given to all its provisions. This means that, when possible, the provisions of a contract should be reconciled in a manner that eliminates inconsistencies. In *Sattva*, Rothstein J. wrote for the Court:

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

law that would be extricable from a finding of mixed fact and law. [para. 64]

See also *Ventas, Inc. v. Sunrise Senior Living Real Estate Investment Trust*, 2007 ONCA 205, [2007] O.J. No. 1083 (QL), at para. 24.

[39] It is also a fundamental principle of contractual interpretation that contracts must be interpreted in accordance with sound commercial principles and good business sense. The words of a contract should be interpreted in the context of the surrounding circumstances in which the parties reached their agreement. In *Sattva*, the Court wrote:

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

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

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

[para. 47]

See also *Directcash ATM Management Partnership et al. v. Maurice's Gas & Convenience Inc. et al.*, 2015 NBCA 36, [2015] N.B.J. No. 142 (QL).

[40] In my view, applying these principles of contractual interpretation to s. 24.7 of the OMM Agreement confirms that the parties intended there be no right to appeal an arbitral award relating to the Renewal Price, except on questions of law with leave of the court. Reading ss. 24.7(a) and (c) together does not support an automatic contractual right of appeal regarding disputes that concern the Renewal Price. I will address each of the errors NBHC contends were made in the order they were alleged.

(1) Did the motion judge fail to examine the OMM Agreement as a whole?

[41] When s. 24.7(c) of the OMM Agreement is read in its entirety, the words used in its second sentence differentiate a Renewal Price award from other arbitral decisions with respect to the right to appeal errors of law. Although the first sentence refers to both “the exceptions set out in the *Arbitration Act*” and “errors in law,” the second sentence relating to the Renewal Price only makes reference to “the exceptions set out in the *Arbitration Act*.”

[42] Section 45 of the *Act* provides that, unless there is an express agreement by the parties that expands the scope for appeal, an arbitral award can only be appealed with leave of a court on a question of law. Had the parties intended there be a right to appeal an arbitral award relating to the Renewal Price on a question of law, they would have repeated the phrase “or errors in law” in the second sentence of s. 24.7(c). The omission of those words, coupled with continued reference to the “exceptions” under the *Arbitration Act*, make it apparent there was no right to appeal a Renewal Price arbitral award while preserving a party’s right to seek leave to appeal on a question of law notwithstanding the “final and binding” nature of the decision.

[43] If the second sentence of s. 24.7(c) were to be read in the context of both ss. 24.7(c) and (d), there would be no reason to include the second sentence of s. 24.7(c) unless the parties intended the Renewal Price award to be treated differently than all other arbitral awards when it came to rights of appeal. Had it been the intention of the parties that there be an automatic right to appeal a Renewal Price arbitral award on a question of law, there would be no need to distinguish it from other arbitral decisions. Such a result would have flowed automatically from either the first sentence of s. 24.7(c) or s. 24.7(d). Interpreting the last sentence of s. 24.7(c) as requiring leave to appeal a Renewal Price award on a question of law ensures that the words used in that sentence are given meaning. If we were to interpret s. 24.7(c) as NBHC suggests, it would render the second sentence useless or purposeless. The first sentence of s. 24.7(c) provides that, but for the exceptions set out in the *Act*, monetary claims in excess of two hundred thousand dollars (\$200,000) or errors of law, there can be no appeal. If the Renewal Price were to be treated the same as other arbitral decisions, there would be no reason to make specific provision for it. The second sentence is only given meaning if it is interpreted to mean that Renewal Price decisions are not subject to the monetary claims and errors of law exceptions. If the intention of the parties was as NBHC argues, they would have included the same “for greater certainty” wording in both s. 24.7(a) and(d). They did not.

[44] As submitted by MRDC, interpreting the last sentence of s. 24.7(c) as distinguishing a Renewal Price arbitration from other arbitral disputes under the OMM Agreement is also consistent with the fact that the process to determine the Renewal Price is a unique feature of the OMM Agreement, which is subject to its own distinct pre-arbitration process.

[45] Interpreting the OMM Agreement as limiting a party’s right to appeal a Renewal Price award to questions of law with leave also accords with sound commercial principles.

[46] MRDC makes its case on this point as follows in its written submissions:

- (a) the OMM Agreement provides that the Renewal Price must be completely re-set for the final 10 years of the OMM Period;
- (b) until the Renewal Price is established, MRDC does not know how much it will receive from the Province to carry out MRDC's obligations during the final 10 years of the OMM Period, and NBHC does not know how much it will be required to pay;
- (c) while such uncertainty exists, it is very difficult for either party to budget and for MRDC, in particular, to optimize its plans for maintaining and rehabilitating the Facility;
- (d) the OMM Agreement provides that MRDC may not submit its Renewal Price Proposal – and thus begin the Renewal Price setting process – until the final year of the Initial Period;
- (e) given the sheer scope and factual and technical complexity of the Renewal Price Proposal, and the amounts in issue, it was a virtual certainty that the Renewal Price would not be agreed or determined prior to the expiry of the Initial Period (in this case, the Award was released approximately 2.5 years following the end of the Initial Period and this Appeal will be heard more than 4.5 years into the Renewal Period); and
- (f) the OMM Agreement provides that, until such time as the Renewal Price is agreed or determined, NBHC need only pay MRDC the same Annual Fixed OMM Price that it paid during the last year of the Initial Period.

[para. 59]

[47] In my view, the process to be used to determine the Renewal Price makes a strong commercial and business case in favour of the conclusion that the parties intended an arbitral award setting the Renewal Price to be final and binding on the parties and only subject to appeal in very limited circumstances (i.e. where a court could be convinced to grant leave to appeal on a question of law), based upon the plain and ordinary meaning of the words.

[48] Again, it is apparent that the parties included the Renewal Price in the second sentence of s. 24.7(c) to distinguish it from other arbitral decisions. A plain reading of that provision demonstrates that the monetary claims and errors of law exceptions do not apply to Renewal Price decisions. As such, there is no contractual right to appeal Renewal Price decisions. It is imperative we keep in mind that every contract is unique unless it is a standard form contract.

[49] In this case, the motion judge clearly considered the full text of s. 24.7 in the context of the OMM Agreement as a whole as well as the surrounding commercial circumstances and the factual matrix. She summarized the parties' respective positions and quoted from their written submissions. The motion judge clearly decided questions of mixed fact and law and, in doing so, she made no palpable or overriding error.

[50] NBHC asks this Court to do exactly what the Supreme Court explicitly warned against: create questions of law from the questions of mixed fact and law that were before the Panel and the motion judge (see *Teal Cedar Products Ltd. v. British Columbia*, 2017 SCC 32, [2017] 1 S.C.R. 688).

[51] The jurisprudence unquestionably instructs that only in rare cases is it permissible for an appellate court to review a lower court's contractual interpretation on a standard of correctness. This is not one of them. I add that even if I had applied the correctness standard, I would not have found error.

(2) Did the motion judge err in failing to assign meaning to all the terms of the OMM Agreement?

[52] NBHC argues the motion judge failed to assign meaning to all the terms of the OMM Agreement because she did not expressly "mention, explain or describe the importance of" the phrases "error(s) in law" and "may be appealed" in its ss. 24.7(c) and (d).

[53] In *Stairs Building*, this Court wrote:

Both parties agree courts should consider the surrounding circumstances of a contract when interpreting it. In *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, the Supreme Court wrote the interpretation of a contract is inherently fact specific:

The shift away from the historical approach in Canada appears to be based on two developments. The first is the adoption of an approach to contractual interpretation which directs courts to have regard for the surrounding circumstances of the contract – often referred to as the factual matrix – when interpreting a written contract (*Hall*, at pp. 13, 21-25 and 127; and J.D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at pp. 749-51). The second is the explanation of the difference between questions of law and questions of mixed fact and law provided in Canada (*Director of Investigation and Research v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35, and *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 26 and 31-36. [...]

[para. 39]

[54] It is clear from the decision that the motion judge considered and understood NBHC’s arguments concerning the meaning of the phrases “error(s) in law” and “may be appealed.” She outlined the respective positions of the parties, demonstrating she had considered all arguments including NBHC’s submissions regarding the phrase “for greater certainty” and the effect of the phrases “final and binding,” “errors in law” and “may be appealed.” With these considerations in mind, the motion judge determined that a plain reading of s. 24.7(c) did not provide an automatic right of appeal on a question of law. I would dismiss this ground of appeal.

(3) Did the motion judge err by incorrectly interpreting “terms of art”?

[55] NBHC asserts the phrases “error(s) in law,” “may be appealed” and “final and binding” are all “terms of art,” which are commonly found in arbitration contracts. It

suggests the inclusion of these phrases means the parties provided for express rights of appeal. NBHC referenced numerous cases to support its contention, but none are authority for such a broad proposition. I agree with MRDC that these terms are ordinary phrases, and the motion judge did not misconstrue them.

[56] Among the 50 cases cited by NBHC, the only one that uses the phrase “term of art” is the decision of the Court of Appeal of Alberta in *IFP Technologies (Canada) Inc. v. EnCana Midstream and Marketing*, 2017 ABCA 157, [2017] A.J. No. 666 (QL), which involved a standard form contract. In that case, a fundamental issue was whether the term “working interest” with respect to oil and gas leases had any meaning in Canadian oil and gas law. The Court found the phrase was a “legal term of art with a specific meaning in the oil and gas industry [...] which [the] Court should uphold in keeping with what were undoubtedly the parties’ mutual intentions when the subject contract was concluded” (para. 1). The case before us is distinguishable because NBHC is attempting to transform ordinary phrases into fixed or standardized phrases having immutable legal meanings.

[57] NBHC’s argument that the motion judge committed a reviewable error in law by failing to “explain” the “terms of art” in her decision is without merit.

[58] The motion judge did not misconstrue the phrases in question, and I would dismiss this ground of appeal.

(4) Did the motion judge improperly “isolate” terms?

[59] NBHC alleges the motion judge “improperly isolated” the phrases “for greater certainty” and “final and binding” in the second sentence of s. 24.7(c) of the OMM Agreement in deciding there is no contractual right to appeal the Award.

[60] As stated earlier, the motion judge considered the language of the OMM Agreement as a whole (including all of s. 24.7), the commercial practicalities as well as the factual matrix and concluded there was no contractual right of appeal.

[61] NBHC relies on the decision of the Court of Appeal for Ontario in *1298417 Ontario Ltd. v. Lakeshore (Town)*, 2014 ONCA 802, [2014] O.J. No. 5449 (QL), in support of the following principles of interpretation that it says apply to the phrase “for greater certainty”:

- (a) when placed at the beginning of a sentence, the phrase “for greater certainty” indicates that the words that follow are intended to provide a fuller understanding of the previous sentence;
- (b) the words that follow the phrase “for greater certainty” cannot change the meaning and intent of the words that precede it; and
- (c) the phrase suggests that the words that follow should be read consistently with the words that precede it.

[62] NBHC argues that interpreting s. 24.7(c) to restrict appeals to questions of law with leave offends these principles. However, *1298417 Ontario Ltd.* does not support NBHC’s position and can be distinguished on its facts.

[63] In that decision, the Court of Appeal for Ontario determined the trial judge made extricable legal errors when interpreting a clause in an agreement in isolation rather than construing the clause as a whole. At issue on appeal was the trial judge’s interpretation of the words “additional capacity” in a contractual provision:

The provision at issue [...] states:

The Municipality hereby grants and approves the allocation of additional capacity in the Existing System so as to allow for full development of the St.

Clair Shores Subdivision, in compliance with the existing zoning provisions for the said Subdivision. For greater certainty, said additional capacity shall be deemed to have been expressly reserved for the benefit of the St. Clair Shores Subdivision, and the Municipality shall not, prior to completion of full development and build out of residential and commercial buildings in the St. Clair Shores Subdivision, grant and/or approve additional capacity in the Existing System for lands outside of the St. Clair Shores Subdivision.

[Emphasis added; emphasis in original omitted; para. 5]

[64] In reading the sentence that begins with “for greater certainty,” the trial judge ascribed a different meaning to the term “additional capacity” than to the same term in the previous sentence. Not only was the trial judge’s reading of the sentence in question inconsistent with his reading of the previous sentence, it also resulted in an illegal, unenforceable contract, which could not have been the intention of the parties.

[65] In the case before us, no similar issue exists. As submitted by MRDC in its written submission regarding *1298417 Ontario Ltd.*:

[...] Interpreting sections 24.7(c) and 24.7(d) as restricting appeals of a Renewal Price award to questions of law with leave, does not require the same terms to be given different meanings from one sentence to the next; nor does it render sections 24.7(c) or 24.7(d) illegal and unenforceable. Furthermore, interpreting the second sentence of section 24.7(c) as requiring leave to appeal a question of law in the context of a Renewal Price award is entirely consistent with the OMM Agreement, the legislative scheme set out in the *Act*, and the weight of jurisprudence emphasizing the need for judicial deference to decisions of commercial arbitrators. [para. 86]

[66] I agree. NBHC’s suggestion with respect to the inclusion of the phrase “for greater certainty” would result in the second sentence having no other purpose than to repeat the first sentence verbatim. That would not be consistent with sound interpretive principles.

[67] Reading the OMM Agreement (specifically its Article 24 respecting dispute resolution) as a whole does not favour recognition of an automatic right of appeal on the Renewal Price. The sentence that begins with “for greater certainty” cannot be overlooked in the context of the surrounding provisions.

[68] When the OMM Agreement was crafted over 20 years ago, the price for the first two thirds of the contract was \$172,000,000 (in 1998 dollars). It is reasonable that the parties understood that the Renewal Price for the last 10 years would also be in the millions of dollars, well above the \$200,000 referenced in Article 24. It is reasonable to interpret that, by adding the “for greater certainty” language, the parties meant to clarify that simply because the Renewal Price exceeds \$200,000, there was no automatic right to appeal an arbitral decision relating to its assessment.

[69] Also unsupported by an interpretation of the OMM Agreement as a whole is NBHC’s additional argument that the phrases “for greater certainty” and “final and binding” were included in the last sentence of s. 24.7(c) in order to make clear that the arbitration of the Renewal Price was to be treated as a “valuation” with respect to appeals.

[70] To characterize the Renewal Price as a “monetary claim” would be incorrect, in my opinion. An attempt to find jurisprudence that defines what exactly constitutes a “monetary claim” provided limited results. Regardless, the simple definitions/descriptions of “claim” support my opinion of an “incorrect characterization.” In *Canadian Abridgment Words & Phrases*, two cases discussed the word “claim”:

In practice the word “claim” and the phrase “cause of action” relate to the same thing and have one meaning.

[*Minick v. Trow* 83 NY 514, 516]

A claim in a just juridical sense, is a demand of some matter as of right, made by one person upon another to do or to forbear to do some act or thing as a matter of duty.

[*Prigg v. Commonwealth* 16 Pet. 541]

[71] Furthermore, in *Province of New Brunswick v. Grant Thornton*, 2020 NBCA 18, [2020] N.B.J. No. 70 (QL), Drapeau J.A. wrote:

First, s. 5(1)(a) applies to a “claim”, which is defined in s. 1(1) as “a claim to remedy the injury, loss or damage that occurred as a result of an act or omission”. In *Johnson v. Studley*, 2014 ONSC 1732, [2014] O.J. No. 1232 (QL), Justice Perell observed a “less circular and more useful definition for ‘claim’ would be that a ‘claim’ is a cause of action, which is the fact or facts which give a person a right to judicial redress or relief against another” (para. 54). He refers to the following cases in support of that understanding of the word “claim”: *Lawless v. Anderson*, 2011 ONCA 102, [2011] O.J. No. 519 (QL), at para. 22, Rouleau J.A. for the Court; and *Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.*, [1998] O.J. No. 459 (C.A.) (QL), at para. 24. I agree with that interpretation and the underlying equation between a claim and a cause of action, which Justice Perell defines, correctly in my view, as a fact situation that gives a person a right to a judicial remedy against another. The discoverability rule relates to causes of action, not potential or possible causes of action. Likewise, s. 5(1)(a) applies to claims, not “potential” or possible claims. [para. 93]

[72] Although reversed on other grounds, the Supreme Court confirmed Drapeau J.A.’s reasons regarding the terms “cause of action” and “claim.” In *Grant Thornton LLP v. New Brunswick*, 2021 SCC 31, [2021] S.C.J. No. 31 (QL), the Court wrote:

In arguing that the legislature ousted the common law rule, Grant Thornton points to some linguistic differences between the common law rule and s. 5. It emphasizes the fact that the common law rule uses the term “cause of action”, whereas s. 5 uses the term “claim”. According to Grant Thornton, these concepts are distinct: the former refers to a set of facts entitling a plaintiff to a remedy from the court, while the latter is “purely a limitations concept” with “only two factual components (wrongful conduct and resulting damage)” (A.F., Grant Thornton LLP and Kent M. Ostridge, at para. 65, quoting D. Zacks, “Claims, Not Causes of Action: The Misapprehension of Limitations Principles” (2018), 48 *Advocates’ Q.* 165, at p. 165).

I recognize that the distinction between “claim” and “cause of action” could be meaningful in some circumstances; but in my view, it is not so here. In fact, the *LAA*’s own wording shows that the use of “claim” does not rule out a shared meaning with “cause of action”. Section 1(1) defines a claim as a “claim to remedy the injury, loss or damage that occurred as a result of an act or omission”. In short, s. 1(1) indicates that the legislature’s use of the term “claim” focuses on a set of facts giving rise to a remedy, which is the same meaning that Grant Thornton attributes to the term “cause of action”.

This interpretation is supported by the French text of s. 5(2) of the *LAA*, which reads in part as follows: “[l]es faits ayant donné naissance à la réclamation sont découverts le jour où le réclamant a appris ou aurait dû normalement apprendre”. In addition, the French text of s. 1(1) defines “réclamation” as “[r]éclamation pour obtenir réparation de préjudices, de pertes ou de dommages survenus par suite d’un acte ou d’une omission”. As is apparent, the wording of the French text supports my interpretation of the English text, and confirms that “claim” in s. 5 means “cause of action”, namely: discovering the facts giving rise to a claim to obtain relief for the injury, loss or damage that resulted from an act or omission. This is the legal equivalent of “a set of facts entitling a plaintiff to a remedy”, the definition of a “cause of action” put forward by Grant Thornton.

More probative are the Hansard Debates preceding the enactment of the *LAA*. When asked why the statute uses the term “claim” instead of “cause of action”, the Minister of Justice explained:

In a sense, it is really just semantics. Tim Rattenbury, who works for the Office of the Attorney General, and I had a good discussion. The word “claim” is just another way to characterize bringing forward your matter for purposes of litigation. “Cause of action” is the same thing. The standardization of these particular ways of characterizing an action before the courts is simply semantics.

(New Brunswick, Legislative Assembly, Journal of Debates (Hansard), 3rd Sess., 56th Assem., June 17, 2009, at p. 50 (Hon. Mr. Burke))

In other words, according to the Minister, using “claim” instead of “cause of action” amounts to a distinction without a difference. While not in itself determinative, the Minister’s statement can hardly be taken as evidencing the “clear legislative language” needed to oust or limit the common law rule (see *Godfrey*, at para. 32). If anything, it demonstrates the opposite.

[Emphasis in original; paras. 36-39]

[73] There may be cases where the term “claim” cannot be equated to “cause of action,” but this is not one of those.

[74] The commercially reasonable contract price for the Renewal Period which resulted from the Arbitration process is not a “monetary claim.” The Renewal Price is not a claim under the OMM Agreement; it is simply a contract price.

[75] As MRDC points out in its written submission, the word “valuation” is absent from the main body of the OMM Agreement, whereas the words “arbitration” and “arbitrator” are used repeatedly. Article 24 provides that arbitration will involve: (a) the appointment of an arbitrator or arbitral panel; (b) the exchange of pleadings; (c) the filing of evidence; and (d) the conduct of an oral hearing. Section 4.3 expressly provides that this is the arbitration process to follow should the parties be unable to agree.

[76] As a result, I do not agree with NBHC that the OMM Agreement can be interpreted to mean that an arbitration held to decide the Renewal Price would constitute a “valuation.” I would dismiss this ground of appeal.

(5) Did the motion judge err by failing to set out, refer to or follow the governing principles of contractual interpretation?

[77] NBHC contends the motion judge failed to “set out, refer to or follow” the governing principles of contractual interpretation. In my view, this amounts to an insufficiency of reasons ground. It is well established that courts of appeal, when

considering the sufficiency of reasons, should read them as a whole in the context of the evidence, the arguments and the hearing. In *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, the Supreme Court wrote:

These purposes are fulfilled if the reasons, read in context, show why the judge decided as he or she did. The object is not to show *how* the judge arrived at his or her conclusion, in a “watch me think” fashion. It is rather to show *why* the judge made that decision. The decision of the Ontario Court of Appeal in *Morrissey* predates the decision of this Court establishing a duty to give reasons in *Sheppard*. But the description in *Morrissey* of the object of a trial judge’s reasons is apt. Doherty J.A. in *Morrissey*, at p. 525, puts it this way: “In giving reasons for judgment, the trial judge is attempting to tell the parties what he or she has decided and why he or she made that decision” (emphasis added). What is required is a logical connection between the “what” – the verdict – and the “why” – the basis for the verdict. The foundations of the judge’s decision must be discernable, when looked at in the context of the evidence, the submissions of counsel and the history of how the trial unfolded.

Explaining the “why” and its logical link to the “what” does not require the trial judge to set out every finding or conclusion in the process of arriving at the verdict. Doherty J.A. in *Morrissey*, at p. 525, states:

A trial judge’s reasons cannot be read or analyzed as if they were an instruction to a jury. Instructions provide a road map to direct lay jurors on their journey toward a verdict. Reasons for judgment are given after a trial judge has reached the end of that journey and explain why he or she arrived at a particular conclusion. They are not intended to be, and should not be read, as a verbalization of the entire process engaged in by the trial judge in reaching a verdict.

The judge need not expound on matters that are well settled, uncontroversial or understood and accepted by the parties. This applies to both the law and the evidence. Speaking of the law, Doherty J.A. states in *Morrissey*, at p. 524:

Where a case turns on the application of well-settled legal principles to facts as found after a consideration of conflicting evidence, the trial judge is not required to expound upon those legal principles to demonstrate to the parties, much less to the Court of Appeal, that he or she was aware of and applied those principles.

[Emphasis added; some emphasis in original; paras. 17-19]

[78] In *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, the Supreme Court set out the guidelines to follow when rendering a decision. After referring to *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, on the meaning of adequate reasons, Rothstein J. wrote that the duty to give adequate reasons, as summarized by Binnie J. in *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245, requires a judge to justify and to explain the result, to tell the losing party why he or she lost, to provide for informed consideration of the grounds of appeal and to satisfy the public that justice has been done (see *McDougall*, at para. 98).

[79] Similarly, in *T.L. v. A.C.*, 2013 NBCA 24, 402 N.B.R. (2d) 373, this Court found that a trial judge had correctly applied the appropriate legal principles despite not clearly articulating them in his decision. The Court based its conclusion on the judge's references to the parties' briefs, which identified and outlined these principles.

[80] As noted above, in this case, the motion judge abundantly referred to, and quoted from, both parties' briefs throughout her decision. She also quoted numerous relevant passages from Supreme Court jurisprudence setting out the applicable legal principles. There is no merit to this ground of appeal, and I would dismiss it.

B. *Second ground of appeal – Did the motion judge err in concluding NBHC's grounds of appeal did not identify questions of law relating to the arbitration awards?*

[81] This ground focused largely on the RCA (in the initial arbitration award), the costs award, the corrections order and the interest award, with respect to which NBHC submits there are numerous questions of law.

(1) Risk contingency award

[82] NBHC contends there are questions of law arising from the Panel's determination of the RCA:

- (a) the Panel made inconsistent findings because the RCA is inconsistent with the Initial Award;
- (b) the Panel double-compensated MRDC for risk;
- (c) the Panel disregarded and failed to consider relevant evidence regarding the inclusion of global risk amounts;
- (d) the Panel formulated and applied the RCA in an arbitrary and illogical manner without evidential support;
- (e) there was a breach of natural justice when the Panel adopted the RCA approach without allowing the parties to comment on it.

[83] I will now turn to each sub-issue regarding the errors that were alleged to have been made in determining the RCA.

(a) *Inconsistent findings*

[84] The motion judge makes some general findings with regard to NBHC's attempts to craft errors of law which are irrelevant to the extricable question of law it purports to have identified. She wrote:

NBHC has gone to great lengths to set out the Arbitration Panel's interpretation and assessment of the various items highlighted which they allege amount to "errors in law". However, the Court is struck by the fact that all of these comments turn upon NBHC's interpretation of the facts and their disagreement with the approach taken by the Arbitration Panel. It is important to step back and consider the process that the Arbitration Panel went through in crafting the extremely detailed Initial Arbitral Award much of which centered upon the assessment of the best available evidence of projected costs into the future.

The Arbitration Panel was tasked with the calculation of the Renewal Price for ten years from 2018 – 2028 for the operation, maintenance, management, and rehabilitation of 200 kms of a four-lane highway. The task was painstaking and involved enormous efforts on behalf of MRDC and NBHC in presenting their best assessment of what the Renewal Price should be and why. The Court is left with the impression that NBHC has identified all the items in the Initial Arbitral Award, the Costs Order, the Corrections Order and the Interest Award that they do not agree with and have attempted to craft "errors in law" for the manner these factual findings came to be. These are not, in my respectful view, true questions of law as contemplated in the *Arbitration Act*. [pars. 33-34]

[85] The Panel was required to consider and determine several questions of fact and mixed fact and law after considering thousands of documents, written and oral testimony from 39 fact and expert witnesses, and extensive oral and written submissions.

[86] As MRDC listed in its written submission, the questions of fact and mixed fact and law that the Panel considered and decided included the following with respect to the RCA:

- (a) whether a commercially reasonable price should include a contingency; and
- (b) a reasonable quantum for any contingency.

[87] The Panel’s decision involved extensive consideration of the factual matrix before it. In my view, as I explain below, there were no extricable errors of law that would allow this Court to intervene.

[88] NBHC argues that the Panel made “legal errors” in including the RCA in the Renewal Price.

[89] A review of the record reveals the motion judge clearly considered each of these arguments – again quoting excerpts from NBHC’s written submission on the motions – before rejecting them. She found NBHC had not raised “true questions of law” in its preliminary motions. She determined NBHC’s position was based on its own interpretation and its disagreement with the Panel’s approach. She observed that the Panel’s decision was “extremely detailed,” “centered upon the assessment of the best available evidence,” considered the evidence and arguments of both parties and calculated the Renewal Price as precisely as possible (paras. 33, 37). In support of these comments, she referred to *Teal Cedar Products Ltd.* for the proposition that the Supreme Court has confirmed the need to exercise caution in determining whether issues raise true questions of law (see *Teal Cedar Products Ltd.*, at paras. 45-47).

[90] Because *Teal Cedar Products Ltd.* reaffirms *Sattva*, the motion judge’s reliance on it demonstrates she had the *Sattva* principles firmly in mind when she made her decision. She was aware that courts must be cautious in identifying questions of law and that, when a legal principle is not easily extricable, the issue is one of mixed law and fact. Also, in most cases, it should be clear whether the dispute is over a general proposition that might qualify as a principle of law or over a particular set of circumstances. The motion judge wrote:

The Arbitration Panel in this matter was made up of three extremely qualified individuals. The detail provided in each of the Initial Arbitral Award, Corrections Order, Costs Award and Interest Award speak to the laborious nature of this project. Faced with the daunting task of fixing a Renewal Price for the parties, the Arbitration Panel considered the evidence of experts, the arguments of

seasoned lawyers representing both parties and crafted, with as much precision as possible, a Renewal Price of what is admittedly a moving target. The complexity of the issues considered by the Arbitration Panel is apparent when reviewing their findings in the Initial Arbitral Award. This was not a simple arbitration.

This Court must therefore determine if it is appropriate to grant leave to NBHC in these circumstances. Justice Russel in *MacPherson v. N.B.P.E.A.*, 2000 CarswellNB 196, [2000] N.B.J No. 222, 226 N.B.R(2d) 243, discussed the granting of leave pursuant to section 45(1) of the *Arbitration Act*. Justice Russel reviewed the approach to be taken by the Court when asked to consider a request for leave under section 45(1) at paragraphs 17 to 20 as follows:

[17] Section 45(1) of the *Act* says:

“45(1) A party may appeal an award to the court on a question of law with leave, which the court shall grant only if it is satisfied that

(a) the importance to the parties of the matters at stake in the arbitration justifies an appeal, and

(b) determination of the question of law at issue will significantly affect the rights of the parties.”

[18] The two subsections must first be satisfied by the appellant and while it is apparent his legal account is of critical importance to him it may be that the question of responsibility for the legal fees is not a question of law that will “significantly affect the rights of the parties.” Nevertheless, I err on the side of the appellant in determining these two issues.

[19] The British Columbia *Commercial Arbitration Act* at s. 31(2) contains wording somewhat similar to our s. 45(1). In determining whether leave should be granted Lambert, J.A., in *Domtar Inc. v. Belkin Inc.*, [1989] B.C.J. No. 1714 (C.A.), went on to discuss what he calls “residuary discretion”:

“I have set out, at the beginning of Part VII, the reasons why I think there must be a residuary discretion to grant or refuse leave after the conditions for avoiding the disentitlement under subsection 31(2) are met by compliance with paras. (a), (b) or (c) of that subsection. The next question is to consider the scope of the residuary discretion. The answer must grow out of a consideration of the purpose and design of commercial arbitration.

“As I have indicated, the general approach to the residuary discretion under s. 31 does not seem to have been before this court before.

“If the decision of the arbitrator in such cases is so obviously wrong that he cannot have reached his decision on a matter of substance by a considered decision-making process, which is what the parties have contracted for, then leave should be granted. Otherwise, it should be refused.”

[20] That principle seems to assume the court is hearing only a leave application. Here the court has been asked to grant leave and, if granted, to deal with the substantive issues. It is generally agreed that the substantive issue may well be, “Is this a decision that no reasonable arbitrator could reach?” That of course is the same question that a court hearing a leave application would ask itself after concluding the first two criteria of s. 45(1) have been met. Accordingly, I will grant leave to appeal the May 22 decision.

Finally, in the event that I had determined the potential appeals raised true questions of law, I may still have refused to exercise my discretion and grant NBHC the right to appeal. The complexity of this arbitration cannot be overstated. These parties had agreed to deal with a potential dispute of the Renewal Price by arbitration and that is exactly what happened. This was an extremely involved process which required significant expertise and great attention to detail. Obvious errors in law, well beyond the manner to allocate risk or the calculation of discretionary

costs, would be necessary to open the work of the Arbitration Panel to the interference of the court.

[Emphasis in original; paras. 37-38, 45]

[91] The motion judge's rejection of NBHC's arguments was the product of thorough analysis. She correctly observed that NBHC's complaints respecting the Award turned upon its interpretation of the facts and were thus not true questions of law.

(b) *Double counting*

[92] NBHC asserts the Panel "double-counted" for risk in the Renewal Price, contrary to the rule against double compensation. MRDC states the Panel identified certain material events and/or trends, which it determined were likely to occur or continue, when calculating the base price and then applied a contingency to them based on the factual and expert evidence. These applications of contingency accounted for distinct elements of risk. In addition, again based on the expert evidence, the Panel allowed for a global risk amount.

[93] NBHC argues this created inconsistencies because the RCA is inconsistent with other parts of the Initial Award. The example provided in NBHC's submission was that MRDC received additional risk amounts in the Renewal Price on a line item that it failed to prove and which it was not required to complete during the Renewal Period. MRDC argues there were no inconsistent findings.

[94] NBHC cited *The Owners, Strata Plan NW 3079 v. Chan*, 2010 BCSC 527, [2010] B.C.J. No. 696 (QL), as its authority for the proposition that it is an error of law for an arbitrator to make inconsistent findings. The court in *Strata Plan* found that the arbitrator committed an error of law when she awarded damages to the plaintiff despite having ruled that the plaintiff had not suffered any pecuniary or non-pecuniary loss. In other words, the legal error was the decision to award damages in the absence of a finding that the plaintiff had suffered any harm or loss.

[95] *Strata Plan* is distinguishable from this case, which does not present similar inconsistencies. The Panel made a factual determination as to the price(s) it would award for line items, even finding that price was \$0 on occasion. This does not mean the Panel acted inconsistently when it granted a global contingency on the basis that some of its decisions on pricing could prove to be incorrect in the years to come.

[96] With respect to the allegation of inconsistent findings, I agree with MRDC that the sole authority relied upon by NBHC is distinguishable as the inconsistency there (finding damages while also finding no harm) is different from any “inconsistency” here. Regardless, NBHC identified a single “inconsistency” (the guard rails) and, on its face, that result is not, in fact, clearly inconsistent. The Panel could have determined the rails did not need to be replaced in the Renewal Period but should have been so in the first 20 years of the OMM Agreement, while finding there was a risk they would require replacement in the last 10 years. Even if the rails had been replaced during the first twenty years or shortly thereafter, the same risk would exist. Further, if this was an error, NBHC should have brought it forward when the parties raised their concerns with the Panel at the time the Corrections Order was made, but it did not.

[97] The RCA method accounted for some material risk contingencies and provided control for other risks that were considered more likely. Just because the Panel used two different methods of risk control assessment does not mean any particular risk was accounted for twice. The authorities relied upon by NBHC involve damages and are readily distinguishable from the arbitration awards relating to the Renewal Price.

[98] Furthermore, even if we were to accept that the Panel double counted risk, this would be an issue of mixed fact and law. As such, it cannot be appealed.

(c) *Failure to consider relevant evidence*

[99] NBHC argues that there was no evidence to support the RCA; that the Panel disregarded and failed to consider relevant evidence respecting the inclusion of

global risk amounts in the Renewal Price; and that the Panel “formulated and applied the RCA in an arbitrary and illogical manner without any evidential support.” MRDC maintains these allegations are “simply untrue.” MRDC contends the only question of law that exists is whether there was some evidence to support the findings. MRDC also maintains there is nothing arbitrary or illogical about the Panel’s formulation and application of the RCA. It notes the assessment of the RCA approximates the evidence of MRDC’s expert witness. The last related allegation is that the Panel’s approach to determine the RCA amounted to a breach of natural justice. MRDC contends there is no merit to this allegation. It states the Panel “informed the parties of their questions about how best to approach the issue of contingency” and the parties were given full opportunity to make submissions.

[100] With respect, I disagree with the allegations that the Panel chose its approach to determine the RCA without evidence, in disregard of relevant evidence, or in an arbitrary and illogical fashion. A review of the record reveals the Panel heard submissions from both parties and considered them before deciding upon the approach they deemed appropriate.

[101] The parties made submissions regarding their preferred approach to risk. The Panel heard these submissions and considered them with respect to the Initial Award. The Panel simply chose a different approach.

[102] NBHC’s alleged errors of law are not true questions of law, as *Sattva* would require. Recall the motion judge’s comment that simply alleging an error of law does not mean it occurred. The true question, in this case, is not an extricable question of law in the arbitration context; the dispute concerns the manner in which the Panel chose to recognize particular risks. The controlling of risk, given a specific context, is very much a factual exercise – at best, an exercise of both fact and law. In my view, NBHC has attempted to craft errors of law which are not borne out. The Panel did not commit the errors alleged. Accordingly, there is no question of law, extricable or otherwise, regarding the Initial Award.

(d) *Is the RCA arbitrary or illogical?*

[103] The RCA is not arbitrary or illogical. The Panel indicated it had reasons for rejecting alternate approaches and considered evidence to determine the level of the contingency bucket as well as the related discount rate. Moreover, although both parties advocated for a different method, namely the global risk approach, the RCA ultimately calculated by the Panel is not arbitrary or illogical. In fact, a projection based on a global risk premium and a projection based on the contingency bucket approach used by the Panel do not differ significantly once the discount rate is applied.

[104] Indeed, as noted above, when the RCA is added to the profit margin and overhead allocation awarded by the Panel, the total, expressed as a percentage, approximates the margin that MRDC's expert testified would be appropriate in a project of this nature.

(e) *Breach of natural justice*

[105] NBHC's claim that the Panel's approach to determining the RCA constituted a breach of natural justice is without merit. As previously noted, the Panel informed the parties of its questions regarding how best to approach the issue of contingency in advance of, and during, the oral closing submissions – even going so far as to provide the parties with a written document outlining its thought process and posing specific questions for them to answer.

[106] In *MSI Methylation Sciences, Inc. v. Quark Venture Inc.*, 2019 BCCA 448, [2019] B.C.J. No. 2341 (QL), the Court of Appeal for British Columbia quotes with approval the English Commercial Court in *Reliance Industries Ltd. v. Union of India*, [2018] EWHC 822 (Comm):

[...] It is commonplace in judicial decisions on points of construction that a judge may fashion his or her reasoning

and analysis from the material upon which argument has been addressed without it necessarily being in terms which reflect those fully expressed by the winning party. There is not perceived to be, and is not, anything which is unfair in taking such a course. It is enough if the point is “in play” or “in the arena” in the proceedings, even if it is not precisely articulated. [para. 49]

(2) The costs award

[107] NBHC submits the Panel erroneously concluded that MRDC was “substantially successful” in arbitration because substantial success has been interpreted to equate to a party’s success on 75% or more of the issues in dispute. NBHC argues MRDC was awarded only slightly more than half the difference between MRDC’s final claim and the amount NBHC was prepared to pay. Further, relying on *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, [1995] S.C.J. No. 1 (QL), NBHC states that, “while costs orders are discretionary, courts may interfere with costs orders where the decision-maker has considered irrelevant factors, failed to consider relevant factors, or reached an unreasonable conclusion.”

[108] Both the OMM Agreement and the *Arbitration Act* empower the Panel to award costs of the arbitration. Section 24.8(b)(xi) of the OMM Agreement provides:

24.8 Jurisdiction and Powers of the Arbitrator

(b) Without limiting the jurisdiction of the Arbitrator at law, the parties agree that the Arbitrator shall have jurisdiction to:

(xi) make an order or orders as to the payment of costs of the arbitration[.]

[109] Section 54(2) of the *Act* similarly provides that an arbitration tribunal may award costs of an arbitration “on a solicitor and client basis, a party and party basis or any other basis”:

54(2) The arbitral tribunal may award all **54(2)** Le tribunal arbitral peut adjuger tout

or part of the costs of an arbitration on a solicitor and client basis, a party and party basis or any other basis; if it does not specify the basis, the costs shall be determined on a party and party basis.

ou partie des dépens d'un arbitrage sur la base des frais entre avocat et client, sur la base des frais entre parties ou sur une autre base; s'il ne la précise pas, les dépens sont déterminés sur la base des frais entre parties.

[110] Section 54(3) of the *Act* further provides:

54(3) The costs of an arbitration consist of the parties' legal expenses, the fees and expenses of the arbitral tribunal and any other expenses related to the arbitration.

54(3) Les dépens de l'arbitrage comprennent les frais juridiques des parties, les honoraires et les frais du tribunal arbitral ainsi que tous les autres frais afférents à l'arbitrage.

[111] NBHC maintains the Panel erroneously concluded MRDC was “substantially successful” in arbitration. It asserts that because of that finding, the Panel’s starting point for assessing costs was an error of law. MRDC maintains the Panel acted within its discretion as to costs, did not consider any extraneous factors, and did not come to an unreasonable conclusion.

[112] As J. Brian Casey notes in *Arbitration Law of Canada, Practice and Procedure* (3rd ed. New York: JurisNet LLC, 2017):

8.7 The usual rule is that “substantial success” should be followed by a favourable costs award, but it is quite permissible for the arbitrator to look at the whole of the proceedings and decide on the facts, regardless of who “won,” who should pay who. Unlike a court action, the obligation to arbitrate effectively and fairly and in a timely manner is a contractual obligation of the parties. The obligation on an arbitrator to act judicially should not necessarily mean he or she must follow the procedural rules a particular jurisdiction has developed for determining costs of civil litigation. [Emphasis added; p. 450]

[113] Since awarding costs is discretionary, it is a question of mixed fact and law. It is “[o]nly in the very narrow circumstance, where an arbitrator looks at extraneous factors outside the matter referred to them for arbitration, [that] their cost decision [will]

be a question of law” (*K-Rite Construction Ltd v. Enigma Ventures Inc*, 2020 ABQB 566, [2020] A.J. No. 1030 (QL), at para. 30). In other words, absent some form of improper consideration, a costs award will not be a question of law (*K-Rite*, at para. 32).

[114] In an appeal from an arbitrator’s costs award, the arbitrator is in the same position as a trial judge whose judgment has been appealed (see *Best Buy Canada Ltd v. Roselawn and Main Urban Properties Inc.*, 2018 ONSC 92, [2018] O.J. No. 814 (QL), at para. 24). Trial judges have a very broad discretion in relation to the assessment of costs, and the exercise of that discretion should not be interfered with unless it was “manifestly wrong” (*Saint John Regional Hospital v. Comeau, Smith, MacDonald, Dornan, Lamon*, 2001 NBCA 113, 244 N.B.R. (2d) 201, at paras. 122-123; see also *Béliveau v. Town of Sackville*, 2017 NBCA 26, [2017] N.B.J. No. 133 (QL), at para. 30).

[115] In this case, the Panel clearly acted within its discretion when it chose to award costs to MRDC. It did not consider any extraneous factors or take improper considerations into account. It cannot be said the Panel reached an unreasonable conclusion. Accordingly, the costs award does not raise a question of law.

[116] I find there was no true error of law identified with respect to costs. As MRDC notes, the *Act* and the OMM Agreement provide that an arbitrator may make orders as to costs. Both parties also agree that such orders are discretionary. They also agree that a court may interfere with a costs order if the order was made in considering an irrelevant factor. MRDC even goes so far as to say that courts may interfere if the order is manifestly wrong when no question of law is raised. Even if the Panel was incorrect in determining that MRDC was substantially successful on the outcome of the Renewal Price, it does not mean that substantial success was the driving force in fixing costs.

(3) Corrections order

[117] In August 2020, the parties corresponded with the Panel, raising matters to be corrected in the Initial Award. On September 18, 2020, the Panel delivered its Costs

Award, Interest Award, and, based on this correspondence, a Corrections Order favouring MRDC. MRDC accepts that the Panel's interpretation of its jurisdiction to make corrections to the Award under s. 44 of the *Act* is a question of law; however, it disputes NBHC's characterization of the Panel's decision.

[118] NBHC submits that the Panel erroneously concluded it had jurisdiction pursuant to s. 44(1)(b) of the *Act* to correct a line item in the Initial Award to "avoid injustice." It cites *Teal Cedar Products Ltd.* as authority for the proposition that a "question of statutory interpretation is normally characterized as a question of law in the arbitration context." It says MRDC had not alleged or identified injustice and further there wasn't any injustice. Further, with respect to the same line item, NBHC submits the Panel made changes that "were not within the scope of corrections under Section 44 of the *Arbitration Act*." It contends an error in law occurred when the Panel re-examined the line item, considered evidence of the parties and determined a new amount for the line item.

[119] Section 44 of the *Act* provides that an Arbitrator may correct "typographical errors, errors of calculation and similar errors," or amend the award to correct an "injustice caused by an oversight" by the arbitrator. MRDC requested that the Panel increase the amount for a line item because the Panel concluded that MRDC had to complete a certain project during the Renewal Period. NBHC opposed the correction on the ground that the Panel had no such authority. The Panel increased the amount in the line item. As noted, NBHC states MRDC had neither alleged nor adduced evidence of an injustice, and the Panel did not identify an injustice.

[120] It is clear what the injustice would have been – that MRDC would not be paid for something the Panel determined MRDC would have to undertake in the Renewal Period. Indeed, NBHC cites *1210558 Ontario Inc. v. 1464255 Ontario Ltd.*, 2011 ONSC 5810, [2011] O.J. No. 5143 (QL), for the proposition that "injustice" in this context should be interpreted as relating to natural justice, i.e., procedural fairness. However, the decision is a lower-level decision (the Ontario Superior Court of Justice), and that

proposition has not been subject to treatment. In that case, the court concluded the legislature did not intend to give an arbitrator untrammelled discretion to reopen an award, but does allow it to reopen an award beyond that of the “slip” rule. In New Brunswick, the case that refers to s. 44 of the *Act* (*Jammin Rock Resources Inc. v. Dowd & Associates, ET AL.*, 2020 NBQB 102, [2020] N.B.J. No. 123 (QL)), does not address the meaning of injustice. Further, NBHC cites British Columbia jurisprudence as authority for correction orders, but British Columbia’s *Arbitration Act* differs from the New Brunswick *Act* with respect to corrections.

[121] MRDC accepts that the Panel’s interpretation of the jurisdiction granted by s. 44 of the *Act* to make corrections to the Award is a question of law; however, it disputes NBHC’s characterization of the Panel’s decision. As stated earlier, MRDC contends that NBHC required leave to appeal this issue. I agree. Leave was not granted, and the motion judge was correct in her decision to decline leave.

[122] In my view, it appears the Panel made a “slip” when it concluded that MRDC must complete a project during the Renewal Period but failed to include the costs for the project in the Renewal Price. Although this does not amount to procedural unfairness, it would be an injustice to require MRDC to complete a project and not be paid for it. Although there is no jurisprudence that interprets the correction provisions in our *Act*, in my view, such an injustice is contemplated by the *Act*. Moreover, the error alleged could be classified as a calculation error, which arbitrators do have the authority to correct.

(4) Interest award

[123] NBHC submits the section of the OMM Agreement that provides for interest payments only applies to amounts that are “due and payable.” It argues that the OMM Agreement does not provide for the payment of interest for a delayed Renewal Price and the Panel committed an extricable error in law by not mentioning or explaining the relevant OMM Agreement section in the Interest Award. MRDC submits that NBHC

has failed to identify an extricable error of law with respect to the OMM Agreement and interest payments and that, as a result, the question at issue is a question of mixed fact and law.

[124] I agree with NBHC that if the Panel failed to consider a relevant section of the OMM Agreement when coming to a determination as to interest, that would be an error of law. NBHC submits that the provision which provides that MRDC is to continue to receive the Initial Price for the first 20 years until a Renewal Price is determined does not provide for interest payments. Further, the Panel relied on the provision of the OMM Agreement allowing for interest on amounts that were “due and payable” under the OMM Agreement. NBHC maintains the Panel misinterpreted “due and payable,” and consequently awarded interest on the Renewal Price retroactively. NBHC cites a case concerning rent as authority. Rent, however, is distinguishable from an arbitral award.

[125] NBHC has not identified the manner in which the Panel failed to consider relevant provisions concerning interest in the OMM Agreement. I find that what is “due and payable” under the OMM Agreement is a question of mixed fact and law, which is subject to the reasonableness standard. This is consistent with *Sattva*. The Panel held the OMM Agreement provided for such payments. It would not make sense to allow NBHC to delay the determination of a Renewal Price with impunity. Moreover, the fact is the Renewal Price was determined after the first 20 years of the OMM Agreement, and MRDC continues to be paid the price agreed upon for the first 20 years until the disposition of this appeal.

[126] In the present case, NBHC has failed to identify an extricable question of law from the Panel’s contractual interpretation of the OMM Agreement on the issue of interest on retroactive payments. Accordingly, the question remains one of mixed fact and law, which cannot be appealed.

[127] For all the above, I would dismiss the second ground of appeal.

VII. Conclusion and Disposition

[128] For the above reasons, I conclude the motion judge did not err in dismissing the motions. I discern no errors that would justify appellate intervention and would therefore dismiss the appeal with costs in the amount of \$7,500.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Une décision rendue par une formation arbitrale comptant trois membres, qui a été chargée d'établir un prix fixe pour la dernière période de dix ans d'une entente d'exploitation, de gestion, d'entretien et de réfection (l'entente d'EGE) concernant la route Transcanadienne entre Moncton et Fredericton, est au cœur du présent appel. La formation arbitrale a rendu sa décision en juillet 2020 et une sentence arbitrale modifiée le 18 septembre 2020.

[2] La Société de voirie du Nouveau-Brunswick (la SVNB) a déposé des avis de motion préliminaire en vue d'obtenir : (1) une confirmation qu'elle avait un droit d'origine contractuelle d'interjeter appel de la sentence sur des questions de droit, droit prévu à l'art. 24.7 de l'entente d'EGE et, (2) à titre subsidiaire, une ordonnance l'autorisant à interjeter appel de la sentence sur des questions de droit en vertu du par. 45(1) de la *Loi sur l'arbitrage*, L.R.N.-B. 2014, ch. 100.

[3] Les motions ont été entendues à la Cour du Banc de la Reine, tel était alors son nom, et une décision a été rendue le 20 juillet 2022. Essentiellement, la juge saisie de la motion a décidé que :

- 1) l'entente d'EGE ne prévoit pas un droit d'interjeter appel de la sentence, notamment sur des questions de droit;
- 2) les moyens d'appel proposés ne soulèvent pas de questions de droit et, par conséquent, l'autorisation d'interjeter appel ne saurait être accordée en vertu du par. 45(1) de la *Loi sur l'arbitrage*;

- 3) même si les moyens d'appel proposés soulevaient des questions de droit, l'autorisation d'interjeter appel ne devrait pas être accordée.

[4] Dans l'avis d'appel qu'elle a déposé, la SVNБ soutient que la juge saisie de la motion a commis des erreurs de droit en ce qui concerne les première et deuxième décisions et ne s'oppose aucunement à la troisième.

[5] La SVNБ a invoqué les dispositions suivantes de l'entente d'EGE à l'appui de son assertion selon laquelle elle avait un droit d'origine contractuelle d'interjeter appel de la sentence arbitrale sur des erreurs de droit :

[TRADUCTION]

24.7c) Sous réserve des exceptions énumérées dans la *Loi sur l'arbitrage* et de réclamations pécuniaires supérieures à 200 000 \$ ou d'erreurs de droit, la décision de l'arbitre est définitive et lie les parties et n'est pas susceptible d'appel ou d'un autre contrôle, à condition que l'arbitre ait respecté les règles et procédures dont il est question aux présentes de bonne foi et ait agi selon les principes de justice naturelle. Il demeure entendu (sous réserve des exceptions énoncées dans la *Loi sur l'arbitrage*) que la décision de l'arbitre concernant le prix déterminé d'EGE de l'autoroute pendant la nouvelle période de renouvellement en vertu de l'article 4.2 [*sic*] est définitive et lie les parties.

24.7d) Si la décision vise la résolution d'une réclamation pécuniaire supérieure à 200 000 \$ ou s'il y a eu une erreur de droit, les parties peuvent appeler de la décision de l'arbitre et l'affaire sera tranchée dans le cadre d'une poursuite intentée devant un tribunal compétent.

[6] La demande d'autorisation d'appel présentée à titre subsidiaire par la SVNБ sur des questions de droit est fondée sur le par. 45(1) de la *Loi sur l'arbitrage*, dont voici le libellé :

Appeal of award

45(1) A party may appeal an award to the court on a question of law with leave, which the court shall grant only if it is

Appel de la sentence arbitrale

45(1) Une partie peut appeler à la cour, avec sa permission d'une sentence arbitrale sur une question de droit, et celle-

satisfied that

ci n'accorde sa permission que si elle est convaincue de ce qui suit :

(a) the importance to the parties of the matters at stake in the arbitration justifies an appeal, and

a) l'importance pour les parties des questions en jeu à l'arbitrage justifie l'appel;

(b) determination of the question of law at issue will significantly affect the rights of the parties.

b) la décision concernant la question de droit litigieuse peut porter atteinte de manière significative aux droits des parties.

[7] Je rejeterais l'appel pour les motifs qui suivent.

II. Contexte

[8] La SVN B est une corporation de la Couronne provinciale formée en 1995 par application de la *Loi sur la Société de voirie du Nouveau-Brunswick*, L.N.-B. 1995, ch. N-5.11. La création de la SVN B a permis à la Province du Nouveau-Brunswick de passer des contrats avec des sociétés comme la MRDC Operations Corporation (la MRDC) en vue de la mise en œuvre de projets majeurs d'infrastructure routière.

[9] Au printemps 1998, après avoir remporté un appel d'offres concurrentiel, la MRDC a commencé la construction de l'autoroute à quatre voies reliant Fredericton et Moncton (l'installation).

[10] L'entente d'EGE était un contrat distinct qui prévoyait que la MRDC s'occuperait de l'exploitation, de la gestion, de l'entretien et de la réfection de l'installation pendant la période de 30 ans suivant sa construction. La construction de l'installation a commencé après la conclusion de l'entente d'EGE par la SVN B et la MRDC. L'entente a plus tard été modifiée et mise à jour en mars 2000.

[11] Selon l'entente d'EGE, en contrepartie des travaux d'exploitation, de gestion, d'entretien et de réfection de l'installation réalisée par la MRDC, la SVN B verserait à cette dernière la somme de 172 000 000 \$ (en dollars de 1998) pour les

20 premières années de l'entente de 30 ans. La première période de 20 ans de l'entente d'EGE a couru du 22 janvier 1998 au 22 janvier 2018. L'article 4.3 de l'entente d'EGE définit le processus de demande de propositions afin d'établir le prix à payer à la MRDC pour les 10 dernières années, de 2018 à 2028 (la période de renouvellement). Il exige que la MRDC soumette une proposition dans un délai précis et que la SVNB l'approuve ou non. En juillet 2017, la MRDC a proposé un prix de 431 678 136 \$ composé de 47 postes pour la période de renouvellement. La SVNB n'a pas retenu la proposition et les négociations ont échoué. Cela a déclenché l'application de l'al. 4.3b)(ii), lequel prévoit que, dans un tel cas, l'affaire doit procéder à l'arbitrage mené conformément à l'art. 24 de l'entente d'EGE. Par conséquent, la MRDC a soumis le différend à l'arbitrage en mai 2018.

[12] Conformément à l'art. 24, chaque partie a nommé un arbitre pour qu'il siège à une formation arbitrale comptant trois membres. La MRDC a nommé Stephen R. Morrison, FCI Arb, et la SVNB a nommé Kenneth B. McCulloch, c.r. Ces membres ont nommé l'ancienne juge en chef du Canada, la très honorable Beverly McLachlin, C.P., C.C., C.St.J., C.Arb, FCI Arb, pour qu'elle préside la formation arbitrale (la formation). La formation avait pour mandat d'établir un prix de renouvellement [TRADUCTION] « commercialement raisonnable » pour la période de renouvellement (le prix de renouvellement).

[13] Pendant l'été et l'automne de 2019, les parties se sont échangé des documents, notamment des plaidoiries, des déclarations de témoins, des réponses et des rapports d'experts. Les postes suivants ont notamment fait l'objet de discussions :

- les coûts d'assurance;
- le coût du sel;
- le coût de l'asphalte;
- l'entretien et la réfection de structures de haut niveau;
- la réfection du pont d'Oromocto;
- la réfection de structures types;

- la réfection de ponceaux.

[14] Les parties ont été en mesure de résoudre 29 des 47 postes avant l'arbitrage et au cours de celui-ci. Conformément à leur obligation de négocier, elles se sont entendues sur un grand nombre des coûts projetés des postes de l'entente d'EGE pour le reste de la période de renouvellement. Elles se sont aussi entendues sur certains aspects de l'établissement des prix de postes contestés. D'autres postes et prix sont restés en litige.

[15] Cela constitue le fondement du prix de renouvellement. Les postes restants ont par la suite fait l'objet d'une audience, pendant laquelle des témoins et des experts indépendants ont présenté des témoignages de vive voix et les avocats ont présenté des plaidoiries. Cette audience s'est étendue sur une période de quatre semaines, en janvier et en février 2020. L'audience a été suivie de la présentation de plaidoiries de clôture écrites et de répliques.

[16] La dernière demande de prix de renouvellement déposée par la MRDC était d'un montant de 438 808 870 \$. La proposition de la SVN B était de 164 254 826 \$ après déduction, de son prix de renouvellement proposé, du montant d'une demande de compensation pour des travaux réalisés pendant les 20 premières années de l'entente d'EGE qui, alléguait-on toujours, étaient non conformes.

[17] Le 15 juillet 2020, la formation a publié sa décision dans laquelle le prix de renouvellement était fixé à 307 645 861 \$. Cette somme était fondée sur le rejet de la demande de compensation de la SVN B (ayant trait aux 20 premières années de l'entente d'EGE). Il est important de souligner que le montant comprenait une provision pour risques globale de 32 000 000 \$, montant qui est la cible de l'un des moyens d'appel proposés de la SVN B. La SVN B avait soutenu qu'une provision pour risques devait être établie pour chaque poste qui a contribué à l'établissement du prix de renouvellement. Voici ce que la formation arbitrale a écrit :

[TRADUCTION]

Du point de vue de la formation, une méthode raisonnable de monétisation du facteur de risque consiste à commencer par les coûts projetés pour chaque poste contesté, à établir le pire des scénarios pour chacun de ces postes puis à consigner l'écart entre le coût projeté et le pire scénario dans une [TRADUCTION] « réserve de prévoyance » théorique. La somme de tous les montants dans la réserve de prévoyance représenterait le pire des scénarios si chaque risque associé à chaque poste contesté se manifestait. Comme il est très peu probable que chaque risque défavorable se concrétise, la formation a appliqué ce qu'elle croit être, compte tenu de l'ensemble de la preuve et des observations, un taux d'actualisation raisonnable à la somme des montants consignés dans la réserve de prévoyance théorique et a ajouté le résultat à titre de poste distinct représentant un volet à risque pécuniaire. Le volet du risque est ensuite ventilé sur chaque année de la période de renouvellement.

Enfin, la formation estime que la marge est distincte des coûts et des risques. La formation a appliqué une marge en fonction d'éléments de preuve faisant état d'éléments comparables sur le marché pour des travaux semblables.

[Décision de la formation, par. 21 et 22]

[18] Le 18 septembre 2020, après avoir reçu les observations écrites et orales des deux parties au sujet des corrections à apporter à la décision, comme le permet l'art. 44 de la *Loi sur l'arbitrage*, la formation a augmenté le prix de renouvellement pour l'établir à 311 712 923 \$ dans son ordonnance sur les corrections à apporter. L'ordonnance sur les corrections à apporter accordait aussi des intérêts sur les paiements rétroactifs, permis par l'art. 1.3 de l'entente d'EGE, et adjugeait des dépens de 5 844 091 \$, les deux en faveur de la MRDC.

[19] Les faits exposés ci-dessus ont donné lieu aux motions préliminaires d'août et d'octobre 2020 déposées par la SVNB, dans lesquelles elle sollicitait une ordonnance l'autorisant à interjeter appel de la sentence arbitrale sur des questions de droit, [TRADUCTION] « si l'autorisation d'interjeter appel de la sentence arbitrale est requise en application des par. 24.7c) et d) de l'entente d'EGE [...], du paragraphe 45(1) de la *Loi sur l'arbitrage* et de la règle 16.02 des *Règles de procédure* ».

[20] Comme il est indiqué ci-dessus, la juge saisie de la motion a conclu que l'entente d'EGE ne prévoit pas un droit d'interjeter appel, notamment sur des questions de droit, de la décision de la formation sur le prix de renouvellement, et elle a rejeté les motions de la SVNB en autorisation d'appel puisqu'elles ne cernaient aucune question de droit. Elle a aussi conclu que, même si les moyens d'appel soulevaient des questions de droit, l'autorisation d'appel ne devait pas être accordée. C'est cette décision qui est portée en appel.

III. Dispositions pertinentes de l'entente d'EGE et de la *Loi sur l'arbitrage*

(1) Entente d'EGE

[21] Voici les dispositions pertinentes de l'entente d'EGE :

[TRADUCTION]

Article 4.3 Préparation de la proposition relative au prix déterminé d'EGE de l'autoroute pendant la période de renouvellement

a) L'exploitant prépare une proposition (la proposition relative au prix déterminé d'EGE de l'autoroute pendant la période de renouvellement) et la soumet à la société chargée du projet en vue d'obtenir son approbation au moins 180 jours, mais au plus 365 jours, avant le 20^e anniversaire de la date de prise d'effet (le 20^e anniversaire). La proposition relative au prix déterminé d'EGE de l'autoroute pendant la période de renouvellement comprend ce qui suit :

- (i) un prix déterminé proposé pour l'exécution des travaux d'EGE de l'autoroute applicable aux 10 exercices restants de la période d'EGE (la proposition ventile le prix déterminé pour chaque exercice);
- (ii) les changements nécessaires au programme principal alors en vigueur;

(iii) les autres renseignements que la société chargée du projet peut raisonnablement demander.

b) La société chargée du projet dispose de 60 jours pour étudier la proposition relative au prix déterminé d'EGE de l'autoroute pendant la période de renouvellement et, pendant cette période, elle avise (l'avis concernant la proposition) l'exploitant :

(i) soit que la proposition relative au prix déterminé d'EGE de l'autoroute pendant la période de renouvellement est approuvée;

(ii) soit que la proposition relative au prix déterminé d'EGE de l'autoroute pendant la période de renouvellement est rejetée en totalité ou en partie (avec motifs à l'appui), auquel cas l'exploitant et la société chargée du projet tentent, par des mesures commerciales raisonnables, de parvenir à une entente quant à une proposition modifiée relative au prix déterminé d'EGE de l'autoroute pendant la période de renouvellement dans les 20 jours ouvrables suivant la réception par l'exploitant de l'avis concernant la proposition ou pendant toute autre période dont les parties peuvent convenir par écrit, à défaut de quoi la question est résolue conformément à l'article 24.

c) Si la société chargée du projet et l'exploitant ne parviennent pas à une entente quant à la proposition relative au prix déterminé d'EGE de l'autoroute pendant la période de renouvellement avant le 20^e anniversaire, ou si l'exploitant ne soumet pas la proposition relative au prix déterminé d'EGE de l'autoroute pendant la période de renouvellement comme le prescrit le paragraphe 4.3a), le prix déterminé d'EGE de l'autoroute applicable pour la plus récente période de 20 ans continuera de s'appliquer jusqu'à ce que la société chargée du projet ait approuvé la proposition relative au prix déterminé d'EGE de l'autoroute pendant la période de renouvellement ou jusqu'à ce que la question soit résolue autrement conformément à l'article 24.

Article 24 – Règlement des différends

24.7 La décision

a) Sous réserve de la *Loi sur l'arbitrage*, l'arbitre rendra une décision par écrit et la transmettra aux parties dans les 30 jours ouvrables suivant la conclusion de toutes les audiences dont il est question à l'article 24.6, à moins que ce délai ne soit prolongé par l'arbitre pour une période déterminée par avis écrit donné à chaque partie pour cause de maladie ou pour toute autre raison indépendante de la volonté de l'arbitre et, à moins que les parties n'en conviennent autrement, il énoncera les motifs dans la décision.

b) S'il s'agit d'une formation arbitrale, la décision de la majorité des arbitres est réputée être la décision de la formation arbitrale.

c) Sous réserve des exceptions énumérées dans la *Loi sur l'arbitrage* et de réclamations pécuniaires supérieures à 200 000 \$ ou d'erreurs de droit, la décision de l'arbitre est définitive et lie les parties et n'est pas susceptible d'appel ou d'un autre contrôle, à condition que l'arbitre ait respecté les règles et procédures dont il est question aux présentes de bonne foi et ait agi selon les principes de justice naturelle. Il demeure entendu (sous réserve des exceptions énoncées dans la *Loi sur l'arbitrage*) que la décision de l'arbitre concernant le prix déterminé d'EGE de l'autoroute pendant la nouvelle période de renouvellement en vertu de l'article 4.2 est définitive et lie les parties.

d) Si la décision vise la résolution d'une réclamation pécuniaire supérieure à 200 000 \$ ou s'il y a eu une erreur de droit, les parties peuvent appeler de la décision de l'arbitre et l'affaire sera tranchée dans le cadre d'une poursuite intentée devant un tribunal compétent.

24.8 Compétence et pouvoirs de l'arbitre

b) Sans limiter la compétence en droit de l'arbitre, les parties conviennent que l'arbitre aura compétence pour :

(xi) rendre une ordonnance ou des ordonnances quant au paiement des dépens de l'arbitrage[.]

24.9 Loi sur l'arbitrage

Les règles et les procédures prévues par la *Loi sur l'arbitrage* s'appliqueront à tout arbitrage réalisé en vertu des présentes, sauf dans la mesure où elles sont modifiées par les dispositions expresses de l'article 24.

(2) Loi sur l'arbitrage

[22]

Les articles pertinents de la *Loi sur l'arbitrage* sont les suivants :

Correction of award

44(1) An arbitral tribunal may, on its own initiative within 30 days after making an award or at a party's request made within 30 days after receiving the award,

(a) correct typographical errors, errors of calculation and similar errors in the award, or

(b) amend the award so as to correct an injustice caused by an oversight on the part of the arbitral tribunal.

44(2) The arbitral tribunal may, on its own initiative at any time or at a party's request made within 30 days after receiving the award, make an additional award to deal with a claim that was presented in the arbitration but omitted from the earlier award.

44(3) The arbitral tribunal need not hold a hearing or meeting before rejecting a request made under this section.

Correction de la sentence arbitrale

44(1) Le tribunal arbitral peut, de son propre chef, dans les trente jours après avoir rendu la sentence arbitrale ou sur demande d'une partie présentée dans les trente jours de sa réception :

a) corriger dans le texte de la sentence arbitrale des erreurs de typographie, des erreurs de calcul et d'autres erreurs similaires;

b) modifier la sentence arbitrale de manière à remédier à une injustice que le tribunal arbitral a causée par inadvertance.

44(2) Le tribunal arbitral peut, de son propre chef, à tout temps ou sur demande d'une partie présentée dans les trente jours de sa réception, rendre une sentence arbitrale complémentaire pour traiter une demande qui a été présentée à l'arbitrage mais qui a été omise dans la sentence arbitrale précédente.

44(3) Le tribunal arbitral n'est pas obligé de tenir une audience ou une réunion avant de rejeter une demande présentée en vertu du présent article.

Appeal of award

45(1) A party may appeal an award to the court on a question of law with leave, which the court shall grant only if it is satisfied that

(a) the importance to the parties of the matters at stake in the arbitration justifies an appeal, and

(b) determination of the question of law at issue will significantly affect the rights of the parties.

45(2) If the arbitration agreement so provides, a party may appeal an award to the court on a question of law.

45(3) If the arbitration agreement so provides, a party may appeal an award to the court on a question of fact or on a question of mixed fact and law.

45(4) The court may require the arbitral tribunal to explain any matter.

45(5) The court may confirm, vary or set aside the award or may remit the award to the arbitral tribunal, with the court's opinion on the question of law, in the case of an appeal on a question of law, and give directions about the conduct of the arbitration.

IV. Moyens d'appel

Appel de la sentence arbitrale

45(1) Une partie peut appeler à la cour, avec sa permission d'une sentence arbitrale sur une question de droit, et celle-ci n'accorde sa permission que si elle est convaincue de ce qui suit :

a) l'importance pour les parties des questions en jeu à l'arbitrage justifie l'appel;

b) la décision concernant la question de droit litigieuse peut porter atteinte de manière significative aux droits des parties.

45(2) Si la convention d'arbitrage le prévoit, une partie peut appeler à la cour de la sentence arbitrale sur une question de droit.

45(3) Si la convention d'arbitrage le prévoit, une partie peut appeler à la cour de la sentence arbitrale sur une question de fait ou sur une question mixte de fait et de droit.

45(4) La cour peut exiger du tribunal arbitral des explications sur une question quelconque.

45(5) La cour peut confirmer, modifier ou annuler la sentence arbitrale ou la déférer au tribunal arbitral, accompagnée de son avis sur la question de droit, dans le cas d'un appel sur une question de droit, et donner des directives concernant la conduite de l'arbitrage.

1. La juge saisie de la motion a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que l'art. 24.7 de l'entente d'EGE ne confère pas un droit d'appel automatique sur une question de droit lorsqu'elle :
 - a) a omis de lire l'entente d'EGE dans son ensemble et de reconnaître le droit d'appel qui y est expressément prévu au par. 24.7d), lequel droit s'applique à toutes les sentences arbitrales rendues dans le cadre de l'arbitrage réalisé en vertu de cette entente;
 - b) a omis d'attribuer un sens à toutes les clauses de l'entente d'EGE et en particulier aux expressions [TRADUCTION] « erreur(s) de droit » et [TRADUCTION] « peuvent appeler », prévues aux par. 24.7c) et d) de l'entente d'EGE;
 - c) a interprété erronément les expressions [TRADUCTION] « erreur(s) de droit », [TRADUCTION] « peuvent appeler » et [TRADUCTION] « définitive et lie les parties », prévues aux par. 24.7c) et d) de l'entente d'EGE, expressions qui sont des termes techniques employés dans les clauses d'arbitrage et de résolution des différends;
 - d) a interprété une phrase du par. 24.7c) de l'entente d'EGE isolément de la phrase précédente du même paragraphe;
 - e) a omis d'adopter une interprétation des par. 24.7c) et d) de l'entente d'EGE qui respecte les principes directeurs de l'interprétation contractuelle?
2. La juge saisie de la motion a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que les motions préliminaires de la SVN B ne relevaient aucune question de droit?

V. Norme de contrôle

[24] La SVNБ soutient que la norme de la décision correcte s'applique aux deux moyens d'appel.

[25] La MRDC affirme qu'il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la conclusion de la juge saisie de la motion selon laquelle l'entente d'EGE n'accorde pas à la SVNБ un droit d'interjeter appel sur des questions de droit, que cette décision est susceptible de révision selon la norme applicable aux questions mixtes de fait et de droit et que la juge n'a commis aucune erreur manifeste et dominante lorsqu'elle a conclu que l'art. 24.7 de l'entente d'EGE n'accorde pas à la SVNБ un droit d'appel d'origine contractuelle. À titre subsidiaire, la MRDC soutient que la juge saisie de la motion a eu raison de conclure qu'il n'y avait aucun droit d'origine contractuelle d'interjeter appel, sur des questions de droit, de la sentence arbitrale, de l'octroi d'intérêts ou de l'adjudication de dépens, et, subsidiairement encore, même s'il existait un droit contractuel d'interjeter appel sur des questions de droit, la juge saisie de la motion a conclu à juste titre que la SVNБ n'a soulevé aucune question de droit.

[26] Notre Cour s'est récemment penchée sur les normes de contrôle en général dans l'arrêt *666917 N.B. Inc. et autre c. Stairs Building (2004) Ltd.*, 2022 NBCA 22, [2022] A.N.-B. n° 115 (QL) :

La norme discrétionnaire témoigne du degré élevé de déférence que commandent les décisions discrétionnaires. En appel, la Cour ne peut infirmer une décision judiciaire discrétionnaire que si elle est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'évaluation de la preuve : *Maisonneuve, Hamelin, Martin Ltd. c. JWT Campground Inc.*, [2021] A.N.-B. n° 205 (QL) (CA), au par. 45.

S'agissant des autres normes, les questions de droit sont susceptibles de contrôle suivant la norme de la décision correcte, tandis que les questions de fait sont susceptibles de contrôle suivant la norme de l'erreur manifeste et

dominante : *Vautour et autre c. Sa Majesté la Reine du chef de la Province du Nouveau-Brunswick et autre*, 2021 NBCA 4, [2021] A.N.-B. n° 18 (QL), au par. 31; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

Les questions mixtes de fait et de droit sont susceptibles de contrôle suivant la norme de l'erreur manifeste et dominante, à moins qu'il soit possible d'isoler, parmi les éléments mixtes de l'analyse, une question de droit, auquel cas la norme de contrôle est celle de la décision correcte. Par exemple, il devient possible d'isoler une question de droit lorsqu'on a « appliqu[é] le mauvais principe ou néglig[é] un élément essentiel d'un critère juridique ou un facteur pertinent » (voir *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, au par. 53; *Algo Enterprises Ltd. c. Repap New Brunswick Inc.*, 2016 NBCA 35, 450 R.N.-B. (2^e) 238, au par. 18; *Vautour*, au par. 31). [par. 28 à 30]

[27] Dans leur ouvrage intitulé *The Conduct of an Appeal*, 5^e éd. (Toronto : Lexis Nexis Canada, 2022), les éminents auteurs John Sopinka, Mark A. Gelowitz et W. David Rankin ont écrit ce qui suit au sujet de la norme de contrôle à employer dans l'interprétation de contrats :

[TRADUCTION]

4. Interprétation contractuelle

La norme de contrôle applicable dans les appels mettant en cause l'interprétation d'un contrat a été considérablement modifiée dans les dernières années. Historiquement, l'interprétation de contrats était une question de droit et susceptible de révision en appel selon la norme de la décision correcte. Au fil du temps, le consensus à cet égard a commencé à se détériorer. Certaines cours d'appel provinciales ont commencé à conclure que l'interprétation de contrats pouvait donner lieu à des questions mixtes de fait et de droit, tandis que d'autres continuaient de s'en tenir à la méthode historique. En fin de compte, la Cour suprême du Canada a rejeté la méthode historique, mais a reconnu que la norme de contrôle de la décision correcte pouvait toujours convenir dans certaines situations.

Dans l'arrêt *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, [2014] A.C.S. n° 53, [2014] 2 R.C.S. 633 (C.S.C.), au

par. 49, la Cour suprême du Canada a conclu que la méthode historique de traitement de l'interprétation contractuelle comme une question de droit ne pouvait plus être justifiée. La Cour a plutôt conclu que l'interprétation contractuelle soulève habituellement des questions mixtes de fait et de droit. De telles questions commanderont généralement la déférence en appel, dans l'éventualité où un recours en appel est même ouvert dans le contexte de la loi.

S'exprimant au nom d'une Cour unanime dans l'arrêt *Sattva*, le juge Rothstein a proposé deux raisons d'abandonner la méthode historique d'interprétation contractuelle. En premier lieu, l'interprétation contractuelle a évolué au-delà des règles de forme, vers une « démarche pratique, axée sur le bon sens », selon laquelle les tribunaux sont tenus de tenir compte des circonstances, ou du « fondement factuel », dans l'interprétation d'un contrat écrit. En second lieu, la distinction établie dans des décisions antérieures de la Cour suprême entre les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit laissait entendre que l'interprétation contractuelle relève de cette dernière catégorie. Il en est ainsi parce que le tribunal appelé à interpréter un contrat doit « déterminer l'intention objective des parties – un but axé sur les faits – par l'application des principes juridiques d'interprétation ».

De plus, le juge Rothstein a fait remarquer que la conclusion de la Cour était étayée par les raisons qui sous-tendent la distinction établie entre la question de droit et la question mixte de fait et de droit. En général, l'intervention de la juridiction d'appel devrait se restreindre aux questions qui entraîneraient probablement des répercussions qui ne se limiteraient pas aux parties au litige. Dans le domaine des contrats, les obligations juridiques issues d'un contrat particulier se limitent, dans la plupart des cas, aux intérêts des parties au litige.

En même temps, le juge Rothstein a reconnu qu'il pouvait y avoir des exceptions à la règle générale selon laquelle l'interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit. Premièrement, certaines questions se posant en droit des contrats mettent en cause des règles de droit substantiel, comme les critères de formation du contrat, la capacité des parties et l'obligation que soient constatés par écrit certains types de contrats. Deuxièmement, il peut être possible de dégager une pure

question de droit de ce qui paraît au départ constituer une question mixte de fait et de droit. Le juge Rothstein a indiqué que « [l]e tribunal doit faire preuve de prudence avant d'isoler une question de droit dans un litige portant sur l'interprétation contractuelle ». [§2.87 à §2.9]

[28] Dans l'ouvrage *Civil Appeals*, vol. 2 (Toronto : Thompson Reuters, 2022), Donald J.M. Brown, c.r., a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

L'interprétation des contrats – présumée une question mixte de fait et de droit

Étant donné qu'un contrat prévoit des normes juridiques opérantes, son interprétation a été qualifiée, typiquement et historiquement, de question de droit examinée suivant la norme de contrôle de la décision correcte. Toutefois, comme l'interprétation contractuelle est tributaire des faits en cause, en ce sens que les principes d'interprétation sont aujourd'hui appliqués à la lumière du fondement factuel, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Sattva*, a conclu que la norme applicable n'est plus celle de la décision correcte. Bien entendu, lorsqu'il est nécessaire de tirer des conclusions de fait pour, notamment, établir les clauses d'un contrat, autres que les répercussions d'une clause, la norme applicable est celle de [TRADUCTION] « l'erreur manifeste et dominante ». En outre, avant l'arrêt *Sattva*, on disait que, avant même de procéder à l'interprétation, l'établissement du sens véritable des mots et du fondement factuel donnait lieu soit à des questions de droit soit à des questions mixtes de droit et de fait. De plus, il a été dit que la question de savoir si un contrat est ambigu est une question de fait. Qui plus est, avant *Sattva*, certains tribunaux ont déclaré que les questions relevant de l'*interprétation* contractuelle soulevaient directement des questions mixtes de droit et de fait, alors que d'autres tribunaux, tout en concédant que l'interprétation des mots est une question de droit, ont affirmé que l'application du contrat aux faits en cause soulevait une question mixte de droit et de fait. Cette dernière position représente maintenant la qualification appropriée des questions en matière d'interprétation contractuelle et, en conséquence, elles seront présumées susceptibles de révision suivant la norme de contrôle en appel de la décision raisonnable.

L'interprétation des contrats – exception : une question de droit isolable

Bien entendu, qualifier la question de question mixte de fait et de droit n'établira pas automatiquement la norme de contrôle. Plutôt, une fois les faits établis, la norme de [TRADUCTION] « la décision correcte » pourra toujours s'appliquer. Il en sera ainsi principalement lorsque l'interprétation est considérée comme établissant un précédent, comme c'est le cas lorsque le contrat en cause est un contrat type et, par conséquent, comme constituant une question de droit [TRADUCTION] « isolable » susceptible de révision suivant la norme de la décision correcte. Comme l'a fait remarquer la Cour suprême, « [p]armi les questions de droit susceptibles d'être isolées, mentionnons le fait d'"appliquer le mauvais principe ou [de] négliger un élément essentiel d'un critère juridique ou un facteur pertinent" ». Par conséquent, les erreurs relevant du processus décisionnel, comme l'application inappropriée des principes d'interprétation (notamment l'exigence selon laquelle l'entente doit être lue dans son ensemble), le fait de ne pas tenir compte d'une [TRADUCTION] « disposition de fond claire et convaincante » et les erreurs quant à la question de savoir si la preuve du fondement factuel a été appliquée de manière appropriée dans le cadre de l'interprétation d'une entente ont été considérées comme soulevant des questions de droit. [§ 14:25 et § 14:26]

[29] Comme le montrent ces extraits, la Cour suprême, dans l'arrêt *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, a dérogé à la méthode traditionnelle d'interprétation contractuelle. Dans sa réflexion sur ce changement, dans l'arrêt *Corner Brook (Ville) c. Bailey*, 2021 SCC 29, [2021] A.C.S. n° 29 (QL), elle a fait l'observation suivante :

L'arrêt *Sattva* a marqué un changement important dans la jurisprudence. Traditionnellement, l'interprétation des contrats était considérée comme une question de droit et non comme une question mixte de fait et de droit. C'était le cas parce que l'interprétation était principalement perçue comme une opération visant à attribuer une signification aux mots. Généralement, les circonstances étaient pertinentes aux fins d'interprétation uniquement en cas d'ambiguïté. [par. 17]

[30]

L'arrêt *Sattva* formule les principes suivants du droit des contrats :

Le sens des mots est souvent déterminé par un certain nombre de facteurs contextuels, y compris l'objet de l'entente et la nature des rapports créés par celle-ci (voir *Moore Realty Inc. c. Manitoba Motor League*, 2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300, par. 15, la juge Hamilton; voir aussi Hall, p. 22; McCamus, p. 749-750). Pour reprendre les propos du lord Hoffmann dans *Investors Compensation Scheme Ltd. c. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98 (H.L.) :

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

[...]

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

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

[...]

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

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

[Soulignement ajouté; par. 48, 50 à 53]

[31] L'arrêt *Sattva* met en garde les cours d'appel de ne pas s'empresser d'isoler une erreur de droit dans les litiges portant sur l'interprétation contractuelle :

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

lorsqu'il s'agit d'isoler une question de droit s'applique dans le cas présent :

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

Certes, cette mise en garde a été formulée dans le contexte d'une action pour négligence, mais elle s'applique également à mon avis à l'interprétation contractuelle. Comme je le mentionne précédemment, le but de l'interprétation contractuelle — déterminer l'intention objective des parties — est, de par sa nature même, axé sur les faits. Le rapport étroit qui existe entre, d'une part, le choix et l'application des principes d'interprétation contractuelle et, d'autre part, l'interprétation que recevra l'instrument juridique en dernière analyse fait en sorte que rares seront les circonstances dans lesquelles il sera possible d'isoler une question de droit au cours de l'exercice d'interprétation. En l'absence d'une erreur de droit du genre de celles décrites plus haut, aucun droit d'appel de l'interprétation par un arbitre d'un contrat n'est prévu à l'[*Arbitration Act*].

[Soulignement ajouté; par. 54 et 55]

[32] Par conséquent, la question dont notre Cour est saisie est la suivante : l'interprétation que la juge saisie de la motion a donnée à l'art. 24.7 de l'entente d'EGE révèle-t-elle une question de droit [TRADUCTION] « isolable »? Le cas échéant, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte, et nous pouvons déterminer l'interprétation correcte de l'entente d'EGE. Sinon, son interprétation commande la déférence et est susceptible de révision suivant la norme de l'erreur manifeste et dominante.

VI. Analyse

A. *Premier moyen d'appel – La juge saisie de la motion a-t-elle commis une erreur en concluant que l'entente d'EGE ne confère pas un droit d'appel d'origine contractuelle sur des questions de droit?*

[33] La juge saisie de la motion a conclu que, selon le sens ordinaire de l'art. 24.7 de l'entente d'EGE, il n'existe aucun droit d'appel en ce qui concerne le prix de renouvellement. Elle a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

À mon avis, selon son sens ordinaire, l'article 24.7 de l'entente d'EGE ne confère pas à la SVN B un droit d'appel automatique sur une question de droit. Le processus à suivre par la formation arbitrale pour en arriver à une décision quant au prix de renouvellement est énoncé en détail dans l'entente d'EGE et aurait inclus un droit d'appel automatique qui va au-delà de ce que prévoit la *Loi sur l'arbitrage* si les parties l'avaient voulu. Il appert clairement de l'examen de l'article 24.7 de l'entente d'EGE que la décision d'une formation arbitrale quant au prix de renouvellement est définitive et lie les parties, exception faite des cas prévus dans la *Loi sur l'arbitrage*. En vertu du paragraphe 45(1) de la *Loi sur l'arbitrage*, une partie peut appeler à la Cour, avec sa permission, d'une sentence arbitrale. Dans les circonstances de l'espèce, la SVN B n'a pas de droit d'origine contractuelle d'appeler des sentences arbitrales relatives au prix de renouvellement, mais elle doit plutôt invoquer les recours d'origine législative que lui confère la *Loi sur l'arbitrage*. [par. 30]

[34] En d'autres termes, selon l'interprétation de la juge saisie de la motion, selon son sens ordinaire, l'art. 24.7 ne confère pas un droit d'appel et, si les parties avaient eu l'intention d'inclure un droit d'appel quant au prix de renouvellement au-delà des exceptions prévues par la *Loi*, elles auraient prévu ce droit.

[35] La SVN B affirme que la juge saisie de la motion a commis les erreurs suivantes lorsqu'elle a conclu que, selon son sens ordinaire, l'art. 24.7 ne confère pas un

droit d'appel d'origine contractuelle. Même si ces erreurs reflètent les moyens d'appel énoncés au par. 23, je les répéterai ici par souci de commodité. La SVNB affirme que la juge saisie de la motion :

- a) a omis de lire l'entente d'EGE dans son ensemble et de reconnaître le droit d'appel qui y est expressément prévu au par. 24.7d), lequel droit s'applique à toutes les sentences arbitrales rendues dans le cadre de l'arbitrage réalisé en vertu de cette entente;
- b) a omis d'attribuer un sens à toutes les clauses de l'entente d'EGE et en particulier aux expressions [TRADUCTION] « erreur(s) de droit » et [TRADUCTION] « peuvent appeler », prévues aux par. 24.7c) et d) de l'entente d'EGE;
- c) a interprété erronément les expressions [TRADUCTION] « erreur(s) de droit », [TRADUCTION] « peuvent appeler » et [TRADUCTION] « définitive et lie les parties », prévues aux par. 24.7c) et d) de l'entente d'EGE, expressions qui sont des termes techniques employés dans les clauses d'arbitrage et de résolution des différends;
- d) a interprété une phrase du par. 24.7c) de l'entente d'EGE isolément de la phrase précédente du même paragraphe;
- e) a omis d'adopter une interprétation des par. 24.7c) et d) de l'entente d'EGE qui respecte les principes directeurs de l'interprétation contractuelle.

[36] La MRDC soutient que l'interprétation de la juge saisie de la motion est compatible avec une lecture du contrat dans son ensemble et avec les principes commerciaux, et qu'elle témoigne d'un bon sens des affaires dans le contexte du fondement factuel.

[37] Les parties s'entendent sur les principes d'interprétation contractuelle que la juge saisie de la motion était tenue d'appliquer. Toutefois, elles ne s'entendent pas sur la question de savoir si la juge saisie de la motion a appliqué judicieusement ces principes pour arriver à sa décision.

[38] L'objectif principal de l'interprétation d'un contrat est de donner effet aux intentions des parties. Pour établir ces intentions, les termes employés dans le contrat constituent le point de départ. Cela dit, chaque terme et expression doivent être lus dans le contexte de l'entente dans son ensemble. Un contrat doit être interprété dans son ensemble et il faut donner effet à toutes ses dispositions. Cela signifie que, dans la mesure du possible, les dispositions d'un contrat doivent être conciliées d'une manière qui élimine les incohérences. Dans l'arrêt *Sattva*, le juge Rothstein, s'exprimant au nom de la Cour, a écrit ce qui suit :

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

Voir aussi *Ventas, Inc. c. Sunrise Senior Living Real Estate Investment Trust*, 2007 ONCA 205, [2007] O.J. No. 1083 (QL), au par. 24.

[39] Le fait que les contrats doivent être interprétés conformément aux principes commerciaux valables et de manière sensée sur le plan commercial est aussi un principe fondamental de l'interprétation contractuelle. Les termes figurant dans un contrat doivent être interprétés dans le contexte des circonstances dans lesquelles les parties ont conclu leur entente. Dans l'arrêt *Sattva*, la Cour s'est exprimée ainsi :

Relativement au premier changement, l'interprétation des contrats a évolué vers une démarche pratique, axée sur le bon sens plutôt que sur des règles de forme en matière

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

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

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

[par. 47]

Voir aussi *Directcash ATM Management Partnership et autres c. Maurice's Gas & Convenience Inc. et autres*, 2015 NBCA 36, [2015] A.N.-B. n° 142 (QL).

[40] À mon avis, l'application de ces principes d'interprétation contractuelle à l'art. 24.7 de l'entente d'EGE confirme que les parties ne voulaient pas qu'il y ait un droit d'appel d'une sentence arbitrale relative au prix de renouvellement, sauf sur des questions de droit, et ce, avec l'autorisation de la cour. Une lecture conjointe des par. 24.7a) et c) ne conforte pas l'existence d'un droit d'appel automatique d'origine contractuelle en ce qui concerne les différends relatifs au prix de renouvellement. Je traiterai de chacune des erreurs reprochées par la SVNB suivant l'ordre dans lequel elles ont été alléguées.

- (1) La juge saisie de la motion a-t-elle omis d'examiner l'entente d'EGE dans son ensemble?

[41] Lorsque le par. 24.7c) de l'entente d'EGE est lu dans son ensemble, les termes employés dans la deuxième phrase établissent une différence entre une sentence arbitrale relative au prix de renouvellement et les autres sentences arbitrales en ce qui concerne le droit d'interjeter appel sur des erreurs de droit. Même si la première phrase mentionne à la fois [TRADUCTION] « [les] exceptions énumérées dans la *Loi sur l'arbitrage* » et [TRADUCTION] « erreurs de droit », la deuxième phrase, qui porte sur le prix de renouvellement, ne mentionne que [TRADUCTION] « [les] exceptions énoncées dans la *Loi sur l'arbitrage* ».

[42] L'article 45 de la *Loi* prévoit que, sauf si les parties ont expressément convenu d'élargir la portée de ce qui peut être porté en appel, une sentence arbitrale ne peut être portée en appel sur une question de droit qu'avec la permission d'une cour. Si les parties avaient voulu un droit d'appel relatif au prix de renouvellement sur une question de droit, elles auraient répété l'expression [TRADUCTION] « ou d'erreurs de droit » dans la deuxième phrase du par. 24.7c). L'omission de ces termes, conjuguée à la répétition des « exceptions » prévues dans la *Loi sur l'arbitrage*, fait en sorte qu'il est évident qu'il n'y avait aucun droit d'interjeter appel d'une sentence arbitrale relative au prix de renouvellement, mais que le droit d'une partie de demander l'autorisation d'interjeter appel sur une question de droit était préservé, malgré la nature [TRADUCTION] « définitive et [qui] lie les parties » de la décision.

[43] Si on lit la deuxième phrase du par. 24.7c) dans le contexte des par. 24.7c) et d), on constate qu'il n'y a aucune raison de l'inclure à moins que les parties souhaitent que les sentences arbitrales ayant trait au prix de renouvellement soient traitées différemment de toutes les autres sentences arbitrales sur le plan des droits d'appel. Si les parties avaient voulu qu'il y ait un droit d'appel automatique d'une sentence arbitrale ayant trait au prix de renouvellement sur une question de droit, il n'y aurait eu aucun besoin de la distinguer des autres décisions arbitrales. Un tel résultat aurait

automatiquement découlé soit de la première phrase du par. 24.7c) soit du par. 24.7d). Interpréter la dernière phrase du par. 24.7c) comme exigeant l'autorisation d'interjeter appel d'une sentence arbitrale sur le prix de renouvellement sur une question de droit garantit qu'un sens est donné aux termes employés dans cette phrase. Si nous interprétons le par. 24.7c) de la manière proposée par la SVN, la deuxième phrase serait rendue inutile ou sans objet. La première phrase du par. 24.7c) prévoit qu'il ne peut y avoir d'appel sauf dans le cas des exceptions énoncées dans la *Loi*, de réclamations pécuniaires supérieures à 200 000 \$ ou d'erreurs de droit. Si le prix de renouvellement devait être traité de la même manière que toutes les autres sentences arbitrales, il n'y aurait aucune raison de prévoir une disposition précise s'y appliquant. La deuxième phrase n'a un sens que lorsqu'elle est interprétée comme signifiant que les décisions quant au prix de renouvellement ne sont pas visées par les exceptions ayant trait aux réclamations pécuniaires et aux erreurs de droit. Si l'intention des parties était telle que le soutient la SVN, elles auraient mentionné la même formulation du type [TRADUCTION] « il demeure entendu » dans les par. 24.7a) et d). Elles ne l'ont pas fait.

[44] Comme l'a soutenu la MRDC, l'interprétation de la dernière phrase du par. 24.7c) comme opérant une distinction entre l'arbitrage relatif au prix de renouvellement et d'autres différends soumis à l'arbitrage aux termes de l'entente d'EGE est aussi conforme au fait que la procédure d'établissement du prix de renouvellement est une caractéristique unique de l'entente d'EGE, qui est assujettie à son propre processus préalable à l'arbitrage.

[45] L'interprétation de l'entente d'OMM comme limitant le droit d'une partie d'interjeter appel d'une sentence arbitrale relative au prix de renouvellement aux questions de droit et avec l'autorisation de la Cour concorde aussi avec des principes commerciaux valables.

[46] Dans son mémoire, la MRDC a présenté ses arguments sur ce point ainsi :

- a) l'entente d'EGE prévoit que le prix de renouvellement doit être complètement établi de nouveau pour la dernière tranche de 10 ans de la période d'EGE;
- b) avant l'établissement du prix de renouvellement, la MRDC ne sait pas combien d'argent elle recevra de la Province pour s'acquitter de ses obligations pendant la dernière tranche de 10 ans de la période d'EGE, et la SVNБ ne sait pas combien d'argent elle sera tenue de payer;
- c) tant que cette incertitude persiste, il est très difficile pour l'une ou l'autre partie d'établir un budget et pour la MRDC en particulier d'optimiser ses plans visant l'entretien et la réparation de l'installation;
- d) l'entente d'EGE prévoit que la MRDC ne peut pas présenter sa proposition relative au prix de renouvellement – et par le fait même initier le processus d'établissement du prix de renouvellement – avant la dernière année de la période initiale;
- e) étant donné l'envergure et la complexité factuelle et technique de la proposition relative au prix de renouvellement ainsi que les sommes en cause, il était quasi-certain que le prix de renouvellement ne serait ni convenu ni établi avant la fin de la période initiale (dans le présent cas, la sentence arbitrale a été rendue environ deux ans et demi après la fin de la période initiale et le présent appel sera entendu plus de quatre ans et demi après le début de la période de renouvellement);
- f) l'entente d'EGE prévoit que, tant que le prix de renouvellement n'est pas convenu ou établi, la SVNБ n'est tenue de payer à la MRDC que le même prix d'EGE annuel fixe qu'elle payait pendant la dernière année de la période initiale. [par. 59]

[47]

À mon avis, selon le sens ordinaire des mots, le processus à suivre pour établir le prix de renouvellement constitue, sur le plan commercial et des affaires, un argument fort en faveur d'une conclusion selon laquelle les parties voulaient qu'une sentence arbitrale établissant ce prix soit définitive, qu'elle lie les parties et qu'elle ne soit susceptible d'appel que dans des circonstances très limitées (c'est-à-dire lorsqu'un

tribunal pouvait être convaincu d'accorder la permission d'interjeter appel sur une question de droit).

[48] Je le répète, il est évident que les parties ont mentionné le prix de renouvellement dans la deuxième phrase du par. 24.7c) pour le distinguer des autres décisions arbitrales. Selon son sens ordinaire, cette disposition révèle que les exceptions relatives aux réclamations pécuniaires et aux erreurs de droit ne s'appliquent pas aux décisions relatives au prix de renouvellement. Par conséquent, il n'y a aucun droit contractuel permettant d'interjeter appel de ces décisions. Il est impératif de ne pas oublier que chaque contrat est unique, sauf s'il s'agit d'un contrat type.

[49] En l'espèce, la juge saisie de la motion a manifestement examiné la totalité du libellé de l'art. 24.7 dans le contexte de l'entente d'EGE dans son ensemble ainsi que des circonstances commerciales et du fondement factuel. Elle a résumé les positions respectives des parties et a cité des passages de leurs mémoires. La juge saisie de la motion a clairement tranché des questions mixtes de fait et de droit et, ce faisant, elle n'a commis aucune erreur manifeste et dominante.

[50] La SVNБ demande à notre Cour de faire exactement ce contre quoi la Cour suprême a expressément mis en garde les tribunaux, c'est-à-dire de formuler des questions de droit à partir des questions mixtes de fait et de droit dont la formation et la juge saisie de la motion étaient saisies (voir *Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique*, 2017 CSC 32, [2017] 1 R.C.S. 688).

[51] Selon la jurisprudence, il est indiscutable que ce n'est que dans de rares cas qu'un tribunal d'appel est autorisé à contrôler suivant la norme de la décision correcte l'interprétation qu'un tribunal de juridiction inférieure a donnée à un contrat. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un tel cas. Qui plus est, même si j'avais appliqué la norme de la décision correcte, je n'aurais pas décelé une erreur.

- (2) La juge saisie de la motion a-t-elle commis une erreur en omettant d'attribuer un sens à toutes les clauses de l'entente d'EGE?

[52] La SVNБ soutient que la juge saisie de la motion a omis d'attribuer un sens à toutes les clauses de l'entente d'EGE parce qu'elle n'a pas expressément [TRADUCTION] « mentionné, expliqué ou décrit l'importance des » expressions [TRADUCTION] « erreur(s) de droit » et [TRADUCTION] « peuvent appeler » figurant aux par. 24.7c) et d).

[53] Dans l'arrêt *Stairs Building*, notre Cour a écrit ce qui suit :

Les deux parties conviennent que les tribunaux doivent tenir compte des circonstances de la conclusion d'un contrat lorsqu'ils l'interprètent. Dans l'arrêt *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, la Cour suprême a écrit que l'interprétation d'un contrat est, de par sa nature, axée sur les faits :

La tendance à délaissier l'approche historique au Canada semble s'expliquer par deux changements. Le premier est l'adoption d'une méthode d'interprétation contractuelle qui oblige le tribunal à tenir compte des circonstances — que l'on appelle souvent le fondement factuel — dans l'interprétation d'un contrat écrit (Hall, p. 13, 21-25 et 127; J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 749-751). Le deuxième découle des explications formulées dans les arrêts *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35, et *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 26 et 31-36, sur ce qui distingue la question de droit de la question mixte de fait et de droit. [...]

[par. 39]

[54] Il ressort clairement de la décision que la juge saisie de la motion a examiné et compris les arguments de la SVNБ au sujet du sens des expressions [TRADUCTION] « erreur(s) de droit » et [TRADUCTION] « peuvent appeler ». Elle a souligné les positions respectives des parties, tout en démontrant qu'elle avait tenu

compte de tous les arguments, y compris les observations de la SVN B au sujet de l'expression [TRADUCTION] « il demeure entendu » et de l'effet des expressions « définitive et lie les parties », [TRADUCTION] « erreurs de droit » et [TRADUCTION] « peuvent appeler ». En tenant compte de ces considérations, la juge saisie de la motion a déterminé que, selon son sens ordinaire, le par. 24.7c) ne confère pas un droit d'appel automatique sur une question de droit. Je rejetterais ce moyen d'appel.

- (3) La juge saisie de la motion a-t-elle commis une erreur en interprétant incorrectement des [TRADUCTION] « termes techniques »?

[55] La SVN B affirme que les expressions [TRADUCTION] « erreur(s) de droit », [TRADUCTION] « peuvent appeler » et [TRADUCTION] « définitive et lie les parties » sont des [TRADUCTION] « termes techniques » qu'on retrouve couramment dans des contrats d'arbitrage. Elle laisse entendre que l'inclusion de ces expressions signifie que les parties avaient prévu des droits d'appel explicites. La SVN B a invoqué de nombreuses causes à l'appui de sa prétention, mais aucune d'entre elles ne vient appuyer une proposition aussi générale. Je souscris à la prétention de la MRDC selon laquelle il s'agit d'expressions ordinaires que la juge saisie de la motion n'a pas mal interprétées.

[56] Parmi les 50 causes invoquées par la SVN B, la seule qui emploie l'expression [TRADUCTION] « terme technique » est l'arrêt *IFP Technologies (Canada) Inc. c. EnCana Midstream and Marketing*, 2017 ABCA 157, [2017] A.J. No. 666 (QL), de la Cour d'appel de l'Alberta, où il était question d'un contrat type. Dans cette affaire, une question fondamentale qui se posait était celle de savoir si le terme [TRADUCTION] « participation directe » dans le contexte des concessions pétrolières et gazières avait un sens dans le droit canadien sur le pétrole et le gaz. La Cour a conclu que le terme était un [TRADUCTION] « terme technique juridique ayant un sens précis dans l'industrie pétrolière et gazière [...] que [la] Cour devrait respecter conformément à ce qui était sans doute l'intention réciproque des parties lorsque le contrat en cause a été conclu » (par. 1). Cet arrêt se distingue de l'affaire dont nous sommes saisis parce que la

SVNB tente de transformer des expressions ordinaires en des expressions figées ou normalisées ayant des sens juridiques immuables.

[57] L'argument de la SVNB selon lequel la juge saisie de la motion a commis une erreur susceptible de révision en omettant d'[TRADUCTION] « expliquer » les [TRADUCTION] « termes techniques » dans sa décision est sans fondement.

[58] La juge saisie de la motion n'a pas mal interprété les expressions en cause, et je rejetterais ce moyen d'appel.

(4) La juge saisie de la motion a-t-elle [TRADUCTION] « isolé » à tort des termes?

[59] La SVNB allègue que la juge saisie de la motion a [TRADUCTION] « isolé à tort » les expressions [TRADUCTION] « il demeure entendu » et [TRADUCTION] « définitive et lie les parties » se trouvant dans la deuxième phrase du par. 24.7c) de l'entente d'EGE lorsqu'elle a décidé qu'il n'existait aucun droit d'origine contractuelle d'appeler de la sentence arbitrale.

[60] Comme je l'ai mentionné précédemment, la juge saisie de la motion a examiné le libellé de l'entente d'EGE dans son ensemble (y compris l'art. 24.7 au complet), les aspects pratiques commerciaux ainsi que le fondement factuel et a conclu qu'il n'y avait aucun droit d'appel d'origine contractuelle.

[61] La SVNB invoque l'arrêt *1298417 Ontario Ltd. c. Lakeshore (Town)*, 2014 ONCA 802, [2014] O.J. No. 5449 (QL), de la Cour d'appel de l'Ontario, à l'appui des principes d'interprétation suivants qui, selon elle, s'appliquent à l'expression [TRADUCTION] « il demeure entendu » :

- a) lorsqu'elle est placée en tête de phrase, l'expression [TRADUCTION] « il demeure entendu » indique que les mots qui suivent visent à permettre une meilleure compréhension de la phrase précédente;
- b) les mots qui suivent l'expression [TRADUCTION] « il demeure entendu » ne peuvent modifier le sens et l'intention des mots qui la précèdent;
- c) l'expression laisse entendre que les mots qui la suivent devraient être interprétés en accord avec les mots qui la précèdent.

[62] La SVNB soutient qu'interpréter le par. 24.7c) de sorte à limiter les appels aux questions de droit avec la permission de la cour enfreint ces principes. Toutefois, l'arrêt *1298417 Ontario Ltd.* n'appuie pas la position de la SVNB et peut être écarté d'après les faits.

[63] Dans cette décision, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que le juge du procès avait commis des erreurs de droit isolables lorsqu'il a interprété une clause d'une entente isolément au lieu d'interpréter la clause dans son ensemble. L'appel portait sur l'interprétation par le juge des termes [TRADUCTION] « augmentation de la capacité » employés dans une disposition contractuelle :

La disposition en cause [...] est libellée ainsi :

[TRADUCTION]

La municipalité accorde et approuve une augmentation de la capacité du réseau existant afin de permettre la réalisation complète des travaux de lotissement de St. Clair Shores, conformément aux dispositions existantes en matière de zonage applicables au lotissement en question. Il demeure entendu que cette augmentation est réputée avoir été expressément réservée au profit du lotissement de St. Clair Shores et que la municipalité ne doit pas, avant que soient terminés l'ensemble des travaux d'aménagement et de construction des immeubles résidentiels et commerciaux du lotissement de St. Clair Shores, accorder et/ou approuver une

augmentation de la capacité du réseau existant à l'égard de terrains situés à l'extérieur du lotissement de St. Clair Shores.

[Soulignement ajouté; gras dans l'original supprimé; par. 5]

[64] En lisant la phrase qui commence par [TRADUCTION] « [i]l demeure entendu », le juge du procès a attribué à l'expression [TRADUCTION] « augmentation de la capacité » un sens différent de celui qu'il lui avait donné dans la phrase précédente. L'interprétation de cette phrase par le juge du procès était non seulement incompatible avec son interprétation de la phrase précédente, mais elle faisait aussi en sorte que le contrat soit illégal et inexécutoire, ce qui ne pouvait pas avoir été l'intention des parties.

[65] Dans l'affaire qui nous occupe, aucun problème de la sorte n'existe. Dans son mémoire, la MRDC a prétendu ce qui suit au sujet de l'arrêt *1298417 Ontario Ltd.* :

[TRADUCTION]

[...] Une interprétation des paragraphes 24.7c) et d) selon laquelle une sentence arbitrale ayant trait au prix de renouvellement ne peut être portée en appel qu'avec la permission de la cour et sur une question de droit n'exige pas qu'un sens différent soit attribué aux mêmes termes d'une phrase à l'autre. Elle ne rend pas non plus les paragraphes 24.7c) ou 24.7d) illégaux et inexécutoires. De plus, interpréter la deuxième phrase du paragraphe 24.7c) comme indiquant qu'une sentence arbitrale relative au prix de renouvellement ne peut être portée en appel qu'avec la permission d'une cour et sur une question de droit est complètement compatible avec l'entente d'EGE, le régime législatif prévu dans la *Loi* et l'essentiel de la jurisprudence soulignant que les juges doivent faire preuve de retenue à l'égard des décisions d'arbitres commerciaux. [par. 86]

[66] Je souscris à cette prétention. La proposition de la SVN B quant à l'inclusion de l'expression [TRADUCTION] « il demeure entendu » ferait en sorte que la deuxième phrase ne servirait qu'à répéter la première phrase mot à mot. Cela ne serait pas compatible avec des principes d'interprétation valables.

[67] Interpréter l'entente d'EGE (en particulier l'art. 24 qui porte sur le règlement des différends) dans son ensemble ne favorise pas la reconnaissance d'un droit d'appel automatique du prix de renouvellement. La phrase qui commence par [TRADUCTION] « [i] demeure entendu » ne saurait être oubliée dans le contexte des dispositions qui la précèdent et la suivent.

[68] Lorsque l'entente d'EGE a été formulée, il y a plus de 20 ans, le prix pour les deux premiers tiers du contrat était de 172 000 000 \$ (en dollars de 1998). Il est raisonnable que les parties aient compris que le prix de renouvellement pour les dix dernières années s'élèverait aussi à des millions de dollars, bien au-delà de la somme de 200 000 \$ mentionnée à l'art. 24. Il est raisonnable de donner une interprétation selon laquelle les parties, en ajoutant le libellé [TRADUCTION] « il demeure entendu », souhaitaient clarifier qu'il n'y avait pas un droit d'appel automatique d'une décision arbitrale ayant trait à l'évaluation du prix de renouvellement du simple fait qu'il excédait 200 000 \$.

[69] L'argument supplémentaire de la SVN B selon laquelle les expressions [TRADUCTION] « il demeure entendu » et [TRADUCTION] « définitive et lie les parties » ont été incluses dans la dernière phrase du par. 24.7c) afin de clarifier que l'arbitrage du prix de renouvellement devait être traité comme une [TRADUCTION] « évaluation » en ce qui concerne les appels n'est pas non plus étayé par une interprétation de l'entente d'EGE dans son ensemble.

[70] Il serait erroné, à mon avis, de décrire le prix de renouvellement comme étant une [TRADUCTION] « réclamation pécuniaire ». Une tentative de trouver de la jurisprudence qui définit exactement ce qui constitue une [TRADUCTION] « réclamation pécuniaire » a donné des résultats limités. Quoi qu'il en soit, les simples définitions ou descriptions données au terme [TRADUCTION] « réclamation » viennent appuyer mon opinion selon laquelle il s'agit d'une [TRADUCTION] « qualification erronée ». Le *Canadian Abridgment Words & Phrases* fait état de deux affaires qui discutent du terme [TRADUCTION] « réclamation » :

[TRADUCTION]

En pratique, le terme [TRADUCTION] « réclamation » et l'expression [TRADUCTION] « cause d'action » se rapportent au même objet et n'ont qu'un sens.

[*Minick c. Trow*, 83 NY 514, 516]

Une réclamation, dans un sens juridique juste, est une demande de plein droit présentée par une personne à l'égard d'une autre pour qu'elle ait l'obligation de faire ou de s'abstenir de faire quelque chose.

[*Prigg c. Commonwealth*, 16 Pet. 541]

[71]

De plus, dans l'arrêt *Province du Nouveau-Brunswick c. Grant Thornton*, 2020 NBCA 18, [2020] A.N.-B. n° 70 (QL), le juge d'appel Drapeau a écrit :

Premièrement, l'al. 5(1)a s'applique à une « réclamation », terme défini au par. 1(1) comme une « [r]éclamation pour obtenir réparation de préjudices, de pertes ou de dommages survenus par suite d'un acte ou d'une omission ». Dans *Johnson c. Studley*, 2014 ONSC 1732, [2014] O.J. No. 1232 (QL), le juge Perell a observé qu'une [TRADUCTION] « définition moins circulaire et plus utile du terme “réclamation” serait de dire qu'une “réclamation” est une cause d'action, soit le fait ou les faits qui donnent à une personne le droit d'obtenir une réparation judiciaire ou une mesure de redressement contre une autre personne » (par. 54). Il cite la jurisprudence suivante à l'appui de cette interprétation du terme « réclamation » : *Lawless c. Anderson*, 2011 ONCA 102, [2011] O.J. No. 519 (QL), au par. 22, motifs du juge d'appel Rouleau s'exprimant au nom de la Cour; et *Aguonie c. Galion Solid Waste Material Inc.*, [1998] O.J. No. 459 (C.A.) (QL), au par. 24. Je souscris à cette interprétation et à l'équation sous-jacente entre une réclamation et une cause d'action, que le juge Perell définit, correctement selon moi, comme une situation de fait qui donne à une personne le droit à un recours en justice contre une autre personne. La règle de la possibilité de découvrir vise les causes d'action et non les causes d'action « éventuelles » ou possibles. De la même façon, l'al. 5(1)a s'applique aux réclamations et non aux réclamations « éventuelles » ou possibles. [par. 93]

[72] Bien qu'ils aient été infirmés pour d'autres motifs, les motifs du juge d'appel Drapeau en ce qui concerne les termes [TRADUCTION] « cause d'action » et « réclamation » ont été confirmés par la Cour suprême. Dans l'arrêt *Grant Thornton LLP c. Nouveau-Brunswick*, 2021 CSC 31, [2021] A.C.S. n° 31 (QL), la Cour a écrit ce qui suit :

À l'appui de son argument voulant que le législateur a écarté la règle de common law, Grant Thornton signale certaines différences de terminologie entre la formulation de cette règle et celle de l'art. 5. Il insiste sur le fait que la première utilise le terme « *cause of action* » en anglais (« cause d'action » en français), alors que l'art. 5 emploie le terme « *claim* » en anglais (« réclamation » en français). Selon Grant Thornton, il s'agit de concepts distincts : le premier viserait un ensemble de faits qui confèrent au demandeur un recours en justice, alors que le second serait [TRADUCTION] « un pur concept de prescription » qui ne comporte « que deux volets factuels (un acte fautif et le préjudice qui en découle) » (m.a., Grant Thornton LLP et Kent M. Ostridge, par. 65, citant D. Zacks, « Claims, Not Causes of Action : The Misapprehension of Limitations Principles » (2018), 48 *Advocates' Q.* 165, p. 165).

J'admets que la distinction entre ce qu'on appelle en anglais une « *claim* » et une « *cause of action* » pourrait être significative dans certaines circonstances, mais, à mon avis, ce n'est pas le cas en l'espèce. En fait, le libellé même de la LP illustre que l'utilisation du terme anglais « *claim* » n'est pas incompatible avec l'attribution d'une signification commune à ce terme et à l'expression anglaise « *cause of action* ». En effet, la version anglaise du par. 1(1) définit comme suit le terme *claim* : « [...] *a claim to remedy the injury, loss or damage that occurred as a result of an act or omission* ». En un mot, le libellé du par. 1(1) permet de constater qu'en employant le terme « *claim* », le législateur met l'accent sur un ensemble de faits donnant ouverture à un recours, ce qui correspond au sens que Grant Thornton attribue à l'expression anglaise « *cause of action* ».

Cette interprétation est étayée par le texte français du par. 5(2) de la LP, dont une partie du libellé est la suivante « [l]es faits ayant donné naissance à la réclamation sont découverts le jour où le réclamant a appris ou aurait dû normalement apprendre ». En outre, selon la version

française du par. 1(1), « réclamation » s'entend d'une « [r]éclamation pour obtenir réparation de préjudices, de pertes ou de dommages survenus par suite d'un acte ou d'une omission ». Visiblement, le libellé du texte français étaye mon interprétation du texte anglais et confirme que le terme anglais « *claim* » à l'art. 5 signifie en anglais « *cause of action* », soit : la découverte des faits ayant donné naissance à la réclamation pour obtenir réparation des préjudices, des pertes ou des dommages survenus par suite d'un acte ou d'une omission. Il s'agit de l'équivalent juridique d'un [TRADUCTION] « ensemble de faits donnant le droit au demandeur à une réparation », la définition d'une « cause d'action » donnée par Grant Thornton.

Les débats qui ont précédé l'adoption de la LP sont encore plus probants. Lorsqu'on lui a demandé la raison pour laquelle la loi employait le terme « réclamation » plutôt que « cause d'action », le ministre de la Justice a expliqué :

[TRADUCTION] En un sens, il ne s'agit que de sémantique. Tim Rattenbury, qui travaille pour le Cabinet du procureur général, et moi avons eu une bonne discussion. Le mot « réclamation » n'est qu'une autre façon de caractériser le fait de présenter votre affaire à des fins de litige. C'est la même chose qu'une « cause d'action ». L'uniformisation de ces façons particulières de caractériser une action devant les tribunaux n'est que de la sémantique.

(Nouveau-Brunswick, Assemblée législative, *Journal des débats (Hansard)*, 3^e sess., 56^e lég., 17 juin 2009, p. 50 (Hon. M. Burke))

En d'autres termes, selon le ministre, l'utilisation du terme « réclamation » plutôt que de l'expression « cause d'action » équivaut à une distinction vide de sens. Bien qu'elle ne soit pas en soi déterminante, l'affirmation du ministre peut difficilement être considérée comme une preuve du « texte législatif clair » nécessaire pour écarter la règle de common law (voir *Godfrey*, par. 32). En fait, elle démontre le contraire. [par. 36 à 39]

[73] Il peut y avoir des cas où le terme [TRADUCTION] « réclamation » ne peut être synonyme de [TRADUCTION] « cause d'action », mais ce n'est pas le cas en l'espèce.

[74] Le prix contractuel commercialement raisonnable pour la période de renouvellement qui a été établi lors du processus d'arbitrage n'est pas une [TRADUCTION] « réclamation pécuniaire ». Le prix de renouvellement n'est pas une réclamation présentée sous le régime de l'entente d'EGE : il s'agit simplement d'un prix contractuel.

[75] Comme le souligne la MRDC dans son mémoire, le mot [TRADUCTION] « évaluation » est absent du corps de l'entente d'EGE, alors que les mots [TRADUCTION] « arbitrage » et [TRADUCTION] « arbitre » sont employés de manière répétée. L'article 24 prévoit que l'arbitrage comprend : a) la nomination d'un arbitre ou d'une formation arbitrale; b) l'échange de plaidoiries; c) le dépôt d'éléments de preuve; et d) la tenue d'une audience. L'article 4.3 prévoit expressément qu'il s'agit de la procédure d'arbitrage que les parties doivent suivre si elles ne parviennent pas à s'entendre.

[76] Par conséquent, je ne souscris pas à la prétention de la SVN B selon laquelle l'entente d'EGE peut être interprétée comme signifiant qu'un arbitrage tenu pour décider le prix de renouvellement constitue une [TRADUCTION] « évaluation ». Je rejetterais ce moyen d'appel.

(5) La juge saisie de la motion a-t-elle commis une erreur en omettant d'énoncer, de mentionner ou de suivre les principes directeurs de l'interprétation contractuelle?

[77] La SVN B soutient que la juge saisie de la motion a omis [TRADUCTION] « d'énoncer, de mentionner ou de suivre » les principes directeurs de l'interprétation contractuelle. À mon avis, ce moyen d'appel est fondé sur l'insuffisance

des motifs. Il est bien établi que les cours d'appel, lorsqu'elles examinent la suffisance des motifs, doivent lire ceux-ci dans leur ensemble, en tenant compte du contexte de la preuve, des arguments et de l'audience. Dans l'arrêt *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, la Cour suprême a écrit ce qui suit :

Ces buts seront atteints si les motifs, considérés dans leur contexte, indiquent pourquoi le juge a rendu sa décision. Il ne s'agit pas d'indiquer *comment* le juge est parvenu à sa conclusion, ou d'une invitation à « suivre son raisonnement », mais plutôt de révéler *pourquoi* il a rendu cette décision. La Cour d'appel de l'Ontario a prononcé l'arrêt *Morrissey* avant que notre Cour confirme l'obligation de fournir des motifs dans *Sheppard*. L'arrêt *Morrissey* décrit toutefois bien l'objet des motifs du juge de première instance. Le juge Doherty affirme, à la p. 525 : [TRADUCTION] « En motivant sa décision, le juge de première instance essaie de faire comprendre aux parties le résultat et le pourquoi de sa décision » (je souligne). L'essentiel est d'établir un lien logique entre le « résultat » — le verdict — et le « pourquoi » — le fondement du verdict. Il doit être possible de discerner les raisons qui fondent la décision du juge, dans le contexte de la preuve présentée, des observations des avocats et du déroulement du procès.

Le juge peut expliquer le « pourquoi » de sa décision et son lien logique avec son « résultat » sans nécessairement énoncer chacune des constatations ou conclusions qui l'ont amené au verdict. Pour reprendre les propos tenus par le juge Doherty à la p. 525 de l'arrêt *Morrissey* :

[TRADUCTION] Les motifs d'un juge de première instance ne sauraient être considérés ni analysés comme s'il s'agissait d'instructions au jury. Les instructions au jury indiquent à des non-juristes le chemin à suivre pour parvenir à un verdict. Les motifs d'un jugement sont exprimés une fois le juge de première instance parvenu à la fin de ce cheminement et expliquent pourquoi il est arrivé à telle ou telle conclusion. Ils ne sont pas censés et ne doivent pas être interprétés comme l'énonciation de chacune des étapes du processus que le juge a suivi pour parvenir à un verdict.

Le juge n'est pas tenu d'expliquer des points bien établis, non controversés ou compris et acceptés par les parties. Cela vaut à la fois pour les règles de droit et pour les éléments de preuve. En ce qui a trait au droit, le juge Doherty a ajouté ce qui suit, dans *Morrissey*, p. 524 :

[TRADUCTION] Lorsque l'issue d'une affaire tient à l'application de principes de droit bien établis aux faits constatés après l'examen d'éléments de preuve contradictoires, le juge du procès n'est pas obligé d'exposer ces principes de droit pour démontrer aux parties, et encore moins au tribunal d'appel, qu'il les connaissait et qu'il les a appliqués.

[Soulignement ajouté; certains soulignements dans l'original; par. 17 à 19]

[78] Dans l'arrêt *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, la Cour suprême a énoncé les lignes directrices à suivre au moment de rendre une décision. Après avoir renvoyé à l'arrêt *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, sur la question du sens des motifs suffisants, le juge Rothstein a écrit que l'obligation de fournir des motifs suffisants, comme l'a résumé le juge Binnie dans l'arrêt *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245, exige qu'un juge justifie et explique le résultat, qu'il indique à la partie qui n'a pas gain de cause pourquoi elle a perdu, qu'il permette un examen éclairé des moyens d'appel et qu'il convainque le public que justice a été rendue (voir *McDougall*, par. 98).

[79] De même, dans l'arrêt *T.L. c. A.C.*, 2013 NBCA 24, 402 R.N.-B. (2^e) 373, notre Cour a conclu qu'un juge de première instance avait appliqué judicieusement les bons principes juridiques même s'il ne les avait pas clairement expliqués dans sa décision. La Cour a fondé sa conclusion sur les renvois du juge aux mémoires des parties, qui soulignaient ces principes.

[80] Comme je l'ai indiqué ci-dessus, la juge saisie de la motion, en l'espèce, a beaucoup renvoyé aux mémoires des deux parties tout au long de sa décision et elle en a cité des extraits. Elle a aussi cité de nombreux passages pertinents de la jurisprudence de

la Cour suprême exposant les principes juridiques applicables. Ce moyen d'appel est sans fondement et je le rejetterais.

B. *Deuxième moyen d'appel – la juge saisie de la motion a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a conclu que les moyens d'appel de la SVN B ne relevaient pas de questions de droit ayant trait aux sentences arbitrales?*

[81] Ce moyen d'appel portait en grande partie sur la provision pour risques (dans la première sentence arbitrale), l'adjudication des dépens, l'ordonnance sur les corrections à apporter et l'octroi d'intérêts, à l'égard desquels la SVN B soutient que de nombreuses questions de droit se posent.

(1) Provision pour risques

[82] La SVN B soutient que la décision de la formation arbitrale en ce qui concerne la provision pour risques soulève des questions de droit :

- a) la formation a tiré des conclusions contradictoires parce que la provision pour risques est incompatible avec la première sentence arbitrale;
- b) la formation a accordé une double indemnisation à la MRDC au titre des risques;
- c) la formation a fait abstraction d'éléments de preuve pertinents concernant l'inclusion de montants globaux au titre des risques et elle n'en a pas tenu compte;
- d) la formation a formulé et appliqué la provision pour risques de manière arbitraire et illogique sans preuve à l'appui;

- e) il y a eu manquement à la justice naturelle lorsque la formation a adopté la méthode relative à la provision pour risques sans permettre aux parties de se prononcer à cet égard.

[83] Je me pencherai maintenant sur chaque sous-question ayant trait aux erreurs qui auraient été commises dans la détermination de la provision pour risques.

- a) *Conclusions contradictoires*

[84] La juge saisie de la motion a tiré quelques conclusions générales relativement aux tentatives de la SVNB de formuler des erreurs de droit qui ne se rapportent aucunement à la question de droit isolable qu'elle prétend avoir cernée. Elle a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

La SVNB s'est donné beaucoup de mal pour présenter l'interprétation et l'évaluation par la formation arbitrale des divers postes qui, selon elle, constituent des [TRADUCTION] « erreurs de droit ». Cependant, la Cour remarque que tous ces commentaires s'articulent autour de l'interprétation, par la SVNB, des faits et de son désaccord avec la méthode suivie par la formation arbitrale. Il importe de prendre du recul et de tenir compte du processus suivi par la formation arbitrale pour rédiger la première sentence arbitrale circonstanciée, qui reposait en grande partie sur l'évaluation de la meilleure preuve connue des coûts prévus futurs.

La formation arbitrale a été appelée à calculer le prix de renouvellement applicable à la décennie de 2018 à 2028 pour exploiter, entretenir, gérer et remettre en état un tronçon de 200 km d'une autoroute à quatre voies. Il s'agissait d'une tâche fastidieuse dans le cadre de laquelle la MRDC et la SVNB ont déployé des efforts considérables pour soumettre leur meilleure estimation du prix de renouvellement et la justification à cet égard. La Cour a l'impression que la SVNB a énuméré tous les éléments de la première sentence arbitrale, de l'adjudication des dépens, de l'ordonnance sur les corrections à apporter et de l'octroi d'intérêts auxquels elle ne souscrivait pas et a tenté de

formuler des [TRADUCTION] « erreurs de droit » quant à ce qui a donné lieu à ces conclusions de fait. À mon humble avis, il ne s'agit pas de véritables questions de droit au sens de la *Loi sur l'arbitrage*. [par. 33 et 34]

[85] La formation était appelée à étudier et à trancher plusieurs questions de fait et questions mixtes de fait et de droit après avoir examiné des milliers de documents, les témoignages écrits et oraux de 39 témoins des faits et témoins experts, ainsi que de nombreuses observations orales et écrites.

[86] Dans son mémoire, la MRDC a énuméré les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit que la formation arbitrale a examinées et tranchées relativement à la provision pour risques :

- a) la question de savoir si un prix raisonnable sur le plan commercial devrait comprendre une réserve de prévoyance;
- b) un montant raisonnable pour la réserve de prévoyance, le cas échéant.

[87] Pour parvenir à sa décision, la formation arbitrale a fait un examen approfondi du fondement factuel qui lui avait été présenté. À mon avis, comme je l'expliquerai ci-dessous, il n'y avait aucune erreur de droit isolable qui permettrait à notre Cour d'intervenir.

[88] La SVNБ soutient que la formation a commis des [TRADUCTION] « erreurs de droit » en incluant la provision pour risques dans le prix de renouvellement.

[89] Il ressort d'un examen du dossier que la juge saisie de la motion a examiné attentivement chacun de ces arguments – encore une fois en citant des extraits du mémoire que la SVNБ a présenté à l'appui des motions – avant de les rejeter. Elle a conclu que la SVNБ n'avait pas soulevé de [TRADUCTION] « véritables questions de droit » dans ses motions préliminaires. Elle a jugé que la position de la SVNБ était fondée sur sa propre interprétation de la méthode adoptée par la formation et sur son

désaccord à l'égard de celle-ci. Elle a observé que la décision de la formation était [TRADUCTION] « circonstanciée » et [TRADUCTION] « reposait en grande partie sur l'évaluation de la meilleure preuve connue », tenait compte de la preuve et des arguments des deux parties et calculait le prix de renouvellement avec autant de précision que possible (par. 33 et 37). À l'appui de ces commentaires, elle a invoqué l'arrêt *Teal Cedar Products Ltd.* pour étayer la proposition selon laquelle la Cour suprême a confirmé que les tribunaux doivent faire preuve de prudence lorsqu'ils déterminent si un litige soulève de véritables questions de droit (voir *Teal Cedar Products Ltd.*, par. 45 à 47).

[90] Étant donné que l'arrêt *Teal Cedar Products Ltd.* confirme l'arrêt *Sattva*, le fait que la juge saisie de la motion s'y est fiée démontre qu'elle avait les principes qui se dégagent de l'arrêt *Sattva* fermement à l'esprit lorsqu'elle a rendu sa décision. Elle savait que les tribunaux devaient être prudents lorsqu'ils relèvent des questions de droit et que, lorsqu'il n'est pas facile d'isoler un principe juridique, il s'agit d'une question mixte de droit et de fait. De plus, dans la plupart des cas, on devrait pouvoir clairement déterminer si le litige porte sur une proposition générale qui peut être qualifiée de principe de droit ou sur un ensemble particulier de circonstances. La juge saisie de la motion a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

La formation arbitrale en l'espèce était composée de trois personnes extrêmement compétentes. Les détails donnés dans la première sentence arbitrale, l'ordonnance sur les corrections à apporter, l'adjudication des dépens et l'octroi d'intérêts font état de la tâche laborieuse en cause. Confrontée à la tâche ardue d'établir un prix de renouvellement pour les parties, la formation arbitrale a pris en considération la preuve d'experts et les arguments d'avocats chevronnés représentant les deux parties et a déterminé, avec autant de précision que possible, le prix de renouvellement de quelque chose qui, il faut le reconnaître, change toujours. La complexité des questions sur lesquelles la formation arbitrale s'est penchée ressort des conclusions énoncées dans la première sentence arbitrale. Il ne s'agissait pas d'un processus d'arbitrage simple.

Notre Cour doit donc déterminer s'il convient d'accorder la permission d'appel à la SVN en l'espèce. Le juge Russel

s'est penché sur l'octroi de la permission d'appel visée au paragraphe 45(1) de la *Loi sur l'arbitrage* dans *MacPherson c. New Brunswick Public Employees Association*, 226 R.N.-B (2^e) 243, 2000 CarswellNB 196, [2000] A.N.-B n° 222. Aux paragraphes 17 à 20, le juge Russell a passé en revue la méthode que la Cour doit adopter lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur une demande de permission présentée en vertu du paragraphe 45(1) :

[TRADUCTION]

[17] Le paragraphe 45(1) de la *Loi* dispose :

45(1) Une partie peut interjeter appel d'une sentence arbitrale à la cour, sur une question de droit, avec la permission de la cour, et celle-ci ne donne la permission que si

a) elle est convaincue qu'en raison de leur importance pour les parties, les affaires concernées dans l'arbitrage justifient un appel, et

b) elle est convaincue que la décision de la question de droit en litige peut porter atteinte de manière significative aux droits des parties.

[18] L'appelant doit d'abord répondre aux exigences des deux alinéas et, bien qu'il semble que la question de son compte de frais juridiques soit d'une importance capitale pour lui, il se peut que la question de la responsabilité relative à ces frais ne soit pas une question de droit qui « peut porter atteinte de manière significative aux droits des parties ». Quoiqu'il en soit, si je fais erreur, c'est du côté de l'appelant sur ces deux questions.

[19] Le libellé du paragraphe 31(2) de la *Commercial Arbitration Act* de la Colombie-Britannique ressemble à celui de notre paragraphe 45(1). Pour déterminer s'il y avait lieu d'accorder la permission d'appeler, le juge d'appel Lambert a analysé, dans *Domtar Inc. c. Belkin Inc.*, [1989] B.C.J. No. 1714 (C.A.), ce qu'il a appelé le « pouvoir discrétionnaire résiduaire » :

[TRADUCTION]

J'ai énoncé, au début de la septième partie, les raisons que j'ai de croire qu'il doit y avoir un pouvoir discrétionnaire résiduaire d'accorder ou de refuser la permission après que les conditions pour éviter l'inadmissibilité sous le régime du paragraphe 31(2) ont été respectées du fait de la conformité aux alinéas a), b) ou c) de ce paragraphe. La question suivante consiste à examiner l'étendue du pouvoir discrétionnaire résiduaire. La réponse doit découler de l'étude de l'objet de l'arbitrage commercial.

[...]

Comme je l'ai indiqué, la cour ne semble pas avoir déjà été saisie de la démarche générale à appliquer pour examiner le pouvoir discrétionnaire résiduaire dans le contexte de l'article 31.

Si la décision de l'arbitre dans les affaires de ce genre est si manifestement erronée qu'il ne peut être arrivé à sa décision sur une question de fond au moyen d'un processus décisionnaire éclairé, raison pour laquelle les parties ont conclu un contrat, la permission d'appeler doit être accordée. Sinon, elle doit être refusée.

[20] Ce principe semble partir de l'hypothèse que la cour n'entend qu'une demande de permission d'appeler. En l'espèce, on a demandé à la cour d'accorder la permission et, si cette permission est accordée, d'examiner les questions de fond. Les parties conviennent de façon générale que la question de fond en litige serait la suivante : « S'agit-il d'une décision qu'aucun arbitre raisonnable n'aurait rendue? » Il va sans dire que c'est la question que se poserait tout tribunal saisi d'une demande de permission d'appeler après avoir déterminé que les deux premiers critères du paragraphe 45(1) ont été respectés. Par conséquent,

j'accorde la permission d'appeler de la décision du 22 mai.

Enfin, si j'avais conclu que les appels éventuels soulevaient de véritables questions de droit, j'aurais pu néanmoins refuser d'exercer mon pouvoir discrétionnaire et d'accorder un droit d'appel à la SVN. On ne saurait trop insister sur la complexité de l'arbitrage en l'espèce. Les parties avaient convenu de régler tout différend éventuel relatif au prix de renouvellement par voie d'arbitrage, et c'est exactement ce qui est arrivé. Il s'agissait d'un processus complexe qui a nécessité une grande expertise et un grand souci du détail. Des erreurs manifestes de droit, qui vont bien au-delà de la façon de ventiler le risque ou le calcul de coûts discrétionnaires, seraient nécessaires pour exposer le travail de la formation arbitrale à l'intervention de la cour.

[Soulignement dans l'original; par. 37, 38 et 45]

[91] Le rejet des arguments de la SVN par la juge saisie de la motion a suivi une analyse approfondie. Elle a observé, à juste titre, que les plaintes de la SVN au sujet de la sentence arbitrale s'articulaient autour de son interprétation des faits et n'étaient donc pas de véritables questions de droit.

b) *Double comptabilisation*

[92] La SVN affirme que la formation a effectué une [TRADUCTION] « double comptabilisation » du risque dans le calcul du prix de renouvellement, contrairement à la règle contre la double indemnisation. La MRDC affirme que la formation a relevé certains événements importants ou tendances qui étaient, selon elle, susceptibles de se produire ou de se poursuivre lorsqu'elle a calculé le prix de base, auxquels elle a appliqué une réserve de prévoyance fondée sur la preuve factuelle et d'expert. L'application de ces réserves de prévoyance tenait compte d'éléments de risque distincts. De plus, la formation, se fondant encore une fois sur la preuve d'expert, a prévu un montant global au titre du risque.

[93] La SVN soutient qu'il en a résulté des incohérences parce que la provision pour risques est incompatible avec d'autres parties de la première sentence

arbitrale. L'exemple fourni dans le mémoire de la SVN B est la réception par la MRDC de montants supplémentaires au titre des risques dans le prix de renouvellement pour un poste qu'elle n'a pas réussi à établir et des travaux qu'elle n'était pas obligée de terminer pendant la période de renouvellement. La MRDC soutient qu'aucune conclusion contradictoire n'a été tirée.

[94] La SVN B a invoqué l'affaire *The Owners, Strata Plan NW 3079 c. Chan*, 2010 BCSC 527, [2010] B.C.J. No. 696 (QL), à l'appui de sa proposition selon laquelle un arbitre qui tire des conclusions contradictoires commet une erreur de droit. Dans cette affaire, la cour a conclu que l'arbitre avait commis une erreur de droit lorsqu'elle a octroyé des dommages-intérêts au demandeur malgré le fait qu'elle avait jugé qu'il n'avait pas subi de perte pécuniaire ou non pécuniaire. En d'autres termes, l'erreur de droit avait trait à la décision d'octroyer des dommages-intérêts en l'absence d'une conclusion que le demandeur avait subi un préjudice ou une perte.

[95] L'affaire *Strata Plan* se distingue de la présente affaire, qui ne présente pas de contradictions du même genre. La formation a tiré une conclusion de fait quant aux prix qu'elle attribuerait aux postes, allant même jusqu'à conclure que le prix était de 0 \$ à l'occasion. Cela ne signifie pas que la formation a agi de manière contradictoire lorsqu'elle a établi une provision globale au motif que quelques-unes de ses décisions quant aux prix pourraient s'avérer incorrectes dans les années à venir.

[96] S'agissant des allégations de conclusions contradictoires, je souscris à la prétention de la MRDC selon laquelle le seul précédent invoqué par la SVN B peut être écarté étant donné que la contradiction qui y est relatée (accorder des dommages-intérêts après avoir conclu qu'il n'y avait aucun préjudice) est différente de toute [TRADUCTION] « contradiction » relevée en l'espèce. Quoi qu'il en soit, la SVN B a cerné une seule [TRADUCTION] « contradiction » (les glissières de sécurité) et, à première vue, ce résultat n'est pas, en fait, manifestement contradictoire. La formation aurait pu décider qu'il n'était pas nécessaire de remplacer les glissières au cours de la période de renouvellement, mais qu'elles auraient dû l'être pendant les 20 premières

années de l'entente d'EGE, tout en concluant qu'il y avait un risque qu'elles doivent être remplacées pendant les dix dernières années. Même si les glissières avaient été remplacées au cours des 20 premières années ou peu après cette période, le même risque existerait tout de même. De plus, s'il s'agissait d'une erreur, la SVNБ aurait dû la soulever lorsque les parties ont fait valoir leurs préoccupations auprès de la formation au moment où l'ordonnance sur les corrections à apporter a été rendue, ce qu'elle n'a pas fait.

[97] La méthode de la provision pour risques tenait compte de certaines réserves de prévoyance importantes et permettait de maîtriser d'autres risques qui étaient considérés comme étant plus susceptibles de se concrétiser. Le simple fait que la formation a employé deux différentes méthodes d'évaluation de la maîtrise du risque ne signifie pas qu'un risque donné a été comptabilisé deux fois. Les précédents invoqués par la SVNБ comprennent des dommages-intérêts et se distinguent facilement des sentences arbitrales ayant trait au prix de renouvellement.

[98] Qui plus est, même si nous acceptions que la formation ait doublement comptabilisé le risque, il s'agirait d'une question mixte de fait et de droit. Par conséquent, elle ne peut être portée en appel.

c) *Défaut d'examiner des éléments de preuve pertinents*

[99] La SVNБ soutient qu'il n'y avait aucun élément de preuve à l'appui de la provision pour risques, que la formation a fait abstraction d'éléments de preuve pertinents concernant l'inclusion de montants globaux au titre des risques dans le prix de renouvellement et n'en a pas tenu compte, et que la formation a [TRADUCTION] « formulé et appliqué la provision pour risques de façon arbitraire et illogique sans preuve à l'appui ». La MRDC soutient que ces allégations sont [TRADUCTION] « simplement fausses ». Elle affirme que la seule question de droit qui existe est celle de savoir s'il y avait des éléments de preuve à l'appui des conclusions. Elle soutient aussi qu'il n'y a rien d'arbitraire ou d'illogique en ce qui concerne la formulation et

l'application de la provision pour risques par la formation. Elle remarque que l'évaluation de la provision pour risques se rapproche de la preuve du témoin expert de la MRDC. La dernière allégation connexe est que la méthode adoptée par la formation pour établir la provision pour risques représentait un manquement à la justice naturelle. La MRDC prétend que cette allégation est sans fondement. Elle affirme que la formation a [TRADUCTION] « informé les parties de ses questions quant au meilleur moyen d'aborder la question des éventualités » et que les parties ont eu toute la possibilité de présenter des observations.

[100] Avec égards, je ne souscris pas aux allégations selon lesquelles la formation a choisi la méthode de détermination de la provision pour risques sans preuve à l'appui, en faisant abstraction d'éléments de preuve pertinents ou d'une manière arbitraire et illogique. Un examen du dossier révèle que la formation a entendu les observations des deux parties et en a tenu compte avant de choisir la méthode qu'elle estimait appropriée.

[101] Les parties ont présenté des observations quant à leur façon préférée d'aborder le risque. La formation a entendu ces observations et en a tenu compte dans le contexte de la première sentence arbitrale. La formation a tout simplement choisi d'adopter une méthode différente.

[102] Les erreurs de droit qui auraient été commises, selon la SVN, ne sont pas de véritables questions de droit qui sont conformes aux exigences de l'arrêt *Sattva*. Rappelons-nous le commentaire de la juge saisie de la motion selon lequel le simple fait d'alléguer l'existence d'une erreur de droit ne signifie pas qu'elle a été commise. La véritable question en l'espèce n'est pas une question de droit isolable dans le contexte de l'arbitrage; le différend porte sur la manière par laquelle la formation a choisi de reconnaître des risques particuliers. La maîtrise du risque dans un contexte donné est un exercice tout à fait factuel – dans le meilleur des cas, il s'agit d'un exercice de fait et de droit. À mon sens, la SVN a essayé de formuler des erreurs de droit qui n'ont pas été confirmées. La formation arbitrale n'a pas commis les erreurs reprochées. Par

conséquent, aucune question de droit, isolable ou non, n'a été commise quant à la première sentence arbitrale.

d) *La provision pour risques est-elle arbitraire ou illogique?*

[103] La provision pour risques n'est pas arbitraire ou illogique. La formation arbitrale a indiqué qu'elle avait des raisons pour rejeter les autres méthodes possibles et a examiné des éléments de preuve afin d'établir le montant de la réserve de prévoyance ainsi que le taux d'actualisation connexe. Qui plus est, même si les deux parties ont milité pour une méthode différente, à savoir la méthode relative au risque global, la provision pour risques calculée en fin de compte par la formation n'est ni arbitraire ni illogique. En fait, une fois le taux d'actualisation appliqué, une projection fondée sur une prime de risque global ne diffère pas beaucoup d'une projection fondée sur la méthode de la réserve de prévoyance employée par la formation.

[104] En effet, comme nous l'avons vu, lorsque la provision pour risques est ajoutée à la marge de profit et à l'imputation des coûts indirects accordées par la formation, le total, exprimé sous forme de pourcentage, correspond approximativement à la marge qui serait appropriée, selon le témoin expert de la MRDC, dans un projet de cette nature.

e) *Manquement à la justice naturelle*

[105] L'affirmation de la SVN B selon laquelle la méthode adoptée par la formation arbitrale pour établir la provision pour risques représentait un manquement à la justice naturelle est sans fondement. Comme nous l'avons vu, la formation a informé les parties de ses questions quant au meilleur moyen d'aborder la question des éventualités avant la plaidoirie de clôture orale et pendant celle-ci. Elle est même allée jusqu'à donner aux parties un document écrit résumant sa réflexion et leur posant des questions précises afin qu'elles y répondent.

[106] Dans l'arrêt *MSI Methylation Sciences, Inc. c. Quark Venture Inc.*, 2019 BCCA 448, [2019] B.C.J. No. 2341 (QL), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique cite, en marquant son approbation, la décision *Reliance Industries Ltd. c. Union of India*, [2018] EWHC 822 (C. com), de la Cour commerciale de l'Angleterre :

[TRADUCTION]

[...] Il arrive couramment, dans les décisions judiciaires sur des points d'interprétation, qu'un juge puisse façonner son raisonnement et son analyse à partir des documents dans lesquels l'argumentation a été abordée, sans que ce soit nécessairement dans des termes qui reflètent ceux exprimés complètement par la partie qui a obtenu gain de cause. Procéder ainsi n'est pas injuste et n'a pas l'apparence de l'être. Il suffit que le point soit [TRADUCTION] « en cause » ou [TRADUCTION] « dans l'arène » de l'instance, même s'il n'a pas été exposé avec précision. [par. 49]

(2) L'adjudication de dépens

[107] La SVNB soutient que la formation arbitrale a erronément conclu que la MRDC a [TRADUCTION] « obtenu gain de cause pour l'essentiel » en arbitrage parce qu'avoir gain de cause pour l'essentiel a été interprété comme équivalant à la réussite d'une partie quant à 75 % ou plus des questions en litige. La SVNB soutient que la MRDC n'a obtenu qu'un peu plus de la moitié de la différence entre le montant de sa demande finale et le montant que la SVNB était prête à payer. De plus, se fondant sur l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, [1995] A.C.S. n° 1 (QL), la SVNB déclare que, [TRADUCTION] « même si les ordonnances en matière de dépens sont discrétionnaires, les tribunaux peuvent intervenir à leur égard lorsque le décideur a tenu compte de facteurs non pertinents, a omis d'examiner des facteurs pertinents ou a tiré une conclusion déraisonnable ».

[108] L'entente d'EGE et la *Loi sur l'arbitrage* habilite toutes les deux la formation arbitrale à accorder les dépens de l'arbitrage. L'alinéa 24.8b)(xi) de l'entente d'EGE prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

24.8 Compétence et pouvoirs de l'arbitre

b) Sans limiter la compétence en droit de l'arbitre, les parties conviennent que l'arbitre aura compétence pour :

(xi) rendre une ordonnance ou des ordonnances quant au paiement des dépens de l'arbitrage[.]

[109] De même, le par. 54(2) de la *Loi* prévoit qu'un tribunal arbitral peut adjuger les dépens d'un arbitrage « sur la base des frais entre avocat et client, sur la base des frais entre parties ou sur une autre base » :

54(2) The arbitral tribunal may award all or part of the costs of an arbitration on a solicitor and client basis, a party and party basis or any other basis; if it does not specify the basis, the costs shall be determined on a party and party basis.

54(2) Le tribunal arbitral peut adjuger tout ou partie des dépens d'un arbitrage sur la base des frais entre avocat et client, sur la base des frais entre parties ou sur une autre base; s'il ne la précise pas, les dépens sont déterminés sur la base des frais entre parties.

[110] De plus, le par. 54(3) de la *Loi* prévoit ce qui suit :

54(3) The costs of an arbitration consist of the parties' legal expenses, the fees and expenses of the arbitral tribunal and any other expenses related to the arbitration.

54(3) Les dépens de l'arbitrage comprennent les frais juridiques des parties, les honoraires et les frais du tribunal arbitral ainsi que tous les autres frais afférents à l'arbitrage.

[111] La SVNБ soutient que la formation arbitrale a conclu à tort que la MRDC avait [TRADUCTION] « obtenu gain de cause pour l'essentiel » en arbitrage. Elle affirme qu'en raison de cette conclusion, le point de départ choisi par la formation pour le calcul des dépens était une erreur de droit. La MRDC soutient que la formation a agi dans les limites de son pouvoir discrétionnaire pour ce qui est des dépens, qu'elle n'a pas tenu compte de facteurs extrinsèques et qu'elle n'est pas parvenue à une conclusion déraisonnable.

[112] Comme le fait remarquer J. Brian Casey dans l'ouvrage *Arbitration Law of Canada, Practice and Procedure* (3^e éd. New York : JurisNet LLC, 2017) :

[TRADUCTION]

8.7 Selon la règle habituelle, la partie qui obtient [TRADUCTION] « gain de cause pour l'essentiel » devrait se voir adjuger les dépens, mais il est tout à fait permis à l'arbitre d'examiner l'instance dans son ensemble et de décider, au vu des faits, peu importe qui a « gagné », qui devrait payer qui. Contrairement à une poursuite en justice, l'obligation de procéder à l'arbitrage de façon efficace et juste et dans un délai opportun est une obligation contractuelle des parties. L'obligation pour l'arbitre d'agir de manière judiciaire ne devrait pas nécessairement signifier qu'il est tenu de suivre les règles de procédure qu'un ressort particulier a élaborées pour établir les dépens d'une poursuite civile. [Soulignement ajouté; p. 450]

[113] L'adjudication des dépens étant discrétionnaire, il s'agit d'une question mixte de fait et de droit. Ce n'est que [TRADUCTION] « dans des circonstances très restreintes, où un arbitre examine des facteurs extrinsèques à l'affaire qui lui a été renvoyée en arbitrage, [que] sa décision quant aux dépens [sera] une question de droit » (*K-Rite Construction Ltd c. Enigma Ventures Inc*, 2020 ABQB 566, [2020] A.J. No. 1030 (QL), par. 30). En d'autres termes, en l'absence de considérations inappropriées, l'adjudication de dépens ne constituera pas une question de droit (*K-Rite*, par. 32).

[114] Dans un appel des dépens adjugés par un arbitre, l'arbitre est dans la même position qu'un juge de première instance dont le jugement a été porté en appel (voir *Best Buy Canada Ltd c. Roselawn and Main Urban Properties Inc.*, 2018 ONSC 92, [2018] O.J. No. 814 (QL), par. 24). Le juge du procès dispose d'un très large pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne le calcul des dépens et les tribunaux n'interviendront qu'en présence d'une [TRADUCTION] « erreur manifeste » (*Comeau c. Saint John Regional Hospital et al.*, 2001 NBCA 113, 244 R.N.-B. (2^e) 201 [intitulé du R.N.-B.], par. 122 et 123; voir aussi *Béliveau c. Town of Sackville*, 2017 NBCA 26, [2017] A.N.-B. n^o 133 (QL), par. 30).

[115] En l'espèce, la formation arbitrale a manifestement agi dans les limites de son pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle a choisi d'adjuger des dépens à la MRDC. Elle n'a pas tenu compte de facteurs extrinsèques ou de considérations inappropriées. On ne saurait dire que la formation est parvenue à une conclusion déraisonnable. Par conséquent, l'adjudication des dépens ne soulève aucune question de droit.

[116] Je conclus qu'aucune véritable erreur de droit n'a été relevée concernant les dépens. Comme le remarque la MRDC, la *Loi* et l'entente d'EGE prévoient qu'un arbitre peut rendre des ordonnances quant aux dépens. Les deux parties conviennent aussi que de telles ordonnances sont discrétionnaires. Elles conviennent en outre qu'un tribunal peut modifier une ordonnance concernant les dépens si elle a été rendue après prise en compte d'un facteur non pertinent. La MRDC va même jusqu'à dire que les tribunaux peuvent intervenir si l'ordonnance est manifestement erronée, et ce, même lorsqu'aucune question de droit n'a été soulevée. Même si la formation a eu tort de juger que la MRDC avait eu gain de cause pour l'essentiel quant à l'issue du prix de renouvellement, cela ne veut pas dire que le fait d'avoir obtenu gain de cause pour l'essentiel était l'élément moteur de la fixation du montant des dépens.

(3) L'ordonnance sur les corrections à apporter

[117] En août 2020, les parties ont correspondu avec la formation, soulevant des éléments de la première sentence arbitrale qui devaient faire l'objet de corrections. Le 18 septembre 2020, la formation a adjugé les dépens, octroyé les intérêts et, selon cette correspondance, rendu une ordonnance sur les corrections à apporter, le tout en faveur de la MRDC. La MRDC reconnaît que l'interprétation de la formation quant à sa compétence pour apporter des corrections à la sentence arbitrale prévue à l'art. 44 de la *Loi* est une question de droit. Toutefois, elle conteste la façon dont la SVN B a qualifié la décision de la formation.

[118] La SVN B soutient que la formation a conclu à tort que l'al. 44(1)b) de la *Loi* lui conférerait la compétence pour rectifier un poste de la première sentence arbitrale de

sorte à [TRADUCTION] « éviter une injustice ». Elle invoque l'arrêt *Teal Cedar Products Ltd.* comme source faisant autorité à l'appui de sa proposition selon laquelle une [TRADUCTION] « question d'interprétation législative est habituellement qualifiée de question de droit dans le contexte de l'arbitrage ». Elle affirme que la MRDC n'avait allégué ni relevé une injustice et, en outre, qu'il n'y avait pas d'injustice. De plus, s'agissant du même poste, la SVNB soutient que la formation a apporté des modifications qui [TRADUCTION] « ne relevaient pas des mesures correctives visées par l'art. 44 de la *Loi sur l'arbitrage* ». Elle prétend qu'une erreur de droit est survenue lorsque la formation a réexaminé le poste, tenu compte de la preuve des parties et déterminé un nouveau montant pour le poste.

[119] L'article 44 de la *Loi* prévoit qu'un arbitre peut corriger « des erreurs de typographie, des erreurs de calcul et d'autres erreurs similaires », ou modifier la sentence arbitrale de manière à remédier à une « injustice [...] causée par inadvertance » par l'arbitre. La MRDC a demandé à la formation arbitrale d'augmenter le montant attribué à un poste parce qu'elle avait conclu que la MRDC devait achever un certain projet au cours de la période de renouvellement. La SVNB s'est opposée à la rectification au motif que la formation arbitrale n'avait pas ce pouvoir. La formation a augmenté le montant correspondant à ce poste. Comme je l'ai mentionné, la SVNB affirme que la MRDC n'avait pas allégué qu'il y avait eu injustice et n'avait pas non plus produit d'éléments de preuve à cet effet, et la formation n'a pas relevé d'injustice.

[120] L'injustice qui aurait eu lieu est évidente – la MRDC n'aurait pas été payée pour des travaux qu'elle était tenue d'entreprendre, selon la décision de la formation, pendant la période de renouvellement. En effet, la SVNB invoque l'affaire *1210558 Ontario Inc. c. 1464255 Ontario Ltd.*, 2011 ONSC 5810, [2011] O.J. No. 5143 (QL), à l'appui de la proposition selon laquelle le terme [TRADUCTION] « injustice », dans le présent contexte, devrait être interprété comme se rapportant à la justice naturelle, c'est-à-dire l'équité procédurale. Toutefois, la décision est une décision d'un tribunal de juridiction inférieure (la Cour supérieure de justice de l'Ontario), et cette proposition n'a pas fait l'objet d'un traitement. Dans cette cause, la cour a conclu que le législateur

n'avait pas eu l'intention de conférer à un arbitre un pouvoir discrétionnaire absolu de reprendre une sentence arbitrale, mais qu'il lui permettait de reprendre une sentence au-delà de ce qui est permis par la règle de [TRADUCTION] « lapsus ». Au Nouveau-Brunswick, l'affaire qui mentionne l'art. 44 de la *Loi* (*Jammin Rock Resources Inc. c. Dowd & Associates, ETAL.*, 2020 NBBR 102, [2020] A.N.-B. n° 123 (QL)), ne traite pas du sens d'injustice. De plus, la SVNБ invoque de la jurisprudence britanno-colombienne à titre de sources faisant autorité quant aux ordonnances sur les corrections à apporter, mais la loi intitulée *Arbitration Act* de la Colombie-Britannique est différente de la *Loi* néo-brunswickoise en ce qui concerne les corrections.

[121] La MRDC reconnaît que l'interprétation que la formation a donnée à la compétence que lui confère l'art. 44 de la *Loi* pour apporter des corrections à la sentence arbitrale est une question de droit. Toutefois, elle conteste la façon dont la SVNБ qualifie la décision de la formation arbitrale. Comme nous l'avons vu ci-dessus, la MRDC prétend que la SVNБ devait obtenir l'autorisation d'appeler de cette question. Je souscris à sa prétention. L'autorisation n'a pas été accordée et la juge saisie de la motion a eu raison de décider de la refuser.

[122] À mon avis, il semblerait que la formation arbitrale a fait un [TRADUCTION] « lapsus » lorsqu'elle a conclu que la MRDC devait terminer un projet pendant la période de renouvellement sans toutefois inclure le coût du projet dans le prix de renouvellement. Même si cela n'équivaut pas à une iniquité procédurale, il serait injuste d'exiger que la MRDC termine un projet sans qu'elle soit rémunérée pour celui-ci. Bien qu'il n'y ait aucune jurisprudence interprétant les dispositions de notre *Loi* ayant trait aux corrections, à mon avis, une telle injustice est envisagée par la *Loi*. Qui plus est, l'erreur reprochée aurait pu être qualifiée d'erreur de calcul, ce que les arbitres ont le pouvoir de corriger.

(4) L'octroi d'intérêts

[123] La SVNБ soutient que l'article de l'entente d'EGE qui prévoit le paiement d'intérêts ne s'applique qu'aux montants qui sont [TRADUCTION] « dus et exigibles ». Elle soutient que l'entente d'EGE ne prévoit pas le paiement d'intérêts sur un prix de renouvellement reporté et que la formation arbitrale a commis une erreur de droit isolable en omettant de mentionner ou d'expliquer l'article pertinent de l'entente d'EGE dans sa décision d'accorder des intérêts. La MRDC affirme que la SVNБ a omis de soulever une erreur de droit isolable en ce qui concerne l'entente d'EGE et le paiement d'intérêts et que, par conséquent, la question en litige est une question mixte de fait et de droit.

[124] Je conviens avec la SVNБ que la formation arbitrale aurait commis une erreur de droit si elle n'avait pas tenu compte d'un article pertinent de l'entente d'EGE lorsqu'elle a pris une décision quant aux intérêts. La SVNБ soutient que la disposition qui prévoit que la MRDC doit continuer de recevoir le prix initial pendant les 20 premières années, jusqu'à l'établissement d'un prix de renouvellement, ne prévoit pas le paiement d'intérêts. De plus, la formation arbitrale a invoqué la disposition de l'entente d'EGE prévoyant des intérêts sur des montants qui étaient [TRADUCTION] « dus et exigibles » au titre de l'entente d'EGE. La SVNБ affirme que la formation a mal interprété l'expression [TRADUCTION] « dû et exigible » et a, par conséquent, accordé des intérêts rétroactivement sur le prix de renouvellement. La SVNБ invoque, comme source faisant autorité, une cause portant sur les loyers. Toutefois, un loyer se distingue d'une sentence arbitrale.

[125] La SVNБ n'a pas relevé comment la formation arbitrale aurait omis d'examiner les dispositions pertinentes de l'entente d'EGE en ce qui concerne les intérêts. Je conclus que ce qui est [TRADUCTION] « dû et exigible » au titre de l'entente d'EGE est une question mixte de fait et de droit, qui doit être examinée selon la norme de la décision correcte. Cela concorde avec l'arrêt *Sattva*. La formation arbitrale a conclu que l'entente d'EGE prévoyait de tels paiements. Il serait insensé de permettre à la SVNБ de reporter impunément l'établissement d'un prix de renouvellement. Qui plus est, il

demeure que le prix de renouvellement a été fixé après l'écoulement des 20 premières années de l'entente d'EGE, et la MRDC continue de recevoir le prix convenu pour les 20 premières années jusqu'à ce que le présent appel soit tranché.

[126] En l'espèce, la SVN B a omis de soulever une question de droit isolable dans l'interprétation qu'a donnée la formation arbitrale à l'entente d'EGE sur la question des intérêts s'appliquant aux paiements rétroactifs. Par conséquent, la question en est toujours une mixte de fait et de droit, dont on ne peut interjeter appel.

[127] Pour tous les motifs qui précèdent, je rejeterais le second moyen d'appel.

VII. Conclusion et dispositif

[128] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que la juge saisie de la motion n'a pas commis d'erreur en rejetant les motions. Je ne décèle aucune erreur qui justifierait l'intervention en appel et je rejeterais par conséquent l'appel avec dépens de 7 500 \$.