

**Uber Technologies Inc.,
Uber Canada, Inc.,
Uber B.V. and
Rasier Operations B.V.** *Appellants*

v.

David Heller *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Young Canadian Arbitration Practitioners,
Arbitration Place,
Don Valley Community Legal Services,
Canadian Federation of Independent
Business,
Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy
and Public Interest Clinic,
Income Security Advocacy Centre,
Parkdale Community Legal Services,
United Food and Commercial Workers Canada,
Workers' Health and Safety Legal Clinic,
Montreal Economic Institute,
Canadian American Bar Association,
Chartered Institute of Arbitrators
(Canada) Inc.,
Toronto Commercial Arbitration Society,
Canadian Chamber of Commerce,
International Chamber of Commerce,
Consumers Council of Canada,
Community Legal Assistance Society and
ADR Chambers Inc.** *Interveners*

**INDEXED AS: UBER TECHNOLOGIES INC. v.
HELLER**

2020 SCC 16

File No.: 38534.

2019: November 6; 2020: June 26.

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

**Uber Technologies Inc.,
Société Uber Canada,
Uber B.V. et
Rasier Operations B.V.** *Appelantes*

c.

David Heller *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,
Jeunes praticiens canadiens de l'arbitrage,
Arbitration Place,
Don Valley Community Legal Services,
Fédération canadienne de l'entreprise
indépendante,
Clinique d'intérêt public et de politique
d'internet du Canada Samuelson-Glushko,
Centre d'action pour la sécurité du revenu,
Parkdale Community Legal Services,
Travailleurs et travailleuses unis de
l'alimentation et du commerce Canada,
Workers' Health and Safety Legal Clinic,
Institut économique de Montréal,
Canadian American Bar Association,
Chartered Institute of Arbitrators
(Canada) Inc.,
Toronto Commercial Arbitration Society,
Chambre de commerce du Canada,
Chambre de commerce internationale,
Consumers Council of Canada,
Community Legal Assistance Society et
ADR Chambers Inc.** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : UBER TECHNOLOGIES INC. c.
HELLER**

2020 CSC 16

N° du greffe : 38534.

2019 : 6 novembre; 2020 : 26 juin.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contracts — Contracts of adhesion — Arbitration clause — Validity — Unconscionability — Mandatory clause in standard form contract between driver and multinational corporation requiring that disputes be submitted to arbitration in the Netherlands and imposing substantial up-front costs for arbitration proceedings — Driver commencing action in Ontario court against corporation — Corporation seeking stay of proceedings based on arbitration clause — Whether action should be stayed — Whether validity of arbitration agreement should be decided by court or arbitrator — Whether arbitration agreement unconscionable — Arbitration Act, 1991, S.O. 1991, c. 17, s. 7(2).

H provides food delivery services in Toronto using Uber's software applications. To become a driver for Uber, H had to accept the terms of Uber's standard form services agreement. Under the terms of the agreement, H was required to resolve any dispute with Uber through mediation and arbitration in the Netherlands. The mediation and arbitration process requires up-front administrative and filing fees of US\$14,500, plus legal fees and other costs of participation. The fees represent most of H's annual income.

In 2017, H started a class proceeding against Uber in Ontario for violations of employment standards legislation. Uber brought a motion to stay the class proceeding in favour of arbitration in the Netherlands, relying on the arbitration clause in its services agreement with H. H argued that the arbitration clause was unconscionable and therefore invalid. The motion judge stayed the proceeding, holding that the arbitration agreement's validity had to be referred to arbitration in the Netherlands, in accordance with the principle that arbitrators are competent to determine their own jurisdiction. The Court of Appeal allowed H's appeal and set aside the motion judge's order. It concluded that H's objections to the arbitration clause did not need to be referred to an arbitrator and could be dealt with by a court in Ontario. It also found the arbitration clause to be unconscionable, based on the inequality of bargaining power between the parties and the improvident cost of arbitration.

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

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

Contrats — Contrats d'adhésion — Clause d'arbitrage — Validité — Iniquité — Clause impérative d'un contrat type, conclu entre un chauffeur et une entreprise multinationale, prescrivant le recours à l'arbitrage aux Pays-Bas pour régler leurs différends et imposant le paiement initial de frais importants pour entamer les procédures d'arbitrage — Recours intenté par le chauffeur contre l'entreprise devant une cour de l'Ontario — Sursis de l'instance sollicité par l'entreprise sur le fondement de la clause d'arbitrage — Faut-il surseoir à l'instance? — Qui de la cour ou de l'arbitre devrait statuer sur la validité de la convention d'arbitrage? — La convention d'arbitrage est-elle inique? — Loi de 1991 sur l'arbitrage, L.O. 1991, c. 17, art. 7(2).

H offre des services de livraison de nourriture à Toronto en utilisant les applications d'Uber. Afin de devenir chauffeur pour Uber, H a dû accepter les conditions de l'entente de service standardisée de cette dernière. Suivant ces conditions, H avait l'obligation de résoudre tout différend avec Uber au moyen d'une médiation et d'un arbitrage aux Pays-Bas. Les procédures de médiation et d'arbitrage en cause exigent le paiement de frais administratifs et de dépôt initial de 14 500 \$ US, en plus d'honoraires et d'autres frais de participation. Les frais correspondent à la majeure partie du revenu annuel de H.

En 2017, H a intenté un recours collectif contre Uber en Ontario pour violations de normes d'emploi prescrites par la loi. Uber a demandé le sursis du recours collectif au profit d'un arbitrage aux Pays-Bas, se fondant sur la clause d'arbitrage prévue à l'entente de service qu'elle avait conclu avec H. Ce dernier a plaidé que la clause d'arbitrage était inique, et donc nulle. Le juge des motions a ordonné le sursis de l'instance, concluant que la validité de la convention d'arbitrage était du ressort d'un arbitre aux Pays-Bas, conformément au principe voulant que l'arbitre soit habilité à juger de sa propre compétence. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par H et annulé l'ordonnance du juge des motions. Elle a conclu qu'il n'était pas nécessaire de renvoyer les arguments de H contre la convention d'arbitrage à un arbitre et que la question pouvait être traitée par une cour en Ontario. Elle a conclu en outre que la clause d'arbitrage était inique, compte tenu de l'inégalité du pouvoir de négociation entre les parties et du coût prohibitif de l'arbitrage.

Arrêt (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Rowe, Martin and Kasirer JJ.: Because of the extensive fees for initiating arbitration, there is a real prospect that if the matter is sent to be heard by an arbitrator, H's challenge to the validity of the arbitration agreement may never be resolved. The validity of the arbitration agreement must therefore be resolved by the court. H's claim that the arbitration clause is unconscionable requires considering two elements: whether there is an inequality of bargaining power and whether there is a resulting improvident bargain. There was inequality of bargaining power between Uber and H because the arbitration clause was part of an unnegotiated standard form contract, there was a significant gulf in sophistication between the parties, and a person in H's position could not be expected to appreciate the financial and legal implications of the arbitration clause. The arbitration clause is improvident because the arbitration process requires US\$14,500 in up-front administrative fees. As a result, the arbitration clause is unconscionable and therefore invalid.

The parties disagreed on the arbitration statute applicable to their dispute. Uber argued that the Ontario *International Commercial Arbitration Act* applies and H argued that the Ontario *Arbitration Act* applies. Whether the *International Commercial Arbitration Act* governs depends on whether the arbitration agreement is international and commercial. That the agreement here is international and not in dispute. Labour or employment disputes are not the type that the *International Commercial Arbitration Act* is intended to govern. The *Arbitration Act* therefore governs.

The Court set out a framework in *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, [2007] 2 S.C.R. 801, and *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, [2011] 1 S.C.R. 531, for when a court should decide if an arbitrator has jurisdiction over a dispute instead of referring that question to the arbitrator. That framework applies to Ontario's *Arbitration Act*. According to that framework, a court should refer all challenges to an arbitrator's jurisdiction to the arbitrator unless they raise pure questions of law, or questions of mixed fact and law that require only superficial consideration of the evidence in the record — that is, if the necessary legal conclusions can be drawn from

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Rowe, Martin et Kasirer : En raison de l'exigence du paiement de frais importants pour que l'arbitrage puisse être entamé, il existe une réelle possibilité que, si l'affaire est renvoyée devant un arbitre, la contestation de H en ce qui a trait à la validité de la convention d'arbitrage ne soit jamais résolue. La cour doit donc régler la question de la validité de la convention d'arbitrage. La prétention de H quant au caractère inique de la clause d'arbitrage exige l'examen de deux éléments : la question de savoir s'il existe une inégalité du pouvoir de négociation et celle de savoir si un marché imprudent en résulte. Une inégalité du pouvoir de négociation existait entre Uber et H parce que la clause d'arbitrage faisait partie d'un contrat type qui n'avait pas fait l'objet de négociation, parce qu'il existait un fossé important sur le plan des connaissances entre les parties, et parce qu'on ne peut s'attendre à ce qu'une personne dans la position de H puisse apprécier les conséquences financières et juridiques de la clause d'arbitrage. Celle-ci revêt un caractère imprudent puisque les procédures d'arbitrage requièrent le paiement de 14 500 \$ US de frais administratifs initiaux. Par conséquent, la clause d'arbitrage est abusive, et donc nulle.

Les parties étaient en désaccord quant à la loi sur l'arbitrage applicable à leur différend. Uber a plaidé que la *Loi de 2017 sur l'arbitrage commercial international* de l'Ontario s'applique, tandis que, selon H, c'est la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* de l'Ontario qui s'applique. La question de savoir si la *Loi de 2017 sur l'arbitrage commercial international* s'applique est tributaire de la nature internationale et commerciale ou non de la convention d'arbitrage. Le fait que la convention en cause ici est de nature internationale n'est pas contesté. Les différends liés au travail ou à l'emploi ne sont pas le type de différends que la *Loi de 2017 sur l'arbitrage commercial international* est censée régir. C'est donc la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* qui les régit.

Dans les arrêts *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, et *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, [2011] 1 R.C.S. 531, la Cour a établi un cadre d'analyse pour déterminer quand un tribunal devrait décider si un arbitre a compétence à l'égard d'un différend, plutôt que de lui renvoyer la question. Ce cadre d'analyse s'applique à la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* de l'Ontario. Conformément à ce cadre d'analyse, le tribunal devrait renvoyer toutes les contestations de la compétence de l'arbitre à l'arbitrage à moins qu'elles ne soulèvent exclusivement des questions de droit, ou des questions mixtes de fait et de droit qui ne requièrent qu'un examen

facts that are either evident on the face of the record or undisputed by the parties.

In addition to the two exceptions to arbitral referral in *Dell* and *Seidel*, a court may depart from the general rule of arbitral referral if an issue of accessibility arises. The assumption made in *Dell* is that if the court does not decide an issue, then the arbitrator will. *Dell* did not contemplate a scenario wherein the matter would never be resolved if the stay were granted. Such a situation raises obvious practical problems of access to justice that the Ontario legislature could not have intended when giving courts the power to refuse a stay. One way in which the validity of an arbitration agreement may not be determined is when an arbitration agreement is fundamentally too costly or otherwise inaccessible. This could occur because the fees to begin arbitration are significant relative to the plaintiff's claim or because the plaintiff cannot reasonably reach the physical location of the arbitration. Another example might be a foreign choice of law clause that circumvents mandatory local policy, such as a clause that would prevent an arbitrator from giving effect to the protections in Ontario employment law. In such situations, staying the action in favour of arbitration would be tantamount to denying relief for all claims made under the agreement. The arbitration agreement would, in effect, be insulated from meaningful challenge.

Accordingly, a court should not refer a challenge to an arbitrator's jurisdiction to the arbitrator if there is a real prospect that doing so would result in the challenge never being resolved. To determine whether only a court can resolve the challenge to arbitral jurisdiction, the court must first determine whether, assuming the facts pleaded to be true, there is a genuine challenge to arbitral jurisdiction. Second, the court must determine from the supporting evidence whether there is a real prospect that, if the stay is granted, the challenge may never be resolved by the arbitrator. While this second question requires some limited assessment of the evidence, this assessment must not devolve into a mini-trial. The only question at this stage is whether there is a real prospect, in the circumstances, that the arbitrator may never decide the merits of the jurisdictional challenge. If there is a real prospect that referring a challenge to an arbitrator's jurisdiction to the arbitrator would result in the challenge never being resolved, a court may resolve whether the arbitrator has jurisdiction over

superficiel de la preuve au dossier — c'est-à-dire, s'il est possible de tirer les conclusions de droit nécessaires à partir de faits qui sont soit évidents à la face même du dossier, soit non contestés par les parties.

En plus des deux exceptions au renvoi à l'arbitrage prévues dans les arrêts *Dell* et *Seidel*, un tribunal peut s'écarter de la règle générale du renvoi à l'arbitrage si une question d'accessibilité est soulevée. L'hypothèse sous-jacente formulée dans l'arrêt *Dell* veut que si le tribunal ne tranche pas une question, l'arbitre le fasse. L'arrêt *Dell* n'a pas envisagé un cas de figure où la question resterait en suspens advenant un sursis de l'instance. Une telle situation soulève des problèmes pratiques évidents d'accès à la justice que la législature de l'Ontario n'aurait pas pu souhaiter en conférant aux tribunaux le pouvoir de refuser un sursis. Un cas de figure qui pourrait laisser en suspens la question de la validité de la convention d'arbitrage est celui où l'arbitrage est fondamentalement trop onéreux ou autrement inaccessible. Cela peut survenir parce que les frais pour entamer une telle procédure sont importants par rapport à la réclamation du demandeur ou parce que ce dernier n'est pas raisonnablement en mesure de se rendre au lieu où doit se tenir l'arbitrage. Un autre cas de figure pourrait être celui où la clause relative au choix du droit étranger applicable contourne une politique locale impérative, comme une clause qui empêcherait l'arbitre de donner effet aux mesures de protection applicables en droit du travail en Ontario. Dans de telles situations, surseoir à l'instance au profit de l'arbitrage reviendrait à rejeter tous les recours intentés en application de la convention. En fait, la convention d'arbitrage serait à l'abri de toute contestation significative.

En conséquence, le tribunal ne devrait pas renvoyer une contestation de la compétence de l'arbitre à ce dernier s'il existe une réelle possibilité que, s'il le faisait, il ne soit jamais statué sur la contestation. Pour décider si seul un tribunal peut trancher la contestation de la compétence de l'arbitre, le tribunal doit premièrement déterminer si, à supposer que les faits invoqués soient avérés, il existe une véritable contestation de la compétence de l'arbitre. Deuxièmement, le tribunal doit déterminer à partir des preuves à l'appui s'il existe une réelle possibilité que, advenant le prononcé du sursis, la contestation ne soit jamais résolue par l'arbitre. Même si cette seconde question requiert un examen limité de la preuve, celui-ci ne doit pas se transformer en mini-procès. À cette étape, la seule question est celle de savoir s'il existe une réelle possibilité, dans les circonstances, que l'arbitre puisse ne jamais se prononcer sur le fond de la contestation de la compétence. S'il existe une réelle possibilité que, advenant le renvoi de la contestation de la compétence de l'arbitre à ce dernier,

the dispute and, in so doing, may thoroughly analyze the issues and record. The Court, therefore, should resolve the arguments H has raised.

Unconscionability is an equitable doctrine that is used to set aside unfair agreements that resulted from an inequality of bargaining power. When the traditional assumptions underlying contract enforcement lose their justificatory authority, this doctrine provides relief from improvident contracts. The purpose of unconscionability is the protection of those who are vulnerable in the contracting process from loss or improvidence in the bargain that was made.

Unconscionability requires both an inequality of bargaining power and a resulting improvident bargain. An inequality of bargaining power exists when one party cannot adequately protect its own interests in the contracting process. A bargain is improvident if it unduly advantages the stronger party or unduly disadvantages the more vulnerable. Improvidence is measured at the time the contract is formed and must be assessed contextually. The question is whether the potential for undue advantage or disadvantage created by the inequality of bargaining power has been realized. Although one party knowingly taking advantage of another's vulnerability may provide strong evidence of inequality of bargaining power, it is not essential for a finding of unconscionability. Unconscionability does not require that the transaction was grossly unfair, that the imbalance of bargaining power was overwhelming, or that the stronger party intended to take advantage of a vulnerable party.

The doctrine of unconscionability has particular implications for standard form contracts. The potential for such contracts to create an inequality of bargaining power is clear, as is the potential to enhance the advantage of the stronger party at the expense of the more vulnerable one, particularly through choice of law, forum selection, and arbitration clauses that violate a party's reasonable expectations by depriving them of remedies.

Applying the unconscionability doctrine in this case, there was clearly inequality of bargaining power between Uber and H. The arbitration agreement was part of a standard form contract and a person in H's position could not be expected to understand that the arbitration clause imposed a US\$14,500 hurdle to relief. The improvidence of the arbitration clause is also clear because these fees are close to H's annual income and are disproportionate to the size

il ne soit jamais statué sur la contestation, le tribunal peut décider si l'arbitre a compétence pour être saisi du différend et, ce faisant, il peut analyser en profondeur les questions en litige ainsi que le dossier. La Cour doit donc se prononcer sur les arguments qu'a fait valoir H.

L'iniquité est une notion d'équité qui sert à annuler les contrats inéquitable qui sont le fruit de l'inégalité du pouvoir de négociation des parties. Dans les cas où les hypothèses traditionnelles qui sous-tendent l'exécution des contrats perdent leur pouvoir justificatif, la doctrine de l'iniquité offre un recours contre les contrats imprudents. Cette doctrine a pour objet de protéger les personnes vulnérables dans le contexte du processus de formation des contrats des pertes ou des conséquences de leur imprudence dans le marché qui a été conclu.

L'iniquité requiert la présence à la fois de l'inégalité du pouvoir de négociation et d'un marché imprudent en résultant. Il existe une inégalité du pouvoir de négociation lorsqu'une partie ne peut pas adéquatement protéger ses intérêts durant le processus de formation d'un contrat. Un marché est imprudent s'il avantage indûment la partie la plus forte ou désavantage indûment la plus vulnérable. L'imprudence est mesurée au moment de la conclusion du contrat et doit être évaluée selon le contexte. Il s'agit de se demander si le potentiel d'avantages ou de désavantages indus créés par l'inégalité du pouvoir de négociation s'est réalisé. Bien que le fait qu'une partie tire sciemment avantage de la vulnérabilité d'une autre peut constituer une preuve solide de l'inégalité du pouvoir de négociation, cela n'est pas essentiel pour conclure à l'iniquité. Celle-ci n'exige pas que la transaction ait été manifestement injuste, que le déséquilibre du pouvoir de négociation ait été flagrant, ou que la partie la plus forte ait eu intention de profiter d'une partie vulnérable.

La doctrine de l'iniquité a des répercussions particulières sur les contrats types. La possibilité que de tels contrats créent une inégalité du pouvoir de négociation est évidente, tout comme la possibilité qu'ils renforcent l'avantage de la partie la plus forte au détriment de la plus vulnérable, notamment par le choix de la loi, l'élection du for et les clauses d'arbitrage qui violent les attentes raisonnables d'une partie en la privant de recours.

En appliquant la doctrine de l'iniquité en l'espèce, il y avait manifestement une inégalité du pouvoir de négociation entre Uber et H. La convention d'arbitrage faisait partie d'un contrat type et on ne peut s'attendre à ce qu'une personne dans la position de H puisse comprendre que la clause d'arbitrage imposait un obstacle de 14 500 \$ US à franchir pour avoir accès à une réparation. Le caractère imprudent de la clause d'arbitrage est également manifeste,

of an arbitration award that could reasonably have been foreseen when the contract was entered into.

Respect for arbitration is based on its being a cost-effective and efficient method of resolving disputes. When arbitration is realistically unattainable, it amounts to no dispute resolution mechanism at all. In this case, the arbitration clause is the only way H is permitted to vindicate his rights under the contract, but arbitration is out of reach for him and other drivers in his position. His contractual rights are, as a result, illusory.

Based on both the financial and logistic disadvantages faced by H in his ability to protect his bargaining interests and on the unfair terms that resulted, the arbitration clause is unconscionable and therefore invalid.

Per Brown J.: There is agreement with the majority that the appeal should be dismissed. There is also agreement with the majority that the mandatory arbitration requirement is invalid, but there is disagreement with respect to the majority's reliance upon the doctrine of unconscionability to reach this conclusion. Contractual stipulations that foreclose access to legally determined dispute resolution — as the arbitration agreement in this case does — are unenforceable not because they are unconscionable, but because they undermine the rule of law by denying access to justice. They are therefore contrary to public policy.

The majority vastly expands the scope of the doctrine of unconscionability's application. This is unnecessary, because the law already contains settled legal principles outside the doctrine of unconscionability which operate to prevent contracting parties from insulating their disputes from independent adjudication. It is also undesirable, because it drastically expands the doctrine's reach without providing any meaningful guidance as to its application. Charting such a course will serve only to compound the uncertainty that already plagues the doctrine, and to introduce uncertainty to the enforcement of contracts generally.

The public policy doctrine is fundamental to Canadian contract law and provides grounds for setting aside specific types of contractual provisions including those that harm the integrity of the justice system. This head of public policy applies when a provision penalizes or prohibits one party from enforcing the terms of their agreement, which serves to uphold the rule of law. At a minimum, the rule

puisque ces frais s'apparentent au revenu annuel de H et sont disproportionnés par rapport à la valeur d'une sentence arbitrale qui aurait pu être raisonnablement envisagée lors de la conclusion du contrat.

Le respect de l'arbitrage repose sur le fait qu'il s'agit d'un mode rentable et efficace de résolution des différends. Lorsque l'arbitrage est réalistement irréalisable, cela équivaut à une absence totale de mécanisme de résolution des différends. En l'espèce, la clause d'arbitrage est le seul moyen qui permettrait à H de faire valoir les droits que lui confère le contrat, mais l'arbitrage est hors de portée pour lui et pour les autres chauffeurs dans sa position. Ses droits contractuels sont, par conséquent, illusoire.

Compte tenu à la fois des désavantages financiers et logistiques auxquels H a été confronté quant à sa capacité à protéger ses intérêts dans le cadre d'une négociation, et des clauses abusives qui en ont résulté, la clause d'arbitrage est inique et donc nulle.

Le juge Brown : Il y a accord avec les juges majoritaires sur le fait que le pourvoi devrait être rejeté. Il y a également accord avec leur avis selon lequel l'exigence rendant l'arbitrage obligatoire est nulle, mais il existe un désaccord sur le fait qu'ils s'appuient sur la doctrine de l'iniquité pour parvenir à cette conclusion. Les stipulations contractuelles qui excluent le règlement judiciaire des différends — ce que la convention d'arbitrage fait en l'espèce — sont inexécutoires non pas parce qu'elles sont iniques, mais parce qu'elles sapent la primauté du droit en niant l'accès à la justice. Elles sont donc contraires à l'ordre public.

Les juges majoritaires étendent considérablement la portée de la doctrine de l'iniquité. Cela est inutile, parce que le droit contient déjà, outre la doctrine d'iniquité, des principes juridiques établis qui visent à empêcher les parties contractantes de soustraire leurs différends à un mécanisme de résolution des litiges indépendant. Cela est également indésirable, parce que cette approche élargit considérablement la portée de la doctrine sans fournir d'orientation valable au sujet de son application. Suivre pareille voie ne servira qu'à accentuer l'incertitude qui mine déjà la doctrine et à en semer dans l'exécution des contrats en général.

La doctrine d'ordre public est fondamentale pour le droit canadien des contrats et fournit les motifs qui justifient l'annulation de certains types de stipulations contractuelles, y compris ceux qui portent préjudice à l'intégrité du système de justice. Cette considération d'ordre public s'applique lorsqu'une stipulation pénalise une partie ou l'empêche de faire exécuter les conditions de son entente,

of law guarantees Canadian citizens and residents a stable, predictable and ordered society in which to conduct their affairs. Such a guarantee is meaningless without access to an independent judiciary that can vindicate legal rights. There is therefore no good reason to distinguish between a clause that expressly blocks access to a legally determined resolution and one that has the ultimate effect of doing so. While public policy does not require access to a court of law in all circumstances, any means of dispute resolution that serves as a final resort for contracting parties must be just. Arbitration is an acceptable alternative to civil litigation because it can provide a resolution according to law, but where a clause expressly provides for arbitration while simultaneously having the effect of precluding it, the considerations which promote curial respect for arbitration dissolve. This is where the public policy principle preventing an ouster of court jurisdiction operates.

In evaluating a clause that limits access to a legally determined dispute resolution, the court's task is to decide whether the limitation is reasonable as between the parties, or instead causes undue hardship. A court must show due respect for arbitration agreements, particularly in the commercial setting. It will be the rare arbitration agreement that imposes undue hardship and acts as an effective bar to adjudication. Public policy should not be used as a device to set aside arbitration agreements that are proportionate in the context of the parties' relationship and the possibility for timely resolution but that one party simply regrets in hindsight.

To decide whether a limitation on dispute resolution imposes undue hardship, the first factor to consider is the nature of disputes that are likely to arise under the parties' agreement. Where the cost to pursue a claim is disproportionate to the quantum of likely disputes arising from the agreement, this suggests the possibility of undue hardship. Courts should also consider the relative bargaining positions of the parties. However, to be clear, an imbalance in bargaining power is not required to find that a provision bars access to dispute resolution. Finally, it may be relevant to consider whether the parties have attempted to tailor the limit on dispute resolution. Here, the arbitration agreement effectively bars any claim that H might have against Uber and is disproportionate in the context of the parties' relationship. This form of limitation

ce qui sert à maintenir la primauté du droit. À tout le moins, celle-ci garantit aux citoyens et aux résidents du Canada une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités. Une telle garantie ne rime à rien sans accès à un appareil judiciaire indépendant en mesure de faire valoir les droits. Il n'y a ainsi aucune raison valable d'établir une distinction entre une clause qui entrave expressément l'accès à un règlement établi par la loi et une autre qui a pour effet ultime de l'entraver. Bien que l'ordre public n'exige pas l'accès à une cour de justice dans toutes les circonstances, tout mode de règlement des différends de dernier recours auquel font appel les parties contractantes doit être juste. L'arbitrage est une solution de rechange acceptable aux litiges civils puisqu'il peut donner lieu à un règlement conforme au droit; cependant, lorsqu'une clause prévoit expressément le recours à l'arbitrage, mais a simultanément pour effet de l'empêcher, ces considérations qui militent en faveur du respect des tribunaux à l'égard de l'arbitrage s'estompent. C'est ici que le principe d'ordre public empêchant d'écarter la compétence des tribunaux opère.

Lorsque le tribunal évalue une clause qui limite l'accès au règlement judiciaire des différends, sa tâche consiste à décider si la restriction est raisonnable pour les deux parties ou si elle impose plutôt des contraintes excessives. Le tribunal doit faire preuve de déférence à l'égard des conventions d'arbitrage, particulièrement dans le contexte commercial. Il arrivera rarement qu'une telle convention impose des contraintes excessives et constitue en fait un obstacle à l'arbitrage. L'ordre public ne saurait être utilisé comme moyen pour faire annuler des conventions d'arbitrage qui sont proportionnelles eu égard à la relation qui existe entre les parties et à la possibilité de régler un différend en temps utile, mais que l'une des parties regrette après coup.

Pour décider si une restriction au règlement des différends impose des contraintes excessives, le premier facteur à examiner est la nature des différends qui risquent de découler de l'entente conclue entre les parties. Si les frais pour présenter une demande sont disproportionnés par rapport aux montants susceptibles d'être réclamés dans les différends qui pourraient découler de l'entente, il existe un risque de contraintes excessives. En outre, les tribunaux devraient tenir compte des positions de négociation des parties. Toutefois, en clair, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un déséquilibre dans le pouvoir de négociation pour conclure qu'une disposition entrave l'accès au mécanisme de règlement des différends. Enfin, il peut être utile de se pencher sur la question de savoir si les parties ont tenté d'adapter la restriction au mécanisme de règlement des

on legally determined dispute resolution undermines the rule of law and is contrary to public policy.

While arbitrators should typically rule on their own jurisdiction, an arbitrator cannot reasonably be tasked with determining whether an arbitration agreement, by its terms or effects, bars access to that very arbitrator. It therefore falls to courts to do so. While the question of whether an arbitration agreement bars access to dispute resolution is one of mixed fact and law, and may require more than a superficial review of the record, this limited exception to the general rule of referral — where a clause effectively prevents access to arbitration — is necessary to preserve the public legitimacy of the law in general, and arbitration in particular.

Per Côté J. (dissenting): The appeal should be allowed and a stay of proceedings should be granted on the condition that Uber advances the funds needed to initiate the arbitration proceedings. One of the most important liberties prized by a free people is the liberty to bind oneself by consensual agreement. Party autonomy and freedom of contract inform the policy choices embodied in the *Arbitration Act, 1991* and the *International Commercial Arbitration Act* (“*International Act*”), one of which is that the parties to a valid arbitration agreement should abide by their agreement. The parties to the agreement in this case have bound themselves to settle any disputes arising under it through arbitration. The *Arbitration Act*, the *International Act*, the Court’s jurisprudence and compelling considerations of public policy require the Court to respect the parties’ commitment to submit disputes to arbitration.

The *International Act*, not the *Arbitration Act*, governs Uber’s motion for a stay. However, neither the analysis that follows nor the ultimate conclusions would change if the *Arbitration Act* applied. The *International Act* applies to arbitrations which are international and commercial. The arbitration in this case is international because the parties have their residences or places of business in different countries, so the applicability of the *International Act* turns on whether the parties’ relationship is properly characterized as being commercial in nature. A court should approach this issue by analyzing the nature of the

différends. En l’espèce, la convention d’arbitrage interdit en fait tout recours que H pourrait avoir contre Uber et est disproportionnée dans le contexte de la relation qui existe entre eux. Cette forme de restriction au règlement judiciaire des différends mine la primauté du droit et est contraire à l’ordre public.

Bien que les arbitres doivent normalement se prononcer sur leur propre compétence, on ne peut raisonnablement confier à un arbitre la tâche de décider si une convention d’arbitrage, de par sa teneur ou ses effets, empêche de s’adresser à ce même arbitre. Il revient donc aux tribunaux de le faire. Bien que la question de savoir si une convention d’arbitrage fait obstacle au règlement des différends soit une question mixte de fait et de droit, et que pour y répondre il peut falloir faire davantage qu’un examen superficiel du dossier, cette exception restreinte à la règle générale du renvoi — lorsqu’une clause empêche en fait l’accès à l’arbitrage — est nécessaire pour préserver la légitimité publique du droit en général, et de l’arbitrage en particulier.

La juge Côté (dissidente) : Le pourvoi devrait être accueilli et la motion en sursis d’instance accueillie à la condition qu’Uber avance les fonds nécessaires pour engager les procédures d’arbitrage. L’une des libertés les plus chères à un peuple libre est celle de s’obliger par accord consensuel. L’autonomie des parties et la liberté contractuelle sous-tendent les choix de politique enchâssés dans la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* (« *Loi sur l’arbitrage* ») et la *Loi de 2017 sur l’arbitrage commercial international* (« *Loi internationale* »), parmi lesquels on retrouve la politique selon laquelle les parties à une convention d’arbitrage valide devraient respecter l’entente qu’elles ont conclue. Les parties à l’entente contractuelle en litige dans le présent pourvoi se sont engagées à soumettre tout différend qui en découle à l’arbitrage. La *Loi sur l’arbitrage*, la *Loi internationale*, la jurisprudence de la Cour et d’impérieuses considérations d’ordre public exigent de la Cour qu’elle respecte l’engagement des parties à soumettre leurs différends à l’arbitrage.

La *Loi internationale*, et non la *Loi sur l’arbitrage*, régit la motion en sursis d’instance d’Uber. Cependant, ni l’analyse qui suit, ni les conclusions finales ne changeraient si la *Loi sur l’arbitrage* s’appliquait. La *Loi internationale* s’applique aux arbitrages qui revêtent un caractère international et commercial. L’arbitrage en l’espèce est international parce que les parties ont leur résidence ou leur établissement dans des pays différents, de sorte que l’applicabilité de la *Loi internationale* dépend de la question de savoir si la relation des parties peut à juste titre être qualifiée de nature commerciale. Le tribunal doit aborder

parties' relationship on the basis of a superficial review of the record, as opposed to characterizing the nature of the dispute solely on the basis of the pleadings. Focussing the analysis on the nature of the relationship created by the transaction is consistent with the weight of the Canadian jurisprudence on the scope of the UNCITRAL Model Law. In this case, a superficial review of the documentary evidence reveals that the underlying transaction between Uber and H is commercial in nature. The service agreement expressly states that it does not create an employment relationship. Instead, it is a software licensing agreement, a type of transaction identified as coming within the scope of the UNCITRAL Model Law.

A motion for a stay and for referral to arbitration may be dismissed if the arbitration agreement is found to be null and void under the UNCITRAL Model Law or invalid under the *Arbitration Act*. The validity of the arbitration clause in this case should be determined by an arbitral tribunal. There is a general rule that in any case involving an arbitration clause, a challenge to the arbitrator's jurisdiction must be resolved first by the arbitrator. This is the rule of systematic referral. A court may depart from the rule of systematic referral only if the jurisdictional challenge is based solely on a question of law or a question of mixed law and fact that requires only a superficial review of the documentary evidence, is not a delaying tactic, and will not unduly impair the conduct of the arbitration proceeding. A review is not superficial if the court is required to review testimonial evidence.

H's arguments challenging the validity of the arbitration clause require more than a superficial review of the documentary evidence: H's arguments are dependent upon testimonial evidence regarding his financial position, his personal characteristics, the circumstances of the formation of the contract and the amount that would likely be at issue in a dispute to which the arbitration clause applies.

The Court should not create an exception to the rule of systematic referral. An exception that would apply where an arbitration agreement is deemed to be too costly or otherwise inaccessible is inappropriate for several reasons. First, the rule of systematic referral is the product of an exercise of statutory interpretation, so any exception to it must also be a product of statutory interpretation. The policy considerations relied on by the majority cannot be used to make the *Arbitration Act* or the UNCITRAL Model Law say something they do not say. Second, the Court

cette question en analysant la nature de la relation des parties sur la base d'un examen superficiel du dossier, plutôt qu'en se limitant à qualifier la nature du différend sur le seul fondement des actes de procédure. Axer l'analyse sur la nature de la relation créée par la transaction est conforme à l'essentiel de la jurisprudence canadienne interprétant la portée de la Loi type de la CNUDCI. Dans la présente affaire, un examen superficiel de la preuve documentaire révèle que la transaction sous-jacente entre Uber et H est de nature commerciale. L'entente de services indique expressément qu'elle ne crée pas une relation d'emploi. Il s'agit plutôt d'un accord de licence de logiciel, un type de transaction qu'on dit relever du champ d'application de la Loi type de la CNUDCI.

Une motion en sursis et en renvoi à l'arbitrage peut être rejetée si la convention d'arbitrage est jugée caduque en vertu de la Loi type de la CNUDCI, ou nulle en vertu de la *Loi sur l'arbitrage*. La question de la validité de la clause d'arbitrage en l'espèce devrait être décidée par un tribunal arbitral. Il y a une règle générale selon laquelle, lorsqu'il existe une clause d'arbitrage, toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être tranchée par ce dernier. Il s'agit de la règle du renvoi systématique. Le tribunal ne peut déroger à la règle générale du renvoi systématique à l'arbitrage que dans le cas où la contestation de la compétence repose uniquement sur une question de droit ou une question mixte de droit et de fait qui ne requiert qu'un examen superficiel de la preuve documentaire, n'est pas une tactique dilatoire, et ne préjudiciera pas indûment le déroulement de l'arbitrage. Un examen n'est pas superficiel si le tribunal doit analyser la preuve testimoniale.

Les arguments de H contestant la validité de la clause d'arbitrage exigent plus qu'un examen superficiel de la preuve documentaire : les arguments de H s'appuient sur la preuve testimoniale concernant sa situation financière, ses caractéristiques personnelles, les circonstances entourant la formation du contrat ainsi que la valeur qui serait vraisemblablement en litige dans le cadre d'un différend auquel la clause d'arbitrage s'applique.

La Cour ne devrait pas créer une exception à la règle du renvoi systématique. Une exception qui s'appliquerait lorsqu'une convention d'arbitrage est jugée trop coûteuse ou inaccessible pour une autre raison est inopportune pour plusieurs motifs. En premier lieu, la règle du renvoi systématique est le produit d'une interprétation de la loi, donc toute exception à la règle doit aussi être le fruit de l'interprétation législative. Les considérations de principe sur lesquelles s'appuient les juges majoritaires ne peuvent servir à faire dire à la *Loi sur l'arbitrage* ou à la Loi type

has already declined to allow courts discretion to fully entertain a challenge to an arbitration agreement's validity. Third, it has also decided that delaying tactics should be counteracted by confining the scope of review on a motion for a stay to the documentary evidence. Fourth, the ordinary operation of the rule of systematic referral under an agreement governed by a foreign choice of law clause is not a loophole, and there is no basis in the *Arbitration Act* or in the UNCITRAL Model Law for distinguishing between arbitration agreements which include a foreign choice of law clause from those which do not. Fifth, there is no basis for concluding that the mandatory fees for the administration of mediation and arbitration proceedings under the International Chamber of Commerce's ("ICC") *Arbitration Rules, Mediation Rules* ("ICC Rules") are significant relative to H's claim, given that the amount of the claim is unknown and no explanation is given by the majority for concluding that H will be unable to reach the physical location of the arbitration. Furthermore, there is disagreement with Brown J. that the rule of systematic referral would, absent an exception, infringe, or even engage, s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. Legislation which facilitates the enforcement of agreements to submit disputes to arbitration neither abolishes the superior courts nor removes any part of their core or inherent jurisdiction. Courts retain an oversight role throughout the arbitration process and afterwards as proceedings commenced in contravention of an arbitration agreement are stayed, not dismissed, and as the stay may set conditions specifying how the parties are to proceed to arbitration.

The issues as to the doctrine of unconscionability, the *Employment Standards Act, 2000* ("ESA"), and public policy raise questions of mixed law and fact which cannot be decided on the basis of a superficial review of that documentary evidence and, if the Court could consider the testimonial evidence in the record, it is insufficient to support a finding that the arbitration clause is unconscionable, inconsistent with the *ESA*, or contrary to public policy.

There is agreement with Brown J. with respect to the unconscionability doctrine in the general law of contracts. The unconscionability doctrine applies where there is (1) a significant inequality of bargaining power stemming from a weakness or vulnerability, (2) a resulting improvident

de la CNUDCI quelque chose qu'elles ne disent pas. En deuxième lieu, la Cour a déjà refusé de laisser aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'instruire au complet une contestation relative à la validité d'une convention d'arbitrage. En troisième lieu, elle a aussi décidé que les mesures dilatoires devraient être déjouées en limitant l'analyse d'une motion en sursis d'instance à la preuve documentaire. En quatrième lieu, l'application ordinaire de la règle du renvoi systématique à une convention régie par une clause de choix du droit étranger applicable n'est pas une faille, et rien dans la *Loi sur l'arbitrage* ou la Loi type de la CNUDCI ne permet de faire la distinction entre les conventions d'arbitrage qui comportent une clause de choix du droit étranger applicable et celles qui n'en ont pas. En cinquième lieu, rien ne permet de conclure que les droits obligatoires pour l'administration des procédures de médiation et d'arbitrage prévus par le *Règlement d'arbitrage, Règlement de médiation* (« Règlements de la CCI ») de la Chambre de commerce internationale (« CCI ») sont importants par rapport à la réclamation de H, vu que la valeur de la réclamation est inconnue et que les juges majoritaires ne donnent aucune explication pour laquelle ils concluent que H ne peut se rendre au lieu de l'arbitrage. De plus, il y a désaccord avec le juge Brown sur le fait qu'à défaut d'une exception, la règle du renvoi systématique enfreindrait, ou ferait même intervenir, l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Une loi qui facilite l'exécution de conventions visant à soumettre des différends à l'arbitrage n'abolit pas les cours supérieures, ni ne leur enlève quelque partie que ce soit de leur compétence fondamentale ou inhérente. Les tribunaux conservent une fonction de surveillance tout au long du processus arbitral et par la suite car il est sursis à l'instance introduite en contravention d'une convention d'arbitrage — cette instance n'est pas rejetée —, et le sursis peut être assorti de conditions indiquant de quelle manière les parties devraient procéder à l'arbitrage.

Les enjeux relatifs à la doctrine de l'iniquité, à la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi* (« LNE ») et à l'ordre public soulèvent des questions mixtes de droit et de fait qui ne peuvent être tranchées au vu d'un examen superficiel de cette preuve documentaire et, si la Cour pouvait examiner la preuve testimoniale au dossier, celle-ci n'est pas suffisante pour appuyer la conclusion que la clause d'arbitrage est inique, incompatible avec la *LNE* ou contraire à l'ordre public.

Il y a accord avec le juge Brown quant à la doctrine d'iniquité en droit général des contrats. La doctrine d'iniquité s'applique dans les cas où (1) une inégalité importante du pouvoir de négociation découle d'une faiblesse ou d'une vulnérabilité, (2) un marché imprudent en résulte

bargain, and where (3) the stronger party knows of the weaker party's vulnerability. The key question in relation to the significant inequality of bargaining power is whether the weaker party had a degree of vulnerability that had the potential to materially affect their ability, through autonomous, rational decision making, to protect their own interests, thereby undermining the premise of freedom of contract. The majority's claim that vulnerability in the contracting process may arise from provisions in standard form contracts which are dense or difficult to read or understand sets the threshold so low as to be both practically meaningless and open to abuse. This sweeping restriction on arbitration clauses in standard form contracts would be best left to the legislature, especially since the sharing economy — a vital and growing sector of Canada's economy which depends on standard form contracts that are agreed to electronically — could be stifled if a reduced threshold for inequality of bargaining power is adopted.

H's claim that the bargain was improvident rests on three propositions: (1) the place of arbitration clause requires him to travel to Amsterdam at his own expense, (2) the choice of law clause excludes the application of the *ESA*, and (3) the selection of the ICC Rules entails the payment of fees which he alleges are disproportionately high. As to the place of arbitration clause, the place of arbitration is a legal concept which denotes the parties' selection of a particular jurisdiction whose arbitration law governs proceedings, and under whose law the arbitral award is made. There is no obligation to actually conduct the arbitration at the place of arbitration. As to the choice of law clause, arguments directed at the alleged unfairness of having the service agreement governed by foreign law are analytically distinct from those concerning alleged unfairness arising from the arbitration clause itself. The separability doctrine holds that arbitration clauses embedded in contracts should be treated as independent agreements that are ancillary or collateral to the underlying contract. The result is that the alleged invalidity of the choice of law clause on the basis that it is unconscionable does not affect the validity of the arbitration clause. As to the selection of the ICC Rules, arbitration agreements involve a mutuality of exchange, so mandatory fees which apply to disputes initiated by either party would make pursuing a claim for a small amount just as uneconomic for Uber as for H. Therefore, if unfairness results from the imposition of the ICC fees on hypothetical claims for small amounts, the unfairness is mutual. In any event, the actual amount of H's claim is unknown, and establishing that a dispute over a small amount is likely would require the production and review of testimonial evidence. The

et (3) la partie la plus forte connaît la vulnérabilité de la partie la plus faible. La question clé qui concerne l'inégalité importante du pouvoir de négociation est de savoir si la partie la plus faible souffrait d'une vulnérabilité susceptible de nuire sensiblement à sa capacité, par une prise de décision autonome et rationnelle, de défendre ses propres intérêts, ce qui sape ainsi le fondement de la liberté contractuelle. La prétention des juges majoritaires selon laquelle la vulnérabilité dans la formation du contrat peut résulter de stipulations figurant dans des contrats types qui sont alambiquées ou difficiles à lire ou à comprendre fixe le seuil si bas qu'il devient pratiquement vide de sens et se prête aux abus. Il vaut mieux laisser le soin de cette restriction considérable des clauses d'arbitrage dans les contrats types au législateur, d'autant plus que l'économie de partage — un secteur essentiel et en croissance de l'économie canadienne qui dépend des contrats types conclus électroniquement — pourrait être étouffée si l'on adoptait un seuil réduit d'inégalité du pouvoir de négociation.

La prétention de H selon laquelle le marché était imprudent repose sur trois propositions : (1) la clause relative au lieu de l'arbitrage l'oblige à se rendre à ses frais à Amsterdam, (2) la clause de choix du droit applicable exclut l'application de la *LNE* et (3) la sélection des Règlements de la CCI suppose le paiement de droits qu'il trouve démesurément élevés. Quant à la clause relative au lieu de l'arbitrage, le lieu de l'arbitrage est un concept juridique qui témoigne de la sélection par les parties d'un ressort en particulier dont le droit de l'arbitrage régit l'instance et en vertu duquel la sentence arbitrale est rendue. Il n'existe aucune obligation de procéder physiquement à l'arbitrage au lieu de l'arbitrage. Pour ce qui est de la clause de choix du droit applicable, les arguments portant sur la prétendue injustice de faire régir l'entente de services par le droit d'un autre pays se distinguent au plan analytique de toute l'injustice qui découlerait de la clause d'arbitrage elle-même. La doctrine de la séparabilité veut que les clauses d'arbitrage incorporées dans les contrats soient considérées comme des conventions distinctes, qui sont accessoires ou collatérales au contrat sous-jacent. Il s'ensuit que la prétendue nullité de la clause de choix du droit applicable pour cause d'iniquité n'emporte pas la nullité de la clause d'arbitrage. En ce qui concerne la sélection des Règlements de la CCI, les conventions d'arbitrage supposent un échange réciproque. Donc, les droits obligatoires qui s'appliquent aux poursuites intentées par l'une ou l'autre des parties rendraient une réclamation de faible valeur aussi peu économique pour Uber que pour H. Par conséquent, si une injustice découle de l'imposition des droits de la CCI sur des réclamations hypothétiques de faible valeur, l'injustice est réciproque. Quoi qu'il en soit,

proportionality of the ICC fees to H's ability to finance a larger claim must be measured as of the time the contract is formed, and the Court has no evidence regarding his financial position at that time.

The evidence does not support a finding that Uber had constructive knowledge of H's alleged peculiar vulnerability. It would have been impossible for Uber to be aware of H's specific income and education level when he decided to become an Uber driver, or that he intended to use the Driver App as his primary source of income. In any event, such questions would require the production and review of testimonial evidence, which would lead the Court to stray impermissibly beyond the documentary record.

The arbitration clause is not invalid under the *ESA*. The ability to file a complaint under the *ESA* is not an employment standard since the relevant section does not require an employer to do or not do anything. As such, the arbitration clause does not unlawfully contract out of an employment standard. In any event, a court cannot determine that an arbitration agreement is invalid pursuant to the *ESA* without first finding that the parties involved are an employer and an employee. Whether H is an employee within the meaning of the *ESA* is a complex question of mixed law and fact which cannot be decided on the basis of a superficial review of the documentary evidence. The rule of systematic referral applies, and the parties should be referred to arbitration.

The arbitration clause is also not invalid under public policy. The Court should not create a new common law rule that contractual provisions which have the effect of prohibiting access to dispute resolution are contrary to public policy. The *Arbitration Act* and the *International Act* are strong statements of public policy which favour enforcing arbitration agreements. When considering whether, or how, to refashion old common law doctrines regarding arbitration, the Court should continue to embrace a more modern approach to arbitration law which views arbitration as an autonomous, self-contained, self-sufficient process pursuant to which the parties agree to have their disputes resolved by an arbitrator, not by the courts. The Court should not seek to roll back the tide of history by breathing new life into authorities which are irreconcilable with the modern approach to arbitration. Therefore, doctrines based on the notion that only superior

la valeur de la réclamation de H est inconnue, et établir qu'un différend de faible valeur est probable nécessiterait la production et l'examen d'une preuve testimoniale. La proportionnalité des droits de la CCI par rapport à la capacité de H de financer le dépôt d'une réclamation plus élevée doit être mesurée au moment où le contrat est formé, et la Cour ne dispose d'aucune preuve au sujet de la situation financière dans laquelle se trouvait alors H.

La preuve ne permet pas de juger qu'Uber avait une connaissance imputée de la vulnérabilité particulière de H. Il aurait été impossible pour Uber de connaître le revenu exact et le niveau d'instruction de H au moment où il a décidé de devenir chauffeur d'Uber, ou de savoir qu'il voulait se servir de l'appli Driver comme principale source de revenu. Quoi qu'il en soit, ces questions nécessitent la production et l'examen d'une preuve testimoniale, ce qui amènerait la Cour à s'aventurer de manière inadmissible au-delà de la preuve documentaire.

La clause d'arbitrage n'est pas nulle en application de la *LNE*. La faculté de déposer une plainte conformément à la *LNE* ne constitue pas une norme d'emploi puisque l'article applicable n'oblige un employeur à faire quoi que ce soit ni ne lui interdit de le faire. La clause d'arbitrage ne soustrait donc pas illégalement les parties à une norme d'emploi. De toute façon, le tribunal ne peut annuler une convention d'arbitrage conformément à la *LNE* sans d'abord conclure que les parties en cause sont un employeur et un employé. La question de savoir si H est un employé au sens de la *LNE* constitue une question complexe mixte de droit et de fait qui ne peut être tranchée sur la base d'un examen superficiel de la preuve documentaire. La règle du renvoi systématique s'applique et les parties doivent être renvoyées à l'arbitrage.

La clause d'arbitrage n'est pas non plus nulle au titre de l'ordre public. La Cour ne doit pas créer une nouvelle règle de common law voulant que les stipulations contractuelles ayant pour effet d'interdire l'accès au règlement des différends soient contraires à l'ordre public. La *Loi sur l'arbitrage* et la *Loi internationale* sont des énoncés fermes de principes en faveur de l'exécution des conventions d'arbitrage. Lorsque vient le temps de se demander si ou de quelle manière il convient de redéfinir les doctrines anciennes de common law relatives à l'arbitrage, la Cour devrait continuer d'adopter la conception plus moderne du droit de l'arbitrage d'après laquelle l'arbitrage est un processus autonome par lequel les parties conviennent de régler leurs différends en les soumettant à un arbitre et non à un tribunal. La Cour ne doit pas faire reculer le cours de l'histoire en donnant un second souffle à des précédents inconciliables avec la conception moderne

courts are capable of granting remedies for legal disputes should no longer be applied. Additionally, the comparative suitability of litigation, arbitration and other methods of dispute resolution for various classes of persons in various circumstances is a complex, polycentric policy decision that involves a host of different interests, objectives and solutions. Such questions do not fall to be answered by the courts, as they are instead matters for the elected policy-makers who sit in the legislature.

The pro-arbitration stance taken by legislatures across Canada and by the Court supports a generous approach to remedial options which will facilitate the arbitration process. Two such options include ordering a conditional stay of proceedings and applying the doctrine of severance. Although it will usually be unnecessary for a court to order a conditional stay, it may be appropriate to do so to ensure procedural fairness in the arbitration process. Courts should be careful not to impose conditions which impinge on the decision-making jurisdiction of the arbitral tribunal, but a condition which facilitates the arbitration process can protect the tribunal's jurisdiction by ensuring that the parties are able to proceed with the arbitration. In addition, compelling policy considerations support a generous application of the doctrine of severance in cases in which the parties have clearly indicated an intent to settle any disputes through arbitration but in which some aspects of their arbitration agreement have been found to be unenforceable.

In light of the evidence that H cannot afford the ICC fees, Uber should be required to advance the filing fees to enable him to initiate arbitration proceedings. In addition, if the arbitration clause were unconscionable or contrary to public policy, the selection of the ICC Rules and the place of arbitration clause could be severed. The majority does not explain why they have chosen not to address severance in their reasons. Defeating the parties' commitment to submit disputes to arbitration based on a hypothetical case would be commercially impractical and, given that the dispute actually before the Court concerns a proposed class proceeding for CAN\$400,000,000 and that the amount of H's individual claim is as yet unknown, absurd. Approaching the enforceability of arbitration agreements in this fashion compromises the certainty upon which commercial entities rely in structuring their operations. The arbitration clause should be upheld.

de l'arbitrage. En conséquence, les doctrines fondées sur l'idée que seules les cours supérieures peuvent accorder des réparations en cas de différends juridiques ne devraient plus être appliquées. En outre, l'opportunité comparative de se pourvoir devant les tribunaux, d'aller en arbitrage ou d'employer d'autres modes de règlement des différends pour différentes catégories de personnes dans diverses circonstances appelle une décision complexe et polycentrique de politique générale qui met en cause une foule d'intérêts, d'objectifs et de solutions. Il n'appartient pas aux tribunaux de répondre à ces questions; elles relèvent plutôt des décideurs élus qui siègent à la législature.

Les positions favorables à l'arbitrage adoptées par les législatures partout au Canada et par la Cour appuient une conception large des mesures réparatrices qui faciliteront le processus arbitral. Deux de ces options sont : imposer un sursis conditionnel à l'instance et appliquer la doctrine de la divisibilité. Bien que cela ne soit habituellement pas nécessaire, il peut être opportun pour le tribunal d'imposer un sursis conditionnel afin d'assurer l'équité procédurale du processus arbitral. Les tribunaux devraient se garder d'imposer des conditions qui empiètent sur la compétence décisionnelle du tribunal arbitral, mais une condition qui facilite le processus arbitral protège la juridiction du tribunal arbitral en veillant à ce que les parties soient en mesure de procéder à l'arbitrage. En outre, des considérations de principe impérieuses militent en faveur d'une application large de la doctrine de la divisibilité dans les cas où les parties ont clairement manifesté l'intention de régler leurs différends par l'arbitrage, mais où certains aspects de leur convention d'arbitrage sont jugés inexécutaires.

Vu la preuve indiquant que H n'a pas les moyens de payer les droits de la CCI, Uber devrait être tenue d'avancer les droits de dépôt pour lui permettre d'introduire une procédure d'arbitrage. En outre, si la clause d'arbitrage était contraire à l'ordre public ou inique, la sélection des Règlements de la CCI et la clause relative au lieu de l'arbitrage pourraient être retranchées. Les juges majoritaires n'expliquent pas pourquoi ils ont choisi de ne pas traiter de la divisibilité dans leurs motifs. Écarter l'engagement pris par les parties de procéder par arbitrage sur la foi d'un scénario hypothétique serait irréaliste sur le plan commercial et absurde, étant donné que le litige dont est saisie la Cour concerne un recours collectif projeté de 400 000 000 \$ CAN et qu'on ne connaît pas encore la valeur de la réclamation individuelle de H. Aborder ainsi le caractère exécutoire des conventions d'arbitrage compromet la certitude sur laquelle comptent les entités commerciales pour organiser leurs activités. La clause d'arbitrage devrait être confirmée.

Cases Cited

By Abella and Rowe JJ.

Referred to: *Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd.*, [2004] EWHC 121 (Comm.), [2004] 1 Lloyd's Rep. 603; *Crown Grain Company, Limited v. Day*, [1908] A.C. 504; *Re Sutherland and Halbrick* (1982), 134 D.L.R. (3d) 177; *Patel v. Kanbay International Inc.*, 2008 ONCA 867, 93 O.R. (3d) 588; *Borowski v. Fiedler (Heinrich) Perforiertechnik GmbH* (1994), 158 A.R. 213; *Rhinehart v. Legend 3D Canada Inc.*, 2019 ONSC 3296, 56 C.C.E.L. (4th) 125; *Ross v. Christian & Timbers Inc.* (2002), 23 B.L.R. (3d) 297; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531; *Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, 2007 SCC 35, [2007] 2 S.C.R. 921; *Trainor v. Fundstream Inc.*, 2019 ABQB 800; *Alberta Medical Association v. Alberta*, 2012 ABQB 113, 537 A.R. 75; *A. v. B. (No.2)*, [2007] EWHC 54 (Comm.), [2007] 1 All E.R. (Comm.) 633; *Kyrgyz Mobil Tel Limited v. Fellowes International Holdings Limited*, [2005] EWHC 1329, 2005 WL 6514129; *West Tankers Inc. v. Allianz SpA*, [2012] EWHC 854 (Comm.), [2012] 2 All E.R. (Comm.) 395; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Vita Food Products, Inc. v. Unus Shipping Co.*, [1939] A.C. 277; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Das v. George Weston Limited*, 2017 ONSC 4129; *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144; *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710; *Harry v. Kreutziger* (1978), 9 B.C.L.R. 166; *Downer v. Pitcher*, 2017 NLCA 13, 409 D.L.R. (4th) 542; *Input Capital Corp. v. Gustafson*, 2019 SKCA 78, 438 D.L.R. (4th) 387; *Cain v. Clarica Life Insurance Co.*, 2005 ABCA 437, 263 D.L.R. (4th) 368; *Titus v. William F. Cooke Enterprises Inc.*, 2007 ONCA 573, 284 D.L.R. (4th) 734; *Birch v. Union of Taxation Employees, Local 70030*, 2008 ONCA 809, 305 D.L.R. (4th) 64; *Ayres v. Hazelgrove, Q.B. England*, February 9, 1984; *The Mark Lane* (1890), 15 P.D. 135; *Commercial Bank of Australia Ltd. v. Amadio*, [1983] HCA 14, 151 C.L.R. 447; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751; *Loychuk v. Cougar Mountain Adventures Ltd.*, 2012 BCCA 122, 347 D.L.R. (4th) 591; *Roy v. 1216393 Ontario Inc.*, 2011 BCCA 500, 345 D.L.R. (4th) 323; *McNeill v. Vandenberg*, 2010 BCCA 583; *Hess v. Thomas Estate*, 2019 SKCA 26, 433 D.L.R. (4th) 60; *Blomley v. Ryan* (1956), 99 C.L.R. 362; *Bartle v. GE Custodians*, [2010] NZCA 174, [2010] 3 N.Z.L.R. 601; *Janet Boustany v.*

Jurisprudence

Citée par les juges Abella et Rowe

Arrêts mentionnés : *Peterson Farms Inc. c. C&M Farming Ltd.*, [2004] EWHC 121 (Comm.), [2004] 1 Lloyd's Rep. 603; *Crown Grain Company, Limited c. Day*, [1908] A.C. 504; *Re Sutherland and Halbrick* (1982), 134 D.L.R. (3d) 177; *Patel c. Kanbay International Inc.*, 2008 ONCA 867, 93 O.R. (3d) 588; *Borowski c. Fiedler (Heinrich) Perforiertechnik GmbH* (1994), 158 A.R. 213; *Rhinehart c. Legend 3D Canada Inc.*, 2019 ONSC 3296, 56 C.C.E.L. (4th) 125; *Ross c. Christian & Timbers Inc.* (2002), 23 B.L.R. (3d) 297; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531; *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921; *Trainor c. Fundstream Inc.*, 2019 ABQB 800; *Alberta Medical Association c. Alberta*, 2012 ABQB 113, 537 A.R. 75; *A. c. B. (No.2)*, [2007] EWHC 54 (Comm.), [2007] 1 All E.R. (Comm.) 633; *Kyrgyz Mobil Tel Limited c. Fellowes International Holdings Limited*, [2005] EWHC 1329, 2005 WL 6514129; *West Tankers Inc. c. Allianz SpA*, [2012] EWHC 854 (Comm.), [2012] 2 All E.R. (Comm.) 395; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Vita Food Products, Inc. c. Unus Shipping Co.*, [1939] A.C. 277; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Das c. George Weston Limited*, 2017 ONSC 4129; *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144; *Morrison c. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710; *Harry c. Kreutziger* (1978), 9 B.C.L.R. 166; *Downer c. Pitcher*, 2017 NLCA 13, 409 D.L.R. (4th) 542; *Input Capital Corp. c. Gustafson*, 2019 SKCA 78, 438 D.L.R. (4th) 387; *Cain c. Clarica Life Insurance Co.*, 2005 ABCA 437, 263 D.L.R. (4th) 368; *Titus c. William F. Cooke Enterprises Inc.*, 2007 ONCA 573, 284 D.L.R. (4th) 734; *Birch c. Union of Taxation Employees, Local 70030*, 2008 ONCA 809, 305 D.L.R. (4th) 64; *Ayres c. Hazelgrove, Q.B. England*, 9 février 1984; *The Mark Lane* (1890), 15 P.D. 135; *Commercial Bank of Australia Ltd. c. Amadio*, [1983] HCA 14, 151 C.L.R. 447; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751; *Loychuk c. Cougar Mountain Adventures Ltd.*, 2012 BCCA 122, 347 D.L.R. (4th) 591; *Roy c. 1216393 Ontario Inc.*, 2011 BCCA 500, 345 D.L.R. (4th) 323; *McNeill c. Vandenberg*, 2010 BCCA 583; *Hess c. Thomas Estate*, 2019 SKCA 26, 433 D.L.R. (4th) 60; *Blomley c. Ryan* (1956), 99 C.L.R. 362; *Bartle c. GE Custodians*, [2010] NZCA 174, [2010] 3 N.Z.L.R.

George Pigott Co (Antigua and Barbuda), [1993] UKPC 17; *Alec Lobb (Garages) Ltd. v. Total Oil (Great Britain) Ltd.*, [1985] 1 W.L.R. 173; *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1975] 1 Q.B. 326; *The Medina* (1876), 1 P.D. 272; *Portal Forest Industries Ltd. v. Saunders*, [1978] 4 W.W.R. 658; *Phoenix Interactive Design Inc. v. Alterinvest II Fund L.P.*, 2018 ONCA 98, 420 D.L.R. (4th) 335; *Davidson v. Three Spruces Realty Ltd.* (1977), 79 D.L.R. (3d) 481; *Williams v. Walker-Thomas Furniture Company*, 350 F.2d 445 (1965); *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69.

By Brown J.

Referred to: *Kaverit Steel and Crane Ltd. v. Kone Corp.*, 1992 ABCA 7, 120 A.R. 346; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689; *1196303 Ontario Inc. v. Glen Grove Suites Inc.*, 2015 ONCA 580, 337 O.A.C. 85; *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *In re Estate of Charles Millar, Deceased*, [1938] S.C.R. 1; *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751; *Elsley v. J. G. Collins Ins. Agencies Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 916; *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157; *Fender v. St. John-Mildmay*, [1938] A.C. 1; *Kill v. Hollister* (1746), 1 Wils. K.B. 129, 95 E.R. 532; *Scott v. Avery* (1856), 5 H.L.C. 811, 10 E.R. 1121; *Deuterium of Canada Ltd. v. Burns & Roe Inc.*, [1975] 2 S.C.R. 124; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Jonsson v. Lymer*, 2020 ABCA 167; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Novamaze Pty Ltd. v. Cut Price Deli Pty Ltd.* (1995), 128 A.L.R. 540; *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144; *Zodiak International Productions Inc. v. Polish People's Republic*, [1983] 1 S.C.R. 529; *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178; *Sport Maska Inc. v. Zitrer*, [1988] 1 S.C.R. 564; *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531; *Ontario Medical Assn. v. Willis Canada Inc.*, 2013 ONCA 745, 118 O.R. (3d) 241; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666; *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, 2004 SCC 7, [2004] 1 S.C.R.

601; *Janet Boustany c. George Pigott Co (Antigua and Barbuda)*, [1993] UKPC 17; *Alec Lobb (Garages) Ltd. c. Total Oil (Great Britain) Ltd.*, [1985] 1 W.L.R. 173; *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, [1975] 1 Q.B. 326; *The Medina* (1876), 1 P.D. 272; *Portal Forest Industries Ltd. c. Saunders*, [1978] 4 W.W.R. 658; *Phoenix Interactive Design Inc. c. Alterinvest II Fund L.P.*, 2018 ONCA 98, 420 D.L.R. (4th) 335; *Davidson c. Three Spruces Realty Ltd.* (1977), 79 D.L.R. (3d) 481; *Williams c. Walker-Thomas Furniture Company*, 350 F.2d 445 (1965); *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik c. South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69.

Citée par le juge Brown

Arrêts mentionnés : *Kaverit Steel and Crane Ltd. c. Kone Corp.*, 1992 ABCA 7, 120 A.R. 346; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *1196303 Ontario Inc. c. Glen Grove Suites Inc.*, 2015 ONCA 580, 337 O.A.C. 85; *Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69; *In re Estate of Charles Millar, Deceased*, [1938] R.C.S. 1; *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751; *Elsley c. J. G. Collins Ins. Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916; *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157; *Fender c. St. John-Mildmay*, [1938] A.C. 1; *Kill c. Hollister* (1746), 1 Wils. K.B. 129, 95 E.R. 532; *Scott c. Avery* (1856), 5 H.L.C. 811, 10 E.R. 1121; *Deuterium of Canada Ltd. c. Burns & Roe Inc.*, [1975] 2 R.C.S. 124; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Jonsson c. Lymer*, 2020 ABCA 167; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Novamaze Pty Ltd. c. Cut Price Deli Pty Ltd.* (1995), 128 A.L.R. 540; *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144; *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178; *Sport Maska Inc. c. Zitrer*, [1988] 1 R.C.S. 564; *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531; *Ontario Medical Assn. c. Willis Canada Inc.*, 2013 ONCA 745, 118 O.R. (3d) 241; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666; *Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp.*, 2004 CSC 7, [2004] 1 R.C.S.

249; *Popack v. Lipszyc*, 2009 ONCA 365; *Fuller Austin Insulation Inc. v. Wellington Insurance Co.* (1995), 135 Sask. R. 254; *Fuller Austin Insulation Inc. v. Wellington Insurance Co.* (1995), 137 Sask. R. 238; *Iberfreight S.A. v. Ocean Star Container Line A.G.* (1989), 104 N.R. 164; *Continental Resources Inc. v. East Asiatic Co. (Canada)*, [1994] F.C.J. No. 440 (QL); *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710; *Input Capital Corp. v. Gustafson*, 2019 SKCA 78, 438 D.L.R. (4th) 387; *Downer v. Pitcher*, 2017 NLCA 13, 409 D.L.R. (4th) 542; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303; *Rick v. Brandsema*, 2009 SCC 10, [2009] 1 S.C.R. 295; *Dyck v. Manitoba Snowmobile Association*, [1985] 1 S.C.R. 589; *Ayres v. Hazelgrove*, Q.B. England, February 9, 1984; *The Mark Lane* (1890), 15 P.D. 135; *The Medina* (1876), 1 P.D. 272; *Commercial Bank of Australia Ltd. v. Amadio*, [1983] HCA 14, 151 C.L.R. 447; *Chesterfield (Earl of) v. Janssen* (1750), 2 Ves. Sen. 125, 28 E.R. 82; *Earl of Aylesford v. Morris* (1873), L.R. 8 Ch. App. 484; *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1975] 1 Q.B. 326; *Waters v. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391; *Woods v. Hubley* (1995), 146 N.S.R. (2d) 97; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426.

By Côté J. (dissenting)

Hofer v. Hofer, [1970] S.C.R. 958; *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144; *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531; *National Gypsum Co. Inc. v. Northern Sales Ltd.*, [1964] S.C.R. 144; *Zodiak International Productions Inc. v. Polish People's Republic*, [1983] 1 S.C.R. 529; *Sport Maska Inc. v. Zittner*, [1988] 1 S.C.R. 564; *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178; *Inforica Inc. v. CGI Information Systems and Management Consultants Inc.*, 2009 ONCA 642, 97 O.R. (3d) 161; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Borowski v. Fiedler (Heinrich) Perfortertechnik GmbH* (1994), 158 A.R. 213; *Ross v. Christian & Timbers Inc.* (2002), 23 B.L.R. (3d) 297; *Patel v. Kanbay International Inc.*, 2008 ONCA 867, 93 O.R. (3d) 588; *United Mexican States v. Metalclad Corp.*, 2001 BCSC 664, 89 B.C.L.R. (3d) 359; *Kaverit Steel and Crane Ltd. v. Kone Corp.*, 1992 ABCA 7, 120 A.R. 346; *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik c. South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909; *Heyman v. Darwins, Ltd.*, [1942] A.C. 356; *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin MFG. Co.*, 388 U.S. 395 (1967); *Fiona Trust and Holding Corp. v. Privalov*, [2007] UKHL 40,

249; *Popack c. Lipszyc*, 2009 ONCA 365; *Fuller Austin Insulation Inc. c. Wellington Insurance Co.* (1995), 135 Sask. R. 254; *Fuller Austin Insulation Inc. c. Wellington Insurance Co.* (1995), 137 Sask. R. 238; *Iberfreight S.A. c. Ocean Star Container Line A.G.*, [1989] A.C.F. n° 513 (QL); *Continental Resources Inc. c. East Asiatic Co. (Canada)*, [1994] A.C.F. n° 440 (QL); *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Morrison c. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710; *Input Capital Corp. c. Gustafson*, 2019 SKCA 78, 438 D.L.R. (4th) 387; *Downer c. Pitcher*, 2017 NLCA 13, 409 D.L.R. (4th) 542; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303; *Rick c. Brandsema*, 2009 CSC 10, [2009] 1 R.C.S. 295; *Dyck c. Manitoba Snowmobile Association*, [1985] 1 R.C.S. 589; *Ayres c. Hazelgrove*, Q.B. England, 9 février 1984; *The Mark Lane* (1890), 15 P.D. 135; *The Medina* (1876), 1 P.D. 272; *Commercial Bank of Australia Ltd. c. Amadio*, [1983] HCA 14, 151 C.L.R. 447; *Chesterfield (Earl of) c. Janssen* (1750), 2 Ves. Sen. 125, 28 E.R. 82; *Earl of Aylesford c. Morris* (1873), L.R. 8 Ch. App. 484; *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, [1975] 1 Q.B. 326; *Waters c. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391; *Woods c. Hubley* (1995), 146 N.S.R. (2d) 97; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426.

Citée par la juge Côté (dissidente)

Hofer c. Hofer, [1970] R.C.S. 958; *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144; *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531; *National Gypsum Co. Inc. c. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144; *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529; *Sport Maska Inc. c. Zittner*, [1988] 1 R.C.S. 564; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178; *Inforica Inc. c. CGI Information Systems and Management Consultants Inc.*, 2009 ONCA 642, 97 O.R. (3d) 161; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Borowski c. Fiedler (Heinrich) Perfortertechnik GmbH* (1994), 158 A.R. 213; *Ross c. Christian & Timbers Inc.* (2002), 23 B.L.R. (3d) 297; *Patel c. Kanbay International Inc.*, 2008 ONCA 867, 93 O.R. (3d) 588; *United Mexican States c. Metalclad Corp.*, 2001 BCSC 664, 89 B.C.L.R. (3d) 359; *Kaverit Steel and Crane Ltd. c. Kone Corp.*, 1992 ABCA 7, 120 A.R. 346; *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik c. South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909; *Heyman c. Darwins, Ltd.*, [1942] A.C. 356; *Prima Paint Corp. c. Flood & Conklin MFG. Co.*, 388 U.S. 395 (1967); *Fiona Trust and Holding Corp. c. Privalov*, [2007] UKHL 40,

[2007] 4 All E.R. 951; *Krutov v. Vancouver Hockey Club Ltd.*, 1991 CanLII 2077; *NetSys Technology Group AB v. Open Text Corp.* (1999), 1 B.L.R. (3d) 307; *Cecrop Co. v. Kinetic Sciences Inc.*, 2001 BCSC 532, 16 B.L.R. (3d) 15; *James v. Thow*, 2005 BCSC 809, 5 B.L.R. (4th) 315; *Haas v. Gunasekaram*, 2016 ONCA 744, 62 B.L.R. (5th) 1; *BNA v. BNB*, [2019] SGCA 84; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, 2007 SCC 35, [2007] 2 S.C.R. 921; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31; *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 233; *Stancroft Trust Ltd. v. Can-Asia Capital Co.* (1990), 67 D.L.R. (4th) 131; *Popack v. Lipszyc*, 2009 ONCA 365; *Iberfreight S.A. v. Ocean Star Container Line A.G.* (1989), 104 N.R. 164; *Continental Resources Inc. v. East Asiatic Co. (Canada)*, [1994] F.C.J. No. 440 (QL); *Fuller Austin Insulation Inc. v. Wellington Insurance Co.* (1995), 135 Sask. R. 254, var'd (1995), 137 Sask. R. 238; *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*, 2018 SCC 26, [2018] 1 S.C.R. 750; *Knox v. Conservative Party of Canada*, 2007 ABCA 295, 422 A.R. 29; *R. v. National Joint Council for the Craft of Dental Technicians (Dispute Committee)*, [1953] 1 Q.B. 704; *Roberval Express Ltée v. Transport Drivers, Warehousemen and General Workers Union, Local 106*, [1982] 2 S.C.R. 888; *Astoria Medical Group v. Health Insurance Plan of Greater New York*, 182 N.E.2d 85 (1962); *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873; *Jonsson v. Lymer*, 2020 ABCA 167; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *Downer v. Pitcher*, 2017 NLCA 13, 409 D.L.R. (4th) 542; *Input Capital Corp. v. Gustafson*, 2019 SKCA 78, 438 D.L.R. (4th) 387; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450; *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751; *Alberta Motor Association Insurance Company v. Aspen Insurance UK Limited*, 2018 ABQB 207, 17 C.P.C. (8th) 81; *Houston v. Exigen (Canada) Inc.*, 2006 NBQB 29, 296 N.B.R. (2d) 112; *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, 2004 SCC 7, [2004] 1 S.C.R. 249; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Williams v. Amazon.com, Inc.*, 2020 BCSC 300; *In re Estate of Millar (Charles), Deceased*, [1938] S.C.R. 1; *Fender v. Mildmay*, [1937] 3 All E.R. 402; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *Novamaze Pty Ltd. v. Cut Price Deli Pty Ltd.* (1995), 128 A.L.R. 540; *Ontario*

[2007] 4 All E.R. 951; *Krutov c. Vancouver Hockey Club Ltd.*, 1991 CanLII 2077; *NetSys Technology Group AB c. Open Text Corp.* (1999), 1 B.L.R. (3d) 307; *Cecrop Co. c. Kinetic Sciences Inc.*, 2001 BCSC 532, 16 B.L.R. (3d) 15; *James c. Thow*, 2005 BCSC 809, 5 B.L.R. (4th) 315; *Haas c. Gunasekaram*, 2016 ONCA 744, 62 B.L.R. (5th) 1; *BNA c. BNB*, [2019] SGCA 84; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31; *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 233; *Stancroft Trust Ltd. c. Can-Asia Capital Co.* (1990), 67 D.L.R. (4th) 131; *Popack c. Lipszyc*, 2009 ONCA 365; *Iberfreight S.A. c. Ocean Star Container Line A.G.*, [1989] A.C.F. n° 513 (QL); *Continental Resources Inc. c. East Asiatic Co. (Canada)*, [1994] A.C.F. n° 440 (QL); *Fuller Austin Insulation Inc. c. Wellington Insurance Co.* (1995), 135 Sask. R. 254, mod. par (1995), 137 Sask. R. 238; *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) c. Wall*, 2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750; *Knox c. Conservative Party of Canada*, 2007 ABCA 295, 422 A.R. 29; *R. c. National Joint Council for the Craft of Dental Technicians (Dispute Committee)*, [1953] 1 Q.B. 704; *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106*, [1982] 2 R.C.S. 888; *Astoria Medical Group c. Health Insurance Plan of Greater New York*, 182 N.E.2d 85 (1962); *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873; *Jonsson c. Lymer*, 2020 ABCA 167; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Downer c. Pitcher*, 2017 NLCA 13, 409 D.L.R. (4th) 542; *Input Capital Corp. c. Gustafson*, 2019 SKCA 78, 438 D.L.R. (4th) 387; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450; *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751; *Alberta Motor Association Insurance Company c. Aspen Insurance UK Limited*, 2018 ABQB 207, 17 C.P.C. (8th) 81; *Houston c. Exigen (Canada) Inc.*, 2006 NBBR 29, 296 R.N.-B. (2^e) 112; *Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp.*, 2004 CSC 7, [2004] 1 R.C.S. 249; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Williams c. Amazon.com, Inc.*, 2020 BCSC 300; *In re Estate of Millar (Charles), Deceased*, [1938] R.C.S. 1; *Fender c. Mildmay*, [1937] 3 All E.R. 402; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69;

Hydro v. Denison Mines Ltd., 1992 CarswellOnt 3497; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157; *2176693 Ontario Ltd. v. Cora Franchise Group Inc.*, 2015 ONCA 152, 124 O.R. (3d) 776; *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, 561 U.S. 63 (2010).

Statutes and Regulations Cited

Arbitration Act, 1991, S.O. 1991, c. 17, ss. 1, 2(1)(b), 3, 6, 7, 8, 9, 10, 15, 17(1), (2), (8), 19, 20, 22, 31, 45, 46, 47, 48.
Civil Code of Québec.
Constitution Act, 1867, s. 96.
Consumer Protection Act, 2002, S.O. 2002, c. 30, Sch. A, ss. 7, 8.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 106.
Employment Standards Act, 2000, S.O. 2000, c. 41, ss. 1(1), 5, 5.1(1), 96, 98(1).
Energy Consumer Protection Act, 2010, S.O. 2010, c. 8, s. 3(3).
Fair Workplaces, Better Jobs Act, 2017, S.O. 2017, c. 22.
International Commercial Arbitration Act, 2017, S.O. 2017, c. 2, Sch. 5, ss. 5(1), (3), 9, Sch. 2.
Payday Loans Act, 2008, S.O. 2008, c. 9, s. 39(2).

Treaties and Other International Instruments

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Can. T.S. 1986 No. 43.
 United Nations. Commission on International Trade Law. *Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration: Report of the Secretary-General*, U.N. Doc. A/CN.9/264, March 25, 1985.
 United Nations. Commission on International Trade Law. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17, Ann. I, June 21, 1985, arts. 1(1), (3)(a), (4)(b), 7, 8(1), 10, 11(3), 16(1), 19(2), 20(1), (2).

Authors Cited

Alberta Law Reform Institute. Final Report No. 103. *Arbitration Act: Stay and Appeal Issues*. Edmonton, 2013.
 American Law Institute, and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. *Proposed*

Novamaze Pty Ltd. c. Cut Price Deli Pty Ltd. (1995), 128 A.L.R. 540; *Ontario Hydro c. Denison Mines Ltd.*, 1992 CarswellOnt 3497; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157; *2176693 Ontario Ltd. c. Cora Franchise Group Inc.*, 2015 ONCA 152, 124 O.R. (3d) 776; *Rent-A-Center, West, Inc. c. Jackson*, 561 U.S. 63 (2010).

Lois et règlements cités

Code civil du Québec.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.
Loi de 1991 sur l'arbitrage, L.O. 1991, c. 17, art. 1, 2(1)(b), 3, 6, 7, 8, 9, 10, 15, 17(1), (2), (8), 19, 20, 22, 31, 45, 46, 47, 48.
Loi de 2000 sur les normes d'emploi, L.O. 2000, c. 41, art. 1(1), 5, 5.1(1), 96, 98(1).
Loi de 2002 sur la protection du consommateur, L.O. 2002, c. 30, ann. A, art. 7, 8.
Loi de 2008 concernant les prêts sur salaire, L.O. 2008, c. 9, art. 39(2).
Loi de 2010 sur la protection des consommateurs d'énergie, L.O. 2010, c. 8, art. 3(3).
Loi de 2017 pour l'équité en milieu de travail et de meilleurs emplois, L.O. 2017, c. 22.
Loi de 2017 sur l'arbitrage commercial international, L.O. 2017, c. 2, ann. 5, art. 5(1), (3), 9, ann. 2.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, c. C.43, art. 106.

Traités et autres instruments internationaux

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, R.T. Can. 1986 n° 43.
 Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. *Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international : Rapport du Secrétaire général*, Doc. N.U. A/CN.9/264, 25 mars 1985.
 Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17, ann. I, 21 juin 1985, art. 1(1), (3)a), (4)b), 7, 8(1), 10, 11(3), 16(1), 19(2), 20(1), (2).

Doctrine et autres documents cités

Alberta Law Reform Institute. Final Report No. 103. *Arbitration Act : Stay and Appeal Issues*, Edmonton, 2013.
 American Law Institute, and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. *Proposed*

- Amendments to Uniform Commercial Code Article 2 — Sales: With Prefatory Note and Proposed Comments*. Chicago, 2002.
- Atiyah, P. S. *Essays on Contract*. New York: Oxford University Press, 1986.
- Beale, Hugh, ed. *Chitty on Contracts*, vol. II, *Specific Contracts*, 33rd ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2018.
- Ben-Ishai, Stephanie, and David R. Percy, eds. *Contracts: Cases and Commentaries*, 10th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2018.
- Benson, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2019.
- Bermann, George A. “Mandatory rules of law in international arbitration”, in Franco Ferrari and Stefan Kröll, eds., *Conflict of Laws in International Arbitration*. Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, 325.
- Bigwood, Rick. “Antipodean Reflections on the Canadian Unconscionability Doctrine” (2005), 84 *Can. Bar Rev.* 171.
- Bigwood, Rick. “Rescuing the Canadian Unconscionability Doctrine? Reflections on the Court’s ‘Applicable Principles’ in *Downer v. Pitcher*” (2018), 60 *Can. Bus. L.J.* 124.
- Blackaby, Nigel, et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Bogden, John-Paul F. “On the ‘Agreement Most Foul’: A Reconsideration of the Doctrine of Unconscionability” (1997), 25 *Man. L.J.* 187.
- Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*, vol. I, *International Arbitration Agreements*, 2nd ed. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2014.
- Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*, vol. II, *International Arbitral Procedures and Proceedings*, 2nd ed. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2014.
- Braucher, Jean. “Unconscionability in the Age of Sophisticated Mass-Market Framing Strategies and the Modern Administrative State” (2007), 45 *Can. Bus. L.J.* 382.
- Brudner, Alan. “Reconstructing contracts” (1993), 43 *U.T.L.J.* 1.
- Burrows, Andrew. *A Restatement of the English Law of Contract*. New York: Oxford University Press, 2016.
- Casey, J. Brian. *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure*, 3rd ed. Huntington, N.Y.: Juris, 2017.
- Chen-Wishart, Mindy. *Contract Law*, 6th ed. New York: Oxford University Press, 2018.
- Chen-Wishart, Mindy. *Unconscionable Bargains*. Toronto: Butterworths, 1989.
- Amendments to Uniform Commercial Code Article 2 — Sales : With Prefatory Note and Proposed Comments*, Chicago, 2002.
- Atiyah, P. S. *Essays on Contract*, New York, Oxford University Press, 1986.
- Beale, Hugh, ed. *Chitty on Contracts*, vol. II, *Specific Contracts*, 33rd ed., London, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2018.
- Ben-Ishai, Stephanie, and David R. Percy, eds. *Contracts : Cases and Commentaries*, 10th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2018.
- Benson, Peter. *Justice in Transactions : A Theory of Contract Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2019.
- Bermann, George A. « Mandatory rules of law in international arbitration », in Franco Ferrari and Stefan Kröll, eds., *Conflict of Laws in International Arbitration*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2011, 325.
- Bigwood, Rick. « Antipodean Reflections on the Canadian Unconscionability Doctrine » (2005), 84 *R. du B. can.* 171.
- Bigwood, Rick. « Rescuing the Canadian Unconscionability Doctrine? Reflections on the Court’s “Applicable Principles” in *Downer v. Pitcher* » (2018), 60 *Rev. can. dr. comm.* 124.
- Blackaby, Nigel, et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed., Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Bogden, John-Paul F. « On the “Agreement Most Foul” : A Reconsideration of the Doctrine of Unconscionability » (1997), 25 *Man. L.J.* 187.
- Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*, vol. I, *International Arbitration Agreements*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2014.
- Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*, vol. II, *International Arbitral Procedures and Proceedings*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2014.
- Braucher, Jean. « Unconscionability in the Age of Sophisticated Mass-Market Framing Strategies and the Modern Administrative State » (2007), 45 *Rev. can. dr. comm.* 382.
- Brudner, Alan. « Reconstructing contracts » (1993), 43 *U.T.L.J.* 1.
- Burrows, Andrew. *A Restatement of the English Law of Contract*, New York, Oxford University Press, 2016.
- Casey, J. Brian. *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure*, 3rd ed., Huntington (N.Y.), Juris, 2017.
- Chen-Wishart, Mindy. *Contract Law*, 6th ed., New York, Oxford University Press, 2018.

- Crawford, Bradley E. “Restitution — Unconscionable Transaction — Undue Advantage Taken of Inequality Between Parties” (1966), 44 *Can. Bar Rev.* 142.
- Eisenberg, Melvin Aron. “The Bargain Principle and Its Limits” (1982), 95 *Harv. L. Rev.* 741.
- Estlund, Cynthia. “The Black Hole of Mandatory Arbitration” (2018), 96 *N.C. L. Rev.* 679.
- Feehily, Ronán. “Separability in international commercial arbitration; confluence, conflict and the appropriate limitations in the development and application of the doctrine” (2018), 34 *Arb. Intl.* 355.
- Fortier, L. Yves. “Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: ‘Beware, my Lord, of Jealousy’” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 143.
- Gordley, James. “Equality in Exchange” (1981), 69 *Cal. L. Rev.* 1587.
- Grammond, Sébastien. “The Regulation of Abusive or Unconscionable Clauses from a Comparative Law Perspective” (2010), 49 *Can. Bus. L.J.* 345.
- Horton, William G. “A Brief History of Arbitration” (2017), 47 *Adv. Q.* 12.
- Hunt, Chris D. L. “Unconscionability Three Ways: Unfairness, Consent and Exploitation”, (2020), 96 *S.C.L.R.* 37.
- Hunt, Chris D. L., and Milad Javdan. “Apparitions of Doctrines Past: Fundamental Breach and Exculpatory Clauses in the Post-*Tercon* Jurisprudence” (2018), 60 *Can. Bus. L.J.* 309.
- International Court of Arbitration, and International Centre for ADR. *Arbitration Rules, Mediation Rules*. Paris: International Chamber of Commerce, 2016.
- Kain, Brandon, and Douglas T. Yoshida. “The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law”, in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2007*. Toronto: Thomson Carswell, 2007, 1.
- Llewellyn, Karl N. *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Toronto: Little, Brown, 1960 (2016 reprint).
- Manwaring, J. A. “Unconscionability: Contested Values, Competing Theories and Choice of Rule in Contract Law” (1993), 25 *Ottawa L. Rev.* 235.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
- McEwan, J. Kenneth, and Ludmila B. Herbst. *Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations*. Toronto: Thomson Reuters, 2017 (loose-leaf updated December 2018, release 16).
- McInnes, Mitchell. *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Chen-Wishart, Mindy. *Unconscionable Bargains*, Toronto, Butterworths, 1989.
- Cour internationale d’arbitrage, et Centre international d’ADR. *Règlement d’arbitrage, Règlement de médiation*, Paris, Chambre de commerce internationale, 2016.
- Crawford, Bradley E. « Restitution — Unconscionable Transaction — Undue Advantage Taken of Inequality Between Parties » (1966), 44 *R. du B. can.* 142.
- Eisenberg, Melvin Aron. « The Bargain Principle and Its Limits » (1982), 95 *Harv. L. Rev.* 741.
- Estlund, Cynthia. « The Black Hole of Mandatory Arbitration » (2018), 96 *N.C. L. Rev.* 679.
- Feehily, Ronán. « Separability in international commercial arbitration; confluence, conflict and the appropriate limitations in the development and application of the doctrine » (2018), 34 *Arb. Intl.* 355.
- Fortier, L. Yves. « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : “Beware, my Lord, of Jealousy” » (2001), 80 *R. du B. can.* 143.
- Gordley, James. « Equality in Exchange » (1981), 69 *Cal. L. Rev.* 1587.
- Grammond, Sébastien. « The Regulation of Abusive or Unconscionable Clauses from a Comparative Law Perspective » (2010), 49 *Rev. can. dr. comm.* 345.
- Horton, William G. « A Brief History of Arbitration » (2017), 47 *Adv. Q.* 12.
- Hunt, Chris D. L. « Unconscionability Three Ways : Unfairness, Consent and Exploitation » (2020), 96 *S.C.L.R.* 37.
- Hunt, Chris D. L., and Milad Javdan. « Apparitions of Doctrines Past : Fundamental Breach and Exculpatory Clauses in the Post-*Tercon* Jurisprudence » (2018), 60 *Rev. can. dr. comm.* 309.
- Kain, Brandon, and Douglas T. Yoshida. « The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law », in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2007*, Toronto, Thomson Carswell, 2007, 1.
- Llewellyn, Karl N. *The Common Law Tradition : Deciding Appeals*, Toronto, Little, Brown, 1960 (2016 reprint).
- Manwaring, J. A. « Unconscionability : Contested Values, Competing Theories and Choice of Rule in Contract Law » (1993), 25 *R.D. Ottawa* 235.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.
- McEwan, J. Kenneth, and Ludmila B. Herbst. *Commercial Arbitration in Canada : A Guide to Domestic and International Arbitrations*, Toronto, Thomson Reuters, 2017 (loose-leaf updated December 2018, release 16).
- McInnes, Mitchell. *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

- Ontario. Ministry of Labour, Training and Skills Development. *The Changing Workplaces Review: An Agenda for Workplace Rights — Final Report*. Toronto, 2017.
- Paulsson, Jan. *The Idea of Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Peden, John R. *The Law of Unjust Contracts: Including the Contracts Review Act 1980 (NSW) With Detailed Annotations Procedure and Pleadings*. Scarborough, Ont.: Butterworths, 1982.
- Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.
- Radin, Margaret Jane. “Access to Justice and Abuses of Contract” (2016), 33 *Windsor Y.B. Access Just.* 177.
- Reiter, B. J. “Unconscionability: Is There a Choice? A Reply to Professor Hasson” (1980), 4 *Can. Bus. L.J.* 403.
- Rickett, Charles. “Unconscionability and Commercial Law” (2005), 24 *U.Q.L.J.* 73.
- Rotman, Leonard I. “The ‘Fusion’ of Law and Equity?: A Canadian Perspective on the Substantive, Jurisdictional, or Non-Fusion of Legal and Equitable Matters” (2016), 2 *C.J.C.C.L.* 497.
- Smith, Stephen A. *Contract Theory*. New York: Oxford University Press, 2004.
- Swan, Angela, Jakub Adamski and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
- Thal, Spencer Nathan. “The Inequality of Bargaining Power Doctrine: the Problem of Defining Contractual Unfairness” (1988), 8 *Oxford J. Legal Stud.* 17.
- Uniform Law Conference of Canada. *Uniform Arbitration Act*, 1990 (online: https://www.ulcc.ca/images/stories/Uniform_Acts_EN/Arbitrat_En.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC16_1_eng.pdf).
- United Nations. Commission on International Trade Law. *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*. New York, 2012.
- van den Berg, Albert Jan, ed. *Yearbook Commercial Arbitration 1999*, vol. XXIVa. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 1999.
- Waddams, S. M. “Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations” (1995), 9 *J.C.L.* 55.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 7th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2017.
- Waddams, Stephen. “Abusive or Unconscionable Clauses from a Common Law Perspective” (2010), 49 *Can. Bus. L.J.* 378.
- Waddams, Stephen. *Principle and Policy in Contract Law: Competing or Complementary Concepts?* New York: Cambridge University Press, 2011.
- Ontario. Ministère du Travail, de la Formation et du Développement des compétences. *L’examen portant sur l’évolution des milieux de travail : Un programme pour les droits en milieu de travail — Rapport final*, Toronto, 2017.
- Paulsson, Jan. *The Idea of Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Peden, John R. *The Law of Unjust Contracts : Including the Contracts Review Act 1980 (NSW) With Detailed Annotations Procedure and Pleadings*, Scarborough (Ont.), Butterworths, 1982.
- Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.
- Radin, Margaret Jane. « Access to Justice and Abuses of Contract » (2016), 33 *Windsor Y.B. Access Just.* 177.
- Reiter, B. J. « Unconscionability : Is There a Choice? A Reply to Professor Hasson » (1980), 4 *Rev. can. dr. comm.* 403.
- Rickett, Charles. « Unconscionability and Commercial Law » (2005), 24 *U.Q.L.J.* 73.
- Rotman, Leonard I. « The “Fusion” of Law and Equity? : A Canadian Perspective on the Substantive, Jurisdictional, or Non-Fusion of Legal and Equitable Matters » (2016), 2 *C.J.C.C.L.* 497.
- Smith, Stephen A. *Contract Theory*, New York, Oxford University Press, 2004.
- Swan, Angela, Jakub Adamski and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
- Thal, Spencer Nathan. « The Inequality of Bargaining Power Doctrine : the Problem of Defining Contractual Unfairness » (1988), 8 *Oxford J. Legal Stud.* 17.
- Uniform Law Conference of Canada. *Uniform Arbitration Act*, 1990 (en ligne : https://www.ulcc.ca/images/stories/Uniform_Acts_EN/Arbitrat_En.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC16_1_eng.pdf).
- United Nations. Commission on International Trade Law. *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, New York, 2012.
- van den Berg, Albert Jan, ed. *Yearbook Commercial Arbitration 1999*, vol. XXIVa, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 1999.
- Waddams, S. M. « Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations » (1995), 9 *J.C.L.* 55.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 7th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2017.
- Waddams, Stephen. « Abusive or Unconscionable Clauses from a Common Law Perspective » (2010), 49 *Rev. can. dr. comm.* 378.

- Waddams, Stephen. “Review Essay: The Problem of Standard Form Contracts: A Retreat to Formalism” (2013), 53 *Can. Bus. L.J.* 475.
- Waddams, Stephen. *Sanctity of Contracts in a Secular Age: Equity, Fairness and Enrichment*. New York: Cambridge University Press, 2019.
- Walker, Janet. “Canada’s Place in the World of International Arbitration” (2019), 1 *Can. J. Comm. Arb.* 1.
- Walsh, Catherine. “The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts” (2010), 60 *U.N.B.L.J.* 12.
- Watson Hamilton, Jonnette. “Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice?” (2006), 51 *McGill L.J.* 693.
- Wilmot-Smith, Frederick. *Equal Justice: Fair Legal Systems in an Unfair World*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2019.
- Woodward, William J., Jr. “Finding the Contract in Contracts for Law, Forum and Arbitration” (2006), 2 *Hastings Bus. L.J.* 1.
- Waddams, Stephen. *Principle and Policy in Contract Law : Competing or Complementary Concepts?*, New York, Cambridge University Press, 2011.
- Waddams, Stephen. « Review Essay : The Problem of Standard Form Contracts : A Retreat to Formalism » (2013), 53 *Rev. can. dr. comm.* 475.
- Waddams, Stephen. *Sanctity of Contracts in a Secular Age : Equity, Fairness and Enrichment*, New York, Cambridge University Press, 2019.
- Walker, Janet. « Canada’s Place in the World of International Arbitration » (2019), 1 *Can. J. Comm. Arb.* 1.
- Walsh, Catherine. « The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts » (2010), 60 *R.D. U.N.-B.* 12.
- Watson Hamilton, Jonnette. « Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses : Denying Access to Justice? » (2006), 51 *R.D. McGill* 693.
- Wilmot-Smith, Frederick. *Equal Justice : Fair Legal Systems in an Unfair World*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2019.
- Woodward, William J., Jr. « Finding the Contract in Contracts for Law, Forum and Arbitration » (2006), 2 *Hastings Bus. L.J.* 1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Feldman, Pardu and Nordheimer JJ.A.), 2019 ONCA 1, 145 O.R. (3d) 81, 430 D.L.R. (4th) 410, 31 C.P.C. (8th) 1, 52 C.C.E.L. (4th) 10, 85 B.L.R. (5th) 1, 2019 CLLC ¶210-027, [2019] O.J. No. 1 (QL), 2019 CarswellOnt 1 (WL Can.), setting aside a decision of Perell J., 2018 ONSC 718, 421 D.L.R. (4th) 343, 17 C.P.C. (8th) 342, 79 B.L.R. (5th) 136, [2018] O.J. No. 502 (QL), 2018 CarswellOnt 1090 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

Linda M. Plumpton, Lisa Talbot and Sarah Whitmore, for the appellants.

Michael Wright, Lior Samfiru and Danielle Stampley, for the respondent.

Christopher P. Thompson and Paul Sheridan, for the intervener the Attorney General of Ontario.

John Siwiec, for the intervener the Young Canadian Arbitration Practitioners.

Robert Deane and Craig Chiasson, for the intervener the Arbitration Place.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Feldman, Pardu et Nordheimer), 2019 ONCA 1, 145 O.R. (3d) 81, 430 D.L.R. (4th) 410, 31 C.P.C. (8th) 1, 52 C.C.E.L. (4th) 10, 85 B.L.R. (5th) 1, 2019 CLLC ¶210-027, [2019] O.J. No. 1 (QL), 2019 CarswellOnt 1 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Perell, 2018 ONSC 718, 421 D.L.R. (4th) 343, 17 C.P.C. (8th) 342, 79 B.L.R. (5th) 136, [2018] O.J. No. 502 (QL), 2018 CarswellOnt 1090 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

Linda M. Plumpton, Lisa Talbot et Sarah Whitmore, pour les appelantes.

Michael Wright, Lior Samfiru et Danielle Stampley, pour l’intimé.

Christopher P. Thompson et Paul Sheridan, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

John Siwiec, pour l’intervenant les Jeunes praticiens canadiens de l’arbitrage.

Robert Deane et Craig Chiasson, pour l’intervenante Arbitration Place.

Alexandra Monkhouse and Andrew Monkhouse, for the intervener Don Valley Community Legal Services.

Anthony Daimsis, for the intervener the Canadian Federation of Independent Business.

Marina Pavlovic and Johann Kwan, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Nabila F. Qureshi and Karin Baqi, for the interveners the Income Security Advocacy Centre and Parkdale Community Legal Services.

Steven Barrett and Joshua Mandryk, for the intervener the United Food and Commercial Workers Canada.

Kevin Simms and John Bartolomeo, for the intervener the Workers' Health and Safety Legal Clinic.

Robert Carson and Lauren Harper, for the intervener the Montreal Economic Institute.

Alyssa Tomkins and James Plotkin, for the intervener the Canadian American Bar Association.

Joseph C. McArthur and Rahat Godil, for the interveners the Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc. and the Toronto Commercial Arbitration Society.

Matthew Milne-Smith and Chantelle Cseh, for the intervener the Canadian Chamber of Commerce.

Andres C. Garin and Alison FitzGerald, for the intervener the International Chamber of Commerce.

Mohsen Seddigh and David Sterns, for the intervener the Consumers Council of Canada.

Wes McMillan and Greg J. Allen, for the intervener the Community Legal Assistance Society.

Andrew D. Little and Ranjan K. Agarwal, for the intervener ADR Chambers Inc.

Alexandra Monkhouse et Andrew Monkhouse, pour l'intervenant Don Valley Community Legal Services.

Anthony Daimsis, pour l'intervenante la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante.

Marina Pavlovic et Johann Kwan, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Nabila F. Qureshi et Karin Baqi, pour les intervenants le Centre d'action pour la sécurité du revenu et Parkdale Community Legal Services.

Steven Barrett et Joshua Mandryk, pour l'intervenant les Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce Canada.

Kevin Simms et John Bartolomeo, pour l'intervenante Workers' Health and Safety Legal Clinic.

Robert Carson et Lauren Harper, pour l'intervenant l'Institut économique de Montréal.

Alyssa Tomkins et James Plotkin, pour l'intervenante Canadian American Bar Association.

Joseph C. McArthur et Rahat Godil, pour les intervenants Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc. et Toronto Commercial Arbitration Society.

Matthew Milne-Smith et Chantelle Cseh, pour l'intervenante la Chambre de commerce du Canada.

Andres C. Garin et Alison FitzGerald, pour l'intervenante la Chambre de commerce internationale.

Mohsen Seddigh et David Sterns, pour l'intervenant Consumers Council of Canada.

Wes McMillan et Greg J. Allen, pour l'intervenante Community Legal Assistance Society.

Andrew D. Little et Ranjan K. Agarwal, pour l'intervenante ADR Chambers Inc.

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

[1] ABELLA AND ROWE JJ. — In this appeal, the Court determines who has authority to decide whether an Uber driver is or is not an “employee” within the meaning of Ontario’s *Employment Standards Act, 2000*, S.O. 2000, c. 41 (“ESA”): the courts of Ontario or an arbitrator in the Netherlands, as provided for in the contracts of adhesion between Uber and its drivers?

[2] David Heller provides food delivery services in Toronto using Uber’s software applications.¹ To become a driver for Uber, Mr. Heller had to accept, without negotiation, the terms of Uber’s standard form services agreement. Under the terms of the agreement, Mr. Heller was required to resolve any dispute with Uber through mediation and arbitration in the Netherlands. The mediation and arbitration process requires up-front administrative and filing fees of US\$14,500, plus legal fees and other costs of participation. Mr. Heller earns between \$400-\$600 a week. The fees represent most of his annual income.

[3] Mr. Heller started a class proceeding against Uber in 2017 for violations of the *ESA*. Uber brought a motion to stay the class proceeding in favour of arbitration in the Netherlands. In response, Mr. Heller took the position that the arbitration clause² in Uber’s services agreements is invalid, both because it is unconscionable and because it contracts out of mandatory provisions of the *ESA*. The motion judge held that he did not have the authority to decide whether the arbitration agreement was valid and stayed Mr. Heller’s proceeding (2018 ONSC 718, 421 D.L.R. (4th) 343). The Court of Appeal reversed this order, determining, among other things, that the arbitration agreement was unconscionable based on the inequality of bargaining power between the

¹ We refer to the four appellants collectively as “Uber”.

² The phrases “arbitration clause” and “arbitration agreement” both refer to that part of the overall contract dealing with the arbitration.

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

[1] LES JUGES ABELLA ET ROWE — Dans le présent appel, la Cour doit déterminer qui a compétence pour décider si un chauffeur Uber est ou n’est pas un « employé » au sens de la *Loi de 2000 sur les normes d’emploi*, L.O. 2000, c. 41 de l’Ontario (« *LNE* ») : les tribunaux ontariens, ou un arbitre aux Pays-Bas comme le prévoit les contrats d’adhésion conclus entre Uber et ses chauffeurs?

[2] David Heller offre des services de livraison de nourriture à Toronto en utilisant les applications d’Uber¹. Afin de devenir chauffeur pour Uber, il a dû accepter, sans possibilité de négociation, les conditions de l’entente de service standardisée d’Uber. Suivant ces conditions, M. Heller avait l’obligation de résoudre tout différend avec Uber au moyen d’une médiation et d’un arbitrage aux Pays-Bas. Les procédures de médiation et d’arbitrage en cause exigent le paiement de frais administratifs et de dépôt initiaux de 14 500 \$ US, en plus d’honoraires et d’autres frais de participation. M. Heller gagne entre 400 \$ et 600 \$ par semaine. Les frais correspondent à la majeure partie de son revenu annuel.

[3] Monsieur Heller a intenté un recours collectif contre Uber en 2017 pour violations de la *LNE*. Uber a demandé le sursis du recours collectif pour que le différend soit plutôt tranché au moyen d’un arbitrage aux Pays-Bas. En réponse, M. Heller a plaidé que la clause d’arbitrage² prévue aux ententes de service d’Uber est nulle, à la fois parce qu’elle est inique et parce qu’elle soustrait les parties par contrat aux dispositions impératives de la *LNE*. Le juge des motions a conclu qu’il n’avait pas le pouvoir de décider si la convention d’arbitrage était valide et il a donc ordonné le sursis de la procédure intentée par M. Heller (2018 ONSC 718, 421 D.L.R. (4th) 343). La Cour d’appel a infirmé cette ordonnance, jugeant, entre autres, que la convention d’arbitrage

¹ Par « Uber », nous entendons les quatre appelantes collectivement.

² Les deux termes « clause d’arbitrage » et « convention d’arbitrage » réfèrent à la portion de l’ensemble du contrat qui traite de l’arbitrage.

parties and the improvident cost of arbitration (2019 ONCA 1, 430 D.L.R. (4th) 410).

[4] We agree with the Court of Appeal. This is an arbitration agreement that makes it impossible for one party to arbitrate. It is a classic case of unconscionability.

Background

[5] Uber operates a global business in more than 600 cities and 77 countries, with a customer base of millions of people and businesses. The company has been operating in Ontario for eight years.

[6] Uber’s software applications are widely used to arrange personal transportation (the Rider and Driver Apps) and food delivery (the UberEATS App). Customers and drivers can download Uber’s Apps onto their smartphones. Customers use the Apps to place requests for transportation or food delivery. Drivers use the Apps to view and respond to customer requests. Payment between the customers and drivers is facilitated through Uber’s Apps, and Uber takes a share of the drivers’ payments.

[7] The first time drivers log on to an Uber App, they are presented with a standard form services agreement of around 14 pages. To accept the agreement, the driver must click “I agree” twice. Once the driver does so, the Uber App is activated and the services agreement is uploaded to a “Driver Portal”, accessible to the driver through an online account. The parties to the services agreement are the driver and Uber subsidiaries incorporated in the Netherlands with offices in Amsterdam.

[8] The services agreement includes mandatory arbitration and choice of law clauses, which state:

était inique, compte tenu de l’inégalité du pouvoir de négociation entre les parties et du coût prohibitif de l’arbitrage (2019 ONCA 1, 430 D.L.R. (4th) 410).

[4] Nous sommes d’accord avec la Cour d’appel. La convention d’arbitrage en cause empêche une des parties de participer à l’arbitrage. Il s’agit d’un cas classique d’iniquité.

Les faits

[5] Uber exploite une entreprise mondiale qui fait affaire dans plus de 600 villes et 77 pays. Sa clientèle est constituée de millions d’individus et d’entreprises. La compagnie offre des services en Ontario depuis huit ans.

[6] Les applications d’Uber sont abondamment utilisées pour gérer le transport d’individus (les applications Rider et Driver) et la livraison de nourriture (l’application UberEATS). Les clients et les chauffeurs peuvent télécharger les applications en question sur leurs téléphones intelligents. Les clients les utilisent ensuite pour demander un transport ou une livraison de nourriture. Les chauffeurs les utilisent pour voir les demandes des clients et y répondre. Le paiement entre les clients et les chauffeurs est facilité par les applications d’Uber, laquelle perçoit une part des montants payés aux chauffeurs.

[7] La première fois qu’un chauffeur se connecte à une application d’Uber, il reçoit une entente de service standardisée d’environ 14 pages. Pour accepter d’adhérer au contrat, il doit cliquer sur la mention [TRADUCTION] « J’accepte » à deux reprises. Une fois que cela est fait, l’application d’Uber est activée et l’entente de service est téléchargée dans le « portail du chauffeur », auquel ce dernier peut accéder au moyen d’un compte en ligne. Les parties à l’entente de service sont le chauffeur et des filiales d’Uber constituées aux Pays-Bas et dont les bureaux se trouvent à Amsterdam.

[8] L’entente de service stipule les clauses suivantes d’arbitrage obligatoire et de choix du droit applicable :

Governing Law; Arbitration. Except as otherwise set forth in this Agreement, this Agreement shall be exclusively governed by and construed in accordance with the laws of The Netherlands, excluding its rules on conflicts of laws Any dispute, conflict or controversy howsoever arising out of or broadly in connection with or relating to this Agreement, including those relating to its validity, its construction or its enforceability, shall be first mandatorily submitted to mediation proceedings under the International Chamber of Commerce Mediation Rules (“ICC Mediation Rules”). If such dispute has not been settled within sixty (60) days after a request for mediation has been submitted under such ICC Mediation Rules, such dispute can be referred to and shall be exclusively and finally resolved by arbitration under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (“ICC Arbitration Rules”) The dispute shall be resolved by one (1) arbitrator appointed in accordance with ICC Rules. The place of arbitration shall be Amsterdam, The Netherlands.

(C.A. reasons, at para. 11)

[9] The choice of law clause requires the agreement to be “governed by and construed in accordance with the laws of The Netherlands, excluding its rules on conflicts of laws”. The arbitration clause requires all disputes to be submitted first to mandatory mediation and, if that fails, then to arbitration, both according to the International Chamber of Commerce (“ICC”)’s Rules. The place of the arbitration is to be in Amsterdam.

[10] The up-front cost to begin an arbitration at the ICC according to the ICC Rules amounts to about US\$14,500. The fees do not include legal fees, lost wages and other costs of participation. The services agreement provides no information about the cost of mediation and arbitration.

[11] Mr. Heller is an Ontario resident who entered into contracts with corporations that are part of the Uber enterprise to be a driver.³ He earns

³ On June 7, 2016, Mr. Heller entered into a contract with Rasier Operations B.V. (“Uber Rasier”) to use the Ride App. On December 15, 2016, he entered into a contract with Uber Portier B.V. (“Uber Portier”) to use UberEATS.

[TRADUCTION] Droit applicable; arbitrage. Sauf dans la mesure autrement fixée par le présent Contrat, le présent Contrat sera exclusivement régi et interprété conformément au droit des Pays-Bas, à l’exclusion de ses règles de conflits de lois. [. . .] Tout différend, conflit ou controverse, découlant de quelque manière que ce soit du présent Contrat ou lié ou se rapportant au présent Contrat, y compris en ce qui concerne sa validité, son interprétation ou son application, seront, tout d’abord, impérativement soumis à la procédure de médiation prévue par le Règlement de médiation de la Chambre de commerce internationale (le « Règlement de médiation de la CCI »). Si le différend n’est pas réglé dans les soixante (60) jours qui suivent la présentation d’une demande de médiation en vertu du Règlement de médiation de la CCI, ledit différend sera exclusivement et définitivement tranché par voie d’arbitrage conformément au Règlement d’arbitrage de la Chambre de commerce internationale (le « Règlement d’arbitrage de la CCI »). [. . .] Le différend sera réglé par (1) un arbitre qui sera nommé conformément au Règlement d’arbitrage de la CCI. Le lieu de l’arbitrage sera Amsterdam, aux Pays-Bas.

(motifs de la C.A., par. 11)

[9] La clause relative au choix du droit applicable exige que le contrat soit [TRADUCTION] « régi et interprété conformément au droit des Pays-Bas, à l’exclusion de ses règles de conflits de lois ». La clause d’arbitrage prévoit que tous les différends fassent d’abord l’objet d’une médiation, et que, en cas d’échec, ils soient ensuite soumis à l’arbitrage, dans les deux cas, conformément aux règlements de la Chambre de commerce internationale (« CCI »). L’arbitrage doit se dérouler à Amsterdam.

[10] Selon les règlements de la CCI, les frais initiaux de l’instance d’arbitrage devant elle s’élèvent à environ 14 500 \$ US. Ce montant ne comprend pas les honoraires d’avocats, les pertes de revenus et les autres frais en lien avec la participation à l’arbitrage. L’entente de service est muette quant au coût de la médiation et de l’arbitrage.

[11] Monsieur Heller est un résident de l’Ontario qui a conclu des contrats avec des filiales de l’entreprise Uber pour travailler à titre de chauffeur.³ Il

³ Le 7 juin 2016, M. Heller a conclu un contrat avec Rasier Operations B.V. (« Uber Rasier ») afin d’utiliser l’application Ride. Le 15 décembre 2016, il a conclu un contrat avec Uber Portier B.V. (« Uber Portier ») afin d’utiliser l’application UberEATS.

approximately \$400-\$600 per week based on 40 to 50 hours of work, or \$20,800-\$31,200 per year, before taxes and expenses. The costs to arbitrate a claim against Uber equal all or most of the gross annual income he would earn working full-time as an Uber driver.

[12] Mr. Heller started this proposed class action against Uber in 2017. He seeks relief for four claims in this proceeding: a claim for breach of the *ESA*, a claim for breach of contract based on either implied terms or the duty of good faith, a claim for negligence, and a claim for unjust enrichment. All of these claims, however, depend on the *ESA* for their success. The essence of Mr. Heller’s position is that he is an employee within the meaning of the *ESA*.

[13] Uber, relying on the arbitration clause in its services agreement with Mr. Heller, sought a stay of proceedings in favour of arbitration in the Netherlands.⁴ Mr. Heller argued that the arbitration clause was invalid on two grounds: it was unconscionable, and it contracted out of mandatory *ESA* protections.

[14] The motion judge stayed the proceeding in favour of arbitration in the Netherlands. He began his analysis by determining which arbitration legislation applied: the *Arbitration Act, 1991*, S.O. 1991, c. 17 (“AA” or “Arbitration Act”), or the *International Commercial Arbitration Act, 2017*, S.O. 2017, c. 2, Sch. 5 (“ICAA”). The *ICAA* applies to arbitration agreements that are “international” and “commercial”. The motion judge proceeded on the basis that the *ICAA* applied because Mr. Heller and the

gagne environ 400 \$ à 600 \$ par semaine pour un horaire de 40 à 50 heures de travail, ou 20 800 \$ à 31 200 \$ brut par année, avant déduction de ses dépenses. Les frais d’arbitrage d’une demande présentée contre Uber équivalent à la totalité ou presque du revenu annuel brut qu’il gagnerait en travaillant à temps plein comme chauffeur pour cette entreprise.

[12] Monsieur Heller a intenté le recours collectif proposé contre Uber en 2017. Il sollicite réparation en lien avec quatre demandes dans la présente instance : une demande pour violation de la *LNE*, une demande pour rupture de contrat fondée sur des conditions implicites ou sur l’obligation d’agir de bonne foi, une demande pour négligence et une demande pour enrichissement injustifié. Le succès de toutes ces réclamations dépend toutefois de la *LNE*. M. Heller soutient essentiellement qu’il est un employé au sens de cette loi.

[13] Uber, se fondant sur la clause d’arbitrage prévue à l’entente de service qu’elle a conclu avec M. Heller, a demandé le sursis de l’instance au profit d’un arbitrage aux Pays-Bas⁴. Monsieur Heller a plaidé que la clause d’arbitrage est nulle pour deux raisons : parce qu’elle est inique, et parce qu’elle soustrait les parties par contrat aux mesures de protection impératives de la *LNE*.

[14] Le juge des motions a ordonné le sursis de l’instance au profit de l’arbitrage aux Pays-Bas. Il a commencé son analyse en se demandant quelle loi sur l’arbitrage était applicable : la *Loi de 1991 sur l’arbitrage*, L.O. 1991, c. 17 (« LA » ou « *Loi sur l’arbitrage* »), ou la *Loi de 2017 sur l’arbitrage commercial international*, L.O. 2017, c. 2, ann. 5 (« *LACI* »). La *LACI* s’applique aux conventions d’arbitrage de nature « international[e] » et « commercial[e] ». Le juge des motions a mené l’instance sur le fondement

⁴ This case was argued on the basis that all four Uber defendants can invoke the arbitration agreement, even though only Uber Rasier is a party to it. Our reasons should not be taken as implying that an arbitration agreement can bind or be invoked by non-parties (see J. Brian Casey, *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure* (3rd ed. 2017), at pp. 74-75; *Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd.*, [2004] EWHC 121 (Comm.), [2004] 1 Lloyd’s Rep. 603). That is an issue to be decided another day.

⁴ La cause a été plaidée sur le fondement que les quatre défendresses Uber peuvent invoquer la convention d’arbitrage, même si seule Uber Rasier y est partie. Il ne faudrait pas interpréter nos motifs comme s’ils laissent entendre qu’une convention d’arbitrage peut lier des personnes qui n’y sont pas parties ou qu’elle peut être invoquée par de telles personnes (voir J. Brian Casey, *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure* (3^e éd. 2017), p. 74-75; *Peterson Farms Inc. c. C&M Farming Ltd.*, [2004] EWHC 121 (Comm.), [2004] 1 Lloyd’s Rep. 603). Cette question sera tranchée ultérieurement.

contracting Uber companies were based in different jurisdictions, and because there was, in the motion judge's view, a *prima facie* case that the agreement was a commercial licensing arrangement.

[15] He then determined that the arbitration agreement's validity had to be referred to arbitration in the Netherlands, in accordance with the principle that arbitrators are competent to determine their own jurisdiction (the "competence-competence" principle). In the alternative, the motion judge held that the arbitration clause was not invalid due to unconscionability or because it contracted out of the *ESA*. He accordingly stayed the proceeding in favour of arbitration in the Netherlands.

[16] The Court of Appeal allowed Mr. Heller's appeal, finding that the arbitration clause was void both because it was unconscionable and because it contracted out of the *ESA*. Writing for a unanimous court, Nordheimer J.A. concluded that Mr. Heller's objections to the arbitration agreement did not need to be referred to an arbitrator in the Netherlands and could be dealt with by a court in Ontario. He declined to resolve whether the *AA* or the *ICAA* applied, holding that the result would be the same under either statute. He found the arbitration clause to be unconscionable because it was an unfair bargain and resulted from significant inequality of bargaining power between Mr. Heller and Uber. He further noted that there was minimal chance of Mr. Heller having received legal advice and that it was safe to infer that Uber knowingly and intentionally chose this "Arbitration Clause in order to favour itself and thus take advantage of its drivers, who are clearly vulnerable to the market strength of Uber". The court also found the arbitration clause void because it contracted out of the *ESA*.

[17] As a result, the Court of Appeal allowed Mr. Heller's appeal, and set aside the order of the motion judge granting Uber's motion to stay.

de l'application de la *LACI* parce que M. Heller et les compagnies Uber contractantes étaient établis dans des ressorts différents, et parce que, selon lui, il était établi à première vue que l'entente était un contrat de licence commercial.

[15] Il a ensuite jugé que la validité de la convention d'arbitrage était du ressort d'un arbitre aux Pays-Bas, conformément au principe voulant que l'arbitre soit habilité à juger de sa propre compétence (principe de « compétence-compétence »). Subsidiairement, le juge des motions a conclu que la clause d'arbitrage n'était nulle ni pour cause d'iniquité ni parce qu'elle soustrayait les parties par contrat à la *LNE*. En conséquence, il a ordonné le sursis de l'instance au profit de l'arbitrage aux Pays-Bas.

[16] La Cour d'appel a fait droit à l'appel de M. Heller, concluant que la clause d'arbitrage était nulle à la fois parce qu'elle était inique et parce qu'elle soustrayait les parties par contrat aux mesures de protection impératives de la *LNE*. Au nom d'une cour unanime, le juge Nordheimer a conclu qu'il n'était pas nécessaire de renvoyer les arguments de M. Heller contre la convention d'arbitrage à un arbitre aux Pays-Bas et que la question pouvait être traitée par une cour en Ontario. Il a refusé de décider si c'était la *LA* ou la *LACI* qui était applicable en l'espèce, puisque cela n'aurait pas d'incidence sur l'issue de la cause. Selon lui, la clause d'arbitrage était inique parce qu'elle était le fruit d'un marché injuste et d'une inégalité considérable des pouvoirs de négociation respectifs de M. Heller et d'Uber. Il a ajouté qu'il était très peu probable que M. Heller ait reçu des conseils juridiques et qu'on pouvait déduire sans risque de se tromper qu'Uber avait sciemment et intentionnellement choisi cette [TRADUCTION] « clause d'arbitrage afin de se favoriser et de profiter ainsi de ses chauffeurs, qui sont clairement vulnérables face à la puissance commerciale d'Uber ». En outre, la cour a jugé que la clause d'arbitrage était nulle parce qu'elle soustrayait les parties par contrat à la *LNE*.

[17] La Cour d'appel a donc accueilli l'appel de M. Heller et annulé l'ordonnance du juge des motions accueillant la motion d'Uber en sursis d'instance.

Analysis

[18] Throughout these proceedings, the parties have disagreed on the arbitration statute applicable to their dispute. Uber argued that the *ICAA* applies and Mr. Heller argued that the applicable legislation is the *AA*.

[19] We agree with Mr. Heller. The parties' dispute is fundamentally about labour and employment. The *ICAA* was not meant to apply to such cases.⁵

[20] The *ICAA* and *AA* are exclusive. If the *ICAA* governs this agreement, the *AA* does not, and vice versa (*AA*, s. 2(1)(b)). As the Superior Court correctly identified, whether the *ICAA* governs depends on whether the arbitration agreement is "international" and "commercial". That the agreement here is international is not in dispute. Whether the agreement is commercial is contested. To answer this question, one must understand the legislative scheme of the *ICAA*.

[21] The *ICAA* implements two international instruments: the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Can. T.S. 1986 No. 43, adopted by the United Nations Conference on International Commercial Arbitration in New York on June 10, 1958 ("*Convention*") and the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17, Ann. I, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985, as amended by the United Nations Commission on International Trade Law on July 7, 2006 ("*Model Law*"). Only the *Model Law* is relevant here.

⁵ We note in passing that if the motion judge had issued a stay under the *AA*, no appeal to the Court of Appeal would have been available (*AA*, s. 7(6)). A direct appeal to this Court with leave would still have been permissible (*Crown Grain Company, Limited v. Day*, [1908] A.C. 504 (P.C.), at p. 507; *Re Sutherland and Halbrick* (1982), 134 D.L.R. (3d) 177 (Man. C.A.), at p. 181). In this case, because the motion judge's order was made (in error) under the *ICAA*, the Court of Appeal did have jurisdiction.

Analyse

[18] Tout au long de l'instance, les parties ont été en désaccord quant à la loi sur l'arbitrage applicable à leur différend. Uber a plaidé que la *LACI* s'applique, tandis que, selon M. Heller, c'est la *LA* qui s'applique.

[19] Nous sommes d'accord avec M. Heller. Le différend qui oppose les parties concerne fondamentalement le travail et l'emploi. La *LACI* n'est pas censée s'appliquer à ce type de causes⁵.

[20] La *LACI* et la *LA* sont mutuellement exclusives. Si la *LACI* régit la convention, la *LA* ne s'applique pas, et vice versa (*LA*, al. 2(1)b)). Comme l'a correctement établi la Cour supérieure, la question de savoir si la *LACI* s'applique est tributaire de la nature « international[e] » et « commercial[e] » ou non de la convention d'arbitrage. Le fait que la convention en cause ici est de nature internationale n'est pas contesté. La question de savoir si elle est de nature commerciale reste en litige. Pour répondre à cette question, il faut comprendre le régime établi par la *LACI*.

[21] La *LACI* met en œuvre deux instruments internationaux : la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, R.T. Can. 1986 n° 43, adoptée par la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international à New York le 10 juin 1958 (« *Convention* ») et la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17, ann. 1, adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985, et modifiée par elle le 7 juillet 2006 (« *Loi type* »). Seule la *Loi type* est pertinente en l'espèce.

⁵ Nous notons au passage que si le juge des motions avait ordonné le sursis de l'instance en application de la *LA*, il n'aurait pas été possible d'interjeter appel de sa décision devant la Cour d'appel (*LA*, par. 7(6)). Il aurait toutefois été possible d'en faire appel directement devant la Cour avec autorisation (*Crown Grain Company, Limited c. Day*, [1908] A.C. 504 (C.P.), p. 507; *Re Sutherland and Halbrick* (1982), 134 D.L.R. (3d) 177 (C.A. Man.), p. 181). En l'espèce, comme l'ordonnance du juge des motions a été prononcée (erronément) en application de la *LACI*, la Cour d'appel avait compétence.

[22] Section 5(3) of the *ICAA* states that the *Model Law* applies to “international commercial arbitration agreements and awards made in international commercial arbitrations”. The meaning of “commercial” in this section of the *ICAA* must be the same as the meaning of “commercial” under the *Model Law*, as the latter states that it “applies to international commercial arbitration” (art. 1(1)).

[23] While the *Model Law* does not define the term “commercial”, a footnote to art. 1(1) provides some guidance:

The term “commercial” should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road.

(*Model Law*, art. 1(1), fn. 2)

[24] The *Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration: Report of the Secretary-General* further explains that “labour or employment disputes” are not covered by the term “commercial”, “despite their relation to business”:

Although the examples listed include almost all types of contexts known to have given rise to disputes dealt with in international commercial arbitrations, the list is expressly not exhaustive. Therefore, also covered as commercial would be transactions such as supply of electric energy, transport of liquified gas via pipeline and even “non-transactions” such as claims for damages arising in a commercial context. *Not covered are, for example, labour or employment disputes and ordinary consumer claims, despite their relation to business.* [Emphasis added.]

[22] Le paragraphe 5(3) de la *LACI* prévoit que la *Loi type* s’applique aux « conventions d’arbitrage commercial international et aux sentences arbitrales rendues à leur égard ». Le sens du terme « commercial » employé dans cette disposition de la *LACI* doit être le même que celui du même terme qui figure dans la *Loi type*, car cette dernière prévoit qu’elle « s’applique à l’arbitrage commercial international » (par. 1(1)).

[23] La *Loi type* ne définit pas le terme « commercial », mais une note de bas de page relative au par. 1(1) donne des indications :

Le terme « commercial » devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes: toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l’échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d’usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; transactions bancaires; assurance; accords d’exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

(*Loi type*, par. 1(1), n. 2)

[24] Le *Commentaire sur le projet de texte d’une loi type sur l’arbitrage commercial international : Rapport du Secrétaire général* explique en outre que les « différends liés au travail ou à l’emploi » ne sont pas visés par le terme « commercial », « malgré leurs liens avec l’activité économique » :

Bien que les exemples couvrent presque tous les types de cas ayant donné lieu à des différends soumis à des arbitrages commerciaux internationaux, il est stipulé que la liste n’est pas exhaustive. Ainsi, seraient également considérées comme commerciales des transactions telles que la fourniture d’énergie électrique, le transport de gaz liquéfié par gazoduc et même des « non-transactions » telles que des demandes de dommages-intérêts s’inscrivant dans un contexte commercial. *Ne sont pas visés par exemple les différends liés au travail ou à l’emploi et les actions intentées par de simples particuliers, malgré leurs liens avec l’activité économique.* [Nous soulignons.]

(United Nations Commission on International Trade Law, *Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration: Report of the Secretary-General*, U.N. Doc. A/CN.9/264, March 25, 1985, at p. 10; see also p. 11.)

[25] Two points emerge from this commentary. First, a court must determine whether the *ICAA* applies by examining the nature of the parties' dispute, not by making findings about their relationship. A court can more readily decide whether the *ICAA* applies (or an arbitrator can more readily decide whether the *Model Law* applies) by analysing pleadings than by making findings of fact as to the nature of the relationship. Characterising a dispute requires the decision-maker to examine only the pleadings; characterising a relationship requires the decision-maker to consider a variety of circumstances in order to make findings of fact. If an intensive fact-finding inquiry were needed to decide if the *ICAA* or the *Model Law* applies, it would slow the wheels of an arbitration, if not grind them to a halt.

[26] The second point to draw is that an employment dispute is not covered by the word "commercial". The question of whether someone is an employee is the most fundamental of employment disputes. It follows that if an employment dispute is excluded from the application of the *Model Law*, then a dispute over whether Mr. Heller is an employee is similarly excluded. This is not the type of dispute that the *Model Law* is intended to govern, and thus it is not the type of dispute that the *ICAA* is intended to govern.

[27] This result is consistent with what courts have held (*Patel v. Kanbay International Inc.*, 2008 ONCA 867, 93 O.R. (3d) 588, at paras. 11-13; *Borowski v. Fiedler (Heinrich) Perforiertechnik GmbH* (1994), 158 A.R. 213 (Q.B.); *Rhinehart v. Legend 3D Canada Inc.*, 2019 ONSC 3296, 56 C.C.E.L. (4th) 125, at para. 27; *Ross v. Christian & Timbers Inc.* (2002), 23 B.L.R. (3d) 297 (Ont. S.C.J.), at para. 11). It is also consistent with the *Model Law*'s reference to "trade" transactions, which, as Gary B. Born observes, "arguably connot[es] involvement by traders or merchants, as distinguished from consumers or

(Commission des Nations Unies sur le droit commercial international, *Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international : Rapport du Secrétaire général*, Doc. N.U. A/CN.9/264, 25 mars 1985, p. 10; voir aussi p. 11.)

[25] Deux éléments ressortent de ce commentaire. Premièrement, le tribunal doit déterminer si la *LACI* s'applique en examinant la nature du différend qui oppose les parties et non pas en tirant des conclusions quant à leur relation. Le tribunal peut plus facilement trancher cette question (ou l'arbitre peut plus facilement décider si la *Loi type* s'applique) en analysant les actes de procédure qu'en tirant des conclusions de fait quant à la nature de la relation. Pour qualifier le différend, le décideur doit seulement examiner les actes de procédure; pour qualifier la relation, il doit tenir compte de diverses circonstances afin de tirer des conclusions de fait. S'il fallait procéder à un examen minutieux des faits pour décider si la *LACI* ou la *Loi type* s'applique, cela aurait pour effet de ralentir le processus d'arbitrage, voire de l'interrompre.

[26] Deuxièmement, il appert que le différend lié à l'emploi n'est pas visé par le terme « commercial ». La question de savoir si une personne est un employé constitue le plus fondamental des différends liés à l'emploi. Par conséquent, si le différend lié à l'emploi est exclu du champ d'application de la *Loi type*, celui portant sur la question de savoir si M. Heller est un employé est également exclu. Il ne s'agit pas du type de différends que la *Loi type* est censée régir et, par conséquent, il ne s'agit pas du type de différend que la *LACI* est censée régir.

[27] Ce résultat est compatible avec ce que les tribunaux ont conclu (*Patel c. Kanbay International Inc.*, 2008 ONCA 867, 93 O.R. (3d) 586, par. 11-13; *Borowski c. Fiedler (Heinrich) Perforeirtechnik GmbH* (1994), 158 A.R. 213 (B.R.); *Rhinehart c. Legend 3D Canada Inc.*, 2019 ONSC 3296, 56 C.C.E.L. (4th) 125, par. 27; *Ross c. Christian & Timbers Inc.* (2002), 23 B.L.R. (3d) 297 (C.S.J. Ont.), par. 11). Il s'accorde en outre avec la mention dans la *Loi type* de transactions « commercial[es] » qui, comme le fait observer Gary B. Born, [TRADUCTION] « évoque vraisemblablement la participation de

employees” (*International Commercial Arbitration*, vol. I, *International Arbitration Agreements* (2nd ed. 2014), at p. 309). Further, one could draw a negative inference from the definition’s omission of “employment” relations (p. 309, fn. 454). It seems unlikely to us that the drafters of the *Model Law* would have included such a thorough list of included commercial relationships and not considered whether to include “employment”.

[28] Employment disputes, in sum, are not covered by the *ICAA*. The *AA* therefore governs.

[29] The *AA* directs courts, on motion of a party, to stay judicial proceedings when there is an applicable arbitration agreement:

Stay

7 (1) If a party to an arbitration agreement commences a proceeding in respect of a matter to be submitted to arbitration under the agreement, the court in which the proceeding is commenced shall, on the motion of another party to the arbitration agreement, stay the proceeding.

[30] But a court has discretion to retain jurisdiction and decline to stay proceedings in five circumstances enumerated in s. 7(2):

Exceptions

(2) However, the court may refuse to stay the proceeding in any of the following cases:

1. A party entered into the arbitration agreement while under a legal incapacity.
2. *The arbitration agreement is invalid.*
3. The subject-matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under Ontario law.
4. The motion was brought with undue delay.

commerçants ou de marchands, par opposition à des consommateurs ou à des employés » (*International Commercial Arbitration*, vol. 1, *International Arbitration Agreements* (2^e éd. 2014), p. 309). De plus, il est possible de tirer une inférence négative de l’omission dans la définition des relations [TRADUCTION] « d’emploi » (p. 309, n. 454). Il nous semble peu probable que les rédacteurs de la *Loi type* aient inclus une liste aussi détaillée des relations commerciales visées sans s’être demandé s’il y avait lieu d’inclure l’« emploi ».

[28] En somme, les différends liés à l’emploi ne sont pas visés par le champ d’application de la *LACI*. C’est donc la *LA* qui les régit.

[29] La *LA* prévoit que, sur motion d’une partie, le tribunal sursoit à l’instance visée par une convention d’arbitrage :

Sursis

7 (1) Si une partie à une convention d’arbitrage introduit une instance à l’égard d’une question que la convention oblige à soumettre à l’arbitrage, le tribunal judiciaire devant lequel l’instance est introduite doit, sur la motion d’une autre partie à la convention d’arbitrage, surseoir à l’instance.

[30] Le tribunal a toutefois le pouvoir discrétionnaire de conserver sa compétence et de refuser de surseoir à l’instance dans cinq circonstances énumérées au par. 7(2) :

Exceptions

(2) Cependant, le tribunal judiciaire peut refuser de surseoir à l’instance dans l’un ou l’autre des cas suivants :

1. Une partie a conclu la convention d’arbitrage alors qu’elle était frappée d’incapacité juridique.
2. *La convention d’arbitrage est nulle.*
3. L’objet du différend ne peut faire l’objet d’un arbitrage aux termes des lois de l’Ontario.
4. La motion a été présentée avec un retard indu.

5. The matter is a proper one for default or summary judgment.

The only relevant exception here is para. 2 of s. 7(2), which gives a court discretion to refuse to grant a stay if the court determines that the arbitration agreement is invalid.

[31] The AA is silent on what principles courts should consider in exercising their discretion to determine the validity of an arbitration agreement under s. 7(2). But some criteria were set out in *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, [2007] 2 S.C.R. 801, and *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, [2011] 1 S.C.R. 531, which interpreted similar arbitration regimes in Quebec and British Columbia. In those decisions, this Court set out a framework for when a court should decide if an arbitrator has jurisdiction, instead of referring that question to the arbitrator out of respect for the competence-competence principle.

[32] Under the *Dell* framework, the degree to which courts are permitted to analyse the evidentiary record depends on the nature of the jurisdictional challenge. Where pure questions of law are in dispute, the court is free to resolve the issue of jurisdiction (para. 84). Where questions of fact alone are in dispute, the court must “normally” refer the case to arbitration (para. 85). Where questions of mixed fact and law are in dispute, the court must refer the case to arbitration unless the relevant factual questions require “only superficial consideration of the documentary evidence in the record” (para. 85).

[33] In setting out this framework, *Dell* adopted an approach to the exercise of discretion that was designed to be faithful to what the international arbitration literature calls the “*prima facie*” analysis test as regards questions of fact and questions of mixed fact and law (para. 83). Under this test, the court must “refer the parties to arbitration unless the arbitration agreement is manifestly tainted by a defect rendering it invalid or inapplicable” (para. 75). To be so manifestly tainted, the invalidity must be “incontestable”, such that no serious debate can arise

5. La question est propre à un jugement par défaut ou à un jugement sommaire.

La seule exception pertinente ici est celle énoncée à l’al. 7(2)2, qui confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire de refuser de surseoir à l’instance s’il détermine que la convention d’arbitrage est nulle.

[31] La LA est muette quant aux principes que devrait examiner le tribunal en exerçant son pouvoir discrétionnaire de juger de la validité d’une convention d’arbitrage en vertu du par. 7(2). Les arrêts *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, et *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, [2011] 1 R.C.S. 531, qui ont interprété les régimes sur l’arbitrage similaires du Québec et de la Colombie-Britannique, ont toutefois défini certains critères. Dans ces arrêts, la Cour a établi un cadre d’analyse pour déterminer quand un tribunal devrait décider si un arbitre a compétence, plutôt que de renvoyer la question à celui-ci par respect pour le principe de compétence-compétence.

[32] Suivant le cadre d’analyse défini dans l’arrêt *Dell*, la latitude du tribunal pour analyser la preuve dépend de la nature de la contestation de la compétence. Lorsque seules des questions de droit sont en litige, le tribunal est libre de trancher la question de la compétence (par. 84). Lorsque seules des questions de fait sont en litige, le tribunal doit « normalement » renvoyer la cause à l’arbitrage (par. 85). Lorsque des questions mixtes de fait et de droit sont en litige, le tribunal doit renvoyer la cause à l’arbitrage à moins que les questions factuelles pertinentes ne requièrent qu’un « examen superficiel de la preuve documentaire au dossier » (par. 85).

[33] En énonçant ce cadre d’analyse, l’arrêt *Dell* a adopté une approche de l’exercice du pouvoir discrétionnaire conçue pour être fidèle à ce que la doctrine sur l’arbitrage international appelle le test de l’analyse « *prima facie* » en ce qui concerne les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit (par. 83). Selon ce test, le tribunal doit « renvoyer les parties à l’arbitrage, sauf si la convention d’arbitrage est manifestement entachée d’un vice la rendant nulle ou inapplicable » (par. 75). Pour que la convention soit à ce point manifestement entachée, la

about the validity (para. 76, quoting Éric Loquin, “Compétence arbitrale”, in *Juris-classeur Procédure civile* (loose-leaf), fasc. 1034, at No. 105). Rather than adopting these standards literally, *Dell* gave practical effect to what was set out in the arbitration literature by creating a test whereby a court refers all challenges of an arbitrator’s jurisdiction to the arbitrator unless they raise pure questions of law, or questions of mixed fact and law that require only superficial consideration of the evidence in the record (paras. 84-85).

[34] The doctrine established in *Dell* is neatly summarized in its companion case, *Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, [2007] 2 S.C.R. 921, at para. 11:

The majority of the Court held that, when an arbitration clause exists, any challenges to the jurisdiction of the arbitrator must first be referred to the arbitrator. Courts should derogate from this general rule and decide the question first only where the challenge to the arbitrator’s jurisdiction concerns a question of law alone. Where a question concerning jurisdiction of an arbitrator requires the admission and examination of factual proof, normally courts must refer such questions to arbitration. For questions of mixed law and fact, courts must also favour referral to arbitration, and the only exception occurs where answering questions of fact entails a superficial examination of the documentary proof in the record and where the court is convinced that the challenge is not a delaying tactic or will not prejudice the recourse to arbitration.

[35] The parties agree that the framework from *Dell* and *Seidel* applies to Ontario’s *Arbitration Act*. We agree, based on the similarities between the arbitration regimes in Ontario, British Columbia and Quebec. The two exceptions to arbitral referral in *Dell* and *Seidel* therefore apply in Ontario. This case, according to Mr. Heller, engages one of those exceptions because it requires at most only a superficial review of the record.

nullité doit être « incontestable », de telle sorte qu’il ne saurait y avoir de débat sérieux quant à la validité (par. 76, citant Éric Loquin, « Compétence arbitrale », dans *Juris-classeur Procédure civile* (feuilles mobiles), fasc. 1034, n° 105). Plutôt que d’adopter ces normes littéralement, l’arrêt *Dell* a donné un effet pratique à la doctrine en matière d’arbitrage en créant un test selon lequel le tribunal renvoie toutes les contestations de la compétence de l’arbitre à l’arbitrage, à moins qu’elles soulèvent exclusivement des questions de droit, ou des questions mixtes de fait et de droit qui ne requièrent qu’un examen superficiel de la preuve au dossier (par. 84-85).

[34] La doctrine établit dans l’arrêt *Dell* est bien résumée dans l’affaire connexe *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, [2007] 2 R.C.S. 921, par. 11 :

Les juges majoritaires ont conclu qu’en présence d’une clause d’arbitrage, toute contestation de la compétence de l’arbitre doit d’abord être renvoyée à l’arbitre. Les tribunaux judiciaires ne devraient déroger à cette règle générale et se prononcer en premier sur cette question que dans le cas où la contestation de la compétence de l’arbitre ne comporte qu’une question de droit seulement. Lorsqu’une question soulevant la compétence de l’arbitre nécessite l’admission et l’examen des faits, les tribunaux sont normalement tenus de renvoyer ces questions à l’arbitrage. Quant aux questions mixtes de droit et de fait, les tribunaux doivent également privilégier le renvoi à l’arbitrage; n’y font exception que les situations où les questions de fait ne nécessitent qu’un examen superficiel de la preuve documentaire versée au dossier et où le tribunal est convaincu que la contestation ne se veut pas une tactique dilatoire ou qu’elle ne met pas en péril le recours à l’arbitrage.

[35] Les parties conviennent que le cadre d’analyse énoncé dans les arrêts *Dell* et *Seidel* s’applique à la *Loi sur l’arbitrage* de l’Ontario. Nous sommes d’accord, compte tenu des similitudes entre les régimes d’arbitrage de cette province, de la Colombie-Britannique et du Québec. Les deux exceptions au renvoi à l’arbitrage prévues dans les arrêts *Dell* et *Seidel* s’appliquent donc en Ontario. Selon M. Heller, la présente affaire fait intervenir une de ces exceptions parce qu’elle ne requiert tout au plus qu’un examen superficiel du dossier.

[36] Neither *Dell* nor *Seidel* fully defined what is meant by a “superficial” review. The essential question, in our view, is whether the necessary legal conclusions can be drawn from facts that are either evident on the face of the record or undisputed by the parties (see *Trainor v. Fundstream Inc.*, 2019 ABQB 800, at para. 23 (CanLII); see also *Alberta Medical Association v. Alberta*, 2012 ABQB 113, 537 A.R. 75, at para. 26).

[37] Although it is possible to resolve the validity of Uber’s arbitration agreement through a superficial review of the record, we are of the view that this case also raises an issue of accessibility that was not raised on the facts in *Dell* and justifies departing from the general rule of arbitral referral. As *Dell* itself acknowledged, the rule of systematic referral of challenges to jurisdiction requiring a review of factual evidence applies “normally” (para. 85; see also *Muroff*, at para. 11). This is one of those abnormal times.

[38] The underlying assumption made in *Dell* is that if the court does not decide an issue, then the arbitrator will. As *Dell* says, the matter “must be resolved first by the arbitrator” (para. 84). *Dell* did not contemplate a scenario wherein the matter would never be resolved if the stay were granted. This raises obvious practical problems of access to justice that the Ontario legislature could not have intended when giving courts the power to refuse a stay.

[39] One way (among others) in which the validity of an arbitration agreement may not be determined is when an arbitration is fundamentally too costly or otherwise inaccessible. This could occur because the fees to begin arbitration are significant relative to the plaintiff’s claim or because the plaintiff cannot reasonably reach the physical location of the arbitration. Another example might be a foreign choice of law clause that circumvents mandatory local policy, such as a clause that would prevent an arbitrator from giving effect to the protections in Ontario employment law. In such situations, staying the action in

[36] Ni l’arrêt *Dell* ni l’arrêt *Seidel* ne définissent entièrement ce qu’il faut entendre par un examen « superficiel ». Selon nous, la question essentielle est celle de savoir s’il est possible de tirer les conclusions de droit nécessaires de faits qui sont soit évidents à la face même du dossier, soit non contestés par les parties (voir *Trainor c. Fundstream Inc.*, 2019 ABQB 800, par. 23 (CanLII); voir aussi *Alberta Medical Association c. Alberta*, 2012 ABQB 113, 537 A.R. 75, par. 26).

[37] Même s’il est possible de trancher la question de la validité de la convention d’arbitrage d’Uber en procédant à un examen superficiel du dossier, nous sommes d’avis que le présent dossier soulève aussi une question d’accessibilité qui ne s’est pas posée, eu égard aux faits de l’affaire *Dell*, et qui justifie de s’écarter de la règle générale du renvoi à l’arbitrage. Comme l’a reconnu l’arrêt *Dell* lui-même, la règle du renvoi systématique des contestations de compétence exigeant un examen de la preuve factuelle s’applique « normalement » (par. 85; voir aussi *Muroff*, par. 11). Nous sommes en présence d’une de ces circonstances anormales.

[38] L’hypothèse sous-jacente formulée dans *Dell* veut que si le tribunal ne tranche pas une question, l’arbitre le fasse. Comme l’énonce cet arrêt, la question « doit d’abord être tranchée par [l’arbitre] » (par. 84). *Dell* n’a toutefois pas envisagé un cas de figure où la question resterait en suspens advenant un sursis de l’instance. Cela soulève des problèmes pratiques évidents d’accès à la justice que la législature de l’Ontario n’a pas pu souhaiter en conférant aux tribunaux le pouvoir de refuser un sursis.

[39] Un cas de figure (parmi d’autres) qui pourrait laisser en suspens la question de la validité de la convention d’arbitrage est celui où l’arbitrage est fondamentalement trop onéreux ou autrement inaccessible. Cela peut survenir parce que les frais pour entamer une telle procédure sont importants par rapport à la réclamation du demandeur ou parce que ce dernier n’est pas raisonnablement en mesure de se rendre au lieu où doit se tenir l’arbitrage. Un autre cas de figure pourrait être celui où la clause relative au choix du droit étranger applicable contourne une politique locale impérative, comme une clause qui

favour of arbitration would be tantamount to denying relief for the claim. The arbitration agreement would, in effect, be insulated from meaningful challenge (see Jonnette Watson Hamilton, “Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice?” (2006), 51 *McGill L.J.* 693; Catherine Walsh, “The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts” (2010), 60 *U.N.B.L.J.* 12; Cynthia Estlund, “The Black Hole of Mandatory Arbitration” (2018), 96 *N.C. L. Rev.* 679).

[40] These situations were not contemplated in *Dell*. The core of *Dell* depends on the assumption that if a court does not decide an issue, the arbitrator will.

[41] Against these real risks of staying an action in favour of an invalid arbitration, one could pit the risk of a plaintiff seeking to obstruct an arbitration by advancing spurious arguments against the validity of the arbitration. This concern animated *Dell* (see paras. 84 and 86).

[42] In our view, there are ways to mitigate this concern that make the overall calculus favour departing from the general rule of referring the matter to the arbitrator in these situations. Courts have many ways of preventing the misuse of court processes for improper ends. Proceedings that appear vexatious can be handled by requiring security for costs and by suitable awards of costs. In England, courts have awarded full indemnity costs where a party improperly ignored arbitral jurisdiction (Hugh Beale, ed., *Chitty on Contracts* (33rd ed. 2018), vol. II, *Specific Contracts*, at para. 32-065; *A. v. B. (No.2)*, [2007] EWHC 54 (Comm.), [2007] 1 All E.R. (Comm.) 633, at para. 15; *Kyrgyz Mobil Tel Limited v. Fellowes International Holdings Limited* [2005] EWHC 1329, 2005 WL 6514129 (Q.B.), at paras. 43-44). Further, if the party who successfully enforced an arbitration agreement were to bring an action, depending on the circumstances they might be able to recover damages for breach of contract, that contract being the agreement to arbitrate (Beale, at para. 32-052;

empêcherait l’arbitre de donner effet aux mesures de protection applicables en droit du travail en Ontario. Dans de telles situations, surseoir à l’instance au profit de l’arbitrage reviendrait à refuser d’accorder le redressement sollicité dans la demande. En fait, la convention d’arbitrage serait à l’abri de toute contestation significative (voir Jonnette Watson Hamilton, « Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses : Denying Access to Justice? » (2006), 51 *R.D. McGill* 693; Catherine Walsh, « The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts » (2010), 60 *R.D. U.N.-B.* 12; Cynthia Estlund, « The Black Hole of Mandatory Arbitration » (2018), 96 *N.C. L. Rev.* 679).

[40] Ces cas de figure n’ont pas été envisagés dans l’arrêt *Dell*. L’essence de cet arrêt repose sur l’hypothèse que si un tribunal ne tranche pas une question, l’arbitre le fera.

[41] À ces risques réels qu’il soit sursis à une instance au profit d’un arbitrage invalide, on pourrait opposer le risque qu’un demandeur cherche à entraver un arbitrage en faisant valoir des arguments fallacieux contre la validité de ce dernier. Cette préoccupation a animé l’arrêt *Dell* (voir par. 84 et 86).

[42] Selon nous, il existe des moyens d’atténuer cette préoccupation qui font que le calcul global favorise qu’on s’écarte de la règle générale voulant que l’affaire soit renvoyée à un arbitre. Les tribunaux disposent de plusieurs moyens d’éviter que les procédures judiciaires soient utilisées à des fins illégitimes. Les procédures qui semblent vexatoires peuvent faire l’objet d’un cautionnement pour frais et d’une adjudication adéquate des dépens. En Angleterre, les tribunaux ont adjugé une indemnisation complète des dépens lorsqu’une partie n’a pas tenu compte, et ce, indûment, de la compétence de l’arbitre (Hugh Beale, éd., *Chitty on Contracts* (33^e éd. 2018), vol. II, *Specific Contracts*, par. 32-065; *A. c. B. (No.2)*, [2007] EWHC 54 (Comm.), [2007] 1 All E.R. (Comm.) 633, par. 15; *Kyrgyz Mobil Tel Limited c. Fellowes International Holdings Limited*, [2005] EWHC 1329, 2005 WL 6514129 (Q.B.), par. 43-44). De plus, si la partie qui a imposé la convention d’arbitrage avec succès devait intenter un recours, en fonction des circonstances, elle pourrait obtenir des

West Tankers Inc. v. Allianz SpA, [2012] EWHC 854 (Comm.), [2012] 2 All E.R. (Comm.) 395, at para. 77).

[43] Moreover, *Dell* itself makes clear that courts may refer a challenge to arbitral jurisdiction to the arbitrator if it is “a delaying tactic”, or would unduly impair the conduct of the arbitration proceeding (para. 86). This provides an additional safeguard against validity challenges that are not *bona fide*.

[44] How is a court to determine whether there is a *bona fide* challenge to arbitral jurisdiction that only a court can resolve? First, the court must determine whether, assuming the facts pleaded to be true, there is a genuine challenge to arbitral jurisdiction. Second, the court must determine from the supporting evidence whether there is a real prospect that, if the stay is granted, the challenge may never be resolved by the arbitrator.

[45] While this second question requires some limited assessment of evidence, this assessment must not devolve into a mini-trial. The only question at this stage is whether there is a real prospect, in the circumstances, that the arbitrator may never decide the merits of the jurisdictional challenge. Generally, a single affidavit will suffice. Both counsel and judges are responsible for ensuring the hearing remains narrowly focused (*Hryniak v. Mauldin*, [2014] 1 S.C.R. 87, at paras. 31-32). In considering any attempt to expand the record, judges must remain alert to “the danger that a party will obstruct the process by manipulating procedural rules” and the possibility of delaying tactics (*Dell*, at para. 84; see also para. 86).

[46] As a result, therefore, a court should not refer a *bona fide* challenge to an arbitrator’s jurisdiction to the arbitrator if there is a real prospect that doing so would result in the challenge never being resolved. In these circumstances, a court may resolve whether the

dommages-intérêts pour rupture de contrat, le contrat étant la convention d’arbitrage (Beale, par. 32-052; *West Tankers Inc. c. Allianz SpA*, [2012] EWHC 854 (Comm.), [2012] 2 All E.R. (Comm.) 395, par. 77).

[43] En outre, l’arrêt *Dell* lui-même a exprimé clairement que les tribunaux peuvent renvoyer la contestation de la compétence de l’arbitre à ce dernier si elle constitue une « tactique dilatoire », ou si elle porte indûment préjudice au déroulement de l’arbitrage (par. 86). Cela constitue une garantie supplémentaire contre les contestations de la validité de l’arbitrage présentées de mauvaise foi.

[44] Comment un tribunal peut-il déterminer s’il est en présence d’une contestation de bonne foi de la compétence de l’arbitre que seul un tribunal peut trancher? Tout d’abord, il doit déterminer si, à supposer que les faits invoqués soient avérés, il existe une véritable contestation de la compétence de l’arbitre. Deuxièmement, le tribunal doit déterminer à partir des preuves à l’appui s’il existe une réelle possibilité que, advenant le prononcé du sursis, la contestation ne soit jamais résolue par l’arbitre.

[45] Même si cette seconde question requiert un examen limité de la preuve, cet examen ne doit pas se transformer en mini-procès. À cette étape, la seule question est celle de savoir s’il existe une réelle possibilité, dans les circonstances, que l’arbitre puisse ne jamais se prononcer sur le fond de la contestation de la compétence. En règle générale, un seul affidavit suffira. Tant les avocats que les juges sont responsables de veiller à ce que l’audience reste étroitement ciblée (*Hryniak c. Mauldin*, [2014] 1 R.C.S. 87, par. 31-32). Lorsqu’ils se penchent sur toute tentative d’ajouter au dossier, les juges doivent rester conscients du « risque de manipulation de la procédure en vue de créer de l’obstruction » et de la possibilité qu’une partie fasse usage de tactiques dilatoires (*Dell*, par. 84; voir aussi par. 86).

[46] En conséquence, le tribunal ne devrait pas renvoyer une contestation de bonne foi de la compétence de l’arbitre à ce dernier s’il existe une réelle possibilité que, s’il le faisait, il ne soit jamais statué sur la contestation. Dans ces circonstances, le tribunal peut

arbitrator has jurisdiction over the dispute and, in so doing, may thoroughly analyze the issues and record.

[47] Turning to the appeal before us, we would first observe that Mr. Heller has made a genuine challenge to the validity of the arbitration agreement. The clause is said to be void because it imposes prohibitive fees for initiating arbitration and these fees are embedded by reference in the fine print of a contract of adhesion. Second, there is a real prospect that if a stay is granted and the question of the validity of the Uber arbitration agreement is left to arbitration, then Mr. Heller's genuine challenge may never be resolved. The fees impose a brick wall between Mr. Heller and the resolution of any of the claims he has levelled against Uber. An arbitrator cannot decide the merits of Mr. Heller's contention without those — possibly unconscionable — fees first being paid. Ultimately, this would mean that the question of whether Mr. Heller is an employee may never be decided. The way to cut this Gordian Knot is for the court to decide the question of unconscionability.

[48] We would therefore resolve the arguments Mr. Heller has raised against the validity of Uber's arbitration agreement rather than refer those arguments to arbitration in the Netherlands.

[49] We observe, incidentally, that departing from the general rule of arbitral referral in these circumstances has beneficial consequences. It will prevent contractual drafters from evading the result of this case through a choice of law clause. A choice of law clause could convert a jurisdictional question that would be one of law (and which therefore could be decided by the court) into a question as to the content of foreign law, which would require hearing evidence in order to make findings as to the content of foreign law, something that one would not ordinarily contemplate in a superficial review of the record.

décider si l'arbitre a compétence pour être saisi du différend et, ce faisant, il peut analyser en profondeur les questions en litige ainsi que le dossier.

[47] En ce qui a trait au pourvoi dont nous sommes saisis, nous ferions d'abord remarquer que M. Heller a présenté une véritable contestation de la validité de la convention d'arbitrage. Il soutient que la clause en cause est nulle parce qu'elle exige le paiement de frais prohibitifs pour que l'arbitrage puisse être entamé, et parce que ces frais sont inclus par référence dans les mentions en petits caractères d'un contrat d'adhésion. Ensuite, il existe une réelle possibilité que, si le sursis est accordé et la question de la validité de la convention d'arbitrage d'Uber est soumise à l'arbitrage, la véritable contestation de M. Heller ne soit jamais résolue. Les frais constituent un obstacle infranchissable entre lui et la résolution de toutes les demandes qu'il a présentées contre Uber. Un arbitre ne peut pas décider du bien-fondé des arguments de M. Heller sans que ces frais — possiblement iniques — soient d'abord payés. En définitive, cela voudrait dire que la question du statut ou non d'employé de M. Heller pourrait ne jamais être tranchée. Pour défaire ce nœud gordien, le tribunal doit trancher la question de l'iniquité.

[48] Nous sommes donc d'avis de nous prononcer sur les arguments qu'a fait valoir M. Heller contre la validité de la convention d'arbitrage d'Uber plutôt que de les renvoyer à l'arbitrage aux Pays-Bas.

[49] Nous notons, incidemment, que le fait de s'écarter de la règle générale du renvoi à l'arbitrage dans ces circonstances aura des conséquences bénéfiques. Cela empêchera ceux qui rédigent les contrats de se soustraire au résultat de la présente affaire au moyen d'une clause relative au choix du droit applicable. Une telle clause pourrait transformer une question de compétence qui en serait une de droit (et qui pourrait être tranchée par une cour) en une question relative au contenu du droit étranger, qui nécessiterait l'audition de preuves afin de tirer des conclusions quant au contenu du droit étranger, ce que l'on n'envisagerait pas normalement dans le cadre d'un examen superficiel du dossier.

[50] This is a significant loophole for contractual drafters to exploit. Indeed, Uber’s contract here includes a foreign choice of law clause. As the intervenor Canadian Federation of Independent Business (“CFIB”) submitted, this Court should presume that Dutch law governs the question of whether the arbitration agreement is unconscionable because the contracts have a choice of law clause indicating Dutch law (I.F., at para. 34; see also *Vita Food Products, Inc. v. Unus Shipping Co.*, [1939] A.C. 277 (P.C.), at pp. 289-91). Neither party, however, chose to lead evidence of Dutch unconscionability law. Since the parties chose not to lead evidence of Dutch law, this Court must address the issue of unconscionability according to Ontario law (see *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, at pp. 853-54; *Das v. George Weston Limited*, 2017 ONSC 4129, at para. 215 (CanLII)). If Uber had adduced evidence of Dutch law, then under the two exceptions to arbitral referral recognized in *Dell*, this Court would have had to grant the stay in favour of an arbitrator determining the unconscionability argument.

[51] As well, even though *this* case could have been resolved based on undisputed facts, such an approach may not be sustainable in future cases. An approach to arbitral referral that depends on undisputed facts would invite parties to dispute facts. Were that standard to apply, unreasonably disputing facts would allow a party to evade any review of the merits, by use of an arbitration clause. There would be no negative consequence, in this context, to a party unreasonably disputing facts if it meant the stay in favour of arbitration would be granted. This differs significantly from the standard civil litigation context, wherein unreasonable disputes as to facts can be deterred by costs awards.

[52] We turn finally to the validity of the arbitration agreement. As mentioned, Mr. Heller raised two independent arguments as to why the arbitration

[50] Il s’agit là d’une faille importante que les rédacteurs de contrats peuvent exploiter. En effet, le contrat d’Uber en cause ici comprend une clause relative au choix du droit étranger applicable. Comme l’a fait valoir la Fédération canadienne de l’entreprise indépendante (« FCEI »), intervenante, la Cour devrait tenir pour acquis que le droit néerlandais régit la question de savoir si la convention d’arbitrage est inique, puisque c’est ce droit que désigne la clause des contrats relative au choix du droit applicable (m. interv., par. 34; voir aussi *Vita Food Products, Inc. c. Unus Shipping Co.*, [1939] A.C. 277 (C.P.), p. 289-291). Or, ni l’une ni l’autre des parties n’a choisi de mettre en preuve les règles du droit néerlandais relatives à l’iniquité. Compte tenu de leur décision en ce sens, la Cour doit traiter la question de l’iniquité au regard le droit ontarien (voir *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, p. 853-854; *Das c. George Weston Limited*, 2017 ONSC 4129, par. 215 (CanLII)). Si Uber avait fait la preuve du droit néerlandais, suivant les deux exceptions à la règle du renvoi à l’arbitrage reconnues par l’arrêt *Dell*, la Cour aurait été tenue d’accorder le sursis pour qu’un arbitre décide de la question de l’iniquité.

[51] De plus, même si *cette* cause-ci avait pu être résolue sur le fondement de faits non contestés, une telle approche pourrait ne pas convenir pour de futures causes. Une approche du renvoi à l’arbitrage qui dépend de faits non contestés serait une invitation pour que les parties contestent les faits. Si une telle norme devait s’appliquer, en contestant déraisonnablement les faits, une partie pourrait éviter tout examen sur le fond en se servant de la clause d’arbitrage. Dans ce contexte, une partie qui contesterait déraisonnablement les faits ne souffrirait d’aucune conséquence négative si sa démarche aboutissait au prononcé du sursis au profit de l’arbitrage. Cela diffère considérablement du contexte habituel des litiges civils, dans le cadre desquels la contestation déraisonnable de faits peut être dissuadée par l’adjonction des dépens.

[52] Finalement, nous nous penchons sur la question de la validité de la convention d’arbitrage. Comme nous l’avons mentionné, M. Heller a fait

agreement with Uber is invalid: first, the clause is void for unconscionability; and, second, the clause is void because it contracts out of the *ESA*.

[53] We agree with Mr. Heller that the arbitration agreement is unconscionable. The parties and interveners focused their submissions on unconscionability in accordance with this Court’s direction in *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, [2019] 2 S.C.R. 144, at para. 85, that “arguments over any potential unfairness resulting from the enforcement of arbitration clauses contained in standard form contracts are better dealt with directly through the doctrine of unconscionability”.

[54] Unconscionability is an equitable doctrine that is used to set aside “unfair agreements [that] resulted from an inequality of bargaining power” (John D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at p. 424). Initially applied to protect young heirs and the “poor and ignorant” from one-sided agreements, unconscionability evolved to cover any contract with the combination of inequality of bargaining power and improvidence (Mitchell McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), at p. 521; see also pp. 520-24; Bradley E. Crawford, “Restitution — Unconscionable Transaction — Undue Advantage Taken of Inequality Between Parties” (1966), 44 *Can. Bar Rev.* 142, at p. 143). This development has been described as “one of the signal accomplishments of modern contract law, representing a renaissance in the doctrinal treatment of contractual fairness” (Peter Benson, *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law* (2019), at p. 165; see also Angela Swan, Jakub Adamski and Annie Y. Na, *Canadian Contract Law* (4th ed. 2018), at p. 925).

[55] Unconscionability is widely accepted in Canadian contract law, but some questions remain about the content of the doctrine, and it has been applied inconsistently by the lower courts (see, among others, *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R.

valoir deux arguments distincts selon lesquels la convention conclue avec Uber est nulle : premièrement, la clause est nulle pour cause d’iniquité et, deuxièmement, elle est nulle parce qu’elle soustrait les parties par contrat aux dispositions de la *LNE*.

[53] Comme M. Heller, nous sommes d’avis que la convention d’arbitrage est inique. Les parties et les intervenants ont concentré leurs arguments sur l’iniquité conformément à l’orientation donnée dans l’arrêt *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, [2019] 2 R.C.S. 144, par. 85, par la Cour, selon laquelle les « arguments relatifs à l’injustice que risquerait d’entraîner l’application des clauses d’arbitrage qui figurent dans les contrats types devraient être tranchés directement par l’application du principe de l’iniquité ».

[54] L’iniquité est une notion d’équité qui sert à annuler [TRADUCTION] « les contrats inéquitables qui sont le fruit de l’inégalité du pouvoir de négociation » des parties (John D. McCamus, *The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 424). Appliqué au départ pour protéger les héritiers peu âgés ainsi que [TRADUCTION] « les pauvres et les ignorants » des ententes unilatérales, le principe d’iniquité a évolué pour s’appliquer à tout contrat fruit d’une inégalité du pouvoir de négociation entre les parties et d’une imprudence (Mitchell McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), p. 521; voir aussi p. 520-524; Bradley E. Crawford, « Restitution — Unconscionable Transaction — Undue Advantage Taken of Inequality Between Parties » (1966), 44 *R. du B. can.* 142, p. 143). Cette évolution a été décrite comme [TRADUCTION] « l’une des réalisations marquantes du droit moderne des contrats, représentant une renaissance dans le traitement doctrinal de l’équité contractuelle » (Peter Benson, *Justice in Transactions : A Theory of Contract Law* (2019), p. 165; voir aussi Angela Swan, Jakub Adamski et Annie Y. Na, *Canadian Contract Law* (4^e éd. 2018), p. 925).

[55] Le principe d’iniquité est largement accepté en droit canadien des contrats, mais certaines questions subsistent quant au contenu de la doctrine, et celle-ci a été appliquée de manière incohérente par les tribunaux d’instances inférieures (voir, entre

(2d) 710 (B.C.C.A.); *Harry v. Kreutziger* (1978), 9 B.C.L.R. 166 (C.A.), at p. 177, per Lambert J.A.; *Downer v. Pitcher*, 2017 NLCA 13, 409 D.L.R. (4th) 542, at para. 20; *Input Capital Corp. v. Gustafson*, 2019 SKCA 78, 438 D.L.R. (4th) 387; *Cain v. Clarica Life Insurance Co.*, 2005 ABCA 437, 263 D.L.R. (4th) 368; *Titus v. William F. Cooke Enterprises Inc.*, 2007 ONCA 573, 284 D.L.R. (4th) 734; *Birch v. Union of Taxation Employees, Local 70030*, 2008 ONCA 809, 305 D.L.R. (4th) 64; see also Swan, Adamski and Na, at p. 982; McInnes, at pp. 518-19). These questions require examining underlying contractual theory (Rick Bigwood, “Antipodean Reflections on the Canadian Unconscionability Doctrine” (2005), 84 *Can. Bar Rev.* 171, at p. 173).

[56] The classic paradigm underlying freedom of contract is the “freely negotiated bargain or exchange” between “autonomous and self-interested parties” (McCamus, at p. 24; see also Swan, Adamski and Na, at pp. 922-23; P. S. Atiyah, *Essays on Contract* (1986), at p. 140). At the heart of this theory is the belief that contracting parties are best-placed to judge and protect their interests in the bargaining process (Atiyah, at pp. 146-48; Bigwood, at pp. 199-200; Alan Brudner, “Reconstructing contracts” (1993), 43 *U.T.L.J.* 1, at pp. 2-3). It also presumes equality between the contracting parties and that “the contract is *negotiated, freely agreed, and therefore fair*” (Mindy Chen-Wishart, *Contract Law* (6th ed. 2018), at p. 12 (emphasis in original)).

[57] In cases where these assumptions align with reality, the arguments for enforcing contracts carry their greatest weight (Melvin Aron Eisenberg, “The Bargain Principle and Its Limits” (1982), 95 *Harv. L. Rev.* 741, at pp. 746-48). But these arguments “may speak more or less forcefully depending on the context” (*Wellman*, at para. 53; see also B. J. Reiter, “Unconscionability: Is There a Choice? A Reply to Professor Hasson” (1980), 4 *Can. Bus. L.J.* 403, at pp. 405-6). As Professor Atiyah has noted:

autres, *Morrison c. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710 (C.A. C.-B.); *Harry c. Kreutziger* (1978), 9 B.C.L.R. 166 (C.A.), p. 177, le juge Lambert; *Downer c. Pitcher*, 2017 NLCA 13, 409 D.L.R. (4th) 542, par. 20; *Input Capital Corp. c. Gustafson*, 2019 SKCA 78, 438 D.L.R. (4th) 387; *Cain c. Clarica Life Insurance Co.*, 2005 ABCA 437, 263 D.L.R. (4th) 368; *Titus c. William F. Cooke Enterprises Inc.*, 2007 ONCA 573, 284 D.L.R. (4th) 734; *Birch c. Union of Taxation Employees, Local 70030*, 2008 ONCA 809, 305 D.L.R. (4th) 64; voir aussi Swan, Adamski et Na, p. 982; McInnes, p. 518-519). Pour répondre à ces questions, il faut examiner la théorie sous-jacente en matière contractuelle (Rick Bigwood, « Antipodean Reflections on the Canadian Unconscionability Doctrine » (2005), 84 *R. du B. can.* 171, p. 173).

[56] Le paradigme classique qui sous-tend la liberté contractuelle veut que le [TRADUCTION] « marché ou [l']échange [soit] librement négocié » entre des « parties autonomes et intéressées » (McCamus, p. 24; voir aussi Swan, Adamski et Na, p. 922-923; P. S. Atiyah, *Essays on Contract* (1986), p. 140). Cette théorie s’articule autour de la conviction que les parties contractantes sont les mieux placées pour juger de leurs intérêts et pour les protéger durant le processus de négociation (Atiyah, p. 146-148; Bigwood, p. 199-200; Alan Brudner, « Reconstructing contracts » (1993), 43 *U.T.L.J.* 1, p. 2-3). Elle tient aussi pour acquis l’égalité des parties contractantes et le fait que [TRADUCTION] « le contrat est *négocié*, qu’il y est *librement consenti*, et [qu’il est] donc *équitable* » (Mindy Chen-Wishart, *Contract Law* (6^e éd. 2018), p. 12 (en italique dans l’original)).

[57] C’est lorsque ces hypothèses sont en phase avec la réalité que les arguments pour l’exécution des contrats ont le plus de poids (Melvin Aron Eisenberg, « The Bargain Principle and Its Limits » (1982), 95 *Harv. L. Rev.* 741, p. 746-748). Cependant, ces arguments ont « plus ou moins de poids selon le contexte » (*Wellman*, par. 53; voir aussi B. J. Reiter, « Unconscionability : Is There a Choice? A Reply to Professor Hasson » (1980), 4 *Rev. can. dr. comm.* 403, p. 405-406). Comme l’a noté le professeur Atiyah :

The proposition that a person is always the best judge of his own interests is a good starting-point for laws and institutional arrangements, but as an *infallible empirical proposition* it is an outrage to human experience. The parallel moral argument, that to prevent a person, even in his own interests, from binding himself is to show disrespect for his moral autonomy, can ring very hollow when used to defend a grossly unfair contract secured at the expense of a person of little understanding or bargaining skill. [Emphasis added; p. 148.]

[58] Courts have never been required to take the ideal assumptions of contract theory as “infallible empirical proposition[s]”. Equitable doctrines have long allowed judges to “respond to the individual requirements of particular circumstances . . . humaniz[ing] and contextualiz[ing] the law’s otherwise antiseptic nature” (Leonard I. Rotman, “The ‘Fusion’ of Law and Equity?: A Canadian Perspective on the Substantive, Jurisdictional, or Non-Fusion of Legal and Equitable Matters” (2016), 2 *C.J.C.C.L.* 497, at pp. 503-4). Courts, as a result, do not ignore serious flaws in the contracting process that challenge the traditional paradigms of the common law of contract, such as faith in the capacity of the contracting parties to protect their own interests. The elderly person with cognitive impairment who sells assets for a fraction of their value (*Ayres v. Hazelgrove*, Q.B. England, February 9, 1984); the ship captain stranded at sea who pays an extortionate price for rescue (*The Mark Lane* (1890), 15 P.D. 135); the vulnerable couple who signs an improvident mortgage with no understanding of its terms or financial implications (*Commercial Bank of Australia Ltd. v. Amadio*, [1983] HCA 14, 151 C.L.R. 447) — these and similar scenarios bear little resemblance to the operative assumptions on which the classic contract model is constructed.

[59] In these kinds of circumstances, where the traditional assumptions underlying contract

[TRADUCTION] La proposition selon laquelle une personne est toujours le meilleur juge de ses propres intérêts est un bon point de départ pour les lois et les arrangements institutionnels, mais en tant que *proposition empirique infaillible*, — elle est un outrage à l’expérience humaine. L’argument moral parallèle selon lequel empêcher une personne, même dans son propre intérêt, de s’engager, démontre un manque de respect envers son autonomie morale —, peut sonner très creux lorsqu’il est utilisé pour défendre un contrat manifestement injuste obtenu aux dépens d’une personne peu informée ou peu habile à négocier. [Nous soulignons; p. 148.]

[58] Les tribunaux n’ont jamais été tenus de considérer les hypothèses idéales de la théorie des contrats comme des [TRADUCTION] « proposition[s] empiriques infaillibles ». Les doctrines d’équité ont permis aux juges depuis longtemps de « répondre aux exigences propres de circonstances particulières [. . .] humanis[ant] et contextualis[ant] la nature autrement aseptisée du droit » (Leonard I. Rotman, « The “Fusion” of Law and Equity? : A Canadian Perspective on the Substantive, Jurisdictional, or Non-Fusion of Legal and Equitable Matters » (2016), 2 *C.J.C.C.L.* 497, p. 503-504). En conséquence, les tribunaux ne font pas abstraction des failles importantes du processus de formation des contrats qui ébranlent les paradigmes traditionnels de la common law des contrats, comme la conviction que les parties contractantes sont en mesure de protéger leurs intérêts respectifs. La personne âgée souffrant de troubles cognitifs qui vend ses actifs pour une fraction de leur valeur (*Ayres c. Hazelgrove*, B.R. Angleterre, 9 février 1984); le capitaine d’un navire ayant fait naufrage qui paie un prix exorbitant pour un sauvetage (*The Mark Lane* (1890), 15 P.D. 135); le couple vulnérable et mal avisé qui signe un contrat hypothécaire à la légère sans en comprendre les clauses ou les conséquences financières (*Commercial Bank of Australia Ltd. c. Amadio*, [1983] HCA 14, 151 C.L.R. 447) — ces cas de figure et d’autres semblables ressemblent bien peu aux hypothèses opérationnelles sur lesquelles repose le modèle de contrat classique.

[59] Dans ces types de circonstances, où les hypothèses traditionnelles qui sous-tendent l’exécution

enforcement lose their justificatory authority, the doctrine of unconscionability provides relief from improvident contracts. When unfair bargains cannot be linked to fair bargaining — when they cannot be attributed to one party’s “donative intent or assumed risk”, as Professor Benson puts it — courts can avoid the inequitable effects of enforcement without endangering the core values on which freedom of contract is based (p. 182; see also Eisenberg, at pp. 799-801; S. M. Waddams, “Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations” (1995), 9 *J.C.L.* 55, at p. 60). This explains how unconscionability lines up with traditional accounts of contract theory while recognizing the doctrine’s historical roots in equity, which has long operated as a “corrective to the harshness of the common law” (McCamus, at p. 10; see also Rotman, at pp. 503-4).

[60] This Court has often described the purpose of unconscionability as the protection of vulnerable persons in transactions with others (*Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at pp. 405 and 412; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, at p. 462, per Dickson C.J., and p. 516, per Wilson J.; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, at p. 247; see also *Bhasin v. Hrynew*, [2014] 3 S.C.R. 494, at para. 43). We agree. Unconscionability, in our view, is meant to protect those who are vulnerable *in the contracting process* from loss or improvidence to that party in the bargain that was made (see Mindy Chen-Wishart, *Unconscionable Bargains* (1989), at p. 109; see also James Gordley, “Equality in Exchange” (1981), 69 *Cal. L. Rev.* 1587, at pp. 1629-34; *Birch*, at para. 44). Although other doctrines can provide relief from specific types of oppressive contractual terms, unconscionability allows courts to fill in gaps between the existing “islands of intervention” so that the “clause that is not quite a penalty clause or not quite an exemption clause or just outside the provisions of a statutory power to relieve will fall under the general power, and anomalous distinctions . . . will

des contrats perdent leur pouvoir justificatif, la doctrine de l’iniquité offre un recours contre les contrats imprudents. Lorsqu’un marché inéquitable ne peut pas être associé à une négociation équitable — c’est-à-dire lorsqu’il ne peut être attribué à [TRADUCTION] « l’intention libérale ou au risque accepté » d’une partie, comme l’a formulé le professeur Benson —, les tribunaux peuvent éviter les effets inéquitables de son exécution sans mettre en péril les valeurs fondamentales sur lesquelles repose le principe de la liberté contractuelle (p. 182; voir aussi Eisenberg, p. 799-801; S. M. Waddams, « Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations » (1995), 9 *J.C.L.* 55, p. 60). Cela explique comment la doctrine de l’iniquité s’accorde avec la formulation traditionnelle de la théorie des contrats tout en reconnaissant ses origines historiques en equity, qui, elle, a servi depuis longtemps de [TRADUCTION] « contrepoids à la dureté de la common law » (McCamus, p. 10; voir aussi Rotman, p. 503-504).

[60] La Cour a souvent décrit l’objet de la doctrine de l’iniquité comme une mesure de protection des personnes vulnérables dans le cadre de transactions qu’elles concluent avec d’autres (*Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 405 et 412; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426, p. 462, le juge en chef Dickson, et p. 516, la juge Wilson; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, p. 247; voir aussi *Bhasin c. Hrynew*, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 43). Nous sommes d’accord. Selon nous, la doctrine de l’iniquité vise à protéger les personnes vulnérables *dans le contexte du processus de formation des contrats* des pertes ou des conséquences de leur imprudence dans le marché qui a été conclu (voir Mindy Chen-Wishart, *Unconscionable Bargains* (1989), p. 109; voir aussi James Gordley, « Equality in Exchange » (1981), 69 *Cal. L. Rev.* 1587, p. 1629-1634; *Birch*, par. 44). Même si d’autres doctrines peuvent offrir une mesure de redressement face à des types précis de clauses abusives, celle de l’iniquité permet aux tribunaux de combler les lacunes entre les [TRADUCTION] « îlots d’intervention », de telle sorte que la « clause qui n’est pas tout à fait une clause pénale ou pas tout

disappear” (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (7th ed. 2017), at p. 378).

[61] Openly recognizing a doctrine of unconscionability also promotes fairness and transparency in contract law (Swan, Adamski and Na, at p. 925; McCamus, at p. 438; Stephen Waddams, *Sanctity of Contracts in a Secular Age: Equity, Fairness and Enrichment* (2019), at p. 225). There is value in recognizing that “judges are and always will be concerned with unfairness, with arrangements that work harshly and with conduct that is oppressive” (Swan, Adamski and Na, at p. 925). The unconscionability doctrine allows courts to “focus expressly on the real grounds for refusing to give force to a contractual term said to have been agreed to by the parties” (*Hunter*, at p. 462). As Dickson C.J. observed in *Hunter*:

In my view, there is much to be gained by addressing directly the protection of the weak from over-reaching by the strong. . . . There is little value in cloaking the inquiry behind a construct that takes on its own idiosyncratic traits, sometimes at odds with concerns of fairness. [p. 462]

[62] Most scholars appear to agree that the Canadian doctrine of unconscionability has two elements: “. . . an inequality of bargaining power, stemming from some weakness or vulnerability affecting the claimant and . . . an improvident transaction” (McInnes, at p. 524 (emphasis deleted); see also Swan, Adamski and Na, at p. 986; McCamus, at pp. 424 and 426-27; Benson, at p. 167; Waddams (2017), at p. 379; Stephanie Ben-Ishai and David R. Percy, eds., *Contracts: Cases and Commentaries* (10th ed. 2018), at p. 719).

[63] This Court has long endorsed this duality. In *Hunter*, Wilson J. observed that

[t]he availability of a plea of unconscionability in circumstances where the contractual term is *per se* unreasonable and the unreasonableness stems from inequality of bargaining power was confirmed in Canada over a century

à fait une clause d’exemption ou qui est juste en dehors des dispositions d’un pouvoir légal d’allègement relèvera du pouvoir général, et les distinctions anormales [. . .] disparaîtront » (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (7^e éd. 2017), p. 378).

[61] Reconnaître ouvertement une doctrine de l’iniquité favorise aussi l’équité et la transparence en droit des contrats (Swan, Adamski et Na, p. 925; McCamus, p. 438; Stephen Waddams, *Sanctity of Contracts in a Secular Age : Equity, Fairness and Enrichment* (2019), p. 225). Il est utile de reconnaître que [TRADUCTION] « les juges sont et seront toujours préoccupés par l’injustice, par les dispositifs qui fonctionnent durement et par les comportements abusifs » (Swan, Adamski et Na, p. 925). La doctrine de l’iniquité permet aux tribunaux « de se demander expressément pourquoi ils devraient refuser d’appliquer une condition contractuelle qui aurait reçu le consentement des parties » (*Hunter*, p. 462). Comme le juge en chef Dickson l’a noté dans l’arrêt *Hunter* :

À mon avis, il y a beaucoup à gagner à aborder directement la question de la protection des plus faibles contre l’exploitation des plus forts. [. . .] Il est peu utile de masquer la question derrière une construction de l’esprit dotée de caractères propres qui parfois ne cadrent pas avec le souci d’équité. [p. 462]

[62] La plupart des auteurs semblent convenir que la doctrine canadienne de l’iniquité comporte deux volets : [TRADUCTION] « . . . une inégalité du pouvoir de négociation, découlant d’une quelconque faiblesse ou vulnérabilité du demandeur et [. . .] une transaction imprudente » (McInnes, p. 524 (italique omis); voir aussi Swan, Adamski et Na, p. 986; McCamus, p. 424 et 426-427; Benson, p. 167; Waddams (2017), p. 379; Stephanie Ben-Ishai et David R. Percy, dir., *Contracts : Cases and Commentaries* (10^e éd. 2018), p. 719).

[63] La Cour a avalisé cette dualité depuis longtemps. Dans l’arrêt *Hunter*, la juge Wilson a noté que

[l]a possibilité d’invoquer l’iniquité dans des circonstances où une stipulation du contrat est déraisonnable en soi et où ce caractère déraisonnable résulte de l’inégalité des parties contractantes a été confirmée au Canada il y a plus d’un

ago [Emphasis in original; p. 512; see also p. 462, per Dickson C.J.]

[64] In *Norberg*, La Forest J. described proving the elements of unconscionability as “a two-step process”, involving “(1) proof of inequality in the positions of the parties, and (2) proof of an improvident bargain” (p. 256). The concurring judgment in *Douez v. Facebook Inc.*, [2017] 1 S.C.R. 751, followed a similar approach in a case involving a standard form consumer contract⁶:

Two elements are required for the doctrine of unconscionability to apply: inequality of bargaining powers and unfairness. Prof. McCamus describes them as follows:

. . . one must establish both inequality of bargaining power in the sense that one party is incapable of adequately protecting his or her interests and undue advantage or benefit secured as a result of that inequality by the stronger party. [Emphasis deleted; para. 115.]

(See also *Loychuk v. Cougar Mountain Adventures Ltd.*, 2012 BCCA 122, 347 D.L.R. (4th) 591, at paras. 29-31; *Roy v. 1216393 Ontario Inc.*, 2011 BCCA 500, 345 D.L.R. (4th) 323, at para. 29; *McNeill v. Vandenberg*, 2010 BCCA 583, at para. 15 (CanLII); *Kreutziger*, at p. 173; *Morrison*, at p. 713.)

[65] We see no reason to depart from the approach to unconscionability endorsed in *Hunter*, *Norberg* and in *Douez*. That approach requires both an inequality of bargaining power and a resulting improvident bargain.

[66] An inequality of bargaining power exists when one party cannot adequately protect their interests in the contracting process (see McCamus, at pp. 426-27 and 429; Crawford, at p. 143; Chen-Wishart (1989), at p. 31; *Morrison*, at p. 713; *Gustafson*, at para. 45; *Hess v. Thomas Estate*, 2019 SKCA 26, 433 D.L.R. (4th) 60, at para. 77; *Blomley v. Ryan* (1956), 99 C.L.R. 362 (H.C.A.), at p. 392; *Commercial Bank of Australia*, at pp. 462-63 and 477-78; *Bartle v. GE*

⁶ The majority did not discuss the elements of unconscionability.

siècle . . . [Soulignement dans l’original; p. 512; voir aussi p. 462, le juge en chef Dickson.]

[64] Dans l’arrêt *Norberg*, le juge La Forest a décrit l’établissement des éléments constitutifs de l’iniquité comme étant « un processus en deux étapes » qui comprend « (1) la preuve de l’inégalité des situations respectives des parties et (2) celle d’un marché imprudent » (p. 256). Les motifs concordants dans l’arrêt *Douez c. Facebook Inc.*, [2017] 1 R.C.S. 751, ont suivi une approche semblable dans une affaire où il était question d’un contrat de consommation type⁶ :

Deux éléments sont requis pour que s’applique la doctrine de l’iniquité : l’inégalité du pouvoir de négociation et l’injustice. Le professeur McCamus précise :

[TRADUCTION] . . . il faut prouver à la fois l’inégalité du pouvoir de négociation au sens où l’une des parties ne peut protéger adéquatement ses intérêts *et* l’avantage indu obtenu par la partie dominante grâce à cette inégalité. [Soulignement omis; para. 115.]

(Voir aussi *Loychuk c. Cougar Mountain Adventures Ltd.*, 2012 BCCA 122, 347 D.L.R. (4th) 591, par. 29-31; *Roy c. 1216393 Ontario Inc.*, 2011 BCCA 500, 345 D.L.R. (4th) 323, par. 29; *McNeill c. Vandenberg*, 2010 BCCA 583, par. 15 (CanLII); *Kreutziger*, p. 173; *Morrison*, p. 713.)

[65] Nous ne voyons aucune raison de nous écarter de cette approche de l’iniquité approuvée par les arrêts *Hunter*, *Norberg* et *Douez*, et qui requière la présence à la fois de l’inégalité du pouvoir de négociation et d’un marché imprudent en résultant.

[66] Il existe une inégalité du pouvoir de négociation lorsqu’une partie ne peut pas adéquatement protéger ses intérêts durant le processus de formation d’un contrat (voir McCamus, p. 426-427 et 429; Crawford, p. 143; Chen-Wishart (1989), p. 31; *Morrison*, p. 713; *Gustafson*, par. 45; *Hess c. Thomas Estate*, 2019 SKCA 26, 433 D.L.R. (4th) 60, par. 77; *Blomley c. Ryan* (1956), 99 C.L.R. 362 (H.C.A.), p. 392; *Commercial Bank of Australia*, p. 462-463

⁶ Les juges majoritaires n’ont pas traité des éléments constitutifs de l’iniquité.

Custodians, [2010] NZCA 174, [2010] 3 N.Z.L.R. 601, at para. 166).

[67] There are no “rigid limitations” on the types of inequality that fit this description (McCamus, at p. 429). Differences in wealth, knowledge, or experience may be relevant, but inequality encompasses more than just those attributes (McInnes, at pp. 524-25). Professor McInnes describes the diversity of possible disadvantages as follows:

Equity is prepared to act on a wide variety of transactional weaknesses. Those weaknesses may be *personal* (i.e., characteristics of the claimant generally) or *circumstantial* (i.e., vulnerabilities peculiar to certain situations). The relevant disability may stem from the claimant’s “purely cognitive, deliberative or informational capabilities and opportunities”, so as to preclude “a worthwhile judgment as to what is in his best interest”. Alternatively, the disability may consist of the fact that, in the circumstances, the claimant was “a seriously volitionally impaired or desperately needy person”, and therefore was specially disadvantaged because of “the contingencies of the moment”. [Emphasis in original; footnotes omitted; p. 525.]

(See also Chen-Wishart (2018), at p. 363.)

These disadvantages need not be so serious as to negate the capacity to enter a technically valid contract (Chen-Wishart (2018), at p. 340; see also McInnes, at pp. 525-26).

[68] In many cases where inequality of bargaining power has been demonstrated, the relevant disadvantages impaired a party’s ability to freely enter or negotiate a contract, compromised a party’s ability to understand or appreciate the meaning and significance of the contractual terms, or both (see Stephen A. Smith, *Contract Theory* (2004), at pp. 343-44; John R. Peden, *The Law of Unjust Contracts: Including the Contracts Review Act 1980 (NSW) With Detailed Annotations Procedure and Pleadings* (1982), at p. 36; Andrew Burrows, *A Restatement*

et 477-478; *Bartle c. GE Custodians*, [2010] NZCA 174, [2010] 3 N.Z.L.R. 601, par. 166).

[67] Il n’existe pas de [TRADUCTION] « limites rigides » quant aux types d’inégalités qui correspondent à cette définition (McCamus, p. 429). Des écarts de richesse, de connaissance ou d’expérience peuvent être pertinents, mais l’inégalité comprend davantage que ces seuls attributs (McInnes, p. 524-525). Le professeur McInnes décrit comme suit la gamme des désavantages possibles :

[TRADUCTION] L’équité peut servir relativement à un large éventail de faiblesses présentées au moment de conclure une entente. Ces faiblesses peuvent être *personnelles* (c.-à-d. consister en caractéristiques propres au demandeur en général) ou *circonstanciennes* (c.-à-d. consister en vulnérabilités propres à certaines situations). L’incapacité pertinente peut provenir des « capacités et possibilités purement cognitives, délibératives ou informationnelles » du demandeur, qui l’empêchent de porter « un jugement valable sur ce qui est dans son intérêt ». L’incapacité peut aussi découler de ce que, dans les circonstances, le demandeur était « une personne gravement atteinte dans sa volonté ou désespérément dans le besoin », et était donc tout spécialement désavantagé en raison des « contingences du moment ». [En italique dans l’original; notes en bas de page omises; p. 525.]

(Voir aussi Chen-Wishart (2018), p. 363.)

Ces désavantages n’ont pas à être considérables au point de compromettre la capacité de conclure un contrat techniquement valide (Chen-Wishart (2018), p. 340; voir aussi McInnes, p. 525-526).

[68] Dans de nombreux cas où l’inégalité du pouvoir de négociation a été établie, les désavantages pertinents nuisaient à la capacité de la partie de négocier ou de conclure librement un contrat, compromettaient la capacité d’une partie à comprendre ou à apprécier le sens ou l’importance des clauses du contrat ou les deux (voir Stephen A. Smith, *Contract Theory* (2004), p. 343-344; John R. Peden, *The Law of Unjust Contracts : Including the Contracts Review Act 1980 (NSW) With Detailed Annotations Procedure and Pleadings* (1982), p. 36;

of the *English Law of Contract* (2016), at p. 210; *Downer*, at para. 54; *McInnes*, at p. 525).

[69] One common example of inequality of bargaining power comes in the “necessity” cases, where the weaker party is so dependent on the stronger that serious consequences would flow from not agreeing to a contract. This imbalance can impair the weaker party’s ability to contract freely and autonomously. When the weaker party would accept almost any terms, because the consequences of failing to agree are so dire, equity intervenes to prevent a contracting party from gaining too great an advantage from the weaker party’s unfortunate situation. As the Privy Council has said, “as a matter of common fairness, ‘it [is] not right that the strong should be allowed to push the weak to the wall’” (*Janet Boustany v. George Pigott Co (Antigua and Barbuda)*, [1993] UKPC 17, at p. 6 (BAILII), quoting *Alec Lobb (Garages) Ltd. v. Total Oil (Great Britain) Ltd.*, [1985] 1 W.L.R. 173, at p. 183; see also *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1975] 1 Q.B. 326 (C.A.), at pp. 336-37).

[70] The classic example of a “necessity” case is a rescue at sea scenario (see *The Medina* (1876), 1 P.D. 272). The circumstances under which such agreements are made indicate the weaker party did not freely enter into the contract, as it was the product of his “extreme need . . . to relieve the straits in which he finds himself” (*Bundy*, at p. 339). Other situations of dependence also fit this mould, including those where a party is vulnerable due to financial desperation, or where there is “a special relationship in which trust and confidence has been reposed in the other party” (*Norberg*, at p. 250, quoting Christine Boyle and David R. Percy, *Contracts: Cases and Commentaries* (4th ed. 1989), at pp. 637-38). Unequal bargaining power can be established in these scenarios even if duress and undue influence have not been demonstrated (see *Norberg*, at pp. 247-48; see also *McInnes*, at p. 543).

Andrew Burrows, *A Restatement of the English Law of Contract* (2016), p. 210; *Downer*, par. 54; *McInnes*, p. 525).

[69] Un exemple courant d’inégalité du pouvoir de négociation provient des causes de « nécessité », dans lesquelles la partie plus faible est à ce point dépendante de la plus forte que son refus de conclure le contrat pourrait entraîner de graves conséquences. Ce déséquilibre peut nuire à la capacité de la partie plus faible de contracter librement et de manière autonome. Lorsque cette partie est prête à accepter presque n’importe quelle condition, parce que les conséquences d’un refus seraient si graves, l’équité intervient pour empêcher une partie contractante de tirer un trop grand avantage de la situation malheureuse de la partie la plus faible. Comme l’a affirmé le Conseil privé, [TRADUCTION] « par souci d’équité élémentaire, “il n’[est] pas juste que les forts puissent pousser les faibles au pied du mur” » (*Janet Boustany c. George Pigott Co (Antigua and Barbuda)*, [1993] UKPC 17, p. 6 (BAILII), citant *Alec Lobb (Garages) Ltd. c. Total Oil (Great Britain) Ltd.*, [1985] 1 W.L.R. 173, p. 183; voir aussi *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, [1975] 1 Q.B. 326 (C.A.), p. 336-337).

[70] L’exemple classique d’un cas de « nécessité » est celui d’un sauvetage en mer (voir *The Medina* (1876), 1 P.D. 272). Les circonstances dans lesquelles de telles ententes sont conclues indiquent que la partie la plus faible n’a pas conclu le contrat librement, puisque ce dernier a été le fruit de son [TRADUCTION] « besoin extrême [. . .] de remédier aux difficultés auxquelles elle était confrontée » (*Bundy*, p. 339). D’autres situations de dépendance entrent aussi dans ce moule, y compris celles où une partie est vulnérable en raison de son désespoir sur le plan financier, ou lorsqu’il existe « un rapport spécial fondé sur la confiance de l’une des parties envers l’autre » (*Norberg*, p. 250, citant Christine Boyle et David R. Percy, *Contracts : Cases and Commentaries* (4^e éd. 1989), p. 637-638). L’inégalité du pouvoir de négociation peut être établie dans ces cas de figure, même s’il n’a pas été démontré qu’il y a eu contrainte ou influence indue (voir *Norberg*, p. 247-248; voir aussi *McInnes*, p. 543).

[71] The second common example of an inequality of bargaining power is where, as a practical matter, only one party could understand and appreciate the full import of the contractual terms, creating a type of “cognitive asymmetry” (see Smith, at pp. 343-44). This may occur because of personal vulnerability or because of disadvantages specific to the contracting process, such as the presence of dense or difficult to understand terms in the parties’ agreement. In these cases, the law’s assumption about self-interested bargaining loses much of its force. Unequal bargaining power can be established in these scenarios even if the legal requirements of contract formation have otherwise been met (see Sébastien Grammond, “The Regulation of Abusive or Unconscionable Clauses from a Comparative Law Perspective” (2010), 49 *Can. Bus. L.J.* 345, at pp. 353-54).

[72] These examples of inequality of bargaining power are intended to assist in organizing and understanding prior cases of unconscionability. They provide two examples of how weaker parties may be vulnerable to exploitation in the contracting process. Regardless of the type of impairment involved, what matters is the presence of a bargaining context “where the law’s normal assumptions about free bargaining either no longer hold substantially true or are incapable of being fairly applied” (Bigwood, at p. 185 (emphasis deleted); see also Benson, at pp. 189-90). In these circumstances, courts can provide relief from a bargain that is improvident for the weaker party in the contracting relationship.

[73] This leads us to the second element of unconscionability: an improvident bargain.

[74] A bargain is improvident if it unduly advantages the stronger party or unduly disadvantages the more vulnerable (see McCamus, at pp. 426-27; Chen-Wishart (1989), at p. 51; Benson, at p. 187; see also Waddams (2017), at p. 303; Stephen Waddams, *Principle and Policy in Contract Law: Competing or Complementary Concepts?* (2011), at pp. 87 and

[71] Le deuxième exemple classique d’inégalité du pouvoir de négociation survient lorsque, d’un point de vue pratique, une seule des parties peut comprendre et apprécier la portée complète des clauses du contrat, ce qui crée une sorte [TRADUCTION] « d’asymétrie cognitive » (voir Smith, p. 343-344). Cette situation peut se présenter en raison de la vulnérabilité d’une personne ou de désavantages propres au processus de formation des contrats, comme la présence de clauses denses ou difficiles à comprendre dans l’entente des parties. Dans ces cas, l’hypothèse du droit selon laquelle les parties protègent leurs intérêts perd de sa force. L’inégalité du pouvoir de négocier peut être établie dans ces cas de figure, même si les exigences légales relatives à la formation du contrat ont par ailleurs été respectées (voir Sébastien Grammond, « The Regulation of Abusive or Unconscionable Clauses from a Comparative Law Perspective » (2010), 49 *Rev. can. dr. comm.* 345, p. 353-354).

[72] Ces exemples d’inégalité du pouvoir de négociation sont censés contribuer à l’organisation et à la compréhension de cas antérieurs d’iniquité. Ils fournissent deux exemples de la façon dont la partie la plus faible peut être vulnérable à l’exploitation dans le cadre du processus de formation des contrats. Quel que soit le type d’incapacité en cause, ce qui importe, c’est d’être en présence d’un contexte de négociation [TRADUCTION] « où les hypothèses normales du droit sur la liberté de négociation soit ne tiennent essentiellement plus soit ne peuvent pas être appliquées équitablement » (Bigwood, p. 185 (italique omis); voir aussi Benson, p. 189-190). Dans ces circonstances, les tribunaux peuvent offrir une réparation pour remédier à un marché imprudent pour la partie la plus faible de la relation contractuelle.

[73] Cela nous amène au second élément de l’iniquité : un marché imprudent.

[74] Un marché est imprudent s’il avantage indûment la partie la plus forte ou désavantage indûment la plus vulnérable (voir McCamus, p. 426-427; Chen-Wishart (1989), p. 51; Benson, p. 187; voir aussi Waddams (2017), p. 303; Stephen Waddams, *Principle and Policy in Contract Law : Competing or Complementary Concepts?* (2011), p. 87 et 121-122).

121-22). Improvidence is measured at the time the contract is formed; unconscionability does not assist parties trying to “escape from a contract when their circumstances are such that the agreement *now* works a hardship upon them” (John-Paul F. Bogden, “On the ‘Agreement Most Foul’: A Reconsideration of the Doctrine of Unconscionability” (1997), 25 *Man. L.J.* 187, at p. 202 (emphasis in original)).

[75] Improvidence must be assessed contextually (McInnes, at p. 528). In essence, the question is whether the potential for undue advantage or disadvantage created by the inequality of bargaining power has been realized. An undue advantage may only be evident when the terms are read in light of the surrounding circumstances at the time of contract formation, such as market price, the commercial setting or the positions of the parties (see Chen-Wishart (1989), at pp. 51-56; McInnes, at pp. 528-29; Reiter, at pp. 417-18).

[76] For a person who is in desperate circumstances, for example, almost *any* agreement will be an improvement over the status quo. In these circumstances, the emphasis in assessing improvidence should be on whether the stronger party has been unduly enriched. This could occur where the price of goods or services departs significantly from the usual market price.

[77] Where the weaker party did not understand or appreciate the meaning and significance of important contractual terms, the focus is on whether they have been unduly disadvantaged by the terms they did not understand or appreciate. These terms are unfair when, given the context, they flout the “reasonable expectation” of the weaker party (see Swan, Adamski and Na, at pp. 993-94) or cause an “unfair surprise” (American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Proposed Amendments to Uniform Commercial Code Article 2 – Sales: With Prefatory Note and Proposed Comments* (2002), at p. 40). This is an objective standard, albeit one that has regard to the context.

L'imprudence est mesurée au moment de la conclusion du contrat; en effet, la doctrine de l'iniquité ne vient pas au secours de parties qui tentent [TRADUCTION] « d'échapper à un contrat lorsque leurs circonstances sont telles que l'entente leur cause *maintenant* un préjudice » (John-Paul F. Bogden, « On the “Agreement Most Foul” : A Reconsideration of the Doctrine of Unconscionability » (1997), 25 *Man. L.J.* 187, p. 202 (en italique dans l'original)).

[75] L'imprudence doit être évaluée selon le contexte (McInnes, p. 528). Essentiellement, il s'agit de se demander si le potentiel d'avantages ou de désavantages indus créés par l'inégalité du pouvoir de négociation s'est réalisé. Il est possible qu'un avantage indu ne se manifeste que lorsque les clauses sont lues à la lumière des circonstances présentes au moment de la formation du contrat, comme le prix du marché, le contexte commercial ou les positions des parties (voir Chen-Wishart (1989), p. 51-56; McInnes, p. 528-529; Reiter, p. 417-418).

[76] Pour une personne qui se retrouve dans des circonstances désespérées, par exemple, pratiquement *n'importe quelle* entente représentera une amélioration par rapport au status quo. Dans ces circonstances, au moment d'évaluer l'imprudence, il faut se demander avant tout si la partie la plus forte a été indûment enrichie. Cela peut survenir lorsque le prix de biens ou de services s'écarte considérablement du prix habituel du marché.

[77] Lorsque la partie la plus faible n'a pas compris ou apprécié le sens et l'importance de clauses contractuelles clés, l'analyse doit porter avant tout sur la question de savoir si elle a été indûment désavantagée par les clauses qu'elle n'a pas comprises ou appréciées. Ces clauses sont abusives lorsque, compte tenu du contexte, elles bafouent les [TRADUCTION] « attentes raisonnables » de la partie la plus faible (voir Swan, Adamski et Na, p. 993-994) ou causent une [TRADUCTION] « surprise inéquitable » (American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Proposed Amendments to Uniform Commercial Code Article 2 — Sales : With Prefatory Note and Proposed Comments* (2002), p. 40). Il s'agit d'une norme objective, mais qui tient compte du contexte.

[78] Because improvidence can take so many forms, this exercise cannot be reduced to an exact science. When judges apply equitable concepts, they are trusted to “mete out situationally and doctrinally appropriate justice” (Rotman, at p. 535). Fairness, the foundational premise and goal of equity, is inherently contextual, not easily framed by formulae or enhanced by adjectives, and necessarily dependent on the circumstances.

[79] Unconscionability, in sum, involves both inequality and improvidence (Crawford, at p. 143; Swan, Adamski and Na, at p. 986). The nature of the flaw in the contracting process is part of the context in which improvidence is assessed. And proof of a manifestly unfair bargain may support an inference that one party was unable adequately to protect their interests (see Chen-Wishart (1989), at pp. 47-48; *Portal Forest Industries Ltd. v. Saunders*, [1978] 4 W.W.R. 658 (B.C.S.C.), at pp. 664-65). It is a matter of common sense that parties do not often enter a substantively improvident bargain when they have equal bargaining power.

[80] Uber argues, however, that the Court should abandon the classic two-part approach to unconscionability and adopt a stringent test consisting of four requirements:

- a grossly unfair and improvident transaction;
- a victim’s lack of independent legal advice or other suitable advice;
- an overwhelming imbalance in bargaining power caused by the victim’s ignorance of business, illiteracy, ignorance of the language of the bargain, blindness, deafness, illness, senility, or similar disability; and
- the other party’s knowingly taking advantage of this vulnerability.

[78] Puisque l’imprudence peut prendre de nombreuses formes, cet exercice ne peut être réduit à une science exacte. Lorsque les juges appliquent des concepts d’équité, on leur fait confiance pour [TRADUCTION] « rendre une justice appropriée sur les plans situationnel et doctrinal » (Rotman, p. 535). L’équité, prémisses et objectif fondamentaux de l’équité, est intrinsèquement contextuelle, ne se laisse pas facilement encadrer par des formules ou renforcer par des adjectifs, et dépend nécessairement des circonstances.

[79] En somme, l’iniquité fait intervenir à la fois l’inégalité et l’imprudence (Crawford, p. 143; Swan, Adamski et Na, p. 986). La nature de la faille dans le processus de formation des contrats fait partie du contexte dans lequel l’imprudence est examinée. En outre, la preuve d’un marché manifestement inéquitable peut appuyer l’inférence qu’une partie était incapable de protéger adéquatement ses intérêts (voir Chen-Wishart (1989), p. 47-48; *Portal Forest Industries Ltd. c. Saunders*, [1978] 4 W.W.R. 658 (C.S. C.-B.), p. 664-665). C’est une question de bon sens que les parties ne concluent pas souvent un marché substantiellement imprudent lorsqu’elles ont un pouvoir de négociation égal.

[80] Uber fait toutefois valoir que la Cour devrait abandonner l’approche classique en deux volets de l’iniquité et adopter un test rigoureux comprenant quatre exigences :

- une entente manifestement inéquitable et imprudence;
- une victime qui n’a pas eu accès à des conseils juridiques indépendants ou à d’autres conseils appropriés;
- un déséquilibre flagrant dans le pouvoir de négociation causé par la méconnaissance des affaires de la victime, son analphabétisme, son ignorance du jargon de l’entente, sa cécité, sa surdité, sa maladie, sa sénilité, ou une incapacité similaire;
- la conscience par l’autre partie qu’elle tire avantage de cette vulnérabilité.

(See *Phoenix Interactive Design Inc. v. Alterinvest II Fund L.P.*, 2018 ONCA 98, 420 D.L.R. (4th) 335, at para. 15; see also *Titus*, at para. 38; *Cain*, at para. 32.)

[81] This higher threshold requires that the transaction was “grossly” unfair, that there was no independent advice, that the imbalance in bargaining power was “overwhelming”, and that there was an intention to take advantage of a vulnerable party.

[82] We reject this approach. This four-part test raises the traditional threshold for unconscionability and unduly narrows the doctrine, making it more formalistic and less equity-focused. Unconscionability has always targeted unfair bargains resulting from unfair bargaining. Elevating these additional factors to rigid requirements distracts from that inquiry.

[83] Independent advice is relevant only to the extent that it ameliorates the inequality of bargaining power experienced by the weaker party (see Rick Bigwood, “Rescuing the Canadian Unconscionability Doctrine? Reflections on the Court’s ‘Applicable Principles’ in *Downer v. Pitcher*” (2018), 60 *Can. Bus. L.J.* 124, at p. 136; Spencer Nathan Thal, “The Inequality of Bargaining Power Doctrine: the Problem of Defining Contractual Unfairness” (1988), 8 *Oxford J. Legal Stud.* 17, at pp. 32-33). It, for example, can assist a weaker party in understanding the terms of a contract, but might not ameliorate a weaker party’s desperation or dependence on a stronger party (Thal, at p. 33). Even where advice might be of assistance, *pro forma* or ineffective advice may not improve a party’s ability to protect their interests (Chen-Wishart (1989), at pp. 110-11).

[84] Unconscionability, moreover, can be established without proof that the stronger party knowingly took advantage of the weaker. Such a requirement is closely associated with theories of unconscionability that focus on wrongdoing by the defendant (see *Boustany*, at p. 6). But unconscionability

(Voir *Phoenix Interactive Design Inc. c. Alterinvest II Fund L.P.*, 2018 ONCA 98, 420 D.L.R. (4th) 335, par. 15; voir aussi *Titus*, par 38; *Cain*, par. 32.)

[81] Ce seuil plus élevé exigerait que la transaction ait été « manifestement » injuste, qu’il n’y ait pas eu de conseils indépendants, que le déséquilibre du pouvoir de négociation ait été « flagrant » et qu’il y ait eu intention de profiter d’une partie vulnérable.

[82] Nous rejetons cette approche. Ce test à quatre volets élèverait le seuil traditionnel appliqué en matière d’iniquité et il réduirait indûment la doctrine, la rendant plus formaliste et moins axée sur l’équité. La doctrine de l’iniquité a toujours visé les marchés inéquitables résultant de négociations inéquitables. Le fait d’élever ces facteurs supplémentaires pour en faire des exigences rigides détournerait l’attention de cette enquête.

[83] Le fait que des conseils indépendants ont ou non été prodigués n’est pertinent que dans la mesure où ils réduisent l’inégalité du pouvoir de négociation dont pâtit la partie la plus faible (voir Rick Bigwood, « Rescuing the Canadian Unconscionability Doctrine? Reflections on the Court’s “Applicable Principles” in *Downer v. Pitcher* » (2018), 60 *Rev. can. dr. comm.* 124, p. 136; Spencer Nathan Thal, « The Inequality of Bargaining Power Doctrine : the Problem of Defining Contractual Unfairness » (1988), 8 *Oxford J. Legal Stud.* 17, p. 32-33). Ils peuvent, par exemple, aider cette dernière à comprendre les clauses d’un contrat, mais ne pas réduire son désespoir ou sa dépendance envers une partie plus forte (Thal, p. 33). Même lorsque les conseils peuvent aider, des conseils *pro forma* ou inefficaces peuvent ne pas améliorer la capacité d’une partie de protéger ses intérêts (Chen-Wishart (1989), p. 110-111).

[84] De plus, l’iniquité peut être établie sans preuve que la partie la plus forte a sciemment tiré avantage de la partie la plus faible. Une telle exigence est étroitement liée aux théories relatives à l’iniquité axées sur les actes répréhensibles du défendeur (voir *Boustany*, p. 6). Or, l’iniquité peut survenir sans que

can be triggered without wrongdoing. As Professor Waddams compellingly argues:

The phrases ‘unconscionable conduct’, ‘unconscionable behaviour’ and ‘unconscionable dealing’ lack clarity, are unhistorical insofar as they imply the need for proof of wrongdoing, and have been unduly restrictive.

(Waddams (2019), at pp. 118-19; see also Benson, at p. 188; Smith, at pp. 360-62.)

[85] We agree. One party knowingly or deliberately taking advantage of another’s vulnerability may provide strong evidence of inequality of bargaining power, but it is not essential for a finding of unconscionability. Such a requirement improperly emphasizes the state of mind of the stronger party, rather than the protection of the more vulnerable. This Court’s decisions leave no doubt that unconscionability focuses on the latter purpose. Parties cannot expect courts to enforce improvident bargains formed in situations of inequality of bargaining power; a weaker party, after all, is as disadvantaged by inadvertent exploitation as by deliberate exploitation. A rigid requirement based on the stronger party’s state of mind would also erode the modern relevance of the unconscionability doctrine, effectively shielding from its reach improvident contracts of adhesion where the parties did not interact or negotiate.

[86] In our view, the requirements of inequality and improvidence, properly applied, strike the proper balance between fairness and commercial certainty. Freedom of contract remains the general rule. It is precisely because the law’s ordinary assumptions about the bargaining process do not apply that relief against an improvident bargain is justified.

[87] Respecting the doctrine of unconscionability has implications for boiler-plate or standard form

des actes répréhensibles soient commis. Comme le plaide le professeur Waddams de manière convaincante :

[TRADUCTION] Les termes « conduite inique », « comportement inique » et « opérations iniques » manquent de clarté, ils ne correspondent pas à l’historique de la doctrine dans la mesure où ils supposent qu’il faut faire la preuve d’actes répréhensibles, et ils ont été indûment restrictifs.

(Waddams (2019), p. 118-119; voir aussi Benson, p. 188; Smith, p. 360-362.)

[85] Nous sommes d’accord. Le fait qu’une partie tire sciemment et délibérément avantage de la vulnérabilité d’une autre peut constituer une preuve solide de l’inégalité du pouvoir de négociation, mais cela n’est pas essentiel pour conclure à l’iniquité. Une telle exigence mettrait à tort l’accent sur l’état d’esprit de la partie la plus forte, plutôt que sur la protection de celle qui est plus vulnérable. Les décisions de la Cour ne laissent aucun doute que la doctrine de l’iniquité est axée sur ce deuxième objectif. Les parties ne peuvent pas s’attendre à ce que les tribunaux appliquent des marchés imprudents conclus dans des situations d’inégalité du pouvoir de négociation; après tout, une partie plus faible est désavantagée tout autant par une exploitation involontaire que par une exploitation délibérée. Une exigence rigide fondée sur l’état d’esprit de la partie la plus forte aurait en outre pour effet d’éroder la pertinence moderne de la doctrine de l’iniquité, puisque, dans les faits, elle mettrait les contrats d’adhésion imprudents à l’abri d’une contestation sur ce fondement lorsque les parties n’ont pas interagi ou négocié.

[86] Selon nous, les exigences d’inégalité et d’imprudence, bien appliquées, atteignent le bon équilibre entre l’équité et la stabilité en matière commerciale. La liberté de contracter reste la règle générale. C’est précisément parce que les hypothèses habituelles du droit quant aux processus de négociation ne s’appliquent pas que le recours contre les marchés imprudents est justifié.

[87] Le respect de la doctrine de l’iniquité a des répercussions sur les contrats types. Comme l’a

contracts. As Karl N. Llewellyn, the primary drafter of the *Uniform Commercial Code*, explained:

Instead of thinking about “assent” to boiler-plate clauses, we can recognize that so far as concerns the specific, there is no assent at all. What has in fact been assented to, specifically, are the few dickered terms, and the broad type of the transaction, and but one thing more. That one thing more is a blanket assent (not a specific assent) to any not unreasonable or indecent terms the seller may have on his form, which do not alter or eviscerate the reasonable meaning of the dickered terms. The fine print which has not been read has no business to cut under the reasonable meaning of those dickered terms which constitute the dominant and only real expression of agreement, but much of it commonly belongs in.

...

There has been an arm’s-length deal, with dickered terms. There has been accompanying that basic deal another which . . . at least involves a plain expression of confidence, asked and accepted, with a corresponding limit on the powers granted: the boiler-plate is assented to en bloc, “unsight, unseen,” on the implicit assumption and to the full extent that (1) it does not alter or impair the fair meaning of the dickered terms when read alone, and (2) that its terms are neither in the particular nor in the net manifestly unreasonable and unfair.

(The Common Law Tradition: Deciding Appeals (1960), at pp. 370-71)

[88] We do not mean to suggest that a standard form contract, by itself, establishes an inequality of bargaining power (Waddams (2017), at p. 240). Standard form contracts are in many instances both necessary and useful. Sophisticated commercial parties, for example, may be familiar with contracts of adhesion commonly used within an industry. Sufficient explanations or advice may offset uncertainty about the terms of a standard form agreement. Some standard form contracts may clearly and effectively communicate the meaning of clauses with unusual or onerous effects (Benson, at p. 234).

expliqué Karl N. Llewellyn, le principal rédacteur du *Code commercial uniforme* :

[TRADUCTION] Au lieu de voir les choses sous l’angle d’un « assentiment » aux clauses types, nous pouvons reconnaître qu’en ce qui a trait aux particularités, il n’y a pas d’assentiment. En fait, ce qui a reçu un assentiment, plus particulièrement, ce sont les rares conditions qui ont été négociées, le caractère général de l’opération, et quelque chose de plus. Ce quelque chose de plus, c’est un assentiment général (et non particulier) à toute condition non déraisonnable ou contraire aux bonnes mœurs que le vendeur a pu inclure dans son contrat type, et qui n’altère pas le sens raisonnable des conditions négociées ni ne les vide de leur contenu. Les petits caractères qui n’ont pas été lus ne sauraient altérer le sens raisonnable de ces conditions négociées qui constituent l’expression dominante et la seule véritable expression de l’accord, mais une grande partie de ceux-ci est communément utilisée.

...

Un marché sans lien de dépendance, assorti de conditions négociées, a été conclu. Ce marché de base était accompagné d’un autre qui [. . .] comporte à tout le moins une expression évidente de confiance, demandée et acceptée, assortie d’une restriction correspondante des pouvoirs accordés : le contrat type reçoit un assentiment « en bloc », à l’aveuglette, sur la présomption implicite suivante et dans la mesure où : (1) il n’altère ni ne réduit le sens ordinaire des conditions négociées lorsqu’on les interprète isolément, et (2) les conditions qu’il contient ne sont ni d’une manière particulière ni d’une manière générale manifestement déraisonnables et inéquitables.

(The Common Law Tradition : Deciding Appeals (1960), p. 370-371)

[88] Nous ne voulons pas laisser entendre qu’un contrat type, en soi, crée une inégalité du pouvoir de négociation (Waddams (2017), p. 240). Au contraire, les contrats types sont dans bien des cas à la fois nécessaires et utiles. Par exemple, des gens d’affaires avisés peuvent être familiers avec les contrats d’adhésion couramment utilisés au sein d’une industrie. Des explications ou des conseils suffisants peuvent lever l’incertitude quant aux clauses d’une convention type. Certains contrats types peuvent exprimer clairement et efficacement le sens de clauses dont les effets sont inhabituels ou onéreux (Benson, p. 234).

[89] Our point is simply that unconscionability has a meaningful role to play in examining the conditions behind consent to contracts of adhesion, as it does with any contract. The many ways in which standard form contracts can impair a party's ability to protect their interests in the contracting process and make them more vulnerable, are well-documented. For example, they are drafted by one party without input from the other and they may contain provisions that are difficult to read or understand (see Margaret Jane Radin, "Access to Justice and Abuses of Contract" (2016), 33 *Windsor Y.B. Access Just.* 177, at p. 179; Stephen Waddams, "Review Essay: The Problem of Standard Form Contracts: A Retreat to Formalism" (2013), 53 *Can. Bus. L.J.* 475, at pp. 475-76; Thal, at pp. 27-28; William J. Woodward, Jr., "Finding the Contract in Contracts for Law, Forum and Arbitration" (2006), 2 *Hastings Bus. L.J.* 1, at p. 46). The potential for such contracts to create an inequality of bargaining power is clear. So too is their potential to enhance the advantage of the stronger party at the expense of the more vulnerable one, particularly through choice of law, forum selection, and arbitration clauses that violate the adhering party's reasonable expectations by depriving them of remedies. This is precisely the kind of situation in which the unconscionability doctrine is meant to apply.

[90] This development of the law of unconscionability in connection with standard form contracts is not radical. On the contrary, it is a modern application of the doctrine to situations where "the normative rationale for contract enforcement [is] stretched beyond the breaking point" (Radin, at p. 179). The link between standard form contracts and unconscionability has been suggested in judicial decisions, textbooks, and academic articles for years (see, e.g., *Douez*, at para. 114; *Davidson v. Three Spruces Realty Ltd.* (1977), 79 D.L.R. (3d) 481 (B.C.S.C.); *Hunter*, at p. 513; Swan, Adamski and Na, at pp. 992-93; McCamus, at p. 444; Jean Braucher, "Unconscionability in the Age of Sophisticated Mass-Market Framing Strategies and the Modern Administrative State" (2007), 45 *Can. Bus. L.J.* 382, at p. 396). It has also been present in the American jurisprudence for more than half a

[89] Nous sommes simplement d'avis que la doctrine de l'iniquité a un rôle significatif à jouer lors de l'examen des conditions dans lesquelles les parties consentent à des contrats d'adhésion, ou d'ailleurs à n'importe quel contrat. Les nombreuses façons dont les contrats types peuvent nuire à la capacité de certaines parties de protéger leurs intérêts durant le processus de formation des contrats et les rendre vulnérables sont bien documentées. Par exemple, ils sont rédigés par une partie sans que l'autre n'intervienne. Ils peuvent aussi contenir des clauses difficiles à lire ou à comprendre (voir Margaret Jane Radin, « Access to Justice and Abuses of Contract » (2016), 33 *Windsor Y.B. Access Just.* 177, p. 179; Stephen Waddams, « Review Essay : The Problem of Standard Form Contracts : A Retreat to Formalism » (2013), 53 *Rev. can. dr. comm.* 475, p. 475-476; Thal, p. 27-28; William J. Woodward Jr., « Finding the Contract in Contracts for Law, Forum and Arbitration » (2006), 2 *Hastings Bus. L.J.* 1, p. 46). La possibilité que de tels contrats créent une inégalité du pouvoir de négociation est évidente. Il en va de même pour leur potentiel à renforcer l'avantage de la partie la plus forte au détriment de la plus vulnérable, notamment par le choix de la loi, l'élection du for et les clauses d'arbitrage qui violent les attentes raisonnables de la partie adhérente en la privant de recours. C'est précisément le genre de situations dans lesquelles la doctrine de l'iniquité est censée s'appliquer.

[90] Cette évolution du droit relatif à l'iniquité en lien avec les contrats types n'est pas radicale. Au contraire, il s'agit d'une application moderne de la doctrine à des situations où [TRADUCTION] « la logique normative de l'exécution des contrats [est] étirée au-delà du point de rupture » (Radin, p. 179). Des décisions judiciaires ainsi que des ouvrages et des articles de doctrine ont suggéré depuis des années l'existence d'un lien entre les contrats types et l'iniquité (voir, p. ex., *Douez*, par. 114, *Davidson c. Three Spruces Realty Ltd.* (1977), 79 D.L.R. (3d) 481 (C.S. C.-B.); *Hunter*, p. 513; Swan, Adamski et Na, p. 992-993; McCamus, p. 444; Jean Braucher, « Unconscionability in the Age of Sophisticated Mass-Market Framing Strategies and the Modern Administrative State » (2007), 45 *Rev. can. dr. comm.* 382, p. 396). Il en a aussi été question dans la jurisprudence américaine depuis plus d'un demi-siècle (voir

century (see *Williams v. Walker-Thomas Furniture Company*, 350 F.2d 445 (1965), at pp. 449-50).

[91] Applying the unconscionability doctrine to standard form contracts also encourages those drafting such contracts to make them more accessible to the other party or to ensure that they are not so lop-sided as to be improvident, or both. The virtues of fair dealing were explained by Jean Braucher as follows:

Businesses are driven to behave competitively in their framing of market situations or otherwise they lose to those who do. Only if there are meaningful checks on what might be considered immoral behavior will persons in business have the freedom to act on their moral impulses. An implication of this point is that, absent regulation, business culture will become ever more ruthless, so that the distinctions between “reputable businesses” and fringe marketers gradually wither away. . . . [p. 390]

[92] This brings us to the appeal before us and whether Mr. Heller’s arbitration clause with Uber is unconscionable.

[93] There was clearly inequality of bargaining power between Uber and Mr. Heller. The arbitration agreement was part of a standard form contract. Mr. Heller was powerless to negotiate any of its terms. His only contractual option was to accept or reject it. There was a significant gulf in sophistication between Mr. Heller, a food deliveryman in Toronto, and Uber, a large multinational corporation. The arbitration agreement, moreover, contains no information about the costs of mediation and arbitration in the Netherlands. A person in Mr. Heller’s position could not be expected to appreciate the financial and legal implications of agreeing to arbitrate under ICC Rules or under Dutch law. Even assuming that Mr. Heller was the rare fellow who would have read through the contract in its entirety before signing it, he would have had no reason to suspect that behind an innocuous reference to mandatory mediation “under the International Chamber of Commerce Mediation Rules” that could be followed by “arbitration under the Rules of Arbitration of the International Chamber

Williams c. Walker-Thomas Furniture Company, 350 F.2d 445 (1965), p. 449-450).

[91] Appliquer la doctrine de l’iniquité aux contrats types encouragera en outre leurs rédacteurs à les rendre plus accessibles pour l’autre partie ou à s’assurer qu’ils ne sont pas à ce point déséquilibrés qu’ils en sont imprudents, ou encore à faire les deux. Les vertus des transactions équitables ont été expliquées comme suit par Jean Braucher :

[TRADUCTION] Les entreprises sont amenées à se comporter de manière compétitive dans leur façon d’envisager le commerce, sinon elles perdent contre celles qui le font. Ce n’est que si des contrôles significatifs sont effectués relativement à ce qui pourrait être considéré comme un comportement immoral que les gens d’affaires auront la liberté d’agir en fonction de leurs réflexes moraux. Il en découle que, en l’absence de réglementation, la culture du monde des affaires deviendrait de plus en plus impitoyable, de sorte que les distinctions entre les « entreprises de bonne réputation » et les vendeurs marginaux s’estomperaient progressivement . . . [p. 390]

[92] Cela nous amène au pourvoi dont nous sommes saisis et à la question de savoir si la clause d’arbitrage qui lie M. Heller et Uber est inique.

[93] Il y avait manifestement une inégalité du pouvoir de négociation entre Uber et M. Heller. La convention d’arbitrage faisait partie d’un contrat type. M. Heller n’avait aucun pouvoir de négociation sur ses clauses. Sa seule option contractuelle était de l’accepter ou de la rejeter. Il existait un fossé important sur le plan des connaissances entre M. Heller, un livreur de nourriture à Toronto, et Uber, une grande multinationale. De plus, la convention d’arbitrage ne contient aucune information sur les coûts de la médiation et de l’arbitrage qui doivent se dérouler aux Pays-Bas. On ne peut s’attendre à ce qu’une personne dans la position de M. Heller puisse apprécier les conséquences financières et juridiques de son consentement à un arbitrage mené en application des règlements de la CCI ou du droit néerlandais. Même en supposant que M. Heller soit une des rares personnes à avoir lu le contrat dans son intégralité avant de le signer, il n’aurait eu aucune raison de soupçonner que derrière une référence inoffensive à la médiation obligatoire [TRADUCTION] « prévue par

of Commerce”, there lay a US\$14,500 hurdle to relief. Exacerbating this situation is that these Rules were not attached to the contract, and so Mr. Heller would have had to search them out himself.

[94] The improvidence of the arbitration clause is also clear. The mediation and arbitration processes require US\$14,500 in up-front administrative fees. This amount is close to Mr. Heller’s annual income and does not include the potential costs of travel, accommodation, legal representation or lost wages. The costs are disproportionate to the size of an arbitration award that could reasonably have been foreseen when the contract was entered into. The arbitration agreement also designates the law of the Netherlands as the governing law and Amsterdam as the “place” of the arbitration. This gives Mr. Heller and other Uber drivers in Ontario the clear impression that they have little choice but to travel at their own expense to the Netherlands to individually pursue claims against Uber through mandatory mediation and arbitration in Uber’s home jurisdiction. Any representations to the arbitrator, including about the location of the hearing, can only be made after the fees have been paid.

[95] The arbitration clause, in effect, modifies every other substantive right in the contract such that all rights that Mr. Heller enjoys are subject to the apparent precondition that he travel to Amsterdam,⁷ initiate an arbitration by paying the required fees and receive an arbitral award that establishes a violation of this right. It is only once these preconditions are met that Mr. Heller can get a court order to enforce his substantive rights under the contract. Effectively, the arbitration clause makes the substantive rights

⁷ We note that Uber’s concession that the arbitration could physically occur in Ontario is of no moment in the context of a standard form contract that stipulates the “place of arbitration shall be Amsterdam, The Netherlands”.

le Règlement de médiation de la Chambre de commerce internationale » qui pourrait être suivie d’un « arbitrage conformément au Règlement d’arbitrage de la Chambre de commerce internationale », il y avait un obstacle de 14 500 \$ US à franchir pour avoir accès à une réparation. Le fait que ces règlements n’étaient pas annexés au contrat, et que M. Heller aurait donc dû les chercher lui-même, aggrave la situation.

[94] Le caractère imprudent de la clause d’arbitrage est également manifeste. Les procédures de médiation et d’arbitrage requièrent le paiement de 14 500 \$ US de frais administratifs initiaux. Ce montant s’apparente au revenu annuel de M. Heller et ne comprend pas les frais potentiels du déplacement, de l’hébergement, de la représentation juridique, ni non plus les pertes de revenu. Ces frais sont disproportionnés par rapport à la valeur d’une sentence arbitrale qui aurait pu être raisonnablement envisagée lors de la conclusion du contrat. La convention d’arbitrage désigne également le droit néerlandais comme droit applicable et Amsterdam comme « lieu » de l’arbitrage. Cela donne à M. Heller et aux autres chauffeurs d’Uber qui se trouvent en Ontario l’impression claire qu’ils n’ont guère d’autre choix que de se rendre aux Pays-Bas, à leurs propres frais, afin de faire valoir individuellement leurs réclamations contre Uber au moyen d’une médiation et d’un arbitrage obligatoires dans le ressort d’origine d’Uber. Toute représentation auprès de l’arbitre, y compris concernant le lieu de l’audience, ne peut être faite qu’après le paiement des frais.

[95] En fait, la clause d’arbitrage modifie tous les autres droits substantiels prévus au contrat de sorte que tous les droits dont jouit M. Heller sont assujettis à la condition préalable apparente qu’il se rende à Amsterdam⁷, entame une procédure d’arbitrage en payant les frais requis et reçoive une sentence arbitrale établissant une violation de ce droit. Ce n’est qu’une fois ces conditions préalables remplies que M. Heller peut obtenir une décision de justice pour faire valoir ses droits substantiels en application

⁷ Nous notons que la concession d’Uber selon laquelle l’arbitrage pourrait se dérouler physiquement en Ontario n’a aucune pertinence dans le contexte d’un contrat type qui stipule que [TRADUCTION] « [l]e lieu de l’arbitrage sera Amsterdam, aux Pays-Bas ».

given by the contract unenforceable by a driver against Uber. No reasonable person who had understood and appreciated the implications of the arbitration clause would have agreed to it.

[96] We add that the unconscionability of the arbitration clause can be considered separately from that of the contract as a whole. As explained in *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909 (H.L.), an arbitration agreement “constitutes a self-contained contract collateral or ancillary to the [main] agreement” (p. 980; see also p. 998, per Lord Scarman). Further support comes from the severability clause of the Uber Rasier and Uber Portier agreements, and s. 17(2) of the AA.⁸

[97] Respect for arbitration is based on it being a cost-effective and efficient method of resolving disputes. When arbitration is realistically unattainable, it amounts to no dispute resolution mechanism at all. As our colleague Justice Brown notes, under the arbitration clause, “Mr. Heller, and only Mr. Heller, would experience undue hardship in attempting to advance a claim against Uber, regardless of the claim’s legal merit” (para. 136). The arbitration clause is the only way Mr. Heller can vindicate his rights under the contract, but arbitration is out of reach for him and other drivers in his position. His contractual rights are, as a result, illusory.

[98] Based on both the disadvantages faced by Mr. Heller in his ability to protect his bargaining interests and on the unfair terms that resulted, the arbitration clause is unconscionable and therefore invalid.

du contrat. En fait, la clause d’arbitrage empêche un chauffeur de faire valoir contre Uber les droits substantiels prévus au contrat. Aucune personne raisonnable ayant compris et apprécié les conséquences de la clause d’arbitrage ne l’aurait acceptée.

[96] Nous ajoutons que l’iniquité de la clause d’arbitrage peut être examinée distinctement de celle du contrat dans son ensemble. Comme l’explique la décision *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik c. South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909 (H.L.), une convention d’arbitrage [TRANSDUCTION] « constitue un contrat collatéral indépendant ou accessoire au contrat [principal] » (p. 980; voir aussi p. 998, le lord Scarman). La clause de divisibilité des accords Uber Rasier et Uber Portier et le par. 17(2) de la LA⁸ étaient en outre cette position.

[97] Le respect de l’arbitrage repose sur le fait qu’il s’agit d’un mode rentable et efficace de résolution des différends. Lorsqu’il est réalistement irréalisable, cela équivaut à une absence totale de mécanisme de résolution des différends. Comme le fait remarquer notre collègue, le juge Brown, selon la clause d’arbitrage, « M. Heller, et uniquement lui, serait exposé à des contraintes excessives s’il tentait de présenter une demande contre Uber, peu importe le bien-fondé de la demande » (par. 136). La clause d’arbitrage est le seul moyen pour M. Heller de faire valoir les droits que lui confère le contrat, mais l’arbitrage est hors de portée pour lui et pour les autres chauffeurs dans sa position. Ses droits contractuels sont, par conséquent, illusoires.

[98] Compte tenu à la fois des désavantages auxquels M. Heller a été confronté quant à sa capacité à protéger ses intérêts dans le cadre d’une négociation et des clauses abusives qui en ont résulté, la clause d’arbitrage est inique et donc nulle.

⁸ This Court, moreover, has confirmed that a finding of unconscionability can be directed at a contract as a whole or against any severable provisions of it (*Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, [2010] 1 S.C.R. 69, at para. 122, citing *Hunter*, at p. 462, per Dickson C.J.; McCamus, at pp. 440-42; Chris D. L. Hunt and Milad Javdan, “Apparitions of Doctrines Past: Fundamental Breach and Exculpatory Clauses in the Post-*Tercon* Jurisprudence” (2018), 60 *Can. Bus. L.J.* 309, at p. 328, fn. 112).

⁸ En outre, la Cour a confirmé que la conclusion d’iniquité peut viser un contrat dans son ensemble ou l’une ou l’autre de ses clauses qui peut en être extraite (*Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transport et Voirie)*, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 122, citant *Hunter*, p. 462, le juge en chef Dickson; McCamus, p. 440-442; Chris D. L. Hunt et Milad Javdan, « Apparitions of Doctrines Past : Fundamental Breach and Exculpatory Clauses in the Post-*Tercon* Jurisprudence » (2018), 60 *Rev. can. dr. comm.* 309, p. 328, n. 112).

[99] Given the conclusion that the arbitration agreement is invalid because it is unconscionable, there is no need to decide whether it is also invalid because it has the effect of contracting out of mandatory protections in the *ESA*.

Conclusion

[100] We would dismiss the appeal with costs to Mr. Heller throughout.

The following are the reasons delivered by

BROWN J. —

I. Introduction

[101] While I agree with my colleagues Justices Abella and Rowe that the mandatory arbitration requirement is invalid, I would not rely upon the doctrine of unconscionability to reach this conclusion. Contractual stipulations that foreclose access to legally determined dispute resolution — that is, to dispute resolution according to law — are unenforceable *not* because they are unconscionable, but because they undermine the rule of law by denying access to justice, and are therefore contrary to public policy.

[102] The arbitration agreement between Uber and Mr. Heller does just that: it effectively bars Mr. Heller from advancing any claim against Uber, no matter how significant or meritorious. In effect, it is not an agreement *to* arbitrate, but rather *not* to arbitrate. In these exceptional circumstances, a central premise of curial respect for arbitration agreements — that they furnish an accessible method of achieving dispute resolution according to law — falls away. On this narrow basis, I would find that the arbitration agreement is unenforceable, and would dismiss the appeal and affirm the judgment of the Court of Appeal.

[99] Vu la conclusion selon laquelle la convention d'arbitrage est nulle du fait de son iniquité, il n'est pas nécessaire de décider si elle est également nulle parce qu'elle a pour effet de soustraire les parties par contrat aux mesures de protection impératives de la *LNE*.

Conclusion

[100] Nous sommes d'avis de rejeter l'appel avec dépens en faveur de M. Heller devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BROWN —

I. Introduction

[101] Bien que je souscrive à l'avis de mes collègues, les juges Abella et Rowe, selon lequel l'exigence rendant l'arbitrage obligatoire est nulle, je ne me fonderais pas sur la doctrine de l'iniquité pour parvenir à cette conclusion. Les stipulations contractuelles qui excluent le règlement judiciaire des différends — c'est-à-dire un règlement conforme à la loi — sont inexécutaires *non* pas parce qu'elles sont iniques, mais parce qu'elles sapent la primauté du droit en niant l'accès à la justice, et sont donc contraires à l'ordre public.

[102] C'est exactement ce que fait la convention d'arbitrage conclue entre Uber et M. Heller : elle empêche en fait ce dernier de présenter une demande contre Uber, peu importe l'importance ou le bien-fondé de celle-ci. En fait, il s'agit non pas d'une convention *d'arbitrage*, mais d'une convention *de non-arbitrage*. Dans ces circonstances exceptionnelles, la prémisse centrale sur laquelle se fonde le respect des tribunaux envers les conventions d'arbitrage — soit qu'elles fournissent un moyen accessible de régler un différend en conformité avec la loi — ne tient plus. Pour ce motif restreint, j'estime que la convention d'arbitrage est inexécutoire et, par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel.

II. Analysis

[103] This appeal was framed by the parties in terms of unconscionability, which presents an unfortunate difficulty since applying unconscionability here amounts to forcing a square peg into a round hole. My colleagues Abella and Rowe JJ. seek to avoid this difficulty by vastly expanding the scope of the doctrine's application and removing any meaningful constraint. As I will explain, their approach is, in my respectful view, both unnecessary and undesirable. Unnecessary, because the law already contains settled legal principles outside the doctrine of unconscionability which operate to prevent contracting parties from insulating their disputes from independent adjudication. And undesirable, because it would drastically expand the doctrine's reach without providing any meaningful guidance as to its application. Charting such a course will serve only to compound the uncertainty that already plagues the doctrine, and to introduce uncertainty to the enforcement of contracts generally.

A. *Access to Justice and the Rule of Law*

[104] I agree with my colleagues Abella and Rowe JJ. that the *Arbitration Act, 1991*, S.O. 1991, c. 17, applies to this appeal. While the parties' relationship determines which statute applies, the nature of the parties' relationship is the very question to be decided in Mr. Heller's action: is Mr. Heller an employee of Uber? Without subjecting that question to a full trial, the preliminary issue of the statute to apply should be determined by reference to the pleadings (see, e.g., *Kaverit Steel and Crane Ltd. v. Kone Corp.*, 1992 ABCA 7, 120 A.R. 346, at paras. 27-30).

[105] The *Arbitration Act* generally mandates a stay of proceedings when a court action relates to a matter governed by an arbitration agreement (s. 7(1)). Of the few exceptions to this general rule, this appeal requires consideration only of whether Mr. Heller's action should proceed because "[t]he arbitration agreement is invalid" (s. 7(2)). Answering that question is really this simple. As a matter of

II. Analyse

[103] Les parties ont abordé le présent pourvoi sous l'angle de la doctrine de l'iniquité. Cela présente une difficulté regrettable, puisqu'essayer d'appliquer cette doctrine à l'espèce revient à essayer de résoudre la quadrature du cercle. Mes collègues, les juges Abella et Rowe, cherchent à contourner cette difficulté en étendant considérablement la portée de la doctrine et en éliminant toute restriction concrète à son application. Comme je l'expliquerai, selon moi, leur approche est à la fois inutile et indésirable. Inutile parce que le droit contient déjà, outre la doctrine d'iniquité, des principes juridiques établis qui visent à empêcher les parties contractantes de soustraire leurs différends à un mécanisme de résolution des litiges indépendant. Et indésirable, parce qu'elle élargirait considérablement la portée de la doctrine sans fournir d'orientation valable au sujet de son application. Suivre pareille voie ne servira qu'à accentuer l'incertitude qui mine déjà la doctrine et à semer l'incertitude dans l'exécution des contrats en général.

A. *L'accès à la justice et la primauté du droit*

[104] Je conviens avec mes collègues les juges Abella et Rowe que la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, L.O. 1991, c. 17, s'applique au présent pourvoi. Bien que la relation entre les parties détermine quelle loi trouve application, la nature de leur relation est la question même sur laquelle il faut statuer dans l'action de M. Heller : ce dernier est-il ou non un employé d'Uber? Sans soumettre cette question à une instruction complète, il y a lieu de trancher la question préliminaire de la loi applicable en fonction des actes de procédure (voir, p. ex., *Kaverit Steel and Crane Ltd. c. Kone Corp.*, 1992 ABCA 7, 120 A.R. 346, par. 27-30).

[105] La *Loi sur l'arbitrage* prescrit généralement le sursis de l'instance si une action en justice porte sur une matière régie par la convention d'arbitrage (par. 7(1)). Au nombre des quelques exceptions à cette règle générale, nous sommes uniquement appelés à décider en l'espèce si l'action de M. Heller doit suivre son cours parce que « [l]a convention d'arbitrage est nulle » (par. 7(2)). Répondre à cette question

public policy, courts will not enforce contractual terms that, expressly or by their effect, deny access to independent dispute resolution according to law. This obviates any need to resort to, and distort, the doctrine of unconscionability.

[106] While the parties did not argue this appeal on the basis of public policy, we are of course not bound by the framing of their legal arguments. The central question to be answered in this appeal is *not* whether Uber’s arbitration agreement is *unconscionable*, but whether it is *invalid* as contemplated by the *Arbitration Act* (i.e., unenforceable as a matter of contract law). Whether that question is viewed through the lens of unconscionability or public policy, the basis for reaching a conclusion on enforceability is substantially the same: the issues raised by the parties remain the focus (*R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689, at para. 30; see also *1196303 Ontario Inc. v. Glen Grove Suites Inc.*, 2015 ONCA 580, 337 O.A.C. 85, at para. 87). Further, this Court has said that courts may consider issues of public policy on their own motion, and for a good reason that (by happy coincidence) touches on the very basis for my objection to the putative “arbitration agreement” in this case: “public policy and respect for the rule of law go hand in hand” (*Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612, at para. 59).

[107] My colleague Justice Côté stresses freedom of contract, for which I readily share her enthusiasm. Freedom of contract is of central importance to the Canadian commercial and legal system and, to promote the certainty and stability of contractual relations, often trumps other societal values (*Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at para. 117 (per Binnie J., dissenting (but not on this point))). Indeed, a hallmark of a free society is the freedom of individuals to arrange their affairs without fear of overreaching interference by the state, including the courts.

est fort simple. Pour des motifs d’ordre public, les tribunaux ne feront pas exécuter des clauses contractuelles qui, expressément ou par leur effet, entravent l’accès à un mécanisme indépendant de résolution des différends conforme au droit. Il est donc inutile d’invoquer, et de dénaturer, la doctrine de l’iniquité.

[106] Bien que les parties n’aient pas plaidé le présent pourvoi en se fondant sur l’ordre public, nous ne sommes évidemment pas liés par la façon dont elles ont formulé leurs arguments juridiques. La question centrale qui se pose en l’espèce *n’est pas* de savoir si la convention d’arbitrage d’Uber est *inique*, mais bien celle de savoir si elle est *nulle* au sens où il faut l’entendre pour l’application de la *Loi sur l’arbitrage* (c.-à-d. inexécutoire en droit contractuel). Que cette question soit examinée sous l’angle de l’iniquité ou sous celui de l’ordre public, le fondement pour y répondre et parvenir à une conclusion sur le caractère exécutoire est essentiellement le même : les questions soulevées par les parties demeurent le point central (*R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689, par. 30; voir aussi *1196303 Ontario Inc. c. Glen Grove Suites Inc.*, 2015 ONCA 580, 337 O.A.C. 85, par. 87). La Cour a en outre affirmé que les tribunaux peuvent examiner de leur propre chef des questions touchant à l’ordre public, pour une bonne raison (heureuse coïncidence) qui touche au fondement même de mon opposition à la supposée « convention d’arbitrage » en cause en l’espèce : « ordre public et respect de la règle de droit vont de pair » (*Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612, par. 59).

[107] Ma collègue la juge Côté met l’accent sur la liberté contractuelle, et je partage volontiers son enthousiasme à cet égard. Cette notion revêt une importance capitale pour les systèmes commercial et juridique canadiens et pour favoriser la certitude et la stabilité des relations contractuelles; elle prime d’ailleurs souvent les autres valeurs sociétales (*Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 117 (le juge Binnie, dissident (mais pas sur ce point))). En effet, la liberté des individus d’organiser leurs affaires sans crainte d’ingérence tentaculaire de la part de l’État, y compris des tribunaux, est une caractéristique d’une société libre.

[108] But while privileging freedom of contract, the common law has never treated it as absolute. Quite simply, there are certain promises to which contracting parties cannot bind themselves. As this Court has stated:

... there are cases in which rules of law cannot have their normal operation because the law itself recognizes some paramount consideration of public policy which over-rides the interest and what otherwise would be the rights and powers of the individual. It is, in our opinion, important not to forget that it is in this way, in derogation of the rights and powers of private persons, as they would otherwise be ascertained by principles of law, that the principle of public policy operates. [Emphasis added.]

(*In Re Estate of Charles Millar, Deceased*, [1938] S.C.R. 1, at p. 4)

[109] This public policy doctrine has been described by this Court as *fundamental* to Canadian contract law, and its “role in the enforcement of contracts has never been doubted” (*Tercon*, at paras. 113 and 116 (per Binnie J., dissenting (but not on this point))). Of course, and as Côté J. cautions, public policy must not be used as a tool to prioritize idiosyncratic judicial views over the interests of contracting parties. But that is not a live concern under our law: courts have cautioned against the recognition of *new* heads of public policy (*Millar Estate*, at pp. 4-7), and the existing public policy grounds for setting aside specific types of contractual provisions are narrow and well-established (see B. Kain and D. T. Yoshida, “The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law”, in T. L. Archibald and R. S. Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2007* (2007), 1, at p. 17 and fn. 85). This Court has relied on public policy sparingly, and most recently to limit the operation of forum selection clauses and exclusion clauses, which raise concerns relating to the administration of justice, and to limit the operation of restrictive covenants (*Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751, at paras. 47 and 51-63; *Tercon*, at paras. 117-20; *Elsley v. J. G. Collins Ins. Agencies Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 916, at p. 923; *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157, at paras. 15-22). While the considerations relevant to each type

[108] Même si elle privilégie la liberté contractuelle, la common law ne l’a jamais tenue pour absolue. Cela s’explique simplement : les parties contractantes ne peuvent s’engager à tenir certaines promesses. Comme l’a mentionné la Cour :

[TRADUCTION] ... il arrive parfois que l’on ne puisse pas appliquer normalement les règles de droit parce que le droit lui-même reconnaît une considération d’ordre public prépondérante qui prime les intérêts de l’intéressé et ce qui, autrement, constituerait ses droits et ses pouvoirs. Il nous paraît important de ne pas oublier que c’est ainsi, par dérogation aux droits et aux pouvoirs des particuliers, tels qu’ils seraient autrement établis par les principes de droit, que s’applique le principe d’ordre public. [Je souligne.]

(*In Re Estate of Charles Millar, Deceased*, [1938] R.C.S. 1, p. 4)

[109] La Cour a jugé que cette doctrine est *fondamentale* pour le droit canadien des contrats, et sa « pertinence en matière d’exécution des contrats n’a jamais été mise en doute » (*Tercon*, par. 113 et 116 (le juge Binnie, dissident (mais pas sur ce point))). Naturellement, et comme le prévient la juge Côté, l’ordre public ne doit pas servir à donner priorité à des opinions judiciaires bien personnelles au détriment des intérêts des parties contractantes. Mais cela ne constitue pas une préoccupation réelle en droit canadien : les tribunaux ont affirmé qu’il faut se garder de reconnaître de *nouvelles* considérations d’ordre public (*Millar Estate*, p. 4-7), et les motifs d’ordre public existants qui justifient l’annulation de certains types de stipulations contractuelles sont restreints et bien établis (voir B. Kain et D. T. Yoshida, « The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law », dans T. L. Archibald et R. S. Echlin, dir., *Annual Review of Civil Litigation 2007* (2007), 1, p. 17 et n. 85). La Cour s’est appuyée sur l’ordre public avec parcimonie et tout récemment pour limiter l’application de clauses d’élection de for et de celles d’exclusion qui suscitent des inquiétudes liées à l’administration de la justice, et pour limiter l’application de clauses restrictives (*Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751, par. 47 et 51-63; *Tercon*, par. 117-120; *Elsley c. J. G. Collins Ins. Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916, p. 923; *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western)*

of clause vary, public policy furnishes the common and narrowly framed solution. And by focusing on the specific rationale that suggests a certain type of clause is unenforceable, this Court has sought to ensure a disciplined approach by providing concrete guidance and developing specific principles that apply to similar provisions.

[110] The ground upon which I proceed is that which precludes an ouster of court jurisdiction or, more broadly, which protects the integrity of the justice system. As Lord Atkin stated in *Fender v. St. John-Mildmay*, [1938] A.C. 1 (H.L.), at p. 12, ousting the jurisdiction of the courts is harmful in itself and “injurious to public interests” (see also *Kain and Yoshida*, at pp. 20-23). A provision that penalizes or prohibits one party from enforcing the terms of their agreement directly undermines the administration of justice. There is nothing novel about the proposition that contracting parties, as a matter of public policy, cannot oust the court’s supervisory jurisdiction to resolve contractual disputes (see e.g. *Kill v. Hollister* (1746), 1 Wils. K.B. 129, 95 E.R. 532; *Scott v. Avery* (1856), 5 H.L.C. 811, 10 E.R. 1121; *Deuterium of Canada Ltd. v. Burns & Roe Inc.*, [1975] 2 S.C.R. 124). Indeed, irrespective of the value placed on freedom of contract, courts have consistently held that a contracting party’s right to legal recourse is “a right inalienable even by the concurrent will of the parties” (*Scott*, at p. 1133).

[111] This head of public policy serves to uphold the rule of law, which, at a minimum, guarantees Canadian citizens and residents “a stable, predictable and ordered society in which to conduct their affairs” (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 70). Such a guarantee is meaningless without access to an independent judiciary that can vindicate legal rights. The rule of law, accordingly, requires that citizens have access to a venue where they can hold one another to account (*Jonsson v.*

Inc., 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157, par. 15-22). Certes, les considérations pertinentes quant à chaque type de clause varient, mais l’ordre public offre la solution commune et formulée en termes restrictifs. De plus, en s’attachant à la justification précise qui suggère qu’un certain type de clause est inexécutoire, la Cour a cherché à assurer une approche disciplinée en fournissant une orientation concrète et en élaborant des principes spécifiques qui s’appliquent aux stipulations du même ordre.

[110] Je pars du postulat qui empêche une perte de compétence des tribunaux ou, plus généralement, qui assure l’intégrité du système de justice. Tel que l’a affirmé le lord Atkin dans *Fender c. St. John-Mildmay*, [1938] A.C. 1 (H.L.), p. 12, la perte de la compétence des tribunaux est néfaste en soi et [TRADUCTION] « préjudiciable à l’ordre public » (voir aussi *Kain et Yoshida*, p. 20-23). Une stipulation qui pénalise une partie ou l’empêche de faire exécuter les conditions de son entente avec une autre sape directement l’administration de la justice. La proposition selon laquelle les parties contractantes, par souci d’ordre public, ne peuvent écarter le pouvoir de surveillance du tribunal de régler des différends contractuels n’a rien d’inédit (voir, p. ex., *Kill c. Hollister* (1746), 1 Wils. K.B. 129, 95 E.R. 532; *Scott c. Avery* (1856), 5 H.L.C. 811, 10 E.R. 1121; *Deuterium of Canada Ltd. c. Burns & Roe Inc.*, [1975] 2 R.C.S. 124). En fait, peu importe la valeur attribuée à la liberté contractuelle, les tribunaux ont systématiquement conclu que le droit d’une partie contractante de se pourvoir devant les tribunaux est [TRADUCTION] « un droit inaliénable, et ce, même si les parties souhaitent qu’il en soit autrement » (*Scott*, p. 1133).

[111] Cette considération d’ordre public sert à maintenir la primauté du droit, qui, à tout le moins, garantit aux citoyens et aux résidents du Canada « une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 70). Une telle garantie ne rime à rien sans accès à un appareil judiciaire indépendant en mesure de faire valoir les droits. La primauté du droit exige donc que les citoyens aient accès à un lieu où ils peuvent se demander

Lymer, 2020 ABCA 167, at para. 10 (CanLII)). Indeed, “[t]here cannot be a rule of law without access, otherwise the rule of law is replaced by a rule of men and women who decide who shall and who shall not have access to justice” (*B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, at p. 230). Unless private parties can enforce their legal rights and publicly adjudicate their disputes, “the rule of law is threatened and the development of the common law undermined” (*Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, at para. 26). Access to civil justice is paramount to the public legitimacy of the law and the legitimacy of the judiciary as the institution of the state that expounds and applies the law.

[112] Access to civil justice is a precondition not only to a functioning democracy but also to a vibrant economy, in part because access to justice allows contracting parties to enforce their agreements. A contract that denies one party the right to enforce its terms undermines both the rule of law and commercial certainty. That such an agreement is contrary to public policy is not a manifestation of judicial idiosyncrasies, but rather an instance of the self-evident proposition that there is no value in a contract that cannot be enforced. Thus, the harm to the public that would result from holding contracting parties to a bargain they cannot enforce is “substantially incontestable” (*Millar Estate*, at p. 7, quoting *Fender*, at p. 12). It really is this simple: unless everyone has reasonable access to the law and its processes where necessary to vindicate legal rights, we will live in a society where the strong and well-resourced will always prevail over the weak. Or, as Frederick Wilmot-Smith puts it, “[l]egal structures that make enforcement of the law practically impossible will leave weaker members of society open to exploitation at the hands of, for example, unscrupulous employers or spouses” (*Equal Justice: Fair Legal Systems in an Unfair World* (2019), at pp. 1-2).

mutuellement des comptes (*Jonsson c. Lymer*, 2020 ABCA 167, par. 10 (CanLII)). En effet, « [i]l ne peut y avoir de primauté du droit sans accès aux tribunaux, autrement la primauté du droit sera remplacée par la primauté d’hommes et de femmes qui décident qui peut avoir accès à la justice » (*B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, p. 230). À moins que les parties privées puissent faire respecter leurs droits et trancher publiquement leurs différends, « la primauté du droit est compromise et l’évolution de la common law, freinée » (*Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, par. 26). L’accès à la justice civile est essentiel pour la légitimité publique du droit et pour celle de l’appareil judiciaire en tant qu’institution de l’État chargée d’expliquer et d’appliquer le droit.

[112] L’accès à la justice civile est une condition préalable non seulement à une démocratie fonctionnelle, mais également à une économie dynamique, en partie parce que cet accès permet aux parties contractantes de faire exécuter leurs ententes. Un contrat qui prive une partie de son droit de faire exécuter ses modalités mine à la fois la primauté du droit et la certitude commerciale. Le fait qu’une telle entente est contraire à l’ordre public n’est pas une manifestation de particularités judiciaires, mais plutôt une illustration de la proposition allant de soi selon laquelle un contrat inexécutoire ne vaut rien. Donc, le préjudice que l’on infligerait au public en obligeant les parties contractantes à respecter un marché qu’elles ne peuvent pas exécuter est [TRADUCTION] « foncièrement incontestable » (*Millar Estate*, p. 7, citant *Fender*, p. 12). C’est vraiment aussi simple que cela : tant que tout un chacun ne disposera pas d’un accès raisonnable au droit et au processus en place lorsqu’il est nécessaire de faire valoir des droits, nous vivrons dans une société où les forts et les nantis l’emporteront toujours sur les faibles. Ou, comme l’a exprimé Frederick Wilmot-Smith, [TRADUCTION] « [l]es structures juridiques qui rendent l’application du droit pratiquement impossible laisseront les membres de la société les plus faibles vulnérables à l’exploitation aux mains, par exemple, d’employeurs ou de conjoints sans scrupules » (*Equal Justice: Fair Legal Systems in an Unfair World* (2019), p. 1-2).

[113] The reference to making enforcement of the law *practically* impossible leads to a further, related point: there is no good reason to distinguish between a clause that *expressly* blocks access to a legally determined resolution and one that has the ultimate *effect* of doing so. That this is so is illustrated by the judgment of Drummond J. in *Novamaze Pty Ltd. v. Cut Price Deli Pty Ltd.* (1995), 128 A.L.R. 540 (F.C.A.). In *Novamaze*, the terms of a franchise agreement permitted the franchisor to take control of the franchisee’s business if either party threatened to commence, or commenced, legal proceedings against the other. This clause, Drummond J. explained, was “capable of operating as a powerful disincentive to the franchisee to take proceedings of any kind against [the franchisor], no matter how strong a case the franchisee may have that it has suffered wrong” (p. 548). Summarizing the relevant principle, Drummond J. continued:

... the citizen is entitled to have recourse to the court for an adjudication on his legal rights. A contractual agreement to deny a person that “inalienable right” contravenes this public policy and is void. A disincentive to a person to exercise this right of recourse to the court can, depending upon how powerfully it operates to discourage litigation, amount to a denial of this right just as complete as an express contractual prohibition against litigation. [pp. 548-49]

[114] I agree. At some point, there is no material difference between a provision that discourages dispute resolution and one that precludes dispute resolution altogether. As the Court of Appeal of Alberta recently recognized, “[i]nsurmountable preconditions . . . effectively amount to a total barrier to court access” (*Lymer*, at para. 67). During the hearing of this appeal, Uber’s counsel would not concede that a clause requiring an upfront payment of 10 billion dollars to commence a civil claim would necessarily be equivalent to a brick wall standing in the way of dispute resolution. With respect, the conclusion that independent adjudication would be blocked by such a clause is obvious. Courts have long recognized that upfront payments may effectively drive litigants

[113] La référence à la nécessité de rendre l’application de la loi *pratiquement* impossible conduit à un autre point connexe : il n’y a aucune raison valable d’établir une distinction entre une clause qui entrave *expressément* l’accès à un règlement établi par la loi et une clause qui a pour *effet* ultime de l’entraver. C’est ce qui ressort du jugement rendu par le juge Drummond dans l’arrêt *Novamaze Pty Ltd. c. Cut Price Deli Pty Ltd.* (1995), 128 A.L.R. 540 (C.A.F.). Dans cette affaire, les modalités d’un contrat de franchiseage permettaient au franchiseur de prendre le contrôle des activités du franchisé si l’une ou l’autre des parties menaçait d’intenter, ou intentait, une action en justice contre l’autre. Comme l’a expliqué le juge Drummond, cette clause était [TRADUCTION] « susceptible de dissuader fortement le franchisé d’intenter quelque procédure que ce soit contre [le franchiseur], peu importe la solidité des arguments avancés par le franchisé pour faire valoir qu’il a subi un préjudice » (p. 548). Le juge Drummond a résumé ainsi le principe applicable :

... le citoyen a le droit de recourir aux tribunaux pour qu’il soit statué sur ses droits. Une entente contractuelle qui prive une personne de ce « droit inaliénable » est contraire à l’ordre public et nulle. Une mesure visant à dissuader une personne d’exercer ce droit de recourir aux tribunaux peut, selon la force avec laquelle cette mesure arrive à la dissuader, constituer une négation de ce droit au même titre qu’une clause interdisant expressément à une personne d’intenter une action. [p. 548-549]

[114] Je suis d’accord. À un moment donné, il n’existe plus de différence significative entre une disposition qui fait obstacle au règlement des différends et une disposition qui l’empêche complètement. Comme la Cour d’appel de l’Alberta l’a reconnu récemment, [TRADUCTION] « [d]es conditions préalables insurmontables [. . .] constituent en fait un obstacle total à l’accès aux tribunaux » (*Lymer*, par. 67). Lors de l’instruction du présent pourvoi, l’avocate d’Uber n’a pas reconnu qu’une clause exigeant un paiement initial de 10 milliards de dollars pour intenter une action civile équivaldrait nécessairement à un obstacle majeur au règlement d’un différend. Soit dit en tout respect, la conclusion selon laquelle une telle clause empêcherait le recours à un

from the judgment seat (in the context of requiring security for costs, for example).

[115] None of this is to say that public policy requires access to a court of law in all circumstances. As this Court has recognized, “new models of adjudication can be fair and just” (*Hryniak*, at para. 2). But public policy does require access to *justice*, and access to justice is not merely access to a resolution. After all, many resolutions are *unjust*. Where a party seeks a rights-based resolution to a dispute, such resolution is *just* only when it is determined *according to law*, as discerned and applied by an independent arbiter.

[116] The law’s historical view was that arbitration could not yield dispute resolution according to law. Any arbitration agreement that removed contractual disputes from the purview of the courts was unenforceable as a matter of public policy (see *Deuterium*, at pp. 131-36). Courts, in essence, took the view that an agreement to arbitrate had the effect of precluding any legitimate form of dispute resolution. Contracting parties were seen as being unable to access justice without access to the ordinary courts (see *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144, at para. 48). Given this hostile judicial posture, legislators intervened by enacting modern arbitration legislation, prompting courts to accord due respect to the use of arbitration as a dispute resolution mechanism, particularly in a commercial setting (*Wellman*, at para. 54; *Zodiak International Productions Inc. v. Polish People’s Republic*, [1983] 1 S.C.R. 529, at pp. 533-42). Our conception of access to justice has been modified accordingly, to account for “the other important objectives pursued by the *Arbitration Act*” (*Wellman*, at para. 83). It is now accepted that courts are not the only bodies capable of providing dispute resolution according to law. Indeed, arbitration is endorsed and encouraged as a means for resolving disputes

mécanisme d’arbitrage indépendant est évidente. Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps que le fait d’exiger des paiements initiaux peut effectivement priver les parties d’un jugement (dans le contexte de l’obligation de fournir un cautionnement pour les dépens, par exemple).

[115] Rien de ce qui précède ne veut dire que l’ordre public exige l’accès à une cour de justice dans toutes les circonstances. Comme l’a reconnu la Cour, « de nouveaux modèles de règlement des litiges peuvent être justes et équitables » (*Hryniak*, par. 2). Cependant, l’ordre public exige l’accès à la *justice*, et cet accès ne signifie pas simplement l’accès à un règlement. Après tout, de nombreux règlements sont *injustes*. Lorsque, en situation de différend, une partie cherche à obtenir un règlement fondé sur ses droits, un tel règlement n’est *juste* que s’il est établi *conformément au droit*, tel qu’interprété et appliqué par un décideur indépendant.

[116] Le droit estimait autrefois que l’arbitrage ne permettait pas de régler un différend en conformité avec la loi. Toute convention d’arbitrage qui soustrayait les différends contractuels à la compétence des tribunaux était inexécutoire pour cause d’ordre public (voir *Deuterium*, p. 131-136). Essentiellement, les tribunaux estimaient qu’une convention d’arbitrage avait pour effet de faire obstacle à toute forme légitime de règlement des différends. Il était considéré que les parties contractantes n’avaient pas accès à la justice si elles n’avaient pas accès aux tribunaux ordinaires (voir *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144, par. 48). Étant donné cette attitude hostile des tribunaux, les législateurs sont intervenus en adoptant des lois modernes en matière d’arbitrage, incitant ainsi les tribunaux à faire preuve de déférence à l’égard de l’arbitrage en tant que mécanisme de résolution des différends, plus particulièrement dans un contexte commercial (*Wellman*, par. 54; *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People’s Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529, p. 533-542). Notre conception de l’accès à la justice a été modifiée en conséquence afin de tenir compte des « autres objectifs importants visés par la *Loi sur l’arbitrage* » (*Wellman*, par. 83). Il est maintenant reconnu que les tribunaux

(*Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178, at para. 38).

[117] Uber’s position requires this Court to accept that the change in judicial posture following the enactment of modern arbitration legislation leaves no room for the operation of public policy. But curial respect for arbitration, and for parties’ choices to refer disputes to arbitration, is premised upon two considerations. First, the purpose of arbitration is to ensure that contracting parties have access to “a ‘good and accessible method of seeking resolution for many kinds of disputes’ that ‘can be more expedient and less costly than going to court’” (*Wellman*, at para. 83, quoting Legislative Assembly of Ontario, March 27, 1991, at p. 245). Second, courts have accepted arbitration as an acceptable alternative to civil litigation because it can provide a resolution according to law. As this Court observed in *Sport Maska Inc. v. Zittler*, [1988] 1 S.C.R. 564, at p. 581:

The legislator left . . . various procedures for settling disputes to be resolved freely by litigants when recourse to the courts was still possible. If judicial intervention was ruled out, however, the legislator had to ensure that the process would guarantee litigants the same measure of justice as that provided by the courts, and for this reason, rules of procedure were developed to ensure that the arbitrator is impartial and that the rules of fundamental justice . . . are observed. The arbitrator will make an award which becomes executory by homologation. This indicates the similarity between the arbitrator’s real function and that of a judge who has to decide a case. [Emphasis added.]

In other words, any means of dispute resolution that serves as a final resort for contracting parties must be *just*. This is important because, unlike the submission of *existing* disputes to arbitration, and contrary

ne sont pas les seules entités en mesure d’offrir un règlement des différends conforme au droit. En effet, l’arbitrage en tant que mécanisme de règlement des différends est admis et encouragé (*Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178, par. 38).

[117] Si elle devait adopter la position d’Uber, la Cour devrait accepter que le changement d’attitude des tribunaux à la suite de l’adoption des mesures législatives modernes sur l’arbitrage ne donne pas ouverture à l’application de l’ordre public. Or, le respect des tribunaux à l’égard de l’arbitrage et du choix des parties de s’en remettre à l’arbitrage pour le règlement de leurs différends repose sur deux considérations. Premièrement, l’arbitrage a pour objectif de veiller à ce que les parties contractantes aient accès à « une “bonne méthode accessible pour parvenir à régler un grand nombre de différends”, laquelle “peut s’avérer plus efficace et moins coûteuse que de recourir aux tribunaux” » (*Wellman*, par. 83, citant l’Assemblée législative de l’Ontario, 27 mars 1991, p. 245). Deuxièmement, les tribunaux ont reconnu que l’arbitrage est une solution de rechange acceptable aux litiges civils puisqu’il peut donner lieu à un règlement conforme au droit. Comme l’a fait remarquer la Cour dans l’arrêt *Sport Maska Inc. c. Zittler*, [1988] 1 R.C.S. 564, p. 581 :

. . . le législateur laissait [. . .] divers modes de règlement au libre arbitre des justiciables lorsque le recours aux tribunaux demeurait toujours possible. Si cette intervention judiciaire devait être écartée, toutefois, le législateur devait s’assurer que le processus garantirait aux justiciables la même mesure de justice que celle distribuée par les tribunaux, d’où l’élaboration des règles de procédure destinées à assurer l’impartialité de l’arbitre et le respect des règles de justice fondamentale [. . .] L’arbitre rendra une sentence qui deviendra exécutoire par voie d’homologation. C’est là qu’on voit que le véritable rôle de l’arbitre est assimilable à celui d’un juge chargé de trancher un différend. [Je souligne.]

En d’autres termes, tout mode de règlement des différends de dernier recours auquel font appel les parties contractantes doit être *juste*. Cela importe, car, contrairement au renvoi de litiges *existants* à

to my colleague Côté J.’s assertion, an agreement to submit all *future unknown* disputes to arbitration is not simply a substitute for the parties’ negotiations (para. 250). Rather, it serves as a transfer of dispute resolution authority away from public adjudicators (W. G. Horton, “A Brief History of Arbitration” (2017), 47 *Adv. Q.* 12, at p. 14; *Sport Maska*, at p. 581; *Wellman*, at para. 48; *Desputeaux*, at para. 40). The legitimacy of such a transfer rests upon whether it can provide a comparable measure of justice.

[118] As this Court stated in *Sport Maska*, arbitration *does* provide a comparable measure of justice, which is ensured by modern arbitration legislation. Ontario’s *Arbitration Act* serves as an example. Like the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q. 1977, c. C-25, addressed in *Sport Maska*, the *Arbitration Act* also contemplates a legally determined outcome. It states that an arbitral tribunal shall resolve disputes according to the rules of law and equity (s. 31). (And, while contracting parties may be able to opt out of this section’s application, they are at least entitled to the inalienable benefit of fair and equal treatment (ss. 3 and 19).) The *Arbitration Act* also contemplates court oversight throughout the arbitral process.

[119] Where a clause expressly provides for “arbitration” while simultaneously having the effect of *precluding* it, however, these considerations which promote curial respect for arbitration dissolve — and *here* is where the public policy principle preventing an ouster of court jurisdiction continues to operate. The legislature could not have intended that, by enacting the *Arbitration Act*, arbitration clauses whose effect *precludes* access to justice would be untouchable. Yet Uber’s position and, I say with respect, my colleague Côté J.’s position require imputing that very intention — an intention that would defeat the legislature’s purpose in enacting the *Arbitration Act* of promoting access to justice. Meaning, a measure intended to enhance access to justice is now to be

l’arbitrage, et contrairement à ce que dit ma collègue la juge Côté, une entente visant à renvoyer tous les *futurs* différends *inconnus* à l’arbitrage est simplement un substitut aux négociations entre les parties (par. 250). Pareille entente sert plutôt à enlever aux décideurs publics le pouvoir de régler des différends (W. G. Horton, « A Brief History of Arbitration » (2017), 47 *Adv. Q.* 12, p. 14; *Sport Maska*, p. 581; *Wellman*, par. 48; *Desputeaux*, par. 40). La légitimité de ce transfert de pouvoir dépend de la capacité de l’arbitrage d’offrir une mesure comparable de justice.

[118] Comme l’a mentionné la Cour dans l’arrêt *Sport Maska*, l’arbitrage offre *bel et bien* une mesure comparable de justice, ce que garantit la législation moderne en cette matière. La *Loi sur l’arbitrage* de l’Ontario en est un exemple. À l’instar du *Code de procédure civile*, L.R.Q. 1977, c. C-25, dont il était question dans l’arrêt *Sport Maska*, la *Loi sur l’arbitrage* prévoit un règlement conforme au droit. En effet, selon cette loi, le tribunal arbitral doit trancher les différends conformément au droit et à l’équité (art. 31). (Bien que les parties puissent être en mesure de choisir de se soustraire à l’application de cette disposition de la loi, elles bénéficient tout de même du droit inaliénable d’être traitées sur un pied d’égalité et avec équité (art. 3 et 19).) La *Loi sur l’arbitrage* confie également aux tribunaux une fonction de surveillance tout au long du processus arbitral.

[119] Cela dit, lorsqu’une clause prévoit expressément le recours à l’« arbitrage », mais a simultanément pour effet de *empêcher*, ces considérations qui militent en faveur du respect des tribunaux à l’égard de l’arbitrage s’estompent — et c’est *ici* que le principe d’ordre public empêchant d’écarter la compétence des tribunaux continue d’opérer. Au moment d’adopter la *Loi sur l’arbitrage*, le législateur n’a pas pu souhaiter que les clauses d’arbitrage ayant pour effet d’*empêcher* l’accès à la justice soient intouchables. Pourtant, la position d’Uber et, cela étant dit avec égards, celle de ma collègue la juge Côté, supposent que l’on impute cette intention même — une intention qui contrecarrerait l’objectif de faciliter l’accès à la justice qu’avait le législateur

used as a tool for cutting off access to justice. That cannot be right.

[120] Moreover, access to justice is constitutionally protected through s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, which limits the legislature's ability to place restrictions on dispute resolution (*Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31, at para. 43). As this Court stated in *Trial Lawyers*, at para. 32:

The historic task of the superior courts is to resolve disputes between individuals and decide questions of private and public law. Measures that prevent people from coming to the courts to have those issues resolved are at odds with this basic judicial function. The resolution of these disputes and resulting determination of issues of private and public law, viewed in the institutional context of the Canadian justice system, are central to what the superior courts do. Indeed, it is their very book of business. To prevent this business being done strikes at the core of the jurisdiction of the superior courts protected by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. [Emphasis added.]

As I have explained, arbitration does not strike at the core of superior court jurisdiction, because arbitration provides a comparable measure of justice to the superior courts. Preconditions that prevent contracting parties from even *commencing* arbitration, however, have the same effect as hearing fees that cause undue hardship and deter litigants from advancing legitimate claims in the courts (*Trial Lawyers*, at para. 46). It follows that, in the (inconceivable) event that cutting off access to justice was the legislature's intent in enacting the *Arbitration Act*, that *Act* must not be interpreted so broadly as to sanction agreements that impose such preconditions. In this regard, and again with respect, my colleague Côté J.'s assertion that applying the principles articulated by this Court in *Trial Lawyers* poses a risk of permanently restraining legislative competence is not well taken (para. 318). Reports of the death of legislative

en adoptant la *Loi sur l'arbitrage*. Autrement dit, une mesure visant à accroître l'accès à la justice servirait maintenant d'outil pour en bloquer l'accès. Cela ne peut pas être le cas.

[120] En outre, l'accès à la justice est protégé par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui limite la capacité du législateur d'imposer des restrictions en matière de règlement des différends (*Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31, par. 43). Comme l'a déclaré la Cour dans l'arrêt *Trial Lawyers*, par. 32 :

Les cours supérieures ont toujours eu pour tâche de résoudre des différends opposant des particuliers et de trancher des questions de droit privé et de droit public. Des mesures qui empêchent des gens de s'adresser à cette fin aux tribunaux vont à l'encontre de cette fonction fondamentale des cours de justice. Considérées dans le contexte institutionnel du système de justice canadien, la résolution de ces différends et les décisions qui en résultent en matière de droit privé et de droit public sont des aspects centraux des activités des cours supérieures. De fait, les plaideurs constituent l'« achalandage » de ces tribunaux. Empêcher l'exercice de ces activités attaque le cœur même de la compétence des cours supérieures que protège l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. [Je souligne.]

Je le répète, l'arbitrage ne touche pas au cœur de la compétence des cours supérieures, car il rend une mesure comparable de justice. Les conditions préalables qui empêchent les parties contractantes d'*entamer* l'arbitrage ont cependant le même effet que des frais d'audience qui imposent aux plaideurs des contraintes excessives et les empêchent de présenter des demandes légitimes devant les tribunaux (*Trial Lawyers*, par. 46). Il s'ensuit que, dans l'éventualité (inconcevable) que le législateur a voulu bloquer l'accès à la justice en adoptant la *Loi sur l'arbitrage*, cette loi ne doit pas être interprétée comme ayant une portée large au point où elle autoriserait les conventions qui prescrivent de telles conditions préalables. À cet égard, et soit dit encore en tout respect, l'affirmation de ma collègue la juge Côté voulant que l'application des principes formulés par la Cour dans *Trial Lawyers* risque de restreindre

competence in this area are, like those of the death of freedom of contract, greatly exaggerated.

[121] In sum, applying public policy to determine whether an arbitration agreement prohibits access to justice is neither stating a “new common law rule” as my colleague Côté J. characterizes it, nor an expansion of the grounds for judicial intervention in arbitration proceedings (paras. 307, 312 and 316). Common law courts have long recognized the right to resolve disputes according to law. The law has simply evolved to embrace arbitration as means of achieving that resolution. Contractual stipulations that prohibit such resolution altogether, whether by express prohibition or simply by effect, continue to be unenforceable as a matter of public policy.

(1) The Rule of Law’s Impact on the Competence-Competence Principle

[122] Before commenting on the types of clauses that by their terms or effect foreclose access to legally determined dispute resolution, I pause to comment on the competence-competence principle. There are two aspects to this principle. First, arbitrators are empowered to rule on issues relating to their own jurisdiction. Second, arbitrators generally *should* make such rulings before they are decided by the court. The former aspect is implemented expressly in legislation like the *Arbitration Act*, which states that “[a]n arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction” (s. 17(1)). This Court accepted the latter aspect in *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, by defining “a general rule that in any case involving an arbitration clause, a challenge to the arbitrator’s jurisdiction must be resolved first by the arbitrator” (para. 84). An exception applies where the challenge is based solely on a question of law or requires only a superficial review of the record (paras. 84-85). But even then, the

en permanence la compétence législative n’est pas fondée (par. 318). En effet, l’annonce de la mort de la compétence législative dans ce domaine, à l’instar de celle de la liberté contractuelle, est grandement exagérée.

[121] En somme, recourir à l’ordre public pour décider si une convention d’arbitrage interdit l’accès à la justice ne revient ni à énoncer une « nouvelle règle de common law », comme ma collègue la juge Côté qualifie cette approche, ni ne se traduit par un élargissement des motifs d’intervention judiciaire dans les procédures d’arbitrage (par. 307, 312 et 316). Les tribunaux de common law reconnaissent depuis longtemps le droit de résoudre les différends conformément au droit. Le droit a tout simplement évolué en adoptant l’arbitrage comme moyen de parvenir à cette résolution. Les stipulations contractuelles qui font complètement obstacle à cette résolution, expressément ou simplement par leur effet, demeurent inexécutaires pour des raisons d’ordre public.

(1) L’incidence de la primauté du droit sur le principe de compétence-compétence

[122] Avant de formuler des commentaires quant aux types de clauses qui, expressément ou par leur effet, empêchent l’accès à un règlement judiciaire des différends, je m’arrête un instant pour aborder le principe de compétence-compétence. Celui-ci comporte deux volets. Premièrement, les arbitres ont le pouvoir de statuer sur des questions liées à leur propre compétence. Deuxièmement, ils *devraient* généralement rendre de telles décisions avant que le tribunal ne se prononce sur ces questions. Le premier volet est expressément mis en œuvre dans des textes législatifs comme la *Loi sur l’arbitrage*, aux termes de laquelle « [l]e tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence » (par. 17(1)). La Cour a reconnu le second volet dans l’arrêt *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, en posant la « règle générale que, lorsqu’il existe une clause d’arbitrage, toute contestation de la compétence de l’arbitre doit d’abord être tranchée par ce dernier » (par. 84).

court must be sure that the jurisdictional challenge is not a delaying tactic and will not unduly impair the conduct of the arbitration proceeding (para. 86).

[123] The Court's conclusion in *Dell* was based on the provisions of the Quebec *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25. As Deschamps J. recognized, art. 940.1 *C.C.P.*, which generally directed the court to refer court proceedings in favour of arbitration, "incorporate[d] the essence of art. II(3) of the New York Convention and of its counterpart in the Model Law, art. 8", while art. 943 *C.C.P.* "confer[ed] on arbitrators the competence to rule on their own jurisdiction" (para. 80). Thus, the *C.C.P.* "clearly indicate[d] acceptance of the competence-competence principle incorporated into art. 16 of the Model Law" (para. 80). This Court reached the same conclusion about British Columbia's arbitration regime, based on comparable provisions (*Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531, at paras. 28-29).

[124] Like the legislative schemes in Quebec and British Columbia, Ontario's *Arbitration Act* adopts the same two features that led to the Court's conclusion in *Dell*: courts are generally directed to stay proceedings in favour of arbitration (s. 7(1) and (2)) and arbitrators are given the competence to rule on their own jurisdiction (s. 17(1)). It follows that, on this Court's jurisprudence, the competence-competence principle also applies to Ontario's legislative scheme (*Ontario Medical Assn. v. Willis Canada Inc.*, 2013 ONCA 745, 118 O.R. (3d) 241, at para. 30). Further, this Court has repeatedly recognized, most recently in *Wellman*, that courts should generally take a "hands off" approach to arbitration (para. 56). The competence-competence principle described in *Dell* accords with that directive.

Une exception s'applique lorsque la contestation est fondée exclusivement sur une question de droit ou si elle ne requiert qu'un examen superficiel du dossier (par. 84-85). Cependant, même en pareil cas, le tribunal doit être convaincu que la contestation de la compétence arbitrale n'est pas une tactique dilatoire et qu'elle ne préjudiciera pas indûment au déroulement de l'arbitrage (par. 86).

[123] La conclusion de la Cour dans l'arrêt *Dell* était fondée sur les dispositions du *Code de procédure civile* du Québec, RLRQ, c. C-25. Comme l'a reconnu la juge Deschamps, l'art. 940.1 du *C.P.C.* qui, de façon générale, enjoint au tribunal de renvoyer une instance à l'arbitrage, « [a] intégr[é] l'essence de l'art. II(3) de la Convention de New York et de son pendant dans la Loi type, l'art. 8 », tandis que l'art. 943 du *C.P.C.* « [a] reconn[u] à l'arbitre le pouvoir de se prononcer sur sa propre compétence » (par. 80). Ainsi, le *C.P.C.* « signale clairement l'acceptation du principe de compétence-compétence incorporé à l'art. 16 de la Loi type » (par. 80). La Cour est arrivée à la même conclusion au sujet du régime d'arbitrage de la Colombie-Britannique en s'appuyant sur des dispositions comparables (*Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531, par. 28-29).

[124] À l'instar des régimes législatifs du Québec et de la Colombie-Britannique, la *Loi sur l'arbitrage* de l'Ontario adopte les deux mêmes principes qui ont conduit à la conclusion de la Cour dans l'arrêt *Dell* : de façon générale, les tribunaux sont tenus de surseoir à une instance au profit de l'arbitrage (par. 7(1) et (2)), et les arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence (par. 17(1)). Ainsi, selon la jurisprudence de la Cour, le principe de compétence-compétence s'applique aussi au régime législatif de l'Ontario (*Ontario Medical Assn. c. Willis Canada Inc.*, 2013 ONCA 745, 118 O.R. (3d) 241, par. 30). En outre, la Cour a maintes fois reconnu — le plus récemment dans l'arrêt *Wellman* — que les tribunaux devraient généralement adopter une politique de « non-intervention » à l'égard de l'arbitrage (par. 56). Le principe de compétence-compétence décrit dans l'arrêt *Dell* s'accorde avec cette directive.

[125] I agree with my colleagues Abella and Rowe JJ. that *Dell* did not contemplate clauses that effectively prevent access to arbitration. I would therefore recognize a further, narrow exception to the general rule that a challenge to an arbitrator’s jurisdiction should first be resolved by the arbitrator. As I have explained, contracting parties cannot preclude access to legally determined dispute resolution. While arbitrators should typically rule on their own jurisdiction, an arbitrator cannot reasonably be tasked with determining whether an arbitration agreement, by its terms or effects, bars access to *that very arbitrator*. It therefore falls to courts to do so. Nothing in the *Arbitration Act* suggests any other conclusion. Further, and if there were any doubt, the imperative of ensuring access to justice should inform interpretation of the *Arbitration Act* and its adoption of the competence-competence principle. As this Court held in *Trial Lawyers*, access to justice carries such importance that it maintains a constitutional dimension, which restricts even the legislature’s ability to prevent private parties from resolving their disputes.

[126] While the question of whether an arbitration agreement bars access to dispute resolution is one of mixed fact and law, and may require more than a superficial review of the record, this limited exception to the general rule of referral stated in *Dell* is necessary to preserve the public legitimacy of the law in general, and arbitration in particular. Unlike my colleagues, I would limit this exception to cases where arbitration is arguably inaccessible. It should not apply merely because the parties’ agreement contains a foreign choice of law provision (Abella and Rowe JJ.’s reasons, at para. 39). Further, and as with any other challenge to an arbitrator’s jurisdiction, courts must be satisfied that the challenge “is not a delaying tactic and that it will not unduly impair the conduct of the arbitration proceeding” (*Dell*, at para. 86).

[125] À l’instar de mes collègues les juges Abella et Rowe, je suis d’avis que, dans l’arrêt *Dell*, la Cour n’a pas envisagé les clauses qui empêchent en fait l’accès à l’arbitrage. Je suis donc d’avis de reconnaître qu’il existe une autre exception restreinte à la règle générale voulant qu’une contestation de la compétence d’un arbitre soit tranchée en premier lieu par ce dernier. Comme je l’ai expliqué, les parties contractantes ne peuvent empêcher l’accès à un règlement judiciaire de leurs différends. Bien que les arbitres doivent normalement se prononcer sur leur propre compétence, on ne peut raisonnablement confier à un arbitre la tâche de décider si une convention d’arbitrage, de par sa teneur ou ses effets, empêche de s’adresser à *ce même arbitre*. Il revient donc aux tribunaux de le faire. Rien dans la *Loi sur l’arbitrage* ne tend vers une autre conclusion. De plus, et s’il y avait des doutes à ce sujet, l’impératif d’assurer l’accès à la justice devrait guider l’interprétation de la *Loi sur l’arbitrage* et la consécration par celle-ci du principe de compétence-compétence. Comme l’a affirmé la Cour dans l’arrêt *Trial Lawyers*, l’accès à la justice revêt une telle importance qu’il prend une dimension constitutionnelle, qui a pour effet de limiter même la capacité du législateur d’empêcher des parties privées de résoudre leurs différends.

[126] Bien que la question de savoir si une convention d’arbitrage fait obstacle au règlement des différends soit une question mixte de fait et de droit, et que pour y répondre il peut falloir faire davantage qu’un examen superficiel du dossier, cette exception restreinte à la règle générale du renvoi énoncée dans l’arrêt *Dell* est nécessaire pour préserver la légitimité publique du droit en général, et de l’arbitrage en particulier. Contrairement à mes collègues, je restreindrais l’application de cette exception aux cas où l’arbitrage est vraisemblablement inaccessible. Elle ne devrait pas s’appliquer uniquement parce que l’entente dont ont convenu les parties comprend une clause relative au choix d’un droit étranger (motifs des juges Abella et Rowe, par. 39). En outre, et comme pour ce qui est de toute autre contestation de la compétence d’un arbitre, le tribunal doit être convaincu que la contestation « n’est pas une tactique dilatoire et ne préjudiciera pas indûment le déroulement de l’arbitrage » (*Dell*, par. 86).

[127] In addition to creating an exception to the framework set out in *Dell*, my colleagues direct a new, contested hearing to consider whether there is “a *bona fide* challenge to arbitral jurisdiction that only a court can resolve” (paras. 44-46). In other words, my colleagues say that this hearing is necessary because a court must resolve whether there is an issue of validity that a court must resolve.

[128] I say respectfully that this new procedural mechanism is unnecessary and will serve only to complicate and delay proceedings. Indeed, my colleagues appear to recognize this by their warnings that “this assessment must not devolve into a mini-trial”, that “a single affidavit will suffice” and that “[b]oth counsel and judges are responsible for ensuring the hearing remains narrowly focused”. First, it seems to me that any development in contract law that requires a new affidavit from anyone on anything is probably a mistake. More fundamentally, however, and again with respect, my colleagues’ warnings seem to me entirely unrealistic. This Court might as well tell the parties and the motion judge to keep the hearing to 20 minutes, to conduct it on “Zoom” during the morning break or to dispense with cross-examination on the affidavit(s). My colleagues’ exhortations, well-intentioned as they undoubtedly are, are simply futile. Even worse, they will be seen as such; in the face of the realities of litigating the individual motion, it will not matter to anyone what we who dwell on Mt. Olympus think about such matters. The motion that my colleagues direct will proceed in the form in which the parties see fit, and the hearing will be conducted in the manner that the parties and the motion judge think appropriate in the circumstances. It therefore seems reasonable to expect that time savings, if any, will be minimal for those cases in which no genuine issue exists for the court to decide. And where a genuine issue *does* exist, the additional hearing will simply create duplication.

[127] En plus de créer une exception au cadre d’analyse énoncé dans l’arrêt *Dell*, mes collègues prescrivent la tenue d’une nouvelle audience contradictoire pour examiner s’il existe « une contestation de bonne foi de la compétence de l’arbitre que seul un tribunal peut trancher » (par. 44-46). Autrement dit, mes collègues affirment que cette audience est nécessaire parce qu’un tribunal doit déterminer s’il existe une question de validité qu’un tribunal doit trancher.

[128] Soit dit en tout respect, j’estime que ce nouveau mécanisme procédural est inutile et servira uniquement à compliquer et à prolonger les procédures. D’ailleurs, mes collègues semblent le reconnaître lorsqu’ils préviennent que « cet examen ne doit pas se transformer en mini-procès », qu’« un seul affidavit suffira » et que « [t]ant les avocats que les juges sont responsables de veiller à ce que l’audience reste étroitement ciblée ». Premièrement, il me semble que toute évolution du droit des contrats qui requiert un nouvel affidavit de qui que ce soit sur n’importe quoi constitue probablement une erreur. Plus fondamentalement, toutefois, et toujours dit en tout respect, les avertissements de mes collègues me semblent totalement irréalistes. La Cour ferait aussi bien de dire aux parties et au juge des motions de limiter l’audience à 20 minutes, de la mener sur « Zoom » durant la pause du matin ou de se passer de contre-interrogatoire relativement aux affidavits. Les exhortations de mes collègues, aussi bien intentionnées qu’elles le sont assurément, sont tout simplement futiles. Pire encore, elles seront perçues comme telles; face aux réalités de l’examen d’une motion en particulier, personne ne se souciera de ce que nous, qui habitons sur le mont Olympe, pensons de ces questions. La motion que prescrivent mes collègues procédera comme l’entendront les parties, et l’audience sera menée comme les parties et le juge des motions jugeront qu’il est approprié de la mener dans les circonstances. Il semble donc raisonnable de s’attendre à ce que l’économie de temps, le cas échéant, soit minime pour les causes où il n’existe pas de véritable question à trancher pour le tribunal. Par ailleurs, lorsqu’il existe *bel et bien* une véritable question, l’audience supplémentaire ne fera que doubler le processus.

(2) When Does a Contractual Provision Effectively Prohibit Dispute Resolution?

[129] In evaluating a clause that limits access to legally determined dispute resolution, the court’s task is to decide whether the limitation is reasonable as between the parties, or instead causes undue hardship. Again, it is helpful to refer to the limitation that the rule of law places on the government’s ability to impose hearing fees. As this Court explained in *Trial Lawyers*, at para. 45:

Litigants with ample resources will not be denied access to the superior courts by hearing fees. Even litigants with modest resources are often capable of arranging their finances so that, with reasonable sacrifices, they may access the courts. However, when hearing fees deprive litigants of access to the superior courts, they infringe the basic right of citizens to bring their cases to court. That point is reached when the hearing fees in question cause undue hardship to the litigant who seeks the adjudication of the superior court.

[130] I pause here to affirm that “courts must show due respect for arbitration agreements and arbitration more broadly, particularly in the commercial setting” (*Wellman*, at para. 54). It will be the rare arbitration agreement that imposes undue hardship and acts as an effective bar to adjudication. Arbitration may require upfront costs, sometimes significant costs and far greater than those required to commence a court action. But those costs may be warranted in light of the parties’ relationship and the timely resolution that arbitration can provide. Public policy should not be used as a device to set aside arbitration agreements that are proportionate in the context of the parties’ relationship but that one party simply regrets in hindsight.

(2) À quel moment une disposition contractuelle empêche-t-elle en fait la résolution des différends?

[129] Lorsque le tribunal évalue une clause qui limite l’accès au règlement judiciaire des différends, sa tâche consiste à décider si la restriction est raisonnable pour les deux parties ou si elle impose plutôt des contraintes excessives. Là encore, il est utile de se reporter à la restriction qu’impose la primauté du droit sur la capacité du gouvernement d’imposer des frais d’audience. Comme l’a expliqué la Cour dans l’arrêt *Trial Lawyers*, par. 45 :

Des frais d’audience ne nieront pas aux plaideurs bien nantis l’accès aux cours supérieures. De plus, même des plaideurs disposant de ressources modestes sont souvent capables d’organiser leurs finances de façon à pouvoir, moyennant certains sacrifices raisonnables, avoir accès aux tribunaux. Toutefois, lorsque des frais d’audience privent des plaideurs de l’accès aux cours supérieures, ces frais portent alors atteinte au droit fondamental de citoyens de soumettre leurs différends aux tribunaux. Cette limite est atteinte dans les cas où les frais d’audience en question causent des difficultés excessives à un plaideur qui souhaite s’adresser à la cour supérieure.

[130] J’ouvre ici une parenthèse pour affirmer que « les tribunaux doivent faire preuve de déférence à l’égard des conventions d’arbitrage et de l’arbitrage en général, particulièrement dans le contexte commercial » (*Wellman*, par. 54). Il arrivera rarement qu’une convention d’arbitrage impose des contraintes excessives et constitue en fait un obstacle à l’arbitrage. L’arbitrage peut nécessiter le paiement de frais initiaux, des frais parfois élevés et beaucoup plus importants que ceux requis pour tenter une action. Ces frais peuvent toutefois être justifiés compte tenu de la relation qu’entretiennent les parties et de la rapidité avec laquelle un règlement peut être obtenu par arbitrage. En effet, l’ordre public ne saurait être utilisé comme moyen pour faire annuler des conventions d’arbitrage qui sont proportionnelles eu égard à la relation qui existe entre les parties, mais que l’une des parties regrette après coup.

[131] Several factors should be considered to decide whether a contractual limitation on legally determined dispute resolution imposes undue hardship and is therefore contrary to public policy. The first consideration is the nature of disputes that are likely to arise under the parties' agreement. Where the cost to pursue a claim is disproportionate to the quantum of likely disputes arising from an agreement, this suggests the possibility of undue hardship. This consideration must, however, be situated in the context of the agreement as a whole; a clause that discourages the pursuit of certain low-value claims may be proportionate in light of overall risk allocation between the parties.

[132] The record here shows that Mr. Heller receives \$20,800 to \$31,200 per year while working 40 to 50 hours per week for Uber. One would reasonably anticipate that a claim by Mr. Heller would not exceed his total annual compensation. Indeed, Mr. Heller's evidence is that a typical claim against Uber would be for non-payment of fees of less than \$100. The upfront cost of US\$14,500 to advance a claim represents a significant portion of the total compensation Mr. Heller receives each year under his agreement with Uber, and is grossly disproportionate in light of the sort of dispute that agreement is reasonably likely to generate. It is not the case that, as my colleague Côté J. suggests, Mr. Heller and Uber are simply being discouraged from advancing low-value claims (paras. 283 and 311). The costs of proceeding to arbitration are so prohibitive that the agreement effectively bars *any* claim that Mr. Heller might have against Uber. My colleague describes these costs as comparable to an award of litigation costs (paras. 236 and 319), but in my respectful view that is simply not so. These costs are payable by Mr. Heller *in advance*, and *irrespective* of the merit of his claim against Uber — and therefore bear no resemblance to litigation costs awarded at the end of proceedings. Thus, much like the clause addressed in *Novamaze*, the arbitration agreement here is “capable of operating as a powerful disincentive to . . . take proceedings of any kind” (emphasis added). The costs payable by Mr. Heller act as an insurmountable

[131] Plusieurs facteurs devraient être pris en compte pour décider si une restriction contractuelle au règlement judiciaire des différends impose des contraintes excessives et est donc contraire à l'ordre public. Le premier facteur à examiner est la nature des différends qui risquent de découler de l'entente conclue entre les parties. Si les frais pour présenter une demande sont disproportionnés par rapport aux montants susceptibles d'être réclamés dans les différends qui pourraient découler de l'entente, il existe un risque de contraintes excessives. Cependant, ce facteur doit être évalué dans le contexte de l'entente dans son ensemble; une clause décourageant la présentation de certaines demandes de faible valeur peut être proportionnelle compte tenu de la répartition globale du risque entre les parties.

[132] En l'espèce, le dossier révèle que M. Heller touche de 20 800 \$ à 31 200 \$ par année en travaillant de 40 à 50 heures par semaine pour Uber. On s'attendrait raisonnablement à ce qu'une demande présentée par M. Heller n'excède pas sa rémunération totale annuelle. En effet, selon le témoignage de ce dernier, une demande type contre Uber concernerait généralement le non-paiement d'honoraires de moins de 100 \$. Les frais initiaux de 14 500 \$ US requis pour présenter une demande représentent une portion importante de la rémunération totale que M. Heller touche chaque année au titre de son entente avec Uber et sont nettement disproportionnés par rapport au type de différends que l'entente pourrait raisonnablement générer. Contrairement à ce que suggère ma collègue la juge Côté, il n'est pas vrai que M. Heller et Uber sont tout simplement dissuadés de présenter des réclamations de faible valeur (par. 283 et 311). Le coût d'un renvoi à l'arbitrage est si prohibitif que la convention interdit en fait *tout* recours que M. Heller pourrait avoir contre Uber. Selon la description qu'en fait ma collègue, ce coût serait comparable à une adjudication des dépens au terme d'une instance judiciaire (par. 236 et 319). À mon avis, ce n'est tout simplement pas le cas. Les frais sont payables par M. Heller *au préalable*, que sa réclamation contre Uber *soit bien-fondée ou non* — et ne ressemblent ainsi aucunement aux dépens adjugés au terme d'une instance. Ainsi, tout comme la clause en cause dans *Novamaze*, la convention d'arbitrage

precondition that prevent him from commencing a claim (*Lymer*, at para. 67).

[133] I disagree with my colleague that reaching this conclusion requires further evidence (para. 319). The record in support is ample. Mr. Heller is required to pay US\$14,500 to pursue a claim against Uber. That includes a claim for breach of contract, though Mr. Heller’s agreement with Uber would rarely, if ever, be expected to produce a claim of that magnitude. These facts are unchallenged. While Mr. Heller may be able to pursue a class action by combining his claim with other individuals in a similar position, that is of no moment here. Class actions are a procedural mechanism and their use “neither modifies nor creates substantive rights” (*Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666, at para. 17). What matters is *Mr. Heller’s* contractual relationship with Uber. Nor, with respect, is the availability of third-party funding a relevant consideration (Côté J.’s reasons, at paras. 236, 286 and 319). A litigant does not need to canvass options for third-party financing — likely compromising the quantum of their claim in the process — to benefit from the principle that contracting parties cannot preclude access to dispute resolution according to law.

[134] Courts should also consider the relative bargaining positions of the parties. To be clear, an imbalance in bargaining power is not required to find that a provision bars access to dispute resolution. An outright prohibition on dispute resolution would undermine the rule of law, even in the context of an agreement between sophisticated parties. That said, the hardship occasioned by a limit on legally determined dispute resolution is less likely to be “undue” if it is the product of negotiations between parties of equal bargaining strength. What is reasonable between the parties must be considered in light of the parties’ relationship. The role that bargaining

en l’espèce est « susceptible de dissuader fortement [. . .] quelque procédure que ce soit » (je souligne). Les frais payables par M. Heller constituent une condition préalable insurmontable qui l’empêche de présenter une demande (*Lymer*, par. 67).

[133] Je ne suis pas d’accord avec ma collègue pour dire qu’il faudrait des éléments de preuve supplémentaires pour arriver à cette conclusion (par. 319). Le dossier à l’appui est abondant. M. Heller est tenu de payer 14 500 \$ US pour présenter une réclamation contre Uber, y compris une action pour rupture de contrat, quoique l’on puisse supposer que l’entente entre M. Heller et Uber sera rarement — voire jamais — à l’origine d’une réclamation de cette ampleur. Ces faits ne sont pas contestés. Bien que M. Heller soit peut-être en mesure d’intenter un recours collectif en combinant sa réclamation à celles d’autres particuliers dans la même situation, cela importe peu en l’espèce. Le recours collectif est un véhicule procédural dont l’emploi « ne modifie ni ne crée des droits substantiels » (*Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666, par. 17). Ce qui compte, c’est la relation contractuelle entre *M. Heller* et Uber. Selon moi, la possibilité d’obtenir du financement d’un tiers n’est pas non plus une considération pertinente (motifs de la juge Côté, par. 236, 286 et 319). Un justiciable n’a pas à étudier les moyens de recevoir du financement d’un tiers — ce qui mettrait par le fait même vraisemblablement en péril le montant de sa réclamation — pour bénéficier du principe selon lequel les parties contractantes ne peuvent faire obstacle au règlement des différends en conformité avec la loi.

[134] En outre, les tribunaux devraient tenir compte des positions de négociation des parties. En clair, il n’est pas nécessaire qu’il y ait un déséquilibre dans le pouvoir de négociation pour conclure qu’une disposition entrave l’accès au mécanisme de règlement des différends. Une interdiction catégorique de recourir à ce mécanisme minerait la primauté du droit, même dans le contexte d’une entente entre des parties averties. Cela dit, les contraintes découlant d’une restriction à l’accès au règlement judiciaire des différends risquent moins d’être « excessives » si la restriction est le produit de négociations entre des parties ayant un pouvoir de négociation équivalent.

strength plays in this context is comparable to its role in the enforcement of other contractual provisions that raise public policy concerns, including restrictive covenants and forum selection clauses (*Elsley*, at pp. 923-24; *Douez*, at paras. 51-57). Here, which it does not dispute, Uber maintains a vastly superior bargaining position in relation to Mr. Heller. The agreement between the parties was formed through a contract of adhesion, which Mr. Heller had no opportunity to negotiate.

[135] Finally, it may be relevant to consider whether the parties have attempted to tailor the limit on dispute resolution. Arbitration agreements may, for example, be tailored to exclude certain claims or to require the party with a stronger bargaining position to pay a higher portion of the upfront costs. No such nuance is evident, however, in the agreement between Mr. Heller and Uber. It covers any dispute he has with Uber, regardless of its quantum, and requires him to pay all upfront costs required to advance a claim. The ICC Rules that apply to the arbitration agreement also appear to be specifically designed for large commercial claims. For example, the rules contemplate an expedited process, which applies only to claims valued at less than US\$2 million (International Court of Arbitration and International Center for ADR, *Arbitration Rules, Mediation Rules* (2016), at pp. 35 and 71 et seq.). Far from being tailored to the circumstances, Uber's chosen arbitration procedure tends to affirm that this limitation on dispute resolution is disproportionate.

[136] In short, the arbitration agreement between Uber and Mr. Heller is disproportionate in the context of the parties' relationship. Mr. Heller, and only Mr. Heller, would experience undue hardship in attempting to advance a claim against Uber, regardless of the claim's legal merit. This form of limitation on legally determined dispute resolution undermines

Ce qui est considéré comme raisonnable entre les parties doit être examiné au regard de la relation qu'elles entretiennent. La place qu'occupe le pouvoir de négociation dans ce contexte s'apparente à celle qu'il occupe dans l'exécution d'autres clauses contractuelles qui soulèvent des préoccupations d'intérêt public, notamment les clauses restrictives et celles d'élection de for (*Elsley*, p. 923-924; *Douez*, par. 51-57). En l'espèce, Uber ne le conteste d'ailleurs pas, elle disposait d'un pouvoir de négociation largement supérieur à celui de M. Heller. L'entente entre les parties a été conclue par contrat d'adhésion, que M. Heller n'a pas eu la possibilité de négocier.

[135] Enfin, il peut être utile de se demander si les parties ont tenté d'adapter la restriction au mécanisme de règlement des différends. Les conventions d'arbitrage peuvent, par exemple, être adaptées de façon à exclure certaines demandes ou à exiger de la partie disposant du plus grand pouvoir de négociation de payer une plus grande portion des frais initiaux. L'entente conclue entre M. Heller et Uber ne comporte toutefois aucune nuance du genre. Elle couvre tout type de différends qui pourraient survenir entre eux, peu importe le montant réclamé, et elle exige que M. Heller paie tous les frais initiaux s'il souhaite présenter une demande. Les règlements de la CCI qui s'appliquent à la convention d'arbitrage semblent aussi être expressément conçus pour les demandes commerciales d'envergure. Par exemple, ils prévoient une procédure accélérée, qui ne s'applique qu'aux différends d'une valeur inférieure à 2 millions de dollars US (Cour internationale d'arbitrage et Centre international d'ADR, *Règlement d'arbitrage, Règlement de médiation* (2016), p. 35 et 71 et suiv.). Loin d'être adaptée aux circonstances, la procédure d'arbitrage choisie par Uber tend à confirmer que cette restriction au mécanisme de règlement des différends est disproportionnée.

[136] En somme, la convention d'arbitrage conclue entre Uber et M. Heller est disproportionnée dans le contexte de la relation qui existe entre eux. M. Heller, et uniquement lui, serait exposé à des contraintes excessives s'il tentait de présenter une demande contre Uber, peu importe le bien-fondé de la demande. Cette forme de restriction au règlement judiciaire

the rule of law and is therefore contrary to public policy. It follows that I agree with the Court of Appeal that the arbitration agreement between Uber and Mr. Heller is invalid.

[137] In response to my colleague Côté J.'s critique of this approach, I say that the foregoing represents a straightforward application of the applicable law as stated by this Court. By agreeing to arbitrate, contracting parties transfer jurisdiction to resolve disputes from the courts (*Wellman*, at para. 48; *Horton*, at p. 19; see also *Sport Maska*, at p. 581; *Desputeaux*, at para. 40). The point, to be clear, is not whether curial jurisdiction is ousted: it clearly is. The issue is when such ousting is legally acceptable. And the view of this Court, which I endorse and apply here, is that it is acceptable when it is replaced by a mechanism — like arbitration — that provides a comparable measure of justice (*Sport Maska*, at p. 581). The proposition I advance is therefore modest and, viewed in the light of our jurisprudence, uncontroversial: contracting parties must have access to *some* means of resolving their disputes according to law. Otherwise, “justice cannot be done” (*Scott*, at p. 1138). While the rule of law is perfectly compatible with agreements *to arbitrate*, it is *incompatible* with what is in effect an agreement *not to arbitrate* or to preclude parties from resorting to any form of dispute resolution according to law. It is the rule of *law*, not the rule of *Uber*.

[138] This is the narrow but fundamental point that divides my colleague Côté J. and me. I agree that the *Arbitration Act* is a “strong statemen[t] of public policy which favour[s] enforcing arbitration agreements” (para. 309). Indeed, and as I have explained, contracting parties will generally be held to their commitment to arbitrate, even when arbitration requires significant upfront costs. But the agreement my colleague seeks to uphold is a *non-arbitration* agreement. None of the *Arbitration Act*'s objectives require blindly enforcing an agreement labelled as “arbitration” when its effect, in the context of the

des différends mine la primauté du droit et est donc contraire à l'ordre public. De ce fait, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la convention d'arbitrage conclue entre Uber et M. Heller est nulle.

[137] Je réponds à la critique de ma collègue la juge Côté à l'égard de l'approche susmentionnée en disant que ce qui précède constitue une simple application des règles de droit pertinentes telles qu'elles ont été énoncées par la Cour. En acceptant de se soumettre à l'arbitrage, les parties contractantes enlèvent aux tribunaux le pouvoir de régler des différends (*Wellman*, par. 48; *Horton*, p. 19; voir aussi *Sport Maska*, p. 581; *Desputeaux*, par. 40). En termes clairs, il ne s'agit pas de savoir si la compétence des tribunaux est exclue : elle l'est clairement. Il s'agit plutôt de savoir dans quelles circonstances cette exclusion est acceptable en droit. Or, selon l'avis de la Cour, que je partage et applique ici, cette exclusion est acceptable si le mécanisme écarté est remplacé par un autre — tel l'arbitrage — qui offre une mesure comparable de justice (*Sport Maska*, p. 581). La thèse que je défends est donc modeste et, considérée au regard de la jurisprudence de la Cour, non controversée : les parties contractantes doivent disposer de moyens *quelconques* de régler leurs différends conformément au droit. Autrement, [TRADUCTION] « justice ne peut être rendue » (*Scott*, p. 1138). Si la primauté du droit est parfaitement compatible avec les conventions *d'arbitrage*, elle est *incompatible* avec ce qui constitue en fait une convention *de non-arbitrage* ou une convention qui empêche les parties de recourir à quelque forme de règlement des différends que ce soit conforme au droit. C'est la primauté du *droit*, non la primauté d'*Uber*.

[138] Voilà le point restreint, mais fondamental, qui nous divise, ma collègue la juge Côté et moi-même. Je conviens que la *Loi sur l'arbitrage* consiste en « énoncés fermes de principes en faveur de l'exécution des conventions d'arbitrage » (par. 309). En effet, comme je l'ai expliqué, les parties contractantes sont généralement tenues à leur engagement d'aller en arbitrage, même si celui-ci requiert le paiement de frais initiaux élevés. Or, la convention que ma collègue cherche à faire respecter est une convention de *non-arbitrage*. Aucun des objectifs de la *Loi sur l'arbitrage* ne nécessite l'exécution à

parties' relationship, is to ultimately *bar* access to legal dispute resolution. Indeed, and as I consider below, my colleague appears to recognize as much by granting a conditional stay requiring Uber to pay for the upfront costs of arbitration.

(3) The Appropriate Remedy

[139] My colleague Côté J. says that, even if the agreement here violates public policy, the appropriate remedy is to “apply blue-pencil severance and strike the selection of the ICC rules” (para. 333). In light of this, and while the parties did not canvass the applicable test, I turn to consider this Court’s approach to severance.

[140] Blue-pencil severance is permissible only where it is possible to draw a line through the illegal portion of the parties’ agreement, “leaving the portions that are not tainted by illegality, without affecting the meaning of the part remaining” (*Shafron*, at para. 29, quoting *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, 2004 SCC 7, [2004] 1 S.C.R. 249, at para. 57, per Bastarache J., dissenting). It is therefore important to note here that what my colleague Côté J. views as separate “terms” in the agreement between Uber and Mr. Heller are, in fact, drafted as a single provision:

Governing Law; Arbitration. Except as otherwise set forth in this Agreement, this Agreement shall be exclusively governed by and construed in accordance with the laws of The Netherlands, excluding its rules on conflicts of laws. . . . Any dispute, conflict or controversy howsoever arising out of or broadly in connection with or relating to this Agreement, including those relating to its validity, its construction or its enforceability, shall be first mandatorily submitted to mediation proceedings under the International Chamber of Commerce Mediation Rules (“ICC Mediation Rules”). If such dispute has not been settled within sixty (60) days after a [r]equest for [m]ediation has been submitted under such ICC Mediation Rules, such dispute can be referred to and shall be exclusively and finally resolved by arbitration under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce

l’aveugle d’une convention dite d’« arbitrage » qui, dans le contexte de la relation qu’entretiennent les parties, a pour effet d’*exclure* au bout du compte l’accès au règlement juridique des différends. En fait, comme je l’explique plus loin, ma collègue semble le reconnaître en accordant un sursis conditionnel pour obliger Uber à payer les frais initiaux d’arbitrage.

(3) La réparation qu’il convient d’accorder

[139] Ma collègue la juge Côté affirme que, même si la convention en cause ici va à l’encontre de l’ordre public, il convient d’« employer la technique du trait de crayon bleu pour radier [la] sélection [des règlements de la CCI] » (par. 333). Vu cette affirmation, et bien que les parties n’aient pas débattu du test à appliquer, je me penche sur la manière dont la Cour aborde la divisibilité.

[140] La technique du trait de crayon bleu n’est acceptable que si l’on peut extraire la partie illégale de l’entente conclue entre les parties, « en conservant les parties non viciées par l’illégalité, et ce sans que ne soit affecté le sens du reste du document » (*Shafron*, par. 29, citant *Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp.*, 2004 CSC 7, [2004] 1 R.C.S. 249, par. 57, le juge Bastarache, dissident). Il importe donc de souligner ici que ce que ma collègue la juge Côté entend par des « modalités » distinctes de l’entente entre Uber et M. Heller est en fait rédigé sous la forme d’une seule clause :

[TRADUCTION] Droit applicable; arbitrage. Sauf dans la mesure autrement fixée par le présent Contrat, le présent Contrat sera exclusivement régi et interprété conformément au droit des Pays-Bas, à l’exclusion de ses règles de conflits de lois. [. . .] Tout différend, conflit ou controverse, découlant de quelque manière que ce soit du présent Contrat ou lié ou se rapportant au présent Contrat, y compris en ce qui concerne sa validité, son interprétation ou son application, seront, tout d’abord, impérativement soumis à la procédure de médiation prévue par le Règlement de médiation de la Chambre de commerce internationale (le « Règlement de médiation de la CCI »). Si le différend n’est pas réglé dans les soixante (60) jours qui suivent la présentation d’une demande de médiation en vertu du Règlement de médiation de la CCI, ledit différend sera exclusivement et définitivement tranché par voie d’arbitrage

(“ICC Arbitration Rules”). . . . The dispute shall be resolved by one (1) arbitrator to be appointed in accordance with ICC Rules. The place of arbitration shall be Amsterdam, The Netherlands. . . .

(2019 ONCA 1, 430 D.L.R. (4th) 410, at para. 11)

[141] As I have explained, the illegal portion of the parties’ agreement is the *cumulative effect* of this provision. Uber and Mr. Heller agreed to submit all future disputes to mediation, which requires a significant upfront cost, following which any unresolved claim would be submitted to arbitration, requiring additional upfront costs. Reducing the costs of dispute resolution could be achieved by selecting between, or combining, several options: the commitment to mediate could be struck; references to the ICC Rules could be struck; and the commitment to arbitrate could be struck. Blue-pencil severance is achieved by “mechanically removing illegal provisions from a contract” (*Transport North American*, at para. 33 (emphasis added)). Here, there is no single component of the arbitration clause that is, on its own, illegal and that could be struck with a blue line, as my colleague Côté J. suggests.

[142] Moreover, the purpose of severance is to “give effect to the intention of the parties when they entered into the contract”, and any application of the doctrine should be restrained (*Shafron*, at para. 32). As my colleague correctly observes, the agreement here may very well embody not just the intention to arbitrate, but also the intention to prohibit either party from advancing claims valued at less than US\$14,500 (para. 311). Barring such claims, however, in the context of *this* agreement between *these* parties, is precisely what makes the arbitration clause illegal. It is therefore impossible to strike any illegal portion of the agreement without “fundamentally alter[ing] the consideration associated with the bargain and do[ing] violence to the intention of the parties” (*Transport North American*, at para. 28).

conformément au Règlement d’arbitrage de la Chambre de commerce internationale (le « Règlement d’arbitrage de la CCI »). [. . .] Le différend sera réglé par (1) un arbitre qui sera nommé conformément au Règlement d’arbitrage de la CCI. Le lieu de l’arbitrage sera Amsterdam, aux Pays-Bas . . .

(2019 ONCA 1, 430 D.L.R. (4th) 410, par. 11)

[141] Comme je l’ai expliqué, la portion illégale de l’entente conclue par les parties est l’*effet cumulatif* de cette stipulation. Uber et M. Heller se sont entendus pour soumettre tout litige futur à la médiation, dont le coût initial est élevé, après quoi toute réclamation non réglée est renvoyée à l’arbitrage, ce qui nécessite le paiement de frais initiaux additionnels. On peut réduire les frais de règlement des différends en choisissant entre plusieurs solutions ou en les combinant : radier l’engagement d’aller en médiation; supprimer les renvois aux règlements de la CCI; ou radier l’engagement d’aller en arbitrage. La technique du trait de crayon bleu consiste à « retrancher mécaniquement les clauses illégales du contrat » (*Transport North American*, par. 33 (je souligne)). En l’espèce, aucun élément de la clause d’arbitrage pris isolément n’est illégal et pourrait être rayé d’un trait bleu, comme le suggère ma collègue la juge Côté.

[142] En outre, la théorie de la divisibilité a pour objectif de « donner effet à l’intention qu’avaient les parties au moment de la conclusion du contrat », et toute application de la théorie doit être restreinte (*Shafron*, par. 32). Comme le fait remarquer à juste titre ma collègue, la convention en cause ici peut fort bien incarner non seulement l’intention d’aller en arbitrage, mais également celle d’interdire à l’une ou l’autre partie de faire valoir des réclamations inférieures à 14 500 \$ US (par. 311). Or, interdire pareilles réclamations dans le contexte de *cette* convention entre *ces* parties est précisément ce qui rend la clause d’arbitrage illégale. Il est donc impossible de supprimer toute portion illégale de l’entente sans « modifie[r] [. . .] de manière fondamentale la contrepartie en cause dans le marché et [. . .] fai[re] violence à l’intention des parties » (*Transport North American*, par. 28).

[143] I also say that the remedy my colleague Côté J. would ultimately award — granting Uber a conditional stay of proceedings — is inappropriate here for two reasons. First, it is difficult to conclude from the cases cited by my colleague Côté J. that such a remedy is even available in this context. In *Popack v. Lipszyc*, 2009 ONCA 365, the court directed a proposed arbitrator to set a timetable or advise that it would not take jurisdiction, so that a court could otherwise determine whether the arbitration agreement was unable to be performed (paras. 1 and 3 (CanLII)). In *Fuller Austin Insulation Inc. v. Wellington Insurance Co.* (1995), 135 Sask. R. 254 (Q.B.), the court was not dealing with a stay *in favour* of arbitration proceedings but rather a stay of court proceedings *pending* a related arbitration proceeding. The jurisdiction to stay proceedings did not arise from arbitration legislation and was therefore referred to by the Saskatchewan Court of Appeal as an “extraordinary indulgence” ((1995), 137 Sask. R. 238, at para. 5). And in both *Iberfreight S.A. v. Ocean Star Container Line A.G.* (1989), 104 N.R. 164 (F.C.A.), and *Continental Resources Inc. v. East Asiatic Co. (Canada)*, [1994] F.C.J. No. 440 (QL), the proposed court action was stayed on the condition that the defendant waive any time-related defences in the relevant arbitration proceedings (*Iberfreight*, at para. 5; *Continental Resources*, at para. 5). One might question whether it was appropriate to impose such a condition rather than leaving the availability of any applicable defences to the arbitrator’s discretion. In any event, however, and even on a broad reading, the conditions imposed in *Iberfreight* and *Continental Resources* simply facilitated the intention of the parties’ agreements — to proceed with arbitration in a timely manner rather than delaying in the courts.

[144] Which brings me to my second point, being that to award a conditional stay is simply to grant notional severance by a different name. There is no bright line of illegality here, and the doctrine of notional severance is therefore inapplicable (*Shafron*, at para 31; Côté J.’s reasons, at paras. 327 and 334). My colleague Côté J. would, however, effectively

[143] J’ajoute que la réparation qu’octroierait en fin de compte ma collègue la juge Côté — soit accorder à Uber un sursis conditionnel d’instance — n’est pas convenable en l’espèce pour deux raisons. Premièrement, il est difficile de conclure de la jurisprudence citée par ma collègue la juge Côté qu’on puisse même obtenir une telle réparation dans le présent contexte. Dans l’arrêt *Popack c. Lipszyc*, 2009 ONCA 365, la cour a enjoint à un arbitre proposé de fixer un calendrier ou de ne pas s’attribuer compétence, pour qu’un tribunal puisse décider si la convention d’arbitrage était inexécutoire (par. 1 et 3 (CanLII)). Dans l’arrêt *Fuller Austin Insulation Inc. c. Wellington Insurance Co.* (1995), 135 Sask. R. 254 (B.R.), la cour ne traitait pas d’un sursis *au profit* d’une procédure d’arbitrage, mais plutôt d’un sursis d’instance judiciaire *en attendant* l’issue d’une procédure d’arbitrage connexe. Le pouvoir de surseoir à l’instance ne prenait pas sa source dans une loi sur l’arbitrage et la Cour d’appel de la Saskatchewan en a donc parlé à titre [TRADUCTION] d’« indulgence extraordinaire » ((1995), 137 Sask. R. 238, par. 5). En outre, dans les décisions *Iberfreight S.A. c. Ocean Star Container Line A.G.*, [1989] A.C.F. n° 513 (QL), et *Continental Resources Inc. c. East Asiatic Co. (Canada)*, [1994] A.C.F. n° 440 (QL), l’action en justice proposée a été suspendue à la condition que la défenderesse renonce à toute défense fondée sur les délais dans la procédure d’arbitrage connexe (*Iberfreight*, par. 5; *Continental Resources*, par. 5). On pourrait se demander s’il y avait lieu de prescrire une telle condition au lieu de laisser à la discrétion de l’arbitre le soin de décider si un moyen de défense s’applique. Cependant, quoi qu’il en soit, et même selon une interprétation large, les conditions prescrites dans *Iberfreight* et *Continental Resources* n’ont fait que favoriser la réalisation de l’intention exprimée dans les ententes conclues entre les parties, soit procéder à l’arbitrage en temps utile au lieu de retarder les choses devant les tribunaux.

[144] Cela m’amène à mon deuxième point : soit le fait qu’octroyer un sursis conditionnel revient simplement à invoquer la théorie de la divisibilité fictive sous un autre nom. Il n’y a aucune démarcation nette entre l’illégalité et la légalité dans le cas présent, et la théorie de la divisibilité fictive est donc inapplicable (*Shafron*, par. 31; motifs de la juge Côté,

super-impose such a bright line onto the parties' agreement by reading in a requirement that Uber advance the fees of arbitration. Her view, as I understand it, is that, because Mr. Heller has given sworn evidence that he cannot afford the fees required to pursue his claim, Uber must advance those fees (para. 324). Taking this reasoning to its logical conclusion, Uber will be required to advance the arbitration fees for *any* driver in a comparable financial situation who intends to commence a claim against Uber. While such a claim may be devoid of any merit, Uber is encouraged to take solace in the possibility of recovering its costs (para. 324) — notwithstanding that any award of costs would be made against a driver who has an already demonstrated inability to pay.

[145] It goes without saying that neither party could have intended such a result. Unlike the conditions imposed in *Iberfreight* and *Continental Resources*, the condition my colleague would impose completely rewrites the parties' agreement in an attempt to render it enforceable. The pathway to reconciling this outcome with my colleague's stress upon party autonomy and freedom of contract is elusive.

[146] The only available remedy in response to the illegality I have identified is to find that the entire arbitration agreement is unenforceable. Any other remedy would require considerable distortion of the intention of the parties.

B. *The Doctrine of Unconscionability*

[147] While the foregoing is sufficient to dispose of the appeal, I offer some observations on the reliance placed by Abella and Rowe JJ. on the doctrine of unconscionability. In my respectful view, the doctrine of unconscionability is ill-suited here. Further, their approach is likely to introduce added uncertainty in the enforcement of contracts, where predictability is paramount.

par. 327 et 334). Ma collègue la juge Côté superposerait effectivement une telle démarcation nette dans l'entente entre les parties en y ajoutant par interprétation l'obligation pour Uber de payer les droits d'arbitrage. Si j'ai bien compris, elle est d'avis que, comme M. Heller a affirmé sous serment qu'il n'a pas les moyens de payer les droits nécessaires pour donner suite à sa réclamation, Uber doit payer ces droits (par. 324). Ce raisonnement mènerait à la conclusion logique qu'Uber devrait payer les droits d'arbitrage pour *tout* chauffeur dans une situation financière comparable qui souhaite intenter un recours contre elle. Si une telle réclamation peut être dépourvue de tout bien-fondé, Uber est encouragée à se consoler du fait de la possibilité pour elle de recouvrer ses frais au terme de l'arbitrage (par. 324) — malgré la condamnation aux dépens d'un chauffeur qui a déjà fait la preuve de son incapacité de payer.

[145] Il va sans dire que ni l'une ni l'autre des parties n'aurait pu souhaiter pareil résultat. Contrairement aux conditions imposées dans les affaires *Iberfreight* et *Continental Resources*, celle que prescrirait ma collègue réécrit entièrement l'entente entre les parties dans le but de la rendre exécutoire. La voie à suivre pour concilier ce résultat avec l'insistance mise par ma collègue sur l'autonomie de la partie et la liberté contractuelle est indéfinissable.

[146] Le seul moyen de remédier à l'illégalité que j'ai relevée est de conclure que l'ensemble de la convention d'arbitrage est inexécutoire. Toute autre réparation emporterait une dénaturation considérable de l'intention des parties.

B. *La doctrine de l'iniquité*

[147] Bien que les motifs qui précèdent soient suffisants pour trancher le pourvoi, je souhaite formuler quelques observations sur le choix de mes collègues les juges Abella et Rowe de s'appuyer sur le principe de l'iniquité. À mon avis, cette doctrine ne convient pas en l'espèce. En outre, leur approche risque d'accroître l'incertitude en matière d'exécution des contrats, un domaine où la prévisibilité est primordiale.

[148] In *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, Sopinka J. commented that “the doctrine of unconscionability and the related principle of inequality of bargaining power are evolving and, as yet, not completely settled areas of the law of contract” (p. 309). More than 20 years later, this uncertainty persists, even at the most fundamental level of determining the rationale that underpins the doctrine’s existence (C. D. L. Hunt, “Unconscionability Three Ways: Unfairness, Consent and Exploitation” (2020), 96 *S.C.L.R.* 37; see also M. McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), at pp. 517-19). Rather than unsettling the doctrine further by jamming it with what are in substance public policy concerns, the preferable course in my view would be to develop unconscionability in a manner that places more emphasis on reasoning than results, to ensure that the doctrine is conceptually sound and explicit in its policy underpinnings (R. Bigwood, “Antipodean Reflections on the Canadian Unconscionability Doctrine” (2005), 84 *Can. Bar Rev.* 171, at p. 173).

(1) Confusion in Terminology

[149] At least some of the uncertainty surrounding unconscionability can be attributed to varying usage of the term “unconscionable”. Unconscionability, as an independent doctrine, is “a specific concept, like duress and undue influence, that provides a basis upon which a transfer may be reversed” (McInnes, at p. 520). But unconscionability may also refer, in a more general sense, to a unifying theme or organizing equitable principle, or to a constituent element of a distinct legal test (pp. 519-20; Bigwood (2005), at p. 177; *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53, at para. 74). Some commentators suggest that unconscionability as a broader principle explains several independent rules in contract law, including those relating to forfeitures, penalties, exclusion clauses, duress, and restraint of trade (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (7th ed. 2017), at c. 14 and p. 306).

[150] While it may be that “unconscionable” is an apt description for multiple and various

[148] Dans l’arrêt *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, le juge Sopinka a déclaré que « le principe de l’iniquité et le principe connexe de l’inégalité du pouvoir de négociation évoluent et ne constituent pas encore un domaine du droit des contrats entièrement établi » (p. 309). Plus de 20 ans plus tard, cette incertitude persiste, même au niveau le plus fondamental du raisonnement qui sous-tend l’existence de la doctrine (C. D. L. Hunt, « Unconscionability Three Ways : Unfairness, Consent and Exploitation » (2020), 96 *S.C.L.R.* 37); voir aussi M. McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), p. 517-519). Plutôt que d’ébranler davantage la doctrine en la compliquant avec ce qui ne sont essentiellement que des préoccupations d’ordre public, il serait préférable, selon moi, de faire évoluer le concept de l’iniquité d’une manière qui mettrait davantage l’accent sur le raisonnement plutôt que sur les résultats, de sorte que la doctrine soit saine sur le plan conceptuel et qu’elle précise les fondements qui la sous-tendent (R. Bigwood, « Antipodean Reflections on the Canadian Unconscionability Doctrine » (2005), 84 *R. du B. can.* 171, p. 173).

(1) Confusion dans la terminologie

[149] Au moins une part de l’incertitude entourant la doctrine de l’iniquité peut être attribuée aux divers usages du terme « inique ». L’iniquité, en tant que doctrine indépendante, est [TRADUCTION] « un concept particulier, comme la contrainte et l’abus d’influence, qui sert de fondement à l’annulation d’un transfert » (McInnes, p. 520). Cependant, l’iniquité peut aussi renvoyer, dans un sens plus général, à un thème unificateur ou un principe directeur en matière d’équité, ou à un élément constitutif d’un test juridique distinct (p. 519-520; Bigwood (2005), p. 177; *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53, par. 74). Certains commentateurs suggèrent que l’iniquité en tant que concept plus général explique plusieurs règles indépendantes en droit des contrats, notamment celles en matière de confiscation, de pénalités, de clauses d’exclusion, de contrainte et de restriction au commerce (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (7^e éd. 2017), c. 14 et p. 306).

[150] Bien que le terme « inique » puisse convenir dans des circonstances multiples et variées, il importe

circumstances, it is important to distinguish unconscionability as an independent basis for setting aside transactions. For example, even though in a generic or lay sense, the arbitration agreement at issue in this appeal might well be considered “unconscionable”, it does not follow that it is unconscionable in the specific sense contemplated by the equitable doctrine of that name. As this Court said in *Ryan*, unconscionability “has developed a special meaning in relation to inequality of bargaining power”, and use of the term in other contexts therefore has the potential to cause confusion (para. 74). To avoid such confusion, the term “unconscionability” should be used to refer *only* to the independent doctrine of that name (McInnes, at p. 520).

[151] Specificity is critical here, because the same policy rationale does not underlie each of the distinct concepts that unconscionability may be said to explain. Rules relating to *substantive* concerns with specific contractual provisions (such as penalty and exclusion clauses) arise independently from, and address different concerns than, rules that address *procedural* concerns surrounding contract formation. As Professor McInnes explains:

Substantive unconscionability would trigger relief where the *result* of a transaction is intolerable. Procedural unconscionability would trigger relief on the basis of the intolerable *manner* in which a transaction is created. [Emphasis in original; p. 548.]

[152] It is therefore important to elaborate on the criteria that form the basis for reaching the conclusion that a contract or contractual provision should be set aside. Attempting to jam multiple grounds for setting aside contracts and contractual terms into one single principle serves only to obfuscate those criteria. To move forward in a coherent and rational way, “it is absolutely imperative, in connection with the doctrine of unconscionability, to resist appeals to unreasoned intuition” (McInnes, at p. 532; see also Bigwood (2005), at pp. 172-73 and 192). Courts must not develop contract doctrines that invite “*ad hoc* judicial moralism or ‘palm tree’ justice” (*Bhasin*

de percevoir l’iniquité comme un motif autonome justifiant l’annulation d’opérations. Par exemple, même si, d’un point de vue général ou profane, la convention d’arbitrage en cause dans le présent pourvoi pourrait bien être considérée comme « inique », il ne s’ensuit pas qu’elle est inique dans le sens précis prévu par la doctrine de l’iniquité. Comme l’a déclaré la Cour dans l’arrêt *Ryan*, l’iniquité « a pris un sens particulier en ce qui concerne l’inégalité du pouvoir de négociation », et l’utilisation de ce terme dans d’autres contextes pourrait donc entraîner de la confusion (par. 74). Afin d’éviter une telle confusion, le terme « iniquité » devrait être utilisé pour renvoyer *uniquement* à la doctrine indépendante du même nom (McInnes, p. 520).

[151] La spécificité est primordiale en l’espèce, puisque ce n’est pas la même justification de principe qui sous-tend chacun des concepts distincts que l’iniquité serait censée expliquer. Les règles relatives à des préoccupations *de fond* touchant des dispositions contractuelles précises (comme les clauses pénales ou les clauses d’exclusion) sont indépendantes des règles relatives à des préoccupations *de forme* touchant la formation du contrat, et elles traitent de préoccupations différentes. Comme l’explique le professeur McInnes :

[TRADUCTION] L’iniquité de fond donnerait lieu à un redressement dans le cas où le *résultat* d’une opération serait intolérable. L’iniquité de forme donnerait lieu à un redressement du fait de la *manière* intolérable par laquelle une opération a été créée. [En italique dans l’original; p. 548.]

[152] Par conséquent, il importe d’apporter des précisions quant au test qui sert de fondement à la conclusion qu’il faille annuler un contrat ou une disposition contractuelle. Tenter de regrouper de multiples motifs pour annuler des contrats ou des modalités contractuelles sous un seul et unique principe ne sert qu’à obscurcir ce test. Pour aller de l’avant d’une manière cohérente et rationnelle, [TRADUCTION] « il est impératif, en lien avec la doctrine de l’iniquité, d’éviter de recourir à une intuition non raisonnée » (McInnes, p. 532; voir aussi Bigwood (2005), p. 172-173 et 192). Les tribunaux doivent s’abstenir d’élaborer des doctrines en matière

v. Hrynew, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at para. 70).

[153] But unreasoned intuition and *ad hoc* judicial moralism are *precisely* what will rule the day, in my respectful view, under the analysis of my colleagues Abella and Rowe JJ. In their view, judges applying unconscionability are to mete out justice as they deem fair and appropriate, thereby returning unconscionability to a time when equity was measured by the length of the Chancellor’s foot (para. 78, quoting L. I. Rotman “The ‘Fusion’ of Law and Equity?: A Canadian Perspective on the Substantive, Jurisdictional, or Non-Fusion of Legal and Equitable Matters” (2016), 2 *C.J.C.C.L.* 497, at p. 535). As Professor Bigwood writes:

... acceptance of such a “free-wheeling” approach is also acceptance of the risk that those subject to Canadian law in this area will lose the very virtues of guidance, transparency and accountability that come with forced specificity in application, justification and analysis. To the extent the test bypasses such natural controlling phenomena of the common law method, it certainly risks decline into unprincipled and undisciplined judicial decision-making, and thus could rightly be viewed as an “enemy” of reason, discipline and the rule of law. [Footnote omitted.]

(Bigwood (2005), at p. 198, citing P. Birks, “Annual Miegunyah Lecture: Equity, Conscience, and Unjust Enrichment” (1999), 23 *Melbourne U.L. Rev.* 1, at pp. 20-21.)

(2) Unconscionability as an Independent Doctrine

[154] Focusing squarely on *the doctrine* of unconscionability reveals that it does not apply to this appeal. At the outset, I emphasize that unconscionability applies to all types of contracts, “indicating, by implication, that its application must be highly exceptional” (S. Waddams, “Abusive or Unconscionable Clauses from a Common Law Perspective” (2010), 49 *Can. Bus. L.J.* 378, at p. 392). Unconscionability

contractuelle qui incitent à adopter « une forme de moralisme judiciaire ponctuel ou [. . .] une justice “au cas par cas” » (*Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 70).

[153] Cependant, selon moi, ce seront *précisément* une intuition non raisonnée et un moralisme judiciaire ponctuel qui prévaudront, lorsqu’on appliquera l’analyse de mes collègues les juges Abella et Rowe. D’après eux, il incombe aux juges qui appliquent la doctrine de l’iniquité de rendre la justice qu’ils estiment équitable et convenable, ce qui ramène la doctrine à une époque où l’equity se mesurait à l’aune du pied du chancelier (par. 78, citant L. I. Rotman, « The “Fusion” of Law and Equity? : A Canadian Perspective on the Substantive, Jurisdictional, or Non-Fusion of Legal and Equitable Matters » (2016), 2 *C.J.C.C.L.* 497, p. 535). Comme l’écrit le professeur Bigwood :

[TRADUCTION] ... accepter une approche aussi « permissive », c’est aussi accepter le risque que les personnes assujetties au droit canadien dans ce domaine perdent les vertus mêmes d’orientation, de transparence et de reddition de compte qui accompagnent une précision forcée dans l’application, la justification et l’analyse. Dans la mesure où le test contourne un phénomène aussi naturel de contrôle qu’implique la common law, il risque assurément de dégénérer en décisions judiciaires non fondées sur des principes et improvisées, ce qui pourrait être perçu à bon droit comme l’« ennemi » de la raison, de la discipline et de la primauté du droit. [Note en bas de page omise.]

(Bigwood (2005), p. 198, citant P. Birks, « Annual Miegunyah Lecture : Equity, Conscience, and Unjust Enrichment » (1999), 23 *Melbourne U.L. Rev.* 1, p. 20-21.)

(2) L’iniquité en tant que doctrine indépendante

[154] En se concentrant sur *la doctrine* de l’iniquité, on constate qu’elle ne s’applique pas au présent pourvoi. D’entrée de jeu, je souligne que l’iniquité s’applique à tous les types de contrats, [TRADUCTION] « ce qui indique, implicitement, que son application doit être tout à fait exceptionnelle » (S. Waddams, « Abusive or Unconscionable Clauses from a Common Law Perspective » (2010), 49 *Rev.*

is also relevant to unjust enrichment, providing “a means by which an apparent juristic reason (e.g., donative intent, contract) may be negated” (McInnes, at p. 520 (footnote omitted); see also pp. 534-36). Broad ramifications therefore flow from how the doctrine of unconscionability is conceptualized by this Court, and a correspondingly heavy cost arises from applying unconscionability without careful reflection upon the rationale that underpins its existence (Hunt, at pp. 37-39).

[155] A leading statement of the unconscionability doctrine appears in *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710 (B.C.C.A.), where Davey J.A. remarked, at p. 713:

... a plea that a bargain is unconscionable invokes relief against an unfair advantage gained by an unconscientious use of power by a stronger party against a weaker. On such a claim the material ingredients are proof of inequality in the position of the parties arising out of the ignorance, need or distress of the weaker, which left him in the power of the stronger, and proof of substantial unfairness of the bargain obtained by the stronger. On proof of those circumstances, it creates a presumption of fraud which the stronger must repel by proving that the bargain was fair, just and reasonable or perhaps by showing that no advantage was taken. [Citation omitted.]

[156] Davey J.A.’s statement of the principle reflects the traditional understanding that unconscionability requires both substantive unfairness (an improvident bargain) and procedural unfairness (an inequality of bargaining power stemming from a weakness or vulnerability affecting the claimant) (*Norberg*, at p. 256; McInnes, at p. 524; P. Benson, *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law* (2019), at p. 167; J. A. Manwaring, “Unconscionability: Contested Values, Competing Theories and Choice of Rule in Contract Law” (1993), 25 *Ottawa L. Rev.* 235, at p. 262; Hunt, at p. 54). While both of these elements are typically viewed as necessary, each does not have an equally important role. There is little support in the jurisprudence for the view that

can. dr. comm. 378, p. 392). La doctrine de l’iniquité s’applique également en matière d’enrichissement sans cause, car elle constitue [TRADUCTION] « un moyen d’écarter un motif d’apparence juridique (p. ex. une intention libérale ou un contrat) » (McInnes, p. 520 (note en bas de page omise); voir aussi p. 534-536). Des ramifications importantes découlent donc de la façon dont la doctrine de l’iniquité est conceptualisée par la Cour, de sorte que l’appliquer sans d’abord réfléchir mûrement à sa raison d’être peut avoir un coût élevé (Hunt, p. 37-39).

[155] Un énoncé important relativement à la doctrine de l’iniquité figure dans l’arrêt *Morrison c. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710 (C.A. C.-B.), dans lequel le juge Davey a fait remarquer, à la p. 713 :

[TRADUCTION] ... la partie qui allègue l’iniquité d’un marché cherche à obtenir un redressement à l’égard d’un avantage injuste découlant du fait qu’une partie a profité sans scrupule de la situation de force dans laquelle elle se trouvait par rapport à l’autre. Il importe alors de prouver l’inégalité entre les parties qui résulte de l’ignorance de la partie plus faible ou de l’indigence ou du désarroi dans lequel elle se trouve, et qui l’a mise à la merci de la partie plus forte, et de prouver le caractère foncièrement inéquitable du marché obtenu par cette dernière. La preuve de ces éléments a pour effet de créer une présomption de fraude que la partie plus forte doit renverser en établissant que le marché passé était juste et raisonnable, ou peut-être en prouvant qu’aucun avantage n’a été tiré. [Référence omise.]

[156] Cet énoncé du principe par le juge Davey traduit la perception traditionnelle selon laquelle, pour qu’il y ait iniquité, il doit nécessairement y avoir à la fois iniquité de fond (un marché imprudent) et iniquité de forme (une inégalité du pouvoir de négociation découlant d’une faiblesse ou d’une vulnérabilité du demandeur) (*Norberg*, p. 256; McInnes, p. 524; P. Benson, *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law* (2019), p. 167; J. A. Manwaring, « Unconscionability : Contested Values, Competing Theories and Choice of Rule in Contract Law » (1993), 25 *R.D. Ottawa* 235, p. 262; Hunt, p. 54). Bien que ces deux éléments soient généralement considérés comme nécessaires, ils ne jouent pas un rôle d’importance égale. La jurisprudence n’étaye guère

unconscionability operates solely, or even primarily, on the basis of substantive unfairness (McInnes, at p. 549; Hunt, at pp. 65-67). To the contrary, the more settled view has been that the mere fact that a court sees a bargain as improvident or unreasonable does *not* make the transaction unconscionable (*Input Capital Corp. v. Gustafson*, 2019 SKCA 78, 438 D.L.R. (4th) 387, at para. 72; *Downer v. Pitcher*, 2017 NLCA 13, 409 D.L.R. (4th) 542, at paras. 24 and 64; see also McInnes, at pp. 549-50).

[157] While this Court has not closely examined unconscionability from a doctrinal standpoint, its references thereto support the view that unconscionability is intended to redress *procedural* deficiencies associated with contract formation — arising, for example, from abuse of an inequality in bargaining power, or exploitation of a weaker party’s vulnerability (*Norberg*, at pp. 256 and 261; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 412; *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303, at paras. 82, 86 and 93, per Bastarache and Arbour JJ., and para. 208, per LeBel J., dissenting; *Rick v. Brandsema*, 2009 SCC 10, [2009] 1 S.C.R. 295, at paras. 6 and 58). In *Dyck v. Manitoba Snowmobile Association*, [1985] 1 S.C.R. 589, the Court remarked, at p. 593:

... the relationship of Dyck and the Association [does not] fall within the class of cases ... where the differences between the bargaining strength of the parties is such that the courts will hold a transaction unconscionable and so unenforceable where the stronger party has taken unfair advantage of the other. The appellant freely joined and participated in activities organized by an association. The Association neither exercised pressure on the appellant nor unfairly took advantage of social or economic pressures on him to get him to participate in its activities.

[158] The procedural focus of unconscionability has been similarly emphasized in the most recent appellate decisions giving thorough consideration to the doctrine (*Downer*, at paras. 35-37; *Input Capital*, at paras. 29-37).

[159] Although it is not necessary to decide it here, I note that some commentators have even argued that substantial improvidence in the resulting bargain

l’idée selon laquelle l’iniquité survient uniquement, ou même principalement, sur le fondement d’une inégalité de fond (McInnes, p. 549; Hunt, p. 65-67). Au contraire, il est surtout reconnu que le simple fait qu’un tribunal considère un marché comme imprudent ou déraisonnable *ne rend pas* l’opération inique (*Input Capital Corp. c. Gustafson*, 2019 SKCA 78, 438 D.L.R. (4th) 387, par. 72; *Downer c. Pitcher*, 2017 NLCA 13, 409 D.L.R. (4th) 542, par. 24 et 64; voir aussi McInnes, p. 549-550).

[157] Bien que la Cour n’ait pas étudié attentivement la doctrine de l’iniquité d’un point de vue doctrinal, les arrêts où elle en parle étayent l’opinion selon laquelle cette doctrine vise à remédier aux vices *de forme* associés à la formation du contrat — découlant, par exemple, d’un abus du déséquilibre du pouvoir de négociation ou de l’exploitation d’une vulnérabilité de la partie la plus faible (*Norberg*, p. 256 et 261; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 412; *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303, par. 82, 86 et 93, les juges Bastarache et Arbour, et par. 208, le juge LeBel, dissident; *Rick c. Brandsema*, 2009 CSC 10, [2009] 1 R.C.S. 295, par. 6 et 58). Dans l’arrêt *Dyck c. Manitoba Snowmobile Association*, [1985] 1 R.C.S. 589, la Cour a fait remarquer, à la p. 593 :

... les rapports entre Dyck et l’Association ne se situent pas [...] dans cette catégorie de cas [...] où la différence entre le pouvoir de négociation des parties est telle que les tribunaux considéreront que la transaction est déraisonnable et donc qu’elle n’est pas exécutoire lorsque la partie en position de force a injustement abusé de l’autre. L’appelant a librement adhéré à une association et participé aux activités qu’elle organisait. L’Association n’a exercé aucune pression sur l’appelant ni profité injustement de pressions sociales ou économiques exercées sur lui pour l’amener à participer à ses activités.

[158] Le fait que l’iniquité soit principalement une question de forme a aussi été souligné dans les plus récents arrêts où le principe a fait l’objet d’un examen approfondi (*Downer*, par. 35-37; *Input Capital*, par. 29-37).

[159] Bien qu’il ne soit pas nécessaire de définir la doctrine en l’espèce, je souligne que certains commentateurs ont même soutenu qu’une

should not itself be a requirement to establish unconscionability, as it simply serves as a hallmark of a procedurally flawed transaction (McInnes, at pp. 550-52; Bigwood (2005), at p. 176; see also R. Bigwood, “Rescuing the Canadian Unconscionability Doctrine? Reflections on the Court’s ‘Applicable Principles’ in *Downer v. Pitcher*” (2018), 60 *Can. Bus. L.J.* 124). This position was adopted in *Downer*, at para. 35:

Jettisoning the requirement of a resulting improvident bargain as a requirement for the application of the unconscionability doctrine, and affirming it, instead, as an important consideration in determining whether a position of inequality existed and whether it was unfairly taken advantage of will bring the doctrine into line with the early English cases which placed emphasis on vulnerability resulting from a disparity of bargaining positions and the taking advantage of that vulnerability. See for example, *Chesterfield v. Janssen* (1751), 2 Ves. Sen. 125 (Eng. Ch.) where Lord Hardwicke stressed the need to “prevent taking surreptitious advantage of the weakness or necessity of another.”

[160] All this leads, unavoidably, in my respectful view, to the conclusion that unconscionability primarily addresses procedural concerns surrounding contract formation. In that sense, I agree with my colleagues (Abella and Rowe JJ.’s reasons, at para. 60). It also leads me to the conclusion, however, that a *significant* degree of procedural unfairness is required to invite unconscionability’s application. While the procedural component of unconscionability is often stated as simply requiring an “inequality of bargaining power”, this phrasing is “inadequate, if not misleading” (McInnes, at p. 524 (emphasis deleted)). Almost every contract involves some difference in bargaining power. Mere inequality — even substantial inequality — is, therefore, insufficient on its own to warrant application of unconscionability to set aside the transaction. Instead, unconscionability has traditionally been understood as requiring a *particular* vulnerability on the part of the plaintiff. As the Newfoundland and Labrador Court of Appeal concluded in *Downer*, at para. 39:

imprudence de fond dans un marché ne devrait pas, à elle seule, constituer une exigence pour établir l’iniquité, puisque cette dernière n’est qu’une caractéristique d’une opération entachée d’un vice de forme (McInnes, p. 550-552; Bigwood (2005), p. 176; voir aussi R. Bigwood, « Rescuing the Canadian Unconscionability Doctrine? Reflections on the Court’s “Applicable Principles” in *Downer v. Pitcher* » (2018), 60 *Rev. can. dr. comm.* 124). Cette position a été adoptée dans l’arrêt *Downer*, par. 35 :

[TRADUCTION] Rejeter l’existence d’un marché imprudent comme exigence pour l’application de la doctrine de l’iniquité et la présenter plutôt comme un point important à prendre en compte pour décider si une situation d’inégalité existait et si un avantage indu a été tiré de cette situation, permettra d’harmoniser la doctrine avec les anciennes décisions anglaises qui mettaient l’accent sur la vulnérabilité découlant d’un déséquilibre du pouvoir de négociation et sur le fait de tirer avantage de cette vulnérabilité. Voir, par exemple, la décision *Chesterfield c. Janssen* (1751), 2 Ves. Sen. 125 (Eng. Ch.), dans laquelle le lord Hardwicke a souligné la nécessité d’« éliminer la possibilité de tirer subrepticement avantage de la faiblesse ou des besoins d’une autre personne ».

[160] À mon avis, tout ceci mène inévitablement à la conclusion que la doctrine de l’iniquité porte essentiellement sur des préoccupations de forme entourant la formation du contrat. En ce sens, je partage l’avis de mes collègues (motifs des juges Abella et Rowe, par. 60). Cela m’amène également à conclure, cependant, qu’une *grave* iniquité procédurale doit être présente pour inciter à appliquer la doctrine de l’iniquité. Bien qu’il soit souvent soutenu que l’élément de forme ne nécessite qu’une [TRADUCTION] « inégalité du pouvoir de négociation », cette formulation est « inadéquate, voire trompeuse » (McInnes, p. 524 (italique omis)). Pratiquement tous les contrats impliquent une certaine disparité du pouvoir de négociation. Une simple inégalité — même une inégalité importante — ne suffit donc pas, à elle seule, à justifier l’application de la doctrine de l’iniquité pour annuler l’opération. Il a plutôt été traditionnellement compris que pour conclure à l’iniquité, il faut être en présence d’une vulnérabilité *particulière* du côté du demandeur. Comme l’a conclu la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador dans l’arrêt *Downer*, par. 39 :

It is not any inequality of position that will do It must be such that it has the potential for seriously affecting the ability of the relief-seeker to make a decision as to his or her own best interests and thereby allows the other party an opportunity to take advantage of the claimant's personal or situational circumstances. That is why terms such as "overwhelming" or "substantial" or "special" have been used I would venture to say that what is meant by such terminology is that the inequality must relate to a special and significant disadvantage that has the potential of overcoming the ability of the claimant to engage in autonomous self-interested bargaining.

(See also McInnes, at pp. 524-28; Bigwood (2005), at pp. 199-204.)

[161] Hence the cases cited by my colleagues, which deal with elderly persons suffering from cognitive impairments (*Ayres v. Hazelgrove*, Q.B. England, February 9, 1984), ship captains stranded at sea (*The Mark Lane* (1890), 15 P.D. 135; *The Medina* (1876), 1 P.D. 272), and elderly persons with limited competency in written English and no understanding of the transaction they have agreed to (*Commercial Bank of Australia Ltd. v. Amadio*, [1983] HCA 14, 151 C.L.R. 447). Each requires a degree of vulnerability particular to the claimant.

[162] By contrast, the only alleged procedural deficit in the agreement between Uber and Mr. Heller is the nature of Uber's contract terms, as they were presented to Mr. Heller through a standard form contract of adhesion. The argument is effectively that *any* party contracting with Uber would be in a position to raise unconscionability because they were unable to negotiate the contract's terms. While my colleagues readily accept this deficit as sufficient (paras. 87-91), this Court has never before accepted that a standard form contract denotes the degree of inequality of bargaining power necessary to trigger the application of unconscionability. My colleagues see "no reason to depart from the approach to unconscionability endorsed in . . . [*Douez*]" (para. 65). And, indeed, they do not depart from Abella J.'s separate *concurring* reasons in *Douez*. But they do depart from *the majority's* approach in that case.

[TRADUCTION] N'importe quel déséquilibre des positions ne suffira pas [. . .] Le déséquilibre doit être tel qu'il risque de nuire sérieusement à la capacité de celui qui cherche à obtenir un redressement de prendre une décision quant à son intérêt supérieur et qu'il offre ainsi à l'autre partie la possibilité de tirer avantage de la situation personnelle du demandeur ou de ses circonstances propres. Voilà pour quoi des termes comme « majeur », « important » ou « particulier » ont été utilisés [. . .] J'irais jusqu'à dire que ce que signifient ces termes est que l'inégalité doit être liée à un désavantage particulier et important qui pourrait nuire à la capacité du demandeur de s'engager, de façon autonome, dans une négociation intéressée.

(Voir aussi McInnes, p. 524-528; Bigwood (2005), p. 199-204.)

[161] D'où la jurisprudence citée par mes collègues, qui porte sur des personnes âgées souffrant de déficiences cognitives (*Ayres c. Hazelgrove*, B.R. Angleterre, 9 février 1984), des capitaines de navire coincés en mer (*The Mark Lane* (1890), 15 P.D. 135; *The Medina* (1876), 1 P.D. 272), et des personnes âgées aux compétences limitées en anglais écrit et ne comprenant pas l'opération à laquelle elles ont consenti (*Commercial Bank of Australia Ltd. c. Amadio*, [1983] HCA 14, 151 C.L.R. 447). Chaque cas de figure requiert un degré de vulnérabilité propre au demandeur.

[162] À l'inverse, le seul vice de forme qui entacherait l'entente conclue entre Uber et M. Heller est la nature même des modalités du contrat d'Uber, telles qu'elles ont été présentées à M. Heller au moyen d'un contrat d'adhésion type. En fait, cet argument revient à dire que *n'importe quelle* partie qui conclut un contrat avec Uber serait susceptible de plaider l'iniquité parce qu'elle n'a pas été en mesure de négocier les clauses du contrat. Bien que mes collègues reconnaissent d'emblée ce vice comme étant suffisant (par. 87-91), la Cour n'a jamais reconnu qu'un contrat type dénotait le degré d'inégalité du pouvoir de négociation nécessaire pour déclencher l'application de la doctrine de l'iniquité. Mes collègues ne voient « aucune raison de nous écarter de cette approche de l'iniquité approuvée par [l'arrêt] *Douez* » (par. 65). En effet, ils ne s'écartent pas des motifs *concordants* distincts de la juge Abella dans

Specifically, in *Douez* the Court *declined* to address unconscionability in the context of a consumer contract of adhesion, and instead considered the matter through the lens of public policy. And the majority's view — that standard form agreements are not inherently flawed — is consistent with our liberal conception of freedom of contract, a value that accords great respect to individual autonomy. Though one may be required to accept a standard form agreement without negotiation to use a service, that fact “affects neither party's ability to bargain effectively from the standpoint of legal autonomy, choice and responsibility” (Bigwood (2005), at pp. 199-200). *Douez* is, of course, a precedent of our Court.

[163] The stakes are undoubtedly high here. Concluding that a standard form contract is sufficient to satisfy unconscionability's procedural requirement would open up the terms of every such contract for review on a measure of substantive reasonableness. This would represent a radical and undesirable change in the law, particularly considering the complexity and range of transactions to which unconscionability applies (see Bigwood (2005), at pp. 208-9). The result of the inevitable, undisciplined application by courts of such an undisciplined expansion of the scope of unconscionability will be profound uncertainty about the enforceability of contracts.

[164] My colleagues further expand the scope of unconscionability by eliminating knowledge as a requirement. Unconscionability is generally viewed as requiring the stronger party to have at least constructive knowledge of the weaker party's vulnerability (see e.g. McInnes, at pp. 537 and 544-48; *Downer*, at paras. 44-49; Bigwood (2005), at p. 195; Hunt, at pp. 58-59). As Professor McInnes writes:

Even more clearly than its equitable cousin, undue influence, unconscionability involves an element of

cet arrêt. Mais ils *se dissocient* de l'approche retenue par *les juges majoritaires* dans cette affaire. Plus particulièrement, dans l'arrêt *Douez*, la Cour a *refusé* d'examiner le principe de l'iniquité dans le contexte d'un contrat d'adhésion en matière de consommation; elle s'est plutôt penchée sur la question sous l'angle de l'ordre public. À cet égard, l'avis des juges majoritaires — soit que les contrats d'adhésion types ne sont pas intrinsèquement viciés — concorde avec notre conception libérale de la liberté contractuelle, une valeur qui accorde un grand respect à l'autonomie individuelle. Bien qu'une personne puisse être obligée d'accepter un contrat d'adhésion type sans négociation pour se prévaloir d'un service, ce fait [TRADUCTION] « ne nuit pas à la capacité de l'une ou l'autre partie de négocier efficacement du point de vue de l'autonomie juridique, du choix et de la responsabilité » (Bigwood (2005), p. 199-200). L'arrêt *Douez* est, bien entendu, un précédent de la Cour.

[163] Il ne fait aucun doute que les enjeux sont élevés en l'espèce. Conclure qu'un contrat type suffit à satisfaire à l'exigence de forme de la doctrine de l'iniquité aurait pour effet d'exposer chaque contrat de ce type à un examen du caractère raisonnable de ses modalités. Cela constituerait une modification radicale et indésirable du droit, surtout compte tenu de la complexité et de l'éventail d'opérations auxquelles s'applique la doctrine de l'iniquité (voir Bigwood (2005), p. 208-209). L'application inévitable et improvisée d'une expansion aussi incontrôlée de la doctrine de l'iniquité créerait une profonde incertitude au sujet du caractère exécutoire des contrats.

[164] Mes collègues élargissent davantage la portée de la doctrine de l'iniquité en éliminant l'exigence de la connaissance. En règle générale, pour qu'il y ait iniquité, il faut que la partie la plus forte ait, à tout le moins, une connaissance par imputation de la vulnérabilité de la partie la plus faible (voir, p. ex., McInnes, p. 537 et 544-548; *Downer*, par. 44-49; Bigwood (2005), p. 195; Hunt, p. 58-59). Comme l'écrit le professeur McInnes :

[TRADUCTION] Encore plus clairement que dans le cas de la notion d'équité cousine, l'influence indue, l'iniquité

impropriety. The gist of the doctrine is the *exploitation* of vulnerability, the “. . . unconscientious use of power by a stronger party against a weaker [party].” And while there is some debate as to the precise nature of the mental element, the best view is that relief is premised upon proof that the defendant *knew* of the claimant’s weakness. [Emphasis in original; p. 537.]

A recent confirmation of this requirement appears in *Downer*, where the Newfoundland and Labrador Court of Appeal concluded that knowledge of either the claimant’s vulnerability or “of circumstances that pointed to special and significant disadvantage created or flowing from an inequality of bargaining relationship” must be proven to make out the claim (paras. 46-49).

[165] Without accounting for or even acknowledging this controversy, my colleagues state that knowledge is not essential (paras. 84-85), despite a majority of scholars concluding that *at least* constructive knowledge is required. To reach this conclusion, my colleagues equate knowledge with wrongdoing (paras. 85-86). There is, however, a distinction between the two concepts in matters of unconscionability (see e.g. McInnes, at p. 540; C. Rickett, “Unconscionability and Commercial Law” (2005), 24 *U.Q.L.J.* 73, at pp. 78 and 80). While there is clear support for the proposition that unconscionability can be established without wrongdoing — that is, conduct rising to the level of intention, actual fraud, dishonesty, or active overreaching — the same cannot be said of knowledge (see *Chesterfield (Earl of) v. Janssen* (1750), 2 Ves. Sen. 125, 28 E.R. 82, at pp. 100-101; *Earl of Aylesford v. Morris* (1873), L.R. 8 Ch. App. 484, at pp. 490-91; *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1975] 1 Q.B. 326 (C.A.), at pp. 339-40; *Waters v. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391 (Ch. Div.), at pp. 401-6; *Morrison*, at p. 714; *Woods v. Hubley* (1995), 146 N.S.R. (2d) 97 (C.A.), at paras. 28-33). Even viewed as a plaintiff-sided doctrine, there can be no claim unless the defendant exploits the plaintiff’s vulnerability (McInnes, at pp. 540-43). Accordingly, “there is very little support for the direct application of [strict liability] in the context of unconscionability”, which is what

suppose un élément d’inconvenance. L’essence de la doctrine consiste en l’*exploitation* de la vulnérabilité, en « [. . .] l’utilisation sans scrupule par une partie plus forte de son pouvoir au détriment d’une [partie] plus faible ». Et bien qu’il y ait un certain débat quant à la nature précise de l’élément moral, la meilleure approche consiste à ce que la mesure de redressement soit fondée sur la preuve que le défendeur *connaissait* la faiblesse du demandeur. [En italique dans l’original; p. 537.]

L’arrêt *Downer* donne une confirmation récente de cette exigence. La Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador y a conclu que la connaissance soit de la vulnérabilité du demandeur soit [TRADUCTION] « de circonstances indiquant un désavantage spécial et significatif créé par une relation de négociation inégale ou en découlant » doit être prouvée pour établir le bien-fondé de la demande (par. 46-49).

[165] Sans tenir compte de ce point litigieux ou même en reconnaître l’existence, mes collègues affirment que la connaissance n’est pas essentielle (par. 84-85), et ce, même si une majorité d’auteurs concluent qu’il faut *au moins* une connaissance imputée. Pour tirer cette conclusion, mes collègues assimilent la connaissance au fait de poser un acte répréhensible (par. 85-86). Or, il existe une différence entre les deux concepts dans le contexte de l’iniquité (voir, p. ex., McInnes, p. 540; C. Rickett, « Unconscionability and Commercial Law » (2005), 24 *U.Q.L.J.* 73, p. 78 et 80). Même si, clairement, certains adhèrent à la proposition voulant que l’iniquité puisse être établie sans preuve d’un acte répréhensible — soit une conduite qui suppose d’avoir formé une intention, d’avoir posé un acte réellement frauduleux ou malhonnête, ou d’avoir tiré avantage activement de la situation —, on ne peut en dire autant pour la connaissance (voir *Chesterfield (Earl of) c. Janssen* (1750), 2 Ves. Sen. 125, 28 E.R. 82, p. 100-101; *Earl of Aylesford c. Morris* (1873), L.R. 8 Ch. App. 484, p. 490-491; *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, [1975] 1 Q.B. 326 (C.A.), p. 339-340; *Waters c. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391 (Ch. Div.), p. 401-406; *Morrison*, p. 714; *Woods c. Hubley* (1995), 146 N.S.R. (2d) 97 (C.A.), par. 28-33). Même si elle est envisagée comme une doctrine favorable au demandeur, il ne peut y avoir de réclamation à moins que le défendeur n’exploite la vulnérabilité

my colleagues would impose (McInnes, at p. 544 (footnote omitted)).

[166] There is clear merit in a knowledge requirement, at least when applied to contractual dealings, as opposed to gratuitous transfers. Where the relationship between plaintiff and defendant is contractual, equity’s interest in protecting those who are vulnerable must be balanced against the countervailing interests of commercial certainty and transactional security (McInnes, at p. 541; Rickett, at p. 80). Equity therefore demands an explanation as to why the defendant should suffer the consequences of the plaintiff’s vulnerability (McInnes, at p. 541, citing P. Birks and C. Mitchell, “Unjust Enrichment” in P. Birks, ed., *English Private Law* (2000)). Requiring knowledge on the part of the defendant makes it possible for *both* parties to know whether their agreement is enforceable at the time of contracting and provides a compelling reason for holding the stronger party accountable.

[167] The wholesale shift in the law that my colleagues advance by removing knowledge as a requirement, seemingly in response to the equities of this particular case, drastically expands the scope of unconscionability. It is neither supported by the jurisprudence nor counselled by academic commentary, and rightly so. Not only is eliminating the knowledge requirement a recipe for further uncertainty in the doctrine of unconscionability, it is commercially unworkable. Contracting parties are left to wonder whether an unknown state of vulnerability will someday open up their agreement to review on grounds of “fairness”. This alone should give pause, but my colleagues do not stop there. Under their approach, a party who contracts exclusively with individuals who have received independent legal advice *still* cannot take comfort in the finality of their agreements. According to my colleagues, only *competent* legal advice will ameliorate an imbalance in bargaining power (para. 83). A potential defendant therefore

du demandeur (McInnes, p. 540-543). Ainsi, [TRANSDUCTION] « l’application directe de la [responsabilité stricte] dans le contexte de l’iniquité ne reçoit que très peu d’appuis »; or, c’est ce que prescriraient mes collègues (McInnes, p. 544 (note en bas de page omise)).

[166] L’exigence de la connaissance est clairement bien fondée, du moins lorsqu’elle est appliquée au domaine des contrats, par opposition à celui des dons. Lorsque la relation entre le demandeur et le défendeur est de nature contractuelle, l’intérêt qu’a l’equity de protéger ceux qui sont vulnérables doit être mis en balance avec les intérêts qui font contre-poids que sont la certitude en matière commerciale et la sécurité des transactions (McInnes, p. 541; Rickett, p. 80). L’equity exige donc une explication pour justifier que le défendeur subisse les conséquences de la vulnérabilité du demandeur (McInnes, p. 541, citant P. Birks et C. Mitchell, « Unjust Enrichment » dans P. Birks, dir., *English Private Law* (2000)). Exiger que le défendeur ait connaissance de la vulnérabilité du demandeur permet aux *deux* parties de savoir si leur entente est exécutoire, au moment de la conclusion du contrat, et fournit une raison impérieuse de tenir la partie la plus forte responsable.

[167] Le changement radical des règles de droit que suggèrent mes collègues en retirant l’exigence de la connaissance, semble-t-il pour répondre aux circonstances de la présente cause, élargit considérablement la portée du principe d’iniquité. Cela n’est ni appuyé par la jurisprudence ni recommandé par les auteurs de doctrine, et ce, avec raison. Non seulement une telle approche est-elle un moyen de créer davantage d’incertitude relativement à la doctrine de l’iniquité, mais elle n’est pas applicable sur le plan commercial. Les parties contractantes garderont un doute quant à savoir si un état de vulnérabilité inconnu pourrait un jour entraîner l’examen de leur entente sur le fondement de l’« équité ». Cela, pris isolément, devrait faire réfléchir, mais mes collègues ne s’arrêtent pas là. Suivant leur approche, une partie qui conclut des contrats exclusivement avec des individus qui ont obtenu des conseils juridiques indépendants ne pourrait *toujours* pas être rassurée quant à la finalité de leurs ententes. Selon mes collègues,

cannot be assured of finality unless it knows the content of the advice its counterparty has received.

[168] Moreover, this expansion of unconscionability is entirely unnecessary in the context of this appeal. Ultimately, the concern underlying my colleagues' approach is simply that Mr. Heller cannot access any form of dispute resolution (paras. 94-95). As I have explained, this concern is already guarded against by a long-standing rule of public policy. And this Court's decisions clearly demonstrate that where the concern with enforcing a contract relates primarily to the *substance* of a particular provision, unconscionability is not the appropriate doctrine for granting relief. This Court has adopted specific rules to respond to the public policy considerations suggesting that the substance of a particular type of provision is cause for concern. For example, in *Douez*, the Court declined to apply the doctrine of unconscionability to a forum selection clause appearing in a consumer contract of adhesion. Instead, inequality of bargaining power was raised as a relevant consideration in relation to public policy (paras. 47 and 51-63). In its reasons, the Court provided specific guidance and directly addressed the mischief relating to a forum selection clause in the consumer context. The Court has taken a similar approach to restrictive covenants that operate in restraint of trade, viewing those provisions through the lens of public policy (*Elsley*, at p. 923; see also *Shafron*, at paras. 15-23; *Benson*, at p. 203). In both contexts, imbalance in bargaining power is a relevant consideration, but the degree of vulnerability necessary to establish unconscionability is not required (*Elsley*, at pp. 923-24; *Douez*, at paras. 51-53). This reflects that the inquiry is grounded in public policy, addressing the substance of the provision at issue.

[169] By addressing substantive provisions of contracts through specific rules designed to address particular types of provisions, courts can provide,

seuls des conseils juridiques donnés par une personne *compétente* amélioreraient le déséquilibre du pouvoir de négociation (par. 83). Un possible défendeur ne pourrait donc être rassuré quant à la finalité de l'entente à moins qu'il ne connaisse la teneur des conseils qu'a reçus son vis-à-vis.

[168] En outre, il est parfaitement inutile d'ainsi étendre le principe d'iniquité dans le contexte du présent appel. Au fond, la préoccupation qui sous-tend l'approche de mes collègues est simplement que M. Heller n'a accès à aucune forme de résolution des différends (par. 94-95). Comme je l'ai expliqué, une règle d'ordre public répond déjà depuis longtemps à cette préoccupation. D'ailleurs, les décisions de la Cour illustrent clairement que lorsque l'exécution d'un contrat soulève une préoccupation quant au *fond* d'une stipulation en particulier, la doctrine de l'iniquité n'est pas celle qu'il convient d'appliquer pour accorder un redressement. La Cour a adopté des règles précises pour répondre aux considérations d'ordre public donnant à penser que le fond d'un type particulier de dispositions soulève des préoccupations. Par exemple, dans l'arrêt *Douez*, la Cour a refusé d'appliquer la doctrine de l'iniquité à une clause d'élection de for figurant dans un contrat d'adhésion en matière de consommation. Le déséquilibre du pouvoir de négociation a plutôt été présenté comme une considération pertinente sur le plan de l'intérêt public (par. 47 et 51-63). Dans ses motifs, la Cour a fourni des directives précises et s'est directement penchée sur le préjudice lié à une clause d'élection de for dans le contexte de la consommation. La Cour a adopté une approche semblable relativement aux clauses restrictives qui entravent la liberté du commerce, en considérant ces dispositions sous l'angle de l'intérêt public (*Elsley*, p. 923; voir aussi *Shafron*, par. 15-23; *Benson*, p. 203). Dans les deux contextes, le déséquilibre du pouvoir de négociation est un facteur pertinent, mais le degré de vulnérabilité nécessaire pour établir l'iniquité n'est pas requis (*Elsley*, p. 923-924; *Douez*, par. 51-53). Ainsi, l'analyse repose sur l'ordre public et porte sur la teneur de la disposition en cause.

[169] En appliquant à des stipulations contractuelles de fond des règles précises conçues pour s'appliquer à des types particuliers de clauses, les

and have provided, concrete guidance addressing the relevant mischief. This Court has approached the enforcement of contracts in a principled and rational manner by attempting to “ascertain the existence and the exact limits” of the overriding public policy considerations that prohibit enforcement (*Fender*, at p. 22). The nature of the inquiry varies, depending on the policy issue raised by the provision in question; different considerations will apply in considering exclusion clauses (*Tercon*, at paras. 117-20, per Binnie J., dissenting (but not with regards to the analytical approach to be followed with regards to the applicability of an exclusion clause)), forum selection clauses (*Douez*, at paras. 51-62), restraints of trade (*Elsley*, at pp. 923-24), and clauses that limit access to legally determined dispute resolution (as I have explained in these reasons). While these types of provisions might all be described as improvident in certain circumstances, it is critical to explain *why* that is so. Applying unconscionability in the manner suggested by my colleagues invites the conclusion that well-established rules relating to the enforcement of specific clauses should be swept aside in favour of a unified *ad hoc* and unprincipled approach to enforceability. This is why I say that, while unconscionability is appropriate for remedying procedural concerns that arise during contract formation, applying its generally-framed requirements to address what are ultimately concerns of public policy will serve only to obfuscate the criteria for granting relief. In turn, commercial certainty is undermined.

[170] Indeed, the approach adopted by my colleagues embodies this concern by failing to provide concrete guidance for determining what substantive unfairness — or an improvident transaction — looks like. My colleagues assert that improvidence arises whenever a bargain “unduly advantages the stronger party or unduly disadvantages the more vulnerable” (para. 74). Their approach is, they say, “contextual” and incapable of being framed precisely (para. 78). My colleagues therefore invite judges to apply their

tribunaux peuvent donner des orientations concrètes pour résoudre le problème pertinent, et ils l’ont fait. La Cour a traité de l’exécution des contrats de manière rationnelle et fondée sur des principes en tentant de [TRADUCTION] « vérifier l’existence et les limites exactes » des considérations d’ordre public prépondérantes qui empêchent l’exécution (*Fender*, p. 22). La nature de l’examen varie, selon les questions d’ordre public soulevées par la clause en cause : des considérations différentes s’appliqueront pour examiner les clauses d’exclusion (*Tercon*, par. 117-120, le juge Binnie, dissident (mais pas quant à l’approche analytique à suivre eu égard à l’applicabilité de la clause d’exclusion)), les clauses d’élection du for (*Douez*, par. 51-62), les clauses de restriction au commerce (*Elsley*, p. 923-924) et les clauses de restriction à l’accès à des modes de résolution des différends prévus par la loi (comme je l’ai expliqué dans les présents motifs). Même si les clauses de ce type peuvent toutes être décrites comme imprudentes dans certaines circonstances, il est fondamental d’expliquer *pourquoi* il en est ainsi. Appliquer la doctrine de l’iniquité comme le suggèrent mes collègues incite à conclure qu’il y a lieu de rejeter les règles bien établies relatives à l’exécution de clauses spécifiques au profit d’une conception unifiée ponctuelle et non fondée sur des principes de la force obligatoire des contrats. Voilà pourquoi je dis que, même s’il convient d’appliquer la doctrine de l’iniquité pour remédier à des préoccupations de forme qui surviennent durant la formation du contrat, l’application de ses exigences générales pour remédier à ce qui s’avère être, en définitive, des préoccupations d’ordre public ne servira qu’à obscurcir le test applicable pour accorder un redressement, ce qui aura à son tour pour effet de nuire à la certitude en matière commerciale.

[170] En effet, l’approche adoptée par mes collègues incarne cette préoccupation en omettant de donner des orientations concrètes sur la façon de déterminer ce en quoi consiste l’iniquité substantielle — ou une transaction imprudente. Mes collègues soutiennent qu’il y a imprudence chaque fois qu’un marché « avantage indûment la partie la plus forte ou désavantage indûment la plus vulnérable » (par. 74). Selon eux, leur approche est « contextuelle » et elle ne peut être définie avec précision

own subjective, even idiosyncratic understandings of “[f]airness” and “situationa[l] . . . appropriate[ness]” in deciding whether a contract should be enforced (para. 78, quoting Rotman, at p. 535). It is difficult to imagine a judicial approach more likely to undermine commercial certainty. Professor Rickett’s comments are apposite:

Judges ought not to announce principles at so abstract a level that they are devoid of clear ordinary meaning. Still less should they attempt to apply them as *legal* principles. That there is no generally accepted meaning for unconscionability should immediately warn us off its use. It is not good enough to trumpet the rule of law, and then to apply the rule of men’s hearts. The rule of law requires juridically applicable principles. [Emphasis in original; p. 87.]

[171] Further, my colleagues say that terms may be unconscionable when a party does not “understand or appreciate” them (para. 77). This suggests that Uber’s agreement with Mr. Heller could have been remedied if the US\$14,500 fee for commencing a claim was spelled out expressly. As I have explained, however, even a contract that imposes express consequences for commencing a civil claim — like the contract in *Novamaze* — will be contrary to public policy if those consequences rise to the level of undue hardship. It may be relevant to consider whether the stronger party obfuscated the limit on dispute resolution, but it cannot be determinative. Directly addressing the public policy concern at issue in this appeal, rather than obscuring it through the lens of unconscionability, allows for a more appropriate response to the problem.

[172] Finally, the doctrine of unconscionability was never meant to apply to individual provisions of a contract. Unlike public policy considerations that target a specific contractual provision, unconscionability’s substantive inquiry must consider the

(par. 78). Ils invitent donc les juges à appliquer leur propre compréhension subjective, et même idiosyncrasique, de l’« équité » et de rendre une justice [TRADUCTION] « appropriée sur le plan [. . .] situationnel » pour décider si un contrat devrait ou non être exécuté (par. 78, citant Rotman, p. 535). Il est difficile de concevoir une approche judiciaire qui soit plus susceptible de nuire à la certitude en matière commerciale. Les commentaires du professeur Rickett sont pertinents à cet égard :

[TRADUCTION] Les juges doivent s’abstenir d’annoncer des principes si abstraits qu’ils sont dénués d’une signification ordinaire claire. Ils devraient encore moins tenter de les appliquer comme principe *de droit*. Le fait qu’il n’existe pas de sens généralement reconnu de l’iniquité devrait immédiatement nous inciter à ne pas y recourir. Il ne suffit pas de claironner la primauté du droit, pour ensuite appliquer la règle du cœur des hommes. La primauté du droit exige des principes juridiquement applicables. [En italique dans l’original; p. 87.]

[171] De plus, mes collègues sont d’avis que les clauses d’un contrat peuvent être iniques lorsqu’une partie ne les « a pas compris[es] ou apprécié[es] » (par. 77). Cela laisse entendre que l’entente conclue entre Uber et M. Heller aurait pu être redressée si elle avait prévu expressément le paiement des frais de 14 500 \$ US pour intenter un recours. Or, comme je l’ai expliqué, même un contrat qui prescrit des conséquences expresses comme conditions préalables au droit d’intenter un recours civil — comme le contrat en cause dans *Novamaze* — est contraire à l’ordre public si ces conséquences atteignent le niveau d’une contrainte excessive. Il peut être pertinent d’examiner si la partie la plus forte a tenté de masquer la limite du processus de résolution des différends, mais cela ne peut être déterminant. Traiter directement des préoccupations d’ordre public en cause dans le présent appel, plutôt que les voiler en les examinant sous l’angle de l’iniquité, permet de répondre plus adéquatement au problème.

[172] Finalement, la doctrine de l’iniquité n’a jamais été censée être appliquée aux clauses individuelles d’un contrat. Contrairement aux considérations d’ordre public qui visent une clause contractuelle précise, l’examen au fond de l’iniquité

entire bargain — that is, the entire exchange of value between the parties (Benson, at pp. 176-82). Indeed, my colleagues seem to agree that a contract appearing to be unfair may be explained by showing that it is accounted for in the assumption of risk between the parties (para. 59; Benson, at p. 182). And yet, nowhere in their analysis do they consider the overall exchange of value and assumption of risk between Mr. Heller and Uber, which may very well justify what appears to be substantial “improvidence” solely from Mr. Heller’s perspective. While Mr. Heller was unable to negotiate the terms of his agreement with Uber, he did receive the benefit of working as an Uber driver and receiving income. The contract was in no way foisted upon him. In failing to even consider the value exchange between the parties, my colleagues ultimately create a doctrine of contract enforcement that rests entirely on grounds of distributive justice. I see no justification for this development, and agree with Professor Benson, who writes:

Unconscionability represents a conception of fairness in transactions or commutative justice, not justice in distributions. It treats parties as equal by recognizing and protecting in each the power to receive something of equal value from the other in return for what he or she gives. [Footnote omitted; p. 190.]

(See also Waddams (2017), at p. 304.)

[173] Instead of examining the entire bargain, my colleagues assert that unconscionability can be alleged against specific provisions of a contract, rather than the contract as a whole (para. 96 and fn. 8). In my view, however, this is a novel proposition. Some support for their position could possibly be drawn from this Court’s decision in *Tercon*, which requires courts to consider whether an “exclusion clause was unconscionable at the time the contract was made” (para. 122, per Binnie J., dissenting (but not on this point)). But nothing in *Tercon*, or *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426 (where the reference to unconscionability in the context of exclusion clauses first appeared),

doit porter sur l’ensemble du marché — soit sur l’ensemble de l’échange de valeur entre les parties (Benson, p. 176-182). D’ailleurs, mes collègues semblent convenir qu’un contrat qui paraît injuste peut être expliqué en démontrant que cela a été pris en compte dans la répartition du risque entre les parties (par. 59; Benson, p. 182). Pourtant, aucune partie de leur analyse ne porte sur l’échange général de valeur et sur la répartition du risque entre M. Heller et Uber, d’où la forte possibilité de considérer ce qui paraît constituer une grande « imprudence » uniquement du point de vue de M. Heller. Même si ce dernier n’a pas été en mesure de négocier les clauses du contrat qu’il a conclu avec Uber, il a tiré avantage de son travail de chauffeur pour Uber et du revenu qui en a découlé. Le contrat ne lui a en aucun cas été imposé. En ne tenant pas compte de l’échange de valeur entre les parties, mes collègues créent en définitive une doctrine de l’exécution des contrats qui repose entièrement sur des motifs de justice distributive. Je ne vois aucune raison de faire évoluer le droit dans ce sens et je suis d’accord avec le professeur Benson qui écrit :

[TRADUCTION] L’iniquité est le reflet d’une conception de l’équité dans les transactions ou de la justice commutative, non pas de la justice dans les distributions. Elle traite les parties sur un pied d’égalité en reconnaissant et en protégeant en chacune le pouvoir de recevoir de l’autre quelque chose d’égale valeur en échange de ce qu’elle donne. [Note en bas de page omise; p. 190.]

(Voir aussi Waddams (2017), p. 304.)

[173] Plutôt que d’examiner l’ensemble du marché, mes collègues affirment que l’iniquité peut être invoquée à l’égard de dispositions précises d’un contrat plutôt qu’à l’égard du contrat dans son ensemble (par. 96 et n. 8). J’estime toutefois qu’il s’agit là d’une nouvelle proposition. Leur position pourrait peut-être trouver un certain appui dans l’arrêt *Tercon* de la Cour, qui exige que les tribunaux se demandent si la « clause [d’exclusion] était inique au moment de la formation du contrat » (par. 122, le juge Binnie, dissident (mais pas sur ce point)). Cependant, rien dans les arrêts *Tercon*, ou *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426 (où la notion d’iniquité dans le contexte

suggests an intention to adopt a novel approach to unconscionability that targets individual terms (J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at p. 442). In my view, use of the term “unconscionability” in *Hunter Engineering* (and later in *Tercon*) is explained by the fact that unconscionability is often used loosely to refer to a number of different concepts. In any event, the test set out in *Tercon* ultimately reflects a similar approach to that taken in *Douez*, which I find compelling: if a specific contractual term is properly incorporated into a valid agreement (considering the general doctrines of contract enforcement), then that provision should be held enforceable, absent compelling public policy reasons.

[174] In sum, my colleagues’ approach drastically expands the scope of unconscionability, provides very little guidance for the doctrine’s application, and does all of this in the context of an appeal whose just disposition requires no such change.

[175] Here, there is no allegation that Mr. Heller suffered from any specific vulnerability that would traditionally ground a claim in unconscionability. It follows that there is no procedural deficit warranting the application of unconscionability to the agreement between Uber and Mr. Heller. The true concern is one of substance: Uber’s arbitration agreement bars access to justice, undermining the rule of law. As I have explained, that concern is best addressed by considering whether the limitation on access to justice is reasonable in the circumstances or, instead, imposes undue hardship.

III. Conclusion

[176] The arbitration agreement between Mr. Heller and Uber effectively bars Mr. Heller from accessing a legally determined dispute resolution, thereby imposing undue hardship on Mr. Heller and undermining the rule of law. The arbitration

des clauses d’exclusion a été abordée pour la première fois), ne laisse présager l’intention d’adopter, en matière d’iniquité, une nouvelle approche qui viserait des dispositions particulières (J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 442). À mon avis, l’utilisation du terme « iniquité » dans l’arrêt *Hunter Engineering* (et plus tard dans l’arrêt *Tercon*) s’explique par le fait que ce terme est souvent utilisé plutôt librement pour faire référence à de nombreux concepts différents. Quoi qu’il en soit, le critère établi dans l’arrêt *Tercon* traduit, en définitive, une approche semblable à celle adoptée dans l’arrêt *Douez*, que je trouve convaincante : si une clause contractuelle précise est intégrée correctement à une entente valide (compte tenu des principes généraux en matière d’exécution des contrats), en l’absence de considérations d’ordre public impérieuses, cette clause devrait être réputée exécutoire.

[174] En somme, l’approche de mes collègues élargit considérablement la portée de la doctrine de l’iniquité, fournit très peu d’orientation quant à son application, et elle le fait dans le contexte d’un pourvoi qui ne requiert pas un tel changement pour qu’il en soit disposé avec équité.

[175] En l’espèce, il n’est pas allégué que M. Heller se trouvait dans une situation de vulnérabilité qui justifierait normalement une demande fondée sur la doctrine de l’iniquité. Il s’ensuit qu’il n’existe aucun vice de forme justifiant l’application de cette doctrine à l’entente conclue entre Uber et M. Heller. En revanche, il existe une réelle préoccupation de fond : la convention d’arbitrage d’Uber entrave l’accès à la justice, minant ainsi la primauté du droit. Comme je l’ai expliqué, la meilleure façon de répondre à cette préoccupation est de se demander si l’entrave à l’accès à la justice est raisonnable dans les circonstances, ou si elle donne plutôt lieu à des contraintes excessives.

III. Conclusion

[176] La convention d’arbitrage conclue par M. Heller et Uber prive, dans les faits, M. Heller de l’accès à un règlement des différends conforme au droit; par conséquent, elle lui occasionne des contraintes excessives et mine la primauté du droit.

agreement is unenforceable. I would dismiss the appeal, with costs to Mr. Heller in this Court and the courts below.

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

I. Introduction

[177] One of the most important liberties prized by a free people is the liberty to bind oneself by consensual agreement: *Hofer v. Hofer*, [1970] S.C.R. 958, at p. 963. Although times change and conventional models of work and business organization change with them, the fundamental conditions for individual liberty in a free and open society do not. Party autonomy and freedom of contract are the philosophical cornerstones of modern arbitration legislation. They inform the policy choices embodied in the *Arbitration Act, 1991*, S.O. 1991, c. 17, and the *International Commercial Arbitration Act, 2017*, S.O. 2017, c. 2, Sch. 5 (“*International Act*”), one of which is that the “parties to a valid arbitration agreement should abide by their agreement”: *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144, at para. 52.

[178] The parties to the agreement at issue in this appeal have bound themselves to settle any disputes arising under it through arbitration. My colleagues Abella and Rowe JJ. and Brown J. advance competing theories which impugn, to varying degrees, the choice of the law that governs the parties’ contractual arrangements, the designated seat of the arbitration, and the selection of an international arbitral institution’s procedural rules. My colleagues do not impeach the parties’ agreement to submit disputes to arbitration, yet they find that the parties’ commitment to do so is invalid. I cannot reconcile this result with the concepts of party autonomy, freedom of contract, legislative intent, and commercial practicalities. These important considerations — which

La convention d’arbitrage n’est donc pas exécutoire. Je rejeterais le pourvoi avec dépens en faveur de M. Heller devant la Cour et les juridictions d’instances inférieures.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

I. Introduction

[177] L’une des libertés les plus chères à un peuple libre est celle de s’obliger par accord consensuel : *Hofer c. Hofer*, [1970] R.C.S. 958, p. 963. Alors que les temps changent et que les modèles conventionnels d’organisation du travail et des affaires évoluent avec eux, les conditions essentielles à la liberté individuelle dans une société libre et ouverte, elles, ne changent pas. L’autonomie des parties et la liberté contractuelle sont les pierres angulaires philosophiques de la législation moderne en matière d’arbitrage. Elles sous-tendent les choix de politique enchâssés dans la *Loi de 1991 sur l’arbitrage*, L.O. 1991, c. 17, et la *Loi de 2017 sur l’arbitrage commercial international*, L.O. 2017, c. 2, ann. 5 (« *Loi internationale* »), parmi lesquels on retrouve la politique selon laquelle les « parties à une convention d’arbitrage valide devraient respecter l’entente qu’elles ont conclue » : *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144, par. 52.

[178] Les parties à l’entente contractuelle en litige dans le présent pourvoi se sont engagées à soumettre tout différend qui en découle à l’arbitrage. Mes collègues les juges Abella et Rowe ainsi que le juge Brown avancent des théories opposées mettant en question, à divers degrés, le choix du droit applicable aux ententes contractuelles des parties, le siège désigné de l’arbitrage et le choix des règles de procédure d’une institution d’arbitrage internationale. Mes collègues ne remettent pas en cause la convention des parties de soumettre leurs différends à l’arbitrage, mais ils arrivent à la conclusion que l’engagement des parties de recourir à l’arbitrage est nul. Je ne puis concilier ce résultat avec les concepts d’autonomie des parties, de liberté contractuelle, d’intention du

ought to be taken into account — are disregarded in the majority’s reasons.

[179] As I explain below, the *Arbitration Act*, the *International Act*, this Court’s jurisprudence and compelling considerations of public policy require this Court to respect the parties’ commitment to submit disputes to arbitration. I would therefore allow the appeal.

II. Background

[180] The appellants, Uber Technologies Inc., Uber Canada, Inc., Uber B.V. and Rasier Operations B.V. (collectively, “Uber”), form part of a corporate group with strong connections to the Netherlands, including the corporate headquarters of Uber B.V. and Rasier Operations B.V. The corporate group has global operations in what has been styled the “sharing economy”.

[181] Uber develops and operates software applications (“Apps” or an “App”) for users of GPS-enabled smartphones, which connect ride-seeking passengers with drivers and allow customers to have food delivered from restaurants. The food delivery business is known as “UberEATS”, and the App developed for it is known as the “UberEATS App”.

[182] Uber licenses another App — the “Driver” App — to David Heller, the respondent. Mr. Heller delivers food from restaurants to customers who have ordered food through UberEATS and is paid through the Driver App. A person in his position is commonly referred to as an “Uber driver”. He earns CAN\$400 to CAN\$600 per week driving for 40 to 50 hours.

[183] To become an Uber driver, Mr. Heller was required to enter into a service agreement with Rasier Operations B.V. through the Driver App. He was periodically required to agree to new versions of

législateur et des réalités commerciales pratiques. Ces considérations importantes, qui devraient être prises en compte, sont ignorées dans les motifs des juges majoritaires.

[179] Comme je l’explique plus loin, la *Loi sur l’arbitrage*, la *Loi internationale*, la jurisprudence de la Cour et d’impérieuses considérations d’ordre public exigent de la Cour qu’elle respecte l’engagement des parties à soumettre leurs différends à l’arbitrage. J’accueillerais donc le pourvoi.

II. Contexte

[180] Les appelantes, Uber Technologies Inc., Société Uber Canada, Uber B.V. et Rasier Operations B.V. (collectivement appelées « Uber »), font partie d’un groupe de sociétés ayant des liens forts avec les Pays-Bas, notamment les sièges sociaux d’Uber B.V. et de Rasier Operations B.V. Le groupe de sociétés exerce des activités mondiales dans ce que l’on appelle l’« économie de partage ».

[181] Uber développe et exploite des applications logicielles (des « applis » ou une « appli ») pour les utilisateurs de téléphone intelligents équipés d’un GPS, qui mettent en contact des chauffeurs avec des passagers qui sont à la recherche d’un transport ainsi qu’avec des clients qui souhaitent se faire livrer des plats de restaurants. Ce dernier secteur d’activité est connu sous le nom d’« UberEATS » et l’appli développée pour celui-ci est connue sous le nom d’« appli UberEATS ».

[182] Uber accorde une licence à David Heller, l’intimé, pour l’utilisation d’une autre appli, « Driver ». Monsieur Heller livre des plats de restaurants à des clients qui ont commandé des repas au moyen de l’appli UberEATS et il est payé par l’entremise de l’appli Driver. La position qu’il occupe est communément appelée « chauffeur Uber ». Il gagne entre 400 \$ CAN et 600 \$ CAN par semaine pour 40 à 50 heures de conduite.

[183] Pour devenir chauffeur Uber, M. Heller a dû conclure une entente de services avec Rasier Operations B.V. au moyen de l’appli Driver. Il a périodiquement dû consentir à de nouvelles versions

the service agreement and of an agreement subsequently signed with Uber Portier B.V., which is not a party to this appeal. To accept the service agreement, Mr. Heller was required to scroll through the entire contract and to click two buttons to indicate his acceptance. The Driver App does not limit the time an Uber driver may take to review the service agreement before accepting.

[184] The parties do not suggest that there were any meaningful substantive differences between the various service agreements for the purposes of this appeal. I refer to the agreements collectively throughout these reasons as the “Service Agreement”.

[185] The Service Agreement includes a clause that provides that any dispute, conflict or controversy arising in connection with the agreement is to be first submitted to mediation and, if mediation is unsuccessful, is to be finally resolved by arbitration (“Arbitration Clause”). The Arbitration Clause adds that the International Chamber of Commerce’s (“ICC”) *Arbitration Rules, Mediation Rules* developed by the International Court of Arbitration (“ICA”) and the International Centre for ADR, as amended from time to time (“ICC Rules”), are to apply, and designates Amsterdam, the Netherlands, as the place of arbitration (“Place of Arbitration Clause”). The Service Agreement also includes a clause that provides that it is to be governed by and construed in accordance with the laws of the Netherlands (“Choice of Law Clause”).

[186] Uber offers a free internal dispute resolution mechanism which connects Uber drivers to customer support representatives. Ontario-based drivers may also visit a local support centre referred to as a Greenlight Hub to resolve disputes. It is noteworthy that Mr. Heller has raised over 300 complaints through Uber’s internal procedure, most of which were resolved within 48 hours.

[187] The selection of the ICC Rules in a mediation or arbitration agreement entails the administration of the proceedings by the ICC’s autonomous dispute resolution bodies: the ICA and the International

de l’entente de services et d’une entente signée ultérieurement avec la société Uber Portier B.V., laquelle n’est pas une partie au présent pourvoi. Pour accepter l’entente de services, M. Heller devait faire défiler le contrat en entier et cliquer sur deux boutons pour indiquer son acceptation. L’appli Driver ne limite pas le temps que peut prendre le chauffeur Uber pour examiner l’entente de services avant de l’accepter.

[184] Pour les fins du présent pourvoi, les parties ne suggèrent pas qu’il existe des différences de fond importantes entre les diverses ententes de services. Tout au long de mes motifs, j’y réfère collectivement comme l’« entente de services ».

[185] L’entente de services comporte une clause prévoyant que tout différend, conflit ou controverse découlant de l’entente de services sera d’abord soumis à la médiation et, si la médiation échoue, sera définitivement tranché par voie d’arbitrage (« clause d’arbitrage »). La clause d’arbitrage ajoute que le *Règlement d’arbitrage, Règlement de médiation* de la Chambre de commerce internationale (« CCI ») élaborés par la Cour internationale d’arbitrage (« CIA ») et le Centre international d’ADR, et leurs modifications successives (« Règlements de la CCI »), doivent s’appliquer, et elle désigne Amsterdam, aux Pays-Bas, comme lieu de l’arbitrage (« clause relative au lieu de l’arbitrage »). L’entente de services comporte également une clause prévoyant que l’entente sera régie et interprétée conformément aux lois des Pays-Bas (« clause de choix du droit applicable »).

[186] Uber offre gratuitement un mécanisme interne de règlement des différends qui met les chauffeurs Uber en contact avec des représentants du soutien à la clientèle. Les chauffeurs qui exercent leurs activités en Ontario peuvent aussi se rendre dans un centre de soutien local, appelé Greenlight Hub, pour régler leurs différends. Il importe de souligner que M. Heller a déposé plus de 300 plaintes au moyen de la procédure interne d’Uber, dont la plupart ont été réglées en moins de 48 heures.

[187] Le choix des Règlements de la CCI dans une convention de médiation ou d’arbitrage suppose que les procédures soient administrées par les organismes autonomes de règlement des différends de la

Centre for ADR. The ICC Rules provide for the payment of mandatory fees to these dispute resolution bodies for the administration of mediation and arbitration proceedings, which total US\$14,500 for a claim under US\$200,000 (“ICC Fees”).

[188] Mr. Heller commenced a proposed class proceeding in Ontario for CAN\$400,000,000, alleging that Uber drivers such as himself have been misclassified by Uber because they are employees who are entitled to the benefits and protections of Ontario’s *Employment Standards Act, 2000*, S.O. 2000, c. 41 (“ESA”).

[189] Uber brought a motion to have Mr. Heller’s proceeding stayed in favour of arbitration pursuant to the Arbitration Clause and the *International Act* or, alternatively, the *Arbitration Act*.

[190] Applying the *International Act*, the Ontario Superior Court stayed Mr. Heller’s action in favour of arbitration: 2018 ONSC 718, 41 D.L.R. (4th) 343. The Court of Appeal allowed the appeal and set the stay aside, holding that, if the drivers are employees, as is alleged, then the Arbitration Clause illegally contracted out of an employment standard. In addition, the Arbitration Clause was found to be unconscionable at common law. Either conclusion meant that the Arbitration Clause is invalid under s. 7(2) of the *Arbitration Act* such that the mandatory stay does not apply.

III. Legislation

[191] The *ESA* includes the following provisions:

Definitions

1 (1) In this Act,

...

CCI : la CIA et le Centre international d’ADR. Les Règlements de la CCI prévoient le paiement de droits obligatoires à ces organismes de règlement des différends pour l’administration des procédures de médiation et d’arbitrage, lesquels s’élèvent à 14 500 \$ US pour une réclamation de moins de 200 000 \$ US (« droits de la CCI »).

[188] Monsieur Heller a institué une procédure de recours collectif projeté d’une valeur de 400 000 000 \$ CAN en Ontario, alléguant que les chauffeurs Uber, tel que lui-même, ont été mal classés par Uber parce qu’ils sont des employés ayant droit aux avantages et protections qu’accorde la *Loi de 2000 sur les normes d’emploi*, L.O. 2000, c. 41, de l’Ontario (« *LNE* »).

[189] Uber a déposé une motion pour faire surseoir à l’action de M. Heller en faveur d’un arbitrage en vertu de la clause d’arbitrage et des dispositions de la *Loi internationale* ou, subsidiairement, de la *Loi sur l’arbitrage*.

[190] Appliquant la *Loi internationale*, la Cour supérieure de l’Ontario a sursis à l’action de M. Heller en faveur de l’arbitrage : 2018 ONSC 718, 41 D.L.R. (4th) 343. La Cour d’appel a fait droit à l’appel et annulé le sursis, jugeant que, si les chauffeurs sont des employés, tel qu’il est allégué, alors la clause d’arbitrage a illégalement soustrait les parties par contrat à une norme d’emploi. De plus, la clause d’arbitrage a été jugée inique en common law. L’une ou l’autre conclusion signifie que la clause d’arbitrage est nulle au sens du par. 7(2) de la *Loi sur l’arbitrage*, si bien que le sursis obligatoire ne s’applique pas.

III. Dispositions législatives

[191] La *LNE* comporte les dispositions suivantes :

Définitions

1 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

...

“employment standard” means a requirement or prohibition under this Act that applies to an employer for the benefit of an employee; . . .

...

No contracting out

5 (1) Subject to subsection (2), no employer or agent of an employer and no employee or agent of an employee shall contract out of or waive an employment standard and any such contracting out or waiver is void.

Greater contractual or statutory right

(2) If one or more provisions in an employment contract or in another Act that directly relate to the same subject matter as an employment standard provide a greater benefit to an employee than the employment standard, the provision or provisions in the contract or Act apply and the employment standard does not apply.

No treating as if not employee

5.1 (1) An employer shall not treat, for the purposes of this Act, a person who is an employee of the employer as if the person were not an employee under this Act.

...

Complaints

96 (1) A person alleging that this Act has been or is being contravened may file a complaint with the Ministry in a written or electronic form approved by the Director.

...

When complaint not permitted

98 (1) An employee who commences a civil proceeding with respect to an alleged failure to pay wages or to comply with Part XIII (Benefit Plans) may not file a complaint with respect to the same matter or have such a complaint investigated.

« norme d’emploi » Exigence ou interdiction prévue par la présente loi qui s’applique à un employeur et qui bénéficie à un employé. . .

...

Impossibilité de se soustraire à une norme d’emploi

5 (1) Sous réserve du paragraphe (2), aucun employeur ou mandataire d’un employeur ni aucun employé ou mandataire d’un employé ne doit se soustraire contractuellement à une norme d’emploi ni y renoncer. Tout acte de ce genre est nul.

Supériorité du droit accordé par une loi ou par contrat

(2) Si une ou plusieurs dispositions d’un contrat de travail ou d’une autre loi qui traitent directement du même sujet qu’une norme d’emploi accordent à un employé un avantage supérieur à celle-ci, ces dispositions s’appliquent et la norme d’emploi ne s’applique pas.

Traitement interdit

5.1 (1) L’employeur ne doit pas, dans le cadre de la présente loi, traiter une personne qui est son employé comme si elle n’était pas un employé aux termes de la présente loi.

...

Plaintes

96 (1) Quiconque prétend qu’il a été ou qu’il est contrevenu à la présente loi peut déposer une plainte auprès du ministère selon la formule écrite ou électronique qu’approuve le directeur.

...

Plainte non autorisée

98 (1) L’employé qui introduit une instance civile à l’égard d’une prétendue omission de verser un salaire ou de se conformer à la partie XIII (Régimes d’avantages sociaux) ne peut pas déposer une plainte à l’égard de la même question ni faire faire une enquête sur une telle plainte.

[192] The *Arbitration Act* includes the following provisions:

Court intervention limited

6 No court shall intervene in matters governed by this Act, except for the following purposes, in accordance with this Act:

1. To assist the conducting of arbitrations.
2. To ensure that arbitrations are conducted in accordance with arbitration agreements.
3. To prevent unequal or unfair treatment of parties to arbitration agreements.
4. To enforce awards.

...

Stay

7 (1) If a party to an arbitration agreement commences a proceeding in respect of a matter to be submitted to arbitration under the agreement, the court in which the proceeding is commenced shall, on the motion of another party to the arbitration agreement, stay the proceeding.

Exceptions

(2) However, the court may refuse to stay the proceeding in any of the following cases:

1. A party entered into the arbitration agreement while under a legal incapacity.
2. The arbitration agreement is invalid.
3. The subject-matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under Ontario law.
4. The motion was brought with undue delay.
5. The matter is a proper one for default or summary judgment.

...

[192] La *Loi sur l'arbitrage* comporte les dispositions suivantes :

Intervention limitée du tribunal judiciaire

6 Aucun tribunal judiciaire ne doit intervenir dans les questions régies par la présente loi, sauf dans les cas prévus par celle-ci et pour les objets suivants :

1. Faciliter la conduite des arbitrages.
2. Veiller à ce que les arbitrages soient effectués conformément aux conventions d'arbitrage.
3. Empêcher que des parties aux conventions d'arbitrage soient traitées autrement que sur un pied d'égalité et avec équité.
4. Exécuter les sentences.

...

Sursis

7 (1) Si une partie à une convention d'arbitrage introduit une instance à l'égard d'une question que la convention oblige à soumettre à l'arbitrage, le tribunal judiciaire devant lequel l'instance est introduite doit, sur la motion d'une autre partie à la convention d'arbitrage, surseoir à l'instance.

Exceptions

(2) Cependant, le tribunal judiciaire peut refuser de surseoir à l'instance dans l'un ou l'autre des cas suivants :

1. Une partie a conclu la convention d'arbitrage alors qu'elle était frappée d'incapacité juridique.
2. La convention d'arbitrage est nulle.
3. L'objet du différend ne peut faire l'objet d'un arbitrage aux termes des lois de l'Ontario.
4. La motion a été présentée avec un retard indu.
5. La question est propre à un jugement par défaut ou à un jugement sommaire.

...

Arbitral tribunal may rule on own jurisdiction

17 (1) An arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction to conduct the arbitration and may in that connection rule on objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement.

Independent agreement

(2) If the arbitration agreement forms part of another agreement, it shall, for the purposes of a ruling on jurisdiction, be treated as an independent agreement that may survive even if the main agreement is found to be invalid.

...

Review by court

(8) If the arbitral tribunal rules on an objection as a preliminary question, a party may, within thirty days after receiving notice of the ruling, make an application to the court to decide the matter.

[193] The *International Act* includes the following provisions:

Application of Model Law

5 (1) Subject to this Act, the Model Law on International Commercial Arbitration, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985, as amended by the United Nations Commission on International Trade Law on 7 July 2006, set out in Schedule 2, has force of law in Ontario.

...

Stay of proceedings

9 Where, pursuant to article II (3) of the Convention or article 8 of the Model Law, a court refers the parties to arbitration, the proceedings of the court are stayed with respect to the matters to which the arbitration relates.

Possibilité pour le tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence

17 (1) Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence en matière de conduite de l'arbitrage et peut, à cet égard, statuer sur les objections relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage.

Convention distincte

(2) La convention d'arbitrage qui fait partie d'une autre convention est considérée, aux fins d'une décision sur la compétence, comme une convention distincte pouvant subsister même si la convention principale est déclarée nulle.

...

Révision par le tribunal judiciaire

(8) Si le tribunal arbitral statue sur une objection en la traitant comme une question préalable, une partie peut, dans les trente jours de la date où elle a reçu avis de la décision, présenter une requête au tribunal judiciaire pour qu'il rende une décision sur la question.

[193] La *Loi internationale* comporte les dispositions suivantes :

Application de la Loi type

5 (1) Sous réserve de la présente loi, la Loi type sur l'arbitrage commercial international, que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a adoptée le 21 juin 1985 et amendée le 7 juillet 2006, et dont le texte est reproduit à l'annexe 2, a force de loi en Ontario.

...

Suspension de l'instance

9 La décision du tribunal de renvoyer les parties à l'arbitrage en application du paragraphe II (3) de la Convention ou de l'article 8 de la Loi type opère suspension de l'instance judiciaire relativement aux questions visées par l'arbitrage.

[194] Schedule 2 of the *International Act* implements the United Nations Commission on International Trade Law’s *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17, Ann. I, June 21, 1985 (“UNCITRAL” and “UNCITRAL Model Law”, respectively), which includes the following provisions:

Article 1. Scope of application

(1) This Law applies to international commercial arbitration, subject to any agreement in force between this State and any other State or States.

...

Article 8. Arbitration agreement and substantive claim before court

(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

...

Article 16. Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction

(1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause. [pp. 1, 5 and 8]

[195] The *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, includes a provision which addresses stays of proceedings:

Stay of proceedings

106 A court, on its own initiative or on motion by any person, whether or not a party, may stay any proceeding in the court on such terms as are considered just.

[194] L’annexe 2 de la *Loi internationale* met en œuvre la *Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international* de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Doc. N.U. A/40/17, ann. 1, 21 juin 1985 (« Loi type de la CNUDCI » et « CNUDCI », respectivement), qui comporte les dispositions suivantes :

Article premier. Champ d’application

(1) La présente loi s’applique à l’arbitrage commercial international; elle ne porte atteinte à aucun accord multilatéral ou bilatéral en vigueur pour le présent État.

...

Article 8. Convention d’arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal

(1) Le tribunal saisi d’un différend sur une question faisant l’objet d’une convention d’arbitrage renverra les parties à l’arbitrage si l’une d’entre elles le demande au plus tard lorsqu’elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu’il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d’être exécutée.

...

Article 16. Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence

(1) Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l’existence ou à la validité de la convention d’arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d’un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n’entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire. [p. 1, 5 et 8]

[195] La *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43, comprend une disposition qui traite du sursis d’instance :

Sursis d’instance

106 Le tribunal peut, de son propre chef ou sur motion présentée par une personne qui est partie ou non au litige, surseoir à une instance aux conditions qu’il estime justes.

[196] The part of the ICC Rules that deals with arbitration (“ICC Arbitration Rules”) include the following provisions:

Article 18

Place of Arbitration

1. The place of the arbitration shall be fixed by the Court, unless agreed upon by the parties.
2. The arbitral tribunal may, after consultation with the parties, conduct hearings and meetings at any location it considers appropriate, unless otherwise agreed by the parties.
3. The arbitral tribunal may deliberate at any location it considers appropriate.

...

Article 22

Conduct of the Arbitration

1. The arbitral tribunal and the parties shall make every effort to conduct the arbitration in an expeditious and cost-effective manner, having regard to the complexity and value of the dispute.

...

4. In all cases, the arbitral tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case.

...

Article 38

Decision as to the Costs of Arbitration

...

3. At any time during the arbitral proceedings, the arbitral tribunal may make decisions on costs, other than those to be fixed by the Court, and order payment.

[196] La partie du règlement de la CCI qui traite de l’arbitrage (« Règlement d’arbitrage de la CCI ») comporte les dispositions suivantes :

Article 18

Lieu de l’arbitrage

1. La Cour fixe le lieu de l’arbitrage, à moins que les parties ne soient convenues de celui-ci.
2. Le tribunal arbitral peut, après consultation des parties, tenir des audiences et réunions en tout autre endroit qu’il estime opportun, à moins que les parties n’en soient convenues autrement.
3. Le tribunal arbitral peut délibérer en tout endroit qu’il considère opportun.

...

Article 22

Conduite de l’arbitrage

1. Le tribunal arbitral et les parties font tous leurs efforts pour conduire la procédure d’arbitrage avec célérité et efficacité en termes de coût, eu égard à la complexité et à l’enjeu du litige.

...

4. Dans tous les cas, le tribunal arbitral conduit la procédure de manière équitable et impartiale et veille à ce que chaque partie ait eu la possibilité d’être suffisamment entendue.

...

Article 38

Décision sur les frais de l’arbitrage

...

3. À tout moment de la procédure d’arbitrage, le tribunal arbitral peut se prononcer sur des frais autres que ceux fixés par la Cour, et ordonner tout paiement.

4. The final award shall fix the costs of the arbitration and decide which of the parties shall bear them or in what proportion they shall be borne by the parties.

[197] Appendix VI to the ICC Arbitration Rules contains a set out of procedural rules for the expedited conduct of arbitration (“ICC Expedited Rules”), which include the following provisions:

Article 3

Proceedings

...

4. The arbitral tribunal shall have discretion to adopt such procedural measures as it considers appropriate. In particular, the arbitral tribunal may, after consultation with the parties, decide not to allow requests for document production or to limit the number, length and scope of written submissions and written witness evidence (both fact witnesses and experts).
5. The arbitral tribunal may, after consulting the parties, decide the dispute solely on the basis of the documents submitted by the parties, with no hearing and no examination of witnesses or experts. When a hearing is to be held, the arbitral tribunal may conduct it by videoconference, telephone or similar means of communication. [pp. 71-72]

IV. Issues

[198] The overall issue in this appeal is whether Uber’s motion for a stay of Mr. Heller’s proceeding should be granted pursuant to either s. 9 of the *International Act* or s. 7(1) of the *Arbitration Act*. A number of related questions arise:

- Which arbitration legislation governs Uber’s motion for a stay?
- Is the Arbitration Clause null and void under the *International Act*, or invalid under the *Arbitration Act*?

4. La sentence finale du tribunal arbitral liquide les frais de l’arbitrage et décide à quelle partie le paiement en incombe ou dans quelle proportion ils sont partagés entre elles.

[197] L’appendice VI du Règlement d’arbitrage de la CCI contient un ensemble de règles procédurales pour le déroulement accéléré de l’arbitrage (« Règles relatives à la procédure accélérée de la CCI »), lesquelles comportent les dispositions suivantes :

Article 3

Procédure

...

4. Le tribunal arbitral peut adopter à sa discrétion les mesures procédurales qu’il juge appropriées. Il peut notamment, après consultation des parties, décider de ne pas autoriser les demandes de production de documents ou limiter le nombre, la longueur et la portée des écritures et des déclarations écrites (tant en ce qui concerne les témoins que les experts).
5. Le tribunal arbitral peut, après consultation des parties, décider de statuer sur le litige seulement sur pièces soumises par les parties, sans tenir d’audience ni entendre de témoins ou d’experts. Lorsqu’une audience est tenue, le tribunal arbitral peut la conduire par visioconférence, par téléphone ou par d’autres moyens de communication similaires. [p. 71-72]

IV. Questions en litige

[198] La question globale en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la motion d’Uber visant à faire surseoir à l’action de M. Heller devrait être accueillie soit en vertu de l’art. 9 de la *Loi internationale*, soit en vertu du par. 7(1) de la *Loi sur l’arbitrage*. Cette question soulève un certain nombre de questions connexes :

- Quelle loi sur l’arbitrage régit la motion en sursis d’instance d’Uber?
- La clause d’arbitrage est-elle caduque (*Loi internationale*), ou nulle (*Loi sur l’arbitrage*)?

- Should a court or an arbitral tribunal rule first on the validity of the Arbitration Clause?
- What conditions, if any, should the Court impose on the stay of proceedings?

V. Analysis

A. *Overview*

[199] I would allow the appeal and grant Uber's motion for a stay of proceedings, on the condition that Uber advances the funds needed to initiate the ICA arbitration proceedings.

[200] I begin my analysis by considering historical trends in Canadian arbitration law, which was initially characterized by a judicial attitude of overt hostility to arbitration. In recent decades, though, Canadian arbitration law has seen a dramatic reversal, as arbitration has been embraced and Canada has been transformed into a world leader in arbitration jurisprudence. I fear, however, that, in taking the approaches they do, my colleagues risk abdicating Canada's leadership role in arbitration law.

[201] Next, I turn to the concrete doctrinal problems posed by this appeal. I consider which arbitration legislation governs Uber's motion for a stay. While I conclude that the *International Act* applies, the ultimate conclusions I reach would be the same under the *Arbitration Act*. I then consider whether the Arbitration Clause is either null and void or invalid, depending on which legislation is concerned. A primary sub-issue is whether a court or the arbitral tribunal should rule first on these questions, and this turns on whether Mr. Heller's arguments can be characterized as raising questions of law or questions of mixed law and fact which require only a superficial review of the documentary evidence in the record in order to establish the relevant factual aspects. I find that his arguments based on the doctrine of unconscionability and on the *ESA* raise questions of mixed law and fact which cannot be decided on the basis

- Qui, d'un tribunal judiciaire ou d'un tribunal arbitral, devrait statuer en premier lieu sur la validité de la clause d'arbitrage?
- De quelles conditions, le cas échéant, la Cour devrait-elle assortir le sursis de l'instance?

V. Analyse

A. *Aperçu*

[199] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de faire droit à la motion en sursis d'instance d'Uber, à la condition qu'Uber avance les fonds nécessaires pour engager les procédures d'arbitrage de la CIA.

[200] Je commence mon analyse en examinant les tendances historiques du droit canadien en matière d'arbitrage, lequel a d'abord été caractérisé par une attitude ouvertement hostile des tribunaux judiciaires à l'égard de l'arbitrage. Toutefois, au cours des dernières décennies, le droit canadien de l'arbitrage a connu un revirement spectaculaire, puisque l'arbitrage a été accueilli à bras ouverts et le Canada est devenu un chef de file mondial en matière de jurisprudence arbitrale. Or, je crains qu'en retenant l'approche qu'ils adoptent dans le présent pourvoi, mes collègues risquent de miner le rôle du Canada comme chef de file en droit de l'arbitrage.

[201] J'analyse ensuite les problèmes doctrinaux concrets que pose le présent pourvoi. J'examine la question de savoir quelle loi sur l'arbitrage régit la motion d'Uber en sursis d'instance. Bien que je conclue que la *Loi internationale* s'applique, mes conclusions finales seraient les mêmes sous le régime de la *Loi sur l'arbitrage*. J'examine ensuite la question de savoir si la clause d'arbitrage est caduque ou nulle, selon la loi qui est en cause. Une sous-question principale est de savoir si un tribunal judiciaire ou bien un tribunal arbitral devrait statuer en premier lieu sur ces questions, et la réponse à cette sous-question dépend elle-même de la réponse à la question de savoir si les arguments de M. Heller peuvent être qualifiés de questions de droit ou de questions mixtes de droit et de fait n'impliquant qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier pour établir les aspects factuels pertinents. Je conclus que

of a superficial review of that evidence and should therefore be decided by the arbitrator.

[202] These conclusions would be sufficient to decide the appeal, but, because my colleagues go further and consider Mr. Heller's arguments on their merits, I also comment on the merits of his challenge in respect of the validity of the Arbitration Clause. I find that the testimonial evidence before the Court is insufficient to support a finding that the Arbitration Clause is unconscionable. I also find that the Arbitration Clause is neither inconsistent with the *ESA*, nor contrary to public policy, as Brown J. would find.

[203] I conclude by considering the possible remedies on a motion for a stay. The majority appears to believe that the courts face a stark choice between rigidly enforcing what they perceive to be a one-sided arbitration agreement and finding that the entire arbitration agreement is invalid. I suggest that at least two remedies are available to a court hearing a motion for a stay in order to alleviate any perceived unfairness: (1) a conditional stay of proceedings and (2) severance of an unenforceable term of an arbitration agreement. These remedies would enable courts to safeguard procedural fairness in a manner consistent with the principle of party autonomy and with the legislature's intent.

[204] I turn now to the broader historical and jurisprudential context of this appeal.

B. *Historical Trends in Canadian Arbitration Law: From Overt Hostility to World Leadership*

[205] Until the 1980s, Canadian courts displayed hostility to arbitration, treating it as a second-tier class of dispute settlement: *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R.

les arguments de M. Heller fondés sur la *LNE* et la doctrine de l'iniquité soulèvent des questions mixtes de droit et de fait qui ne peuvent être tranchées au vu d'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier et devraient donc être tranchées par l'arbitre.

[202] Ces conclusions suffisent pour statuer sur le pourvoi, mais puisque mes collègues vont plus loin et se penchent sur les arguments de M. Heller au fond, je me prononce également sur le bien-fondé de la contestation de M. Heller relative à la validité de la clause d'arbitrage. Je suis d'avis que la preuve testimoniale dont dispose la Cour n'est pas suffisante pour appuyer la conclusion que la clause d'arbitrage est inique. Je conclus aussi que cette clause n'est ni incompatible avec la *LNE*, ni contraire à l'ordre public, comme l'estime le juge Brown.

[203] Je termine en examinant les réparations possibles dans le cadre d'une motion en sursis d'instance. Les juges majoritaires semblent croire que les tribunaux font face à un choix difficile entre l'application stricte de ce qu'ils perçoivent comme étant une convention d'arbitrage à sens unique et la conclusion que la convention d'arbitrage au complet est nulle. J'estime que la cour saisie d'une motion en sursis d'instance dispose d'au moins deux mesures de réparation pour atténuer toute perception d'injustice : (1) un sursis d'instance conditionnel et (2) le retranchement d'une disposition inexécutoire de la convention d'arbitrage. Ces mesures permettraient aux tribunaux de préserver l'équité procédurale d'une manière conforme au principe de l'autonomie des parties et à l'intention du législateur.

[204] Je situe maintenant le présent pourvoi dans son contexte historique et jurisprudenciel plus général.

B. *Tendances historiques du droit canadien de l'arbitrage : d'une attitude ouvertement hostile à un rôle de chef de file mondial*

[205] Jusqu'aux années 1980, les tribunaux canadiens se sont montrés hostiles à l'arbitrage, qu'ils considéraient comme un mécanisme de règlement des différends de second ordre : *Seidel c. TELUS*

531, at paras. 89-96, per LeBel and Deschamps JJ. (dissenting, but not on this point). The Canadian judiciary's hostility was inherited from the English common law, which held that arbitration agreements had the effect of ousting the jurisdiction of the courts and were therefore void on the basis that they were contrary to public policy: *Seidel*, at paras. 89-90; *Wellman*, at para. 48. This hostility was exemplified by *National Gypsum Co. Inc. v. Northern Sales Ltd.*, [1964] S.C.R. 144, in which this Court held that an agreement to submit disputes to arbitration in New York was unenforceable on the basis of public policy.

[206] Beginning in the 1980s, however, this Court recognized that the prevailing attitude was misconceived and began to chart a new course for arbitration law jurisprudence in Canada. In *Zodiak International Productions Inc. v. Polish People's Republic*, [1983] 1 S.C.R. 529, this Court distanced itself from the approach it had taken in *National Gypsum* and advanced a more favorable position on arbitration. In *Sport Maska Inc. v. Zitrer*, [1988] 1 S.C.R. 564, it recognized that the judiciary's hostility to arbitration had unfortunately inhibited the legal community's interest in arbitration, thereby inhibiting the growth of this form of dispute resolution. Around the same time, legislatures began to intervene to further promote the use of arbitration: *Wellman*, at para. 49.

[207] Over time, courts, including this Court, began to take notice that the legislatures had adopted a pro-arbitration stance. In *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178, at paras. 38 and 40-41, this Court acknowledged that arbitration is a legitimate form of dispute resolution and that this had been fully recognized and endorsed by the legislature and in its own jurisprudence. In *Seidel*, at para. 2, this Court stated that, "[a]bsent legislative intervention, the courts will generally give effect to the terms of a commercial contract freely entered into, even a contract of adhesion, including an arbitration clause". It added that it had both recognized and welcomed the virtues of

Communications Inc., 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531, par. 89-96, les juges LeBel et Deschamps (dissidents, mais non sur ce point). L'hostilité des tribunaux canadiens a été héritée de la common law anglaise, selon laquelle les conventions d'arbitrage avaient pour effet d'évincer la compétence des tribunaux et étaient, par conséquent, nulles parce que contraires à l'ordre public : *Seidel*, par. 89-90; *Wellman*, par. 48. Cette hostilité est illustrée par l'arrêt *National Gypsum Co. Inc. c. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144, où la Cour a statué qu'une convention prévoyant l'arbitrage d'un différend à New York était inexécutoire parce que contraire à l'ordre public.

[206] Toutefois, au début des années 1980, la Cour a reconnu que l'attitude qui prévalait était mal fondée et a commencé à tracer une nouvelle voie pour la jurisprudence en matière d'arbitrage au Canada. Dans l'arrêt *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529, la Cour a pris ses distances par rapport à l'approche qu'elle avait adoptée dans *National Gypsum* et préconisé une attitude plus favorable à l'arbitrage. Dans l'arrêt *Sport Maska Inc. c. Zitrer*, [1988] 1 R.C.S. 564, la Cour a reconnu à quel point l'hostilité des tribunaux à l'égard de l'arbitrage avait malheureusement freiné l'intérêt de la communauté juridique envers l'arbitrage, ralentissant la croissance de ce mécanisme de résolution des différends. À peu près à la même époque, les législatures ont commencé à intervenir afin de favoriser davantage le recours à l'arbitrage : *Wellman*, par. 49.

[207] Au fil des ans, les tribunaux, y compris la Cour, ont commencé à prendre en compte le fait que les législatures avaient adopté une position favorable à l'arbitrage. Dans l'arrêt *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178, par. 38 et 40-41, la Cour a admis que l'arbitrage constitue une forme légitime de règlement des différends, qui est pleinement reconnue et approuvée par le législateur et sa propre jurisprudence. Au paragraphe 2 de l'arrêt *Seidel*, la Cour a affirmé qu'« [e]n l'absence d'intervention du législateur, les tribunaux donnent généralement effet aux clauses d'un contrat commercial librement conclu dans lequel figure une clause d'arbitrage, et ce, même s'il s'agit d'un contrat

commercial arbitration: *Seidel*, at para. 23. Finally, in *Wellman*, this Court endorsed “the modern approach that sees arbitration as an autonomous, self-contained, self-sufficient process pursuant to which the parties agree to have their disputes resolved by an arbitrator, not by the courts”: *Wellman*, at para. 56, quoting *Inforica Inc. v. CGI Information Systems and Management Consultants Inc.*, 2009 ONCA 642, 97 O.R. (3d) 161, at para. 14.

[208] As a result of legislative and judicial encouragement, Canada is now a world leader in arbitration law. The jurisprudence of Canadian courts features prominently with that of other leading UNCITRAL Model Law jurisdictions, such as Germany, Australia, Hong Kong and Singapore, in the United Nations Commission on International Trade Law’s *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration* (2012). Canada sits on the cusp of becoming a world-class seat for arbitration, with modern arbitration legislation and a thriving community of dedicated practitioners, scholars, and arbitrators: J. Walker, “Canada’s Place in the World of International Arbitration” (2019), 1 *Can. J. Comm. Arb.* 1.

[209] My colleagues threaten to roll back the tide of history and Canadian jurisprudence to the days when judges were overtly hostile to arbitration. They decline to follow the rule of systematic referral to arbitration that was clearly established in *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at paras. 84-85. Instead, they add to the grounds for judicial intervention in the arbitration process by proposing new exceptions to the rule of systematic referral. Finally, they suggest that, regardless of the legislative intent embodied in the *Arbitration Act* and the *International Act*, judicial respect for arbitration is predicated upon the accessibility of arbitration in a given case: *Wellman*, at paras. 48-56 and 82; *Abella and Rowe JJ.’s* reasons, at para. 97; *Brown J.’s* reasons, at para. 117. As a result, my colleagues’ approaches call into question this Court’s commitment to encouraging the use of

d’adhésion ». La Cour a en outre affirmé qu’elle avait reconnu et accueilli favorablement les vertus de l’arbitrage commercial : *Seidel*, par. 23. Enfin, dans l’arrêt *Wellman*, la Cour a souscrit à « l’approche moderne selon laquelle l’arbitrage est un processus autonome par lequel les parties conviennent de régler leurs différends en les soumettant à un arbitre et non à un tribunal » : *Wellman*, par. 56, citant *Inforica Inc. c. CGI Information Systems and Management Consultants Inc.*, 2009 ONCA 642, 97 O.R. (3d) 161, par. 14.

[208] En raison d’encouragements législatifs et judiciaires, le Canada est maintenant un chef de file mondial en droit de l’arbitrage. Les décisions des tribunaux canadiens occupent une place de choix parmi celles d’autres acteurs de premier plan ayant adopté un texte législatif fondé sur la Loi type de la CNUDCI, comme l’Allemagne, l’Australie, Hong Kong et Singapour, dans le *UNCITRAL 2012 Digest of Caselaw on the Model Law on International Commercial Arbitration* (2012) de la CNUDCI. Le Canada est sur le point de devenir un siège de l’arbitrage de renommée mondiale, où l’on trouve des lois modernes en matière d’arbitrage et une communauté florissante de praticiens, d’auteurs et d’arbitres dévoués : J. Walker, « Canada’s Place in the World of International Arbitration » (2019), 1 *Can. J. Comm. Arb.* 1.

[209] La position de mes collègues menace de faire reculer le cours de l’histoire et de la jurisprudence canadienne à l’époque où les juges se montraient ouvertement hostiles à l’arbitrage. Ils refusent de respecter la règle du renvoi systématique à l’arbitrage qui a été clairement établie dans l’arrêt *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 84-85. Ils ajoutent plutôt aux motifs d’intervention judiciaire dans le processus arbitral en proposant de nouvelles exceptions à la règle de renvoi systématique. Enfin, ils laissent entendre qu’en dépit de l’intention législative enchâssée dans la *Loi sur l’arbitrage* et la *Loi internationale*, le respect des tribunaux envers l’arbitrage dépend de la possibilité d’y recourir dans un cas donné : *Wellman*, par. 48-56 et 82; motifs des juges *Abella* et *Rowe*, par. 97; motifs du juge *Brown*, par. 117. Par conséquent, les approches de mes

arbitration and to the modern “hands-off” approach to arbitration it so recently endorsed in *Wellman*. Canada’s role as a world leader in arbitration law may now be in doubt.

C. *Which Arbitration Legislation Applies to Uber’s Motion for a Stay?*

[210] Mr. Heller argues that the *Arbitration Act* applies because employment disputes are excluded from the scope of the UNCITRAL Model Law, which is incorporated into Ontario law by the *International Act*.

[211] The *International Act* applies to arbitrations which are “international” and “commercial”: UNCITRAL Model Law, art. 1(1). In this appeal, the arbitration is “international” because the parties have their residences or places of business in different countries: UNCITRAL Model Law, art. 1(3) (a) and (4)(b). Therefore, the applicability of the *International Act* turns on whether the parties’ relationship is properly characterized as being “commercial” in nature. In my view, a court should approach this issue by analyzing the nature of the parties’ relationship on the basis of a superficial review of the record, as opposed to characterizing the nature of the dispute solely on the basis of the pleadings.

[212] An interpretive footnote in the UNCITRAL Model Law explains that the term “commercial” is to be given a wide interpretation so as to cover all matters arising from all *relationships* of a commercial nature”: fn. 2 (emphasis added). The footnote also contains a non-exhaustive list of covered transactions, which includes licensing agreements. This implies that the focus of the analysis is on the nature of the relationship created by the transaction: see J. K. McEwan and L. B. Herbst, *Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations* (loose-leaf), at pp. 1-36 to 1-40.

collègues remettent en question l’engagement de la Cour à encourager le recours à l’arbitrage et à adopter l’approche moderne de « non-intervention » en matière d’arbitrage à laquelle elle a tout récemment souscrit dans l’arrêt *Wellman*. Le rôle du Canada en tant que chef de file mondial en droit de l’arbitrage peut désormais être mis en doute.

C. *Quelle loi sur l’arbitrage régit la motion en sursis d’instance d’Uber?*

[210] Monsieur Heller soutient que la *Loi sur l’arbitrage* s’applique parce que les différends en matière d’emploi sont exclus du champ d’application de la Loi type de la CNUDCI incorporée au droit ontarien dans la *Loi internationale*.

[211] La *Loi internationale* s’applique aux arbitrages qui revêtent un caractère « international » et « commercial » : Loi type de la CNUDCI, par. 1(1). Dans le présent pourvoi, l’arbitrage est « international » parce que les parties ont leur résidence ou leur établissement dans des pays différents : Loi type de la CNUDCI, al. 1(3)a) et (4)b). L’applicabilité de la *Loi internationale* dépend donc de la question de savoir si la relation des parties peut à juste titre être qualifiée de nature « commerciale ». À mon avis, le tribunal doit aborder cette question en analysant la nature de la relation des parties sur la base d’un examen superficiel du dossier, plutôt qu’en se limitant à qualifier la nature du différend sur le seul fondement des actes de procédure.

[212] Une note de bas de page interprétative figurant dans la Loi type de la CNUDCI précise que le terme « commercial » devrait être « interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute *relation* de caractère commercial » : n. 2 (je souligne). La note de bas de page dresse aussi une liste non exhaustive de transactions visées, qui comprend les contrats de licence. Cela signifie que l’analyse doit porter sur la nature de la relation créée par la transaction : voir J. K. McEwan et L. B. Herbst, *Commercial Arbitration in Canada : A Guide to Domestic and International Arbitrations* (feuilles mobiles), p. 1-36 à 1-40.

[213] The weight of the Canadian jurisprudence on the scope of the UNCITRAL Model Law has focused on the nature of the relationship and not of the dispute. For example, in *Borowski v. Fiedler (Heinrich) Perforiertechnik GmbH* (1994), 158 A.R. 213 (Q.B.), Murray J. found that the UNCITRAL Model Law did not apply to the case before him, because the evidence established that the relationship between the parties was that of master and servant (i.e., an employment relationship): para. 30. In other cases, the UNCITRAL Model Law was found to be inapplicable because the plaintiff's status as an employee was not in dispute, thereby obviating any need to characterize the relationship: *Ross v. Christian & Timbers Inc.* (2002), 23 B.L.R. (3d) 297 (S.C.J. Ont.); *Patel v. Kanbay International Inc.*, 2008 ONCA 867, 93 O.R. (3d) 588. In *United Mexican States v. Metalclad Corp.*, 2001 BCSC 664, 89 B.C.L.R. (3d) 359, at para. 46, by contrast, Tysoe J. found that the UNCITRAL Model Law did apply despite the fact that the *dispute* was not itself commercial in nature, because the *relationship* between the parties was commercial. Similarly, in *Kaverit Steel and Crane Ltd. v. Kone Corp.*, 1992 ABCA 7, 120 A.R. 346, at para. 26, Kerans J.A. held that a dispute over liability in tort falls within the scope of the UNCITRAL Model Law despite its non-contractual nature, "so long as the relationship that creates liability is one that can fairly be described as 'commercial'".

[214] Labour and employment disputes are said to be excluded from the scope of the term "commercial": United Nations Commission on International Trade Law, *Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration: Report of the Secretary-General*, U.N. Doc. A/CN.9/264, March 25, 1985. However, this does not shift the focus of the analysis from the nature of the relationship to the nature of the dispute between the parties. Rather, its effect is to exclude arbitrations arising in the context of employment and labour relationships from the scope of the UNCITRAL Model Law. The focus of the analysis is still on the nature of the relationship.

[213] L'essentiel de la jurisprudence canadienne interprétant la portée de la Loi type de la CNUDCI est axé sur la nature de la relation, et non du différend. Par exemple, dans *Borowski c. Fiedler (Heinrich) Perforiertechnik GmbH* (1994), 158 A.R. 213 (B.R.), le juge Murray a conclu que la Loi type de la CNUDCI ne s'appliquait pas à l'affaire dont il était saisi parce que la preuve établissait que la relation entre les parties en était une de [TRADUCTION] « commettant-préposé » (c.-à-d. une relation d'emploi) : par. 30. Dans d'autres affaires, la Loi type de la CNUDCI s'est avérée inapplicable parce que le statut d'employé du demandeur n'était pas contesté, ce qui écartait tout besoin de qualifier la relation : *Ross c. Christian & Timbers Inc.* (2002), 23 B.L.R. (3d) 297 (C.S.J. Ont.); *Patel c. Kanbay International Inc.*, 2008 ONCA 867, 93 O.R. (3d) 588. À l'inverse, dans *United Mexican States c. Metalclad Corp.*, 2001 BCSC 664, 89 B.C.L.R. (3d) 359, par. 46, le juge Tysoe a conclu que la Loi type de la CNUDCI s'appliquait malgré le fait que le *différend* n'était pas en soi de nature commerciale parce que la *relation* entre les parties était commerciale. De même, dans *Kaverit Steel and Crane Ltd. c. Kone Corp.*, 1992 ABCA 7, 120 A.R. 346, par. 26, le juge Kerans a conclu que les différends en matière de responsabilité délictuelle sont visés par la Loi type de la CNUDCI malgré leur nature extracontractuelle [TRADUCTION] « tant que la relation qui donne lieu à la responsabilité en est une que l'on peut à juste titre qualifier de "commerciale" ».

[214] On affirme que les différends liés au travail ou à l'emploi sont exclus du champ d'application du terme « commercial » : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international : Rapport du Secrétaire général*, Doc. N.U. A/CN.9/264, 25 mars 1985. Toutefois, cela ne déplace pas l'objet de l'analyse de la nature de la relation vers la nature du différend qui oppose les parties. Ce principe a plutôt pour effet d'exclure les arbitrages découlant de relations d'emploi et de travail du champ d'application de la Loi type de la CNUDCI. L'analyse demeure axée sur la nature de la relation.

[215] My colleagues, Abella and Rowe JJ., take the opposite position, arguing that the analysis turns on the nature of the dispute, not of the relationship: para. 25. However, the author of the learned treatise upon which Abella and Rowe JJ. rely in support of their view actually takes a position diametrically opposed to their approach to the applicability of the UNCITRAL Model Law: Abella and Rowe JJ.’s reasons, at para. 27. Gary B. Born does present the proposition that consumer and employment disputes are excluded from the UNCITRAL Model Law, but as an alternative to his own view. He then rebuts it by pointing to the fact that the list of covered transactions is non-exhaustive and “expressly extends to the ‘carriage of . . . passengers’ and ‘consulting’ agreements, which very arguably include at least certain consumer or employment relations”: *International Commercial Arbitration*, vol. I, *International Arbitration Agreements* (2nd ed. 2014), at p. 309. Born’s assessment is that “the Model Law includes within its coverage both consumer and employment matters, subject to any specific nonarbitrability rules adopted in particular states”: p. 309. His work is therefore of no assistance to my colleagues on this point. On the contrary, he expresses the opinion that the term “commercial” applies “without regard to the nature or form of the parties’ claims and looks only to the character of their underlying transaction or conduct”: p. 308.

[216] A superficial review of the documentary evidence reveals that the underlying transaction between Uber and Mr. Heller is commercial in nature. The Service Agreement expressly states that it does not create an employment relationship. Instead, it is a software licensing agreement, which, as I mentioned above, is a type of transaction that is identified as coming within the scope of the UNCITRAL Model Law.

[217] But Mr. Heller submits that he is an employee of Uber. While the parties’ characterization of their relationship is not determinative in a dispute

[215] Mes collègues les juges Abella et Rowe adoptent le point de vue contraire et soutiennent que l’analyse porte sur la nature du litige, et non sur la nature de la relation : par. 25. Cependant, l’auteur du savant traité sur lequel se fondent les juges Abella et Rowe à titre de source pour étayer leur point de vue défend en fait une position qui est diamétralement opposée à leur conception de l’applicabilité de la Loi type de la CNUDCI : motifs des juges Abella et Rowe, par. 27. Gary B. Born présente effectivement la proposition selon laquelle les différends en matière de consommation et d’emploi sont exclus de la Loi type de la CNUDCI, mais seulement à titre de solution de rechange à son propre avis. Il réfute ensuite cette proposition en soulignant que la liste des transactions visées n’est pas exhaustive et [TRADUCTION] « englobe expressément le “transport de [. . .] de passagers” et les ententes de “consultation”, dont on peut très bien dire qu’elles visent au moins certaines relations avec des consommateurs ou des relations entre employeurs et employés » : *International Commercial Arbitration*, vol. 1, *International Arbitration Agreements* (2^e éd. 2014), p. 309. Selon Born, « la Loi type comprend dans son champ d’application tant les questions de consommation que de relations de travail, sous réserve de toute interdiction de recours à l’arbitrage établie dans des États en particulier » : p. 309. Son travail n’est donc d’aucun secours pour mes collègues sur ce point. Au contraire, il estime que le mot « commercial » s’applique « sans égard à la nature ou à la forme des réclamations des parties et ne s’attache qu’au caractère de la transaction ou de la conduite sous-jacente » : p. 308.

[216] Un examen superficiel de la preuve documentaire révèle que la transaction sous-jacente entre Uber et M. Heller est de nature commerciale. L’entente de services indique expressément qu’elle ne crée pas une relation d’emploi. Il s’agit plutôt d’un accord de licence de logiciel qui, comme je l’ai mentionné précédemment, est un type de transaction qui relève du champ d’application de la Loi type de la CNUDCI.

[217] Monsieur Heller fait cependant valoir qu’il est l’employé d’Uber. Bien que la façon dont les parties qualifient leur relation ne soit pas déterminante

as to whether an employment relationship has been misclassified, a court hearing a motion for a stay should not decide complex questions of mixed law and fact which require more than a superficial review of the documentary evidence in the record: *Dell*, at paras. 84-85. This Court cannot decide that the Service Agreement creates an employment relationship without usurping the role of the arbitral tribunal. I therefore agree with the motion judge, Perell J., that “until the arbitrator rules otherwise, the court should take the parties at their word that the Service Agreements are not employment contracts”: para. 49.

[218] On the basis of a superficial review, I am satisfied that the parties’ relationship is both commercial and international within the meaning of the UNCITRAL Model Law. As a result, I conclude that the *International Act* applies to Uber’s motion for a stay. Because my colleagues are of the view that the *Arbitration Act* applies, however, I will continue to address both statutes, where relevant. I reiterate that the analysis that follows would not change were I to conclude that the *Arbitration Act* applied instead of the *International Act*.

D. *Is the Arbitration Clause Null and Void Under the International Act, or Invalid Under the Arbitration Act?*

[219] Mr. Heller does not contest that this dispute falls within the scope of the Arbitration Clause, which means that the criteria for a stay under both the *International Act* and the *Arbitration Act* are met. A court hearing a motion for a stay and for referral to arbitration may, nonetheless, dismiss the motion if the arbitration agreement is found to be null and void, or invalid: UNCITRAL Model Law, art. 8(1); *Arbitration Act*, s. 7(2). Mr. Heller submits that the Arbitration Clause is invalid, or null and void, because it amounts to an unlawful contracting out of the *ESA* and because it offends the doctrine of unconscionability. I will address his arguments below after first considering some preliminary questions

dans un différend portant sur la classification erronée d’une relation d’emploi, le tribunal judiciaire saisi d’une motion en sursis d’instance ne doit pas se prononcer sur les questions mixtes de droit et de fait complexes qui requièrent un examen plus que superficiel de la preuve documentaire au dossier : *Dell*, par. 84-85. La Cour ne peut conclure que l’entente de service crée une relation d’emploi sans usurper le rôle du tribunal arbitral. Je suis donc d’accord avec le juge des motions, le juge Perell, que [TRADUCTION] « tant que l’arbitre n’en aura pas décidé autrement, le tribunal doit prendre les parties à leur parole lorsqu’elles affirment que les ententes de service ne constituent pas des contrats de travail » : par. 49.

[218] Sur la base d’un examen superficiel, je suis convaincue que la relation qu’entretiennent les parties revêt un caractère à la fois commercial et international au sens de la Loi type de la CNUDCI. Par conséquent, je conclus que la *Loi internationale* régit la motion en sursis d’Uber. Toutefois, comme mes collègues sont d’avis que c’est la *Loi sur l’arbitrage* qui s’applique, je continuerai de traiter des deux lois lorsque cela est pertinent. Je le répète, mon analyse ci-dessous ne changerait pas si je devais conclure que la *Loi sur l’arbitrage* s’applique au lieu de la *Loi internationale*.

D. *La clause d’arbitrage est-elle caduque (Loi internationale) ou nulle (Loi sur l’arbitrage)?*

[219] Monsieur Heller ne conteste pas que le présent différend est visé par la clause d’arbitrage, ce qui signifie que le critère d’octroi d’un sursis tant au titre de la *Loi internationale* que de la *Loi sur l’arbitrage* est rempli. Le tribunal saisi d’une motion en sursis et en renvoi à l’arbitrage peut néanmoins rejeter la motion si la convention d’arbitrage est jugée caduque, ou nulle : Loi type de la CNUDCI, par. 8(1); *Loi sur l’arbitrage*, par. 7(2). Monsieur Heller soutient que la clause d’arbitrage est nulle, ou caduque, parce qu’elle soustrait illégalement les parties à l’application de la *LNE* et va à l’encontre de la doctrine de l’iniquité. Je reviendrai plus loin sur les arguments de M. Heller après avoir d’abord examiné quelques

concerning the correct analytical approach to such a challenge.

(1) Doctrine of the Separability of Arbitration Agreements

[220] Mr. Heller challenges the validity of the Arbitration Clause itself, and not of the Service Agreement as a whole. He rests his argument on the proposition that arbitration clauses embedded in contracts should be treated as independent agreements: R.F., at para. 101. Mr. Heller’s submission therefore gives this Court an occasion to recognize and affirm the doctrine of the separability of arbitration agreements. I would do so readily.

[221] The doctrine of separability is “one of the conceptual and practical cornerstones” of arbitration law which plays an important role in ensuring the efficacy and efficiency of the arbitration process: Born, vol. I, at pp. 350-51 and 401. According to this doctrine, an arbitration clause should be analyzed as a separate agreement that is ancillary or collateral to the underlying contract: *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909 (H.L.), at p. 980; see also *Heyman v. Darwins, Ltd.*, [1942] A.C. 356 (H.L.); *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin MFG. Co.*, 388 U.S. 395 (1967), at pp. 402 and 404; *Fiona Trust and Holding Corp. v. Privalov*, [2007] UKHL 40, [2007] 4 All E.R. 951. Put another way, an arbitration clause should be considered “autonomous and juridically independent from the main contract in which it is contained”: A. J. van den Berg, ed., *Yearbook Commercial Arbitration 1999* (1999), vol. XXIVa, at p. 176, as quoted in Born, vol. I, at p. 350.

[222] The separability doctrine is a logical extension of the rule created by this Court in *Dell* which states that a challenge to an arbitral tribunal’s jurisdiction should be considered first by the tribunal itself because arbitral tribunals have the competence to determine their own jurisdiction: paras. 84-85. I will refer to this holding as the “rule of systematic referral”. The same statutory provisions which ensure an

questions préliminaires qui se posent au sujet de la démarche analytique à suivre à l’égard d’une telle contestation.

(1) La doctrine de la séparabilité des conventions d’arbitrage

[220] Monsieur Heller conteste la validité de la clause d’arbitrage elle-même, et non celle de l’entente de services tout entière. Il fait reposer son argument sur la thèse voulant que les clauses d’arbitrage incorporées dans les contrats doivent être considérées comme des conventions distinctes : m.i., par. 101. L’argument de M. Heller donne ainsi à la Cour l’occasion de reconnaître et d’affirmer le principe de la séparabilité des conventions d’arbitrage, ce que j’accepte volontiers.

[221] La doctrine de la séparabilité est [TRADUCTION] « l’une des pierres angulaires conceptuelles et pratiques » du droit de l’arbitrage qui contribue de façon importante à assurer l’efficacité et l’efficience du processus arbitral : Born, vol. I, p. 350-351 et 401. Selon cette doctrine, une clause d’arbitrage devrait être analysée comme une convention distincte, accessoire ou collatérale au contrat sous-jacent : *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik c. South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909 (H.L.), p. 980; voir également *Heyman c. Darwins, Ltd.*, [1942] A.C. 356 (H.L.); *Prima Paint Corp. c. Flood & Conklin MFG. Co.*, 388 U.S. 395 (1967), p. 402 et 404; *Fiona Trust and Holding Corp. c. Privalov*, [2007] UKHL 40, [2007] 4 All E.R. 951. Autrement dit, une clause d’arbitrage doit être considérée comme étant [TRADUCTION] « autonome et juridiquement indépendante du contrat principal dans lequel elle figure » : A. J. van den Berg, dir., *Yearbook Commercial Arbitration 1999* (1999), vol. XXIVa, p. 176, cité dans Born, vol. I, p. 350.

[222] La doctrine de la séparabilité est un prolongement logique de la règle créée par la Cour dans l’arrêt *Dell*, selon laquelle la contestation de la compétence d’un tribunal arbitral doit d’abord être examinée par ce dernier, car les tribunaux arbitraux ont compétence pour statuer sur leur propre juridiction : par. 84-85. Je donnerai à cette conclusion le nom de « règle du renvoi systématique ».

arbitral tribunal's competence to determine its own jurisdiction also ensure its competence to determine the invalidity of the underlying contract by providing that the arbitration agreement should be treated as an independent agreement for the purposes of such a determination: *Arbitration Act*, s. 17(1) and (2); UNCITRAL Model Law, art. 16(1). Given that the legislature saw fit to give the arbitral tribunal the competence to decide these questions, the legislative choice embodied in s. 17(2) should receive the same respect as the one embodied in s. 17(1). The relationship between this “competence-competence” principle and separability is highlighted by the fact that they are both provided for in art. 16(1) of the UNCITRAL Model Law.

[223] National courts around the world nearly uniformly recognize the separability doctrine, even where no legislation provides for it: Born, vol. I, at p. 361 and 390; R. Feehily, “Separability in international commercial arbitration; confluence, conflict and the appropriate limitations in the development and application of the doctrine” (2018), 34 *Arb. Intl.* 355, at pp. 356-57. In addition, some superior and appellate courts in Canada have already recognized the doctrine: see, e.g., *Krutov v. Vancouver Hockey Club Ltd.*, 1991 CanLII 2077 (B.C.S.C.); *NetSys Technology Group AB v. Open Text Corp.*, 1 B.L.R. (3d) 307 (S.C.J. Ont.), at para. 21; *Cecrop Co. v. Kinetic Sciences Inc.*, 2001 BCSC 532, 16 B.L.R. (3d) 15, at para. 25; *James v. Thow*, 2005 BCSC 809, 5 B.L.R. (4th) 315; *Haas v. Gunasekaram*, 2016 ONCA 744, 62 B.L.R. (5th) 1.

[224] The *Arbitration Act* and the UNCITRAL Model Law codify one aspect of the doctrine, that is, the preservation of an arbitral tribunal's jurisdiction to rule on the validity of the underlying contract on the basis that the arbitration agreement is to be treated as a separate and independent contract for such purposes. However, the separability doctrine has wider significance. More broadly, the doctrine holds that an arbitration agreement is invalidated only by a defect relating specifically to the arbitration agreement itself and not by one relating merely to the underlying contract in which that agreement is found: *Fiona Trust*, at paras. 32-35, per Lord Hope;

Les mêmes dispositions statutaires qui font en sorte que le tribunal arbitral ait compétence pour établir sa propre juridiction font également en sorte que le tribunal arbitral ait compétence pour juger de la nullité du contrat sous-jacent en prévoyant que la convention d'arbitrage devrait être considérée comme une convention distincte pour les besoins de cette décision : *Loi sur l'arbitrage*, par. 17(1) et (2); *Loi type de la CNUDCI*, par. 16(1). Étant donné que le législateur a jugé bon d'attribuer au tribunal arbitral la compétence pour trancher ces questions, le choix législatif exprimé au par. 17(2) mérite le même respect que celui exprimé au par. 17(1). Le lien qui unit le principe de compétence-compétence et la séparabilité est mis en évidence par leur fusion au par. 16(1) de la *Loi type de la CNUDCI*.

[223] Les tribunaux nationaux du monde entier reconnaissent quasi uniformément la doctrine de la séparabilité, même là où aucune loi ne la prévoit : Born, vol. I, p. 361 et 390; R. Feehily, « Separability in international commercial arbitration; confluence, conflict and the appropriate limitations in the development and application of the doctrine » (2018), 34 *Arb. Intl.* 355, p. 356-357. En outre, quelques cours supérieures et cours d'appel canadiennes ont déjà reconnu la doctrine : voir, p. ex., *Krutov c. Vancouver Hockey Club Ltd.*, 1991 CanLII 2077 (C.S. C.-B.); *NetSys Technology Group AB c. Open Text Corp.*, 1 B.L.R. (3d) 307 (C.S.J. Ont.), par. 21; *Cecrop Co. c. Kinetic Sciences Inc.*, 2001 BCSC 532, 16 B.L.R. (3d) 15, par. 25; *James c. Thow*, 2005 BCSC 809, 5 B.L.R. (4th) 315; *Haas c. Gunasekaram*, 2016 ONCA 744, 62 B.L.R. (5th) 1.

[224] La *Loi sur l'arbitrage* et la *Loi type de la CNUDCI* codifient un aspect de la doctrine, soit la préservation de la juridiction du tribunal arbitral de statuer sur la validité du contrat sous-jacent sur la base du fait que la convention d'arbitrage doit être considérée comme un contrat séparé et indépendant à ces fins. Or, la doctrine de la séparabilité a une portée plus large. De façon plus générale, la doctrine veut qu'une convention d'arbitrage soit annulée uniquement en raison d'une lacune qui a trait précisément à la convention d'arbitrage elle-même et non simplement en raison d'une lacune relative au contrat sous-jacent dans lequel elle se trouve : *Fiona Trust*,

Feehily, at p. 373; Born, vol. I, at pp. 351, 457 and 466-69. In effect, the separability doctrine “immunizes the arbitration clause, protecting it from flaws or defects” in the underlying contract: Feehily, at pp. 371 and 373. Nonetheless, there may be instances where the same circumstances which impugn the validity of the underlying contract also call the validity of the arbitration agreement into question: *Fiona Trust*, at para. 17, per Lord Hoffmann.

[225] Recognizing the separability doctrine has a number of implications for this appeal. For the purposes of Mr. Heller’s challenge to the validity of the Arbitration Clause, the commitment to submit disputes to arbitration should be considered to be an independent agreement which is separate from the Service Agreement. Therefore, while the Choice of Law Clause and the Arbitration Clause appear together in the Service Agreement, the Choice of Law Clause applies to the Service Agreement as a whole and must be analyzed separately from the Arbitration Clause. Further implications are addressed below.

(2) Law Governing the Substantive Validity of the Arbitration Clause

[226] The Choice of Law Clause selects Dutch law to govern the Service Agreement. Owing to the separability doctrine, however, the validity of an arbitration agreement may be governed by a different substantive law than the one that governs the validity of the underlying contract in which the arbitration clause is found: Born, vol. I, at pp. 475-76 and 835; McEwan and Herbst, at pp. 8-1 to 8-6.

[227] Nonetheless, not much turns on this distinction in this appeal, for two reasons. The first is that the Arbitration Clause is likely governed by Dutch law, because the law of the underlying contract and the seat of arbitration are generally considered to be persuasive factors in determining the law applicable to the arbitration agreement: N. Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6th ed. 2015), at p. 158; *BNA v. BNB*, [2019] SGCA 84, at paras. 44-48 (CommonLII). The law of the Arbitration Clause is therefore likely Dutch law

par. 32-35, lord Hope; Feehily, p. 373; Born, vol. I, p. 351, 457 et 466-469. En effet, la doctrine de la séparabilité [TRADUCTION] « immunise la clause d’arbitrage, la mettant à l’abri des défauts ou des vices » contenus dans le contrat sous-jacent : Feehily, p. 371 et 373. Il peut néanmoins y avoir des cas où les circonstances mettant en question la validité du contrat sous-jacent mettent également en question la validité de la convention d’arbitrage : *Fiona Trust*, par. 17, lord Hoffman.

[225] La reconnaissance de la doctrine de la séparabilité a plusieurs conséquences en l’espèce. Aux fins de la contestation par M. Heller de la validité de la clause d’arbitrage, l’engagement de recourir à l’arbitrage doit être considéré comme une convention indépendante, qui est séparée de l’entente de services. Par conséquent, bien que la clause de choix du droit applicable et la clause d’arbitrage figurent ensemble dans l’entente de services, la clause de choix du droit applicable s’applique à l’entente de services tout entière et doit être analysée séparément de la clause d’arbitrage. Les autres conséquences sont examinées ci-après.

(2) Les règles de droit qui régissent la validité quant au fond de la clause d’arbitrage

[226] La clause de choix du droit applicable désigne le droit néerlandais comme droit régissant l’entente de services. Toutefois, à cause du principe de la séparabilité, la validité de la convention d’arbitrage peut être régie par un droit substantif différent de celui régissant la validité du contrat sous-jacent dans lequel figure la clause d’arbitrage : Born, vol. I, p. 475-476 et 835; McEwan et Herbst, p. 8-1 à 8-6.

[227] Cette distinction est toutefois peu significative en l’espèce pour deux raisons. Premièrement, la clause d’arbitrage est vraisemblablement régie par le droit néerlandais, car le droit applicable au contrat sous-jacent et celui applicable au siège de l’arbitrage sont généralement considérés comme des facteurs persuasifs lorsqu’il s’agit de déterminer le droit régissant la convention d’arbitrage : N. Blackaby et autres, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6^e éd. 2015), p. 158; *BNA c. BNB*, [2019] SGCA 84, par. 44-48 (CommonLII).

because of the Choice of Law Clause and the Place of Arbitration Clause — although I express no firm conclusions in this regard at this juncture. The second is that the parties have failed to prove Dutch law. In the absence of evidence proving the foreign law, the court may apply the law of the forum: *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1053. For the purposes of this appeal, therefore, this Court may apply the law of Ontario to determine whether the Arbitration Clause is substantively valid.

[228] I wish to stress, however, that a court hearing a challenge to the validity of an arbitration agreement, even under domestic arbitration legislation, should not presume that the law of the forum always governs the substantive validity of the arbitration agreement. Neither should a court assume that the law applicable to the arbitration agreement is the same as the law that applies to the underlying contract.

(3) Rule of Systematic Referral to Arbitration

[229] Mr. Heller’s arguments against Uber’s motion raise the same question as the one this Court considered in *Dell*: which body should decide first — a court or an arbitral tribunal? Given that the *International Act* implements the UNCITRAL Model Law, the rule of systematic referral from *Dell* clearly applies to motions brought under that Act. The rule of systematic referral from *Dell* also applies to the *Arbitration Act*, which is largely based on the *Uniform Arbitration Act*, 1990 (online), drafted by the Uniform Law Conference of Canada (“ULCC”). This is because, despite slight modifications for the purposes of domestic arbitrations, the “organisation and the principles of the Uniform Arbitration Act are recognizably those of the Model Law”: *Uniform Arbitration Act*, p. 2-3. In particular, the *Arbitration Act* provides that an arbitral tribunal has the competence to rule on its own jurisdiction, including the ability to rule on challenges to the validity of the arbitration agreement: *Arbitration Act*, s. 17(1).

Le droit applicable à la clause d’arbitrage est donc vraisemblablement le droit néerlandais en raison de la clause de choix du droit applicable et de la clause relative au lieu de l’arbitrage — bien que je ne formule aucune conclusion définitive sur ce point à ce stade-ci. Deuxièmement, les parties n’ont pas fait la preuve du droit néerlandais. En l’absence de preuve quant au droit étranger, le tribunal peut appliquer la loi du for : *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, p. 1053. Par conséquent, pour les besoins du présent pourvoi, la Cour peut appliquer le droit ontarien afin de déterminer la validité au fond de la clause d’arbitrage.

[228] Je tiens à souligner, cependant, que le tribunal saisi d’une contestation de la validité d’une convention d’arbitrage, même en vertu de la législation interne en matière d’arbitrage, ne saurait présumer que la loi du for régit toujours la validité au fond de la convention d’arbitrage. Le tribunal ne saurait présumer non plus que le droit applicable à la convention d’arbitrage est le même que celui du contrat sous-jacent.

(3) La règle du renvoi systématique à l’arbitrage

[229] L’argumentation de M. Heller à l’encontre de la motion d’Uber soulève la même question que celle dont a été saisie la Cour dans *Dell* : quel organisme devrait se prononcer en premier lieu, le tribunal judiciaire ou le tribunal arbitral? Étant donné que la *Loi internationale* met en œuvre la Loi type de la CNUDCI, la règle du renvoi systématique établie dans *Dell* s’applique clairement aux motions présentées sous le régime de cette loi. Cette règle du renvoi systématique de l’arrêt *Dell* s’applique également à la *Loi sur l’arbitrage*, laquelle est fondée en grande partie sur la *Loi uniforme sur l’arbitrage*, 1991 (en ligne), rédigée par la Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada (« CHLC »). Il en est ainsi parce que, malgré de légères modifications se rapportant aux arbitrages nationaux, [TRADUCTION] « l’organisation et les principes de la Loi uniforme sur l’arbitrage sont de toute évidence ceux de la Loi type » : *Loi uniforme sur l’arbitrage*, p. 2-3. Plus précisément, la *Loi sur l’arbitrage* dispose que le

Thus, *Dell* applies regardless of which arbitration legislation governs Uber’s motion for a stay.

[230] In *Dell*, this Court interpreted Quebec’s legislation implementing the UNCITRAL Model Law in the context of the *Civil Code of Québec*. It established a “general rule that in any case involving an arbitration clause, a challenge to the arbitrator’s jurisdiction must be resolved first by the arbitrator”: *Dell*, at para. 84. A court *may* depart from the rule of systematic referral to arbitration only if the challenge is based solely on a question of law or on a question of mixed law and fact that requires only a “superficial” consideration of the documentary evidence: *Dell*, at paras. 84-85. The court must also be satisfied that the jurisdictional challenge “is not a delaying tactic and will not unduly impair the conduct of the arbitration proceeding”: para. 86.

[231] Contrary to Abella and Rowe JJ.’s view, expressed at para. 36, this Court has clearly decided on the meaning of “superficial review”. A review is not superficial if the court is required to review testimonial evidence: *Dell*, at para. 88. Put another way, “the court must not, in ruling on the arbitrator’s jurisdiction, consider the facts leading to the application of the arbitration clause”: para. 84. Throughout her reasons in *Dell*, Deschamps J. carefully distinguished between the types of evidence a court can consider in ruling on a motion for a stay. She stated that when a challenge to the validity of the arbitration agreement requires a court to consider “factual evidence”, the court should normally refer the case to arbitration: para. 85. The exception she mentioned for questions of mixed law and fact applies only if the questions of fact require only “superficial consideration of the documentary evidence in the record”: para. 85. Deschamps J. then explained that one of the issues raised in the appeal required more than a superficial review of the record because it required a review of the “documentary and testimonial evidence” in the

tribunal arbitral est habilité à statuer sur sa propre juridiction, ce qui comprend le pouvoir de se prononcer sur des contestations visant la validité de la convention d’arbitrage : *Loi sur l’arbitrage*, par. 17(1). Par conséquent, l’arrêt *Dell* s’applique quelle que soit la loi sur l’arbitrage qui régit la motion en sursis d’instance d’Uber.

[230] Dans l’arrêt *Dell*, la Cour a interprété une disposition statutaire québécoise mettant en œuvre la Loi type de la CNUDCI dans le contexte du *Code civil du Québec*. La Cour a établi une « règle générale que, lorsqu’il existe une clause d’arbitrage, toute contestation de la compétence de l’arbitre doit d’abord être tranchée par ce dernier » : *Dell*, par. 84. Le tribunal ne *peut* déroger à la règle du renvoi systématique à l’arbitrage que dans le cas où la contestation repose uniquement sur une question de droit ou une question mixte de droit et de fait qui ne requiert qu’un examen « superficiel » de la preuve documentaire : *Dell*, par. 84-85. Le tribunal doit également être convaincu que la contestation de la compétence « n’est pas une tactique dilatoire et ne préjudiciera pas indûment le déroulement de l’arbitrage » : par. 86.

[231] Contrairement à l’avis qu’expriment les juges Abella et Rowe au par. 36, la Cour s’est déjà clairement prononcée sur le sens du terme « examen superficiel ». Un examen n’est pas superficiel si le tribunal doit analyser la preuve testimoniale : *Dell*, par. 88. Autrement dit, « la décision du tribunal quant à la compétence arbitrale ne doit pas mettre en cause les faits donnant lieu à l’application de la clause d’arbitrage » : par. 84. Tout au long de ses motifs dans l’arrêt *Dell*, la juge Deschamps distingue avec soin les types de preuve qu’un tribunal peut examiner lorsqu’il est saisi d’une demande de renvoi à l’arbitrage. Elle affirme que, quand une contestation de la validité de la convention d’arbitrage oblige le tribunal à examiner une « preuve factuelle », le tribunal doit normalement renvoyer l’affaire à l’arbitrage : par. 85. L’exception dont elle parle relativement aux questions mixtes de droit et de fait ne s’applique qu’aux questions de fait n’exigeant qu’un « examen superficiel de la preuve documentaire au dossier » : par. 85. La juge Deschamps explique ensuite que l’une des questions soulevées

record: para. 88. Thus, testimonial evidence is not seen as being reviewable on a superficial basis, and should be left for the arbitral tribunal. In the language of the *prima facie* test which this Court sought to incorporate into the analysis in *Dell*, the “nullity” of an arbitration agreement is “manifest” if, having regard to the contract in which it is found, the question of the validity of the arbitration agreement is a primarily legal one that can be answered without recourse to further evidence: see *Dell*, at paras. 75-77 and 83.

[232] In the cases in which it has applied the rule of systematic referral, this Court has remained faithful to this limit on the kind of evidence which may be considered on a motion for a stay. In *Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, 2007 SCC 35, [2007] 2 S.C.R. 921, Dr. Muroff challenged the validity of an arbitration agreement in his cellphone contract with Rogers Wireless on the basis that it was abusive. The Court held that resolving the challenge would require more than a superficial review of the documentary evidence. Determining whether the arbitration agreement was abusive would have required the Court to look beyond the documentary evidence, given that “an arbitration clause is not necessarily abusive simply because it appears in a consumer contract”: para. 15; see also para. 25, per LeBel J. (concurring). This Court therefore declined to entertain Dr. Muroff’s challenge because it was dependent on testimonial evidence. Subsequently, in *Seidel*, the Court entertained a challenge to the validity of an arbitration agreement in a case in which a superficial review of the documentary evidence in the record was itself sufficient to establish the applicability of the legislation the Court relied upon to find that the arbitration clause was invalid: paras. 13 and 30. Therefore, this Court has applied the superficial review standard consistently since first articulating it in *Dell* — until this appeal.

par le pourvoi nécessitait davantage qu’un examen superficiel du dossier parce qu’elle requérait une étude de la « preuve documentaire et testimoniale » au dossier : par. 88. La preuve testimoniale n’est donc pas considérée comme étant susceptible de faire l’objet d’un examen superficiel, et l’examen de cette preuve devrait revenir au tribunal arbitral. Pour reprendre le langage du test *prima facie* que la Cour a voulu incorporer à l’analyse effectuée dans l’arrêt *Dell*, la « nullité » d’une convention d’arbitrage est « manifeste » si, eu égard au contrat dans lequel elle se trouve, la question de la validité de la convention d’arbitrage est une question qui peut être principalement tranchée sans que l’on ait recours à d’autres éléments de preuve : voir *Dell*, par. 75-77 et 83.

[232] Dans sa jurisprudence où elle applique la règle du renvoi systématique, la Cour est demeurée fidèle à cette limitation du type de preuve qui peut être examinée dans le cadre d’une motion en sursis d’instance. Dans l’arrêt *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921, le docteur Muroff a contesté la validité de la clause d’arbitrage figurant dans son contrat de téléphone cellulaire avec Rogers Sans-fil au motif qu’elle était abusive. La Cour a estimé que trancher la contestation exigerait davantage qu’un examen superficiel de la preuve documentaire. La détermination du caractère abusif de la convention d’arbitrage aurait exigé de la Cour qu’elle aille au-delà de la preuve documentaire, car « une clause d’arbitrage ne saurait être abusive uniquement parce qu’elle se trouve dans un contrat de consommation » : par. 15; voir aussi le par. 25, le juge LeBel (opinion concordante). Par conséquent, la Cour a refusé d’entendre la contestation du docteur Muroff, car celle-ci dépendait d’une preuve testimoniale. Par la suite, dans l’arrêt *Seidel*, la Cour a entendu une contestation visant la validité d’une convention d’arbitrage alors qu’un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier était en soi suffisant pour établir l’applicabilité de la loi sur laquelle s’est appuyée la Cour pour conclure à la nullité de la clause d’arbitrage : par. 13 et 30. La Cour a donc appliqué constamment la norme de l’examen superficiel depuis son énoncé initial dans l’arrêt *Dell*, et ce jusqu’au présent pourvoi.

[233] The new standard for superficial review introduced by Abella and Rowe JJ. allows for the production and review of considerable testimonial evidence. Superficial review will now incorporate a searching review of the record for the purpose of determining whether findings of fact can be made on the basis of apparently undisputed testimonial evidence, and this review might even involve cross-examination. This is a marked departure from the clear principles laid down in *Dell*, which were followed in *Rogers* and *Seidel*, and I therefore cannot accept it.

[234] This point is important because this appeal should turn on the rule of systematic referral. More than a superficial review of the documentary evidence is required, because Mr. Heller's arguments, like those of my colleagues Abella and Rowe JJ. and Brown J., are dependent upon testimonial evidence regarding Mr. Heller's financial position, his personal characteristics, the circumstances of the formation of the contract and the amount that would likely be at issue in a dispute to which the Arbitration Clause applies.

[235] Further, my colleagues avoid the operation of the rule of systematic referral by creating new exceptions to *Dell* which permit them to consider the testimonial evidence in the record. However, even if that evidence could properly be considered by a court ruling on a motion for a stay, it is lacking in many important respects. For example, there is no evidence that Mr. Heller was in a state of necessity or was incapacitated when he entered into the agreement. He had an unlimited amount of time to review the agreement before accepting it. His evidence suggests that he is capable of understanding the significance of the Arbitration Clause: A.R., vol. II, at p. 134. As counsel for Uber demonstrated in cross-examination, Mr. Heller is sufficiently knowledgeable that he was able to quickly grasp the implications of a change in Uber's fee payment structure and voice his concerns through the media: A.R., vol. III, at pp. 145-46. He also showed considerable sophistication in lodging over 300 complaints through Uber's internal dispute resolution procedure: A.R., vol. III, at p. 129. The

[233] La nouvelle norme d'examen superficiel qu'introduisent mes collègues les juges Abella et Rowe permet de produire et d'étudier une preuve testimoniale abondante. L'examen superficiel comportera désormais un examen approfondi du dossier en vue de décider s'il est possible de tirer des conclusions de fait sur le fondement d'une preuve testimoniale apparemment non contestée, et pourrait même entraîner des contre-interrogatoires. Il s'agit là d'un écart marqué par rapport aux principes clairs posés dans l'arrêt *Dell* qui ont été suivis dans *Rogers* et *Seidel*, et je ne peux par conséquent l'accepter.

[234] Il s'agit d'un point important car le présent pourvoi devrait porter sur la règle du renvoi systématique. Il faut plus qu'un examen superficiel de la preuve documentaire en l'espèce, parce que les arguments de M. Heller, de même que ceux de mes collègues les juges Abella et Rowe et ceux de mon collègue le juge Brown, s'appuient sur la preuve testimoniale concernant la situation financière de M. Heller, ses caractéristiques personnelles, les circonstances entourant la formation du contrat ainsi que la valeur qui serait vraisemblablement en litige dans le cadre d'un différend auquel la clause d'arbitrage s'applique.

[235] En outre, mes collègues évitent l'application de la règle du renvoi systématique en créant de nouvelles exceptions à l'arrêt *Dell* qui leur permettent d'examiner la preuve testimoniale au dossier. Or, même si cette preuve pouvait à bon droit être considérée dans le cadre d'une décision sur une motion en sursis d'instance, elle est déficiente à maints égards importants. Par exemple, il n'y a pas de preuve permettant d'établir que M. Heller se trouvait dans un état de nécessité ou souffrait d'une incapacité lorsqu'il a conclu l'entente. Il a disposé d'un délai illimité pour examiner l'entente avant de l'accepter. Le témoignage de M. Heller donne à penser qu'il est en mesure de comprendre l'importance de la clause d'arbitrage : d.a., vol. II, p. 134. Comme l'a démontré l'avocate d'Uber en contre-interrogatoire, M. Heller est assez perspicace pour saisir rapidement les conséquences d'une modification de la structure de paiement de frais d'Uber et exprimer ses préoccupations par l'entremise des médias : d.a., vol. III, p. 145-146. Il a également fait preuve d'une grande

record is simply not sufficient for this Court to conclude with certainty that Mr. Heller was vulnerable throughout the contracting process.

[236] In addition, my colleagues assert that the Arbitration Clause is inaccessible to Mr. Heller despite the fact that there is no evidence in the record regarding the comparative availability of third party funding for arbitration or litigation. This Court also has no indication as to what fraction of the CAN\$400,000,000 being sought in Mr. Heller's proceeding represents his individual claim against Uber. Nor is there any evidence regarding the comparative cost of pursuing a class action — although I note that the costs awarded in the Court of Appeal (CAN\$20,000) were greater than the amount of the ICC Fees (approximately CAN\$19,000), and the parties are not even at the certification stage of the class proceeding: C.A. reasons, at para. 75. I am of the view that all of this evidence is necessary, because I find it highly unlikely that the cost of pursuing this claim in the courts, whether individually or by way of a class action, would be very much less than the ICC Fees. Indeed, such a proceeding might even be more costly. It is therefore not the absolute dollar value of the ICC Fees which is at issue. I think that what is implicit in my colleagues' arguments about accessibility is an unstated assumption about the comparative accessibility of pursuing a class action, given the existence of a specialized third party litigation funding industry and lawyer fee structures for the pursuit of such claims. However, such assumptions should be grounded in evidence. As the record currently stands, this Court cannot say on the basis of the testimonial evidence that the Arbitration Clause makes dispute resolution any less accessible than litigation.

[237] In my view, my colleagues' efforts to avoid the operation of the rule of systematic referral to arbitration reflects the same historical hostility to

sophistication en déposant plus de 300 plaintes au moyen de la procédure interne de règlement des différends d'Uber : d.a., vol. III, p. 129. Le dossier ne permet tout simplement pas à la Cour de conclure avec certitude que Heller était vulnérable tout au long du processus de conclusion du contrat

[236] De plus, mes collègues affirment que M. Heller ne peut recourir à la clause d'arbitrage malgré l'absence d'éléments de preuve au sujet de la disponibilité comparative de financement par un tiers pour un arbitrage ou pour un litige. La Cour ne dispose pas non plus d'indications quant à savoir quelle fraction de la somme de 400 000 000 \$ CAN réclamée dans les actes de procédure de M. Heller représente sa réclamation individuelle contre Uber. Il n'y a pas non plus d'éléments de preuve concernant les coûts comparatifs liés à l'exercice d'un recours collectif — quoique je constate que les dépens adjugés par la Cour d'appel (20 000 \$ CAN) étaient plus élevés que les droits exigés par la CCI (environ 19 000 \$ CAN) et que les parties n'en sont même pas encore à l'étape de la certification du recours collectif : motifs de la Cour d'appel, par. 75. Je suis d'avis que toute cette preuve est nécessaire, parce qu'il me semble fort peu probable que les coûts liés à la poursuite de cette réclamation devant les tribunaux judiciaires, à titre individuel ou par voie de recours collectif, soient nettement moindres que les droits de la CCI. En effet, un tel recours pourrait s'avérer encore plus coûteux. Ce n'est donc pas la valeur absolue en dollars des droits imposés par la CCI qui est en jeu. J'estime que les arguments de mes collègues relatifs à l'accessibilité reposent implicitement sur une hypothèse inexprimée au sujet de la possibilité comparative d'intenter un recours collectif vu l'existence d'une industrie spécialisée du financement de litige par un tiers et les structures d'honoraires d'avocats pour la poursuite de tels recours. De telles hypothèses devraient cependant être fondées sur la preuve. Vu l'état actuel du dossier, la Cour ne peut affirmer, sur la foi de la preuve testimoniale, que la clause d'arbitrage ne rende le règlement des différends moins accessible qu'une action en justice.

[237] À mon avis, la peine que se donnent mes collègues pour éviter l'application de la règle du renvoi systématique à l'arbitrage témoigne de la

arbitration which the legislature and this Court have sought to dispel. The simple fact is that the parties in this case have agreed to settle any disputes through arbitration; this Court should not hesitate to give effect to that arrangement. The ease with which my colleagues dispense with the Arbitration Clause on the basis of the thinnest of factual records causes me to fear that the doctrines of unconscionability and public policy are being converted into a form of *ad hoc* judicial moralism or “palm tree justice” that will sow uncertainty and invite endless litigation over the enforceability of arbitration agreements. This is in fact what the *Arbitration Act* and the UNCITRAL Model Law were designed to avoid.

(4) Proposed Exceptions to the Rule of Systematic Referral

[238] I will now address the exceptions to the rule of systematic referral proposed by the Court of Appeal as well as by Abella and Rowe JJ. and Brown J. I will confine my comments on Brown J.’s approach to his contention that s. 96 of the *Constitution Act, 1867* requires such an exception.

(a) *Systematic Referral and Challenges to the Validity of the Arbitration Agreement*

[239] The Court of Appeal appears to have held that the rule of systematic referral is confined to challenges relating to the scope of arbitration agreements, and therefore does not apply to challenges to the validity of such agreements: C.A. reasons, at paras. 39-40. I disagree.

[240] The rule of systematic referral is based on the arbitral tribunal’s competence to rule on its own jurisdiction. Article 16(1) of the UNCITRAL Model Law and s. 17(1) of the *Arbitration Act* both state that the arbitral tribunal has competence to rule on objections with respect to “the existence or validity of the arbitration agreement”. In *Seidel* and in *Rogers Wireless*, this Court applied the rule of systematic referral to challenges to the validity of the arbitration

même hostilité historique à l’égard de l’arbitrage que celle que le législateur et la Cour se sont efforcés de dissiper. Les parties en l’espèce ont tout simplement convenu de régler leurs différends en ayant recours à l’arbitrage; la Cour ne devrait pas hésiter à donner effet à cette entente. La facilité avec laquelle les juges majoritaires font abstraction de la clause d’arbitrage sur la base du plus mince des dossiers factuels me fait craindre que les principes de l’iniquité et de l’ordre public ne soient amenés à se transformer en moralisme judiciaire ponctuel ou en « justice au cas par cas », qui sèmera l’incertitude et ouvrira la porte à des litiges sans fin portant sur le caractère exécutoire des conventions d’arbitrage. C’est ce que la *Loi sur l’arbitrage* et la Loi type de la CNUDCI visaient à éviter.

(4) Exceptions proposées à la règle du renvoi systématique

[238] Je me penche maintenant sur les exceptions à la règle du renvoi systématique proposées par la Cour d’appel, les juges Abella et Rowe ainsi que le juge Brown. Je limite mes commentaires sur l’approche du juge Brown à sa prétention selon laquelle l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* requiert une telle exception.

(a) *Renvoi systématique et contestations visant la validité de la convention d’arbitrage*

[239] La Cour d’appel semble avoir conclu que l’application de la règle du renvoi systématique est limitée aux contestations relatives à la portée d’une convention d’arbitrage et ne vise donc pas les contestations de la validité de la convention d’arbitrage : motifs de la Cour d’appel, par. 39-40. Je ne suis pas d’accord.

[240] La règle du renvoi systématique découle du pouvoir du tribunal arbitral de statuer sur sa propre juridiction. Le libellé de l’art. 16(1) de la Loi type de la CNUDCI et celui du par. 17(1) de la *Loi sur l’arbitrage* indiquent tous deux que le tribunal arbitral a compétence pour statuer sur les objections relatives à « l’existence ou à la validité de la convention d’arbitrage ». Dans les arrêts *Seidel* et *Rogers Sans-fil*, la Cour a appliqué la règle du renvoi systématique

agreements that were at issue. There is accordingly no basis in the words of either statute for excluding the rule of systematic referral from a challenge to the validity of an arbitration clause, and there is in fact authority from this Court to the contrary.

(b) *Systematic Referral and Accessibility*

[241] Abella and Rowe JJ. propose to create an exception to the rule of systematic referral that would apply where an arbitration agreement is deemed to be “too costly or otherwise inaccessible”: paras. 38-46. With great respect, I am of the view that this Court should not create this exception to the rule of systematic referral. I also do not agree that, if such an exception were to be created, it should be applied on the basis of the record before the Court.

[242] First, and foremost, the rule of systematic referral is the product of an exercise of interpretation of the UNCITRAL Model Law. This means that any exception to the rule must also be a product of statutory interpretation. However, Abella and Rowe JJ. do not purport to justify their proposed exception with reference to the words, the scheme, the context, the object, and the purposes of either statute, as this Court’s jurisprudence requires: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. The exception they propose rests instead on policy considerations related to access to justice: paras. 38-39. While I appreciate the importance of those considerations, I am respectfully of the view that they cannot be used to make the *Arbitration Act* say something it does not say: see *Wellman*, at para. 79. Further, because Abella and Rowe JJ. propose this exception as a modification of the *Dell* framework itself, the exception must also be justified on the basis of an interpretation of the UNCITRAL Model Law which was interpreted in *Dell*.

[243] Second, the dissenting justices in *Dell* proposed a flexible approach to referral according to which the courts would have retained some discretion to fully entertain a challenge to an arbitration

aux contestations visant la validité des conventions d’arbitrage en cause. Rien dans le libellé de l’une ou l’autre de ces lois ne permet donc d’exclure la règle du renvoi systématique de la contestation de la validité d’une clause d’arbitrage, et il existe par ailleurs des précédents de la Cour à l’effet contraire.

(b) *Renvoi systématique et accessibilité*

[241] Les juges Abella et Rowe proposent de créer une exception à la règle du renvoi systématique qui s’appliquerait lorsqu’une convention d’arbitrage est jugée « trop coûteuse ou inaccessible pour une autre raison » : par. 38-46. Avec grands égards, je suis d’avis que la Cour ne devrait pas créer une telle exception à la règle du renvoi systématique. Je ne suis pas non plus d’accord pour dire que, si une telle exception était créée, il y aurait lieu de l’appliquer sur la base du dossier dont dispose la Cour.

[242] D’abord et avant tout, la règle du renvoi systématique est le produit d’une interprétation de la Loi type de la CNUDCI. Par conséquent, toute exception à la règle doit aussi être le fruit de l’interprétation législative. Mes collègues les juges Abella et Rowe ne prétendent pas cependant justifier leur exception en fonction du texte, de l’économie, du contexte, de l’objet et des objectifs de l’une ou l’autre loi comme l’exige la jurisprudence de la Cour : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87. L’exception qu’ils proposent s’appuie plutôt sur des considérations de principe relatives à l’accès à la justice : par. 38-39. Même si je conviens de l’importance de ces préoccupations, je suis respectueusement d’avis qu’elles ne peuvent servir à faire dire à la *Loi sur l’arbitrage* quelque chose qu’elle ne dit pas : voir *Wellman*, par. 79. En outre, puisque les juges Abella et Rowe proposent leur exception en tant que modification du cadre établi dans l’arrêt *Dell* lui-même, l’exception doit aussi être justifiée sur la base d’une interprétation de la Loi type de la CNUDCI, ce qui a été fait dans *Dell*.

[243] En deuxième lieu, les juges dissidents dans l’arrêt *Dell* ont proposé une approche souple concernant le renvoi qui aurait permis aux tribunaux de conserver un certain pouvoir discrétionnaire

agreement's validity: para. 178, per Bastarache and LeBel JJ. (dissenting). The majority chose not to adopt this discretionary approach, preferring instead a rule of *systematic* referral to arbitration "in any case involving an arbitration clause": para. 84. Abella and Rowe JJ.'s exception would transform the rule of systematic referral by turning it into a rule of *situational* referral that is dependent on the circumstances of a given case. This situational "carve-out" of part of the rule of systematic referral would add to the grounds for judicial intervention in the arbitration process and thus create a perverse incentive to engage in "parasitic" litigation as a delaying tactic: see J. Paulsson, *The Idea of Arbitration* (2013), at pp. 58-60. It would be open to future courts to endlessly identify issues which constitute "unforeseen circumstances" that *Dell* did not contemplate, thus sowing uncertainty and giving rise to incessant litigation with respect to the degree of scrutiny to apply when ruling on a motion for a stay. Inviting litigiousness is more likely to thwart access to justice than to advance it because litigiousness increases the time and cost of dispute resolution.

[244] Third, Abella and Rowe JJ. argue that courts are well positioned to mitigate the risk of spurious arguments being advanced against the validity of an arbitration agreement by awarding costs and requiring security for costs: para. 42. However, this Court contemplated the risk of spurious arguments being used as a delaying tactic in *Dell* and decided that the scope of review on a motion for a stay should be confined to a superficial review of the documentary evidence in order to counteract such tactics: para. 84. If costs awards were an effective deterrent against delaying tactics, there would be no need to confine the scope of the review to a superficial review of the documentary evidence in the record at all. In addition, seeking security for costs would require a motion within the motion, thus adding further complexity and a potential for further delays.

d'instruire au complet une contestation relative à la validité d'une convention d'arbitrage : par. 178, les juges Bastarache et LeBel (dissidents). Les juges majoritaires ont choisi de ne pas retenir cette approche discrétionnaire, lui préférant plutôt la règle du renvoi *systématique* à l'arbitrage « lorsqu'il existe une clause d'arbitrage » : par. 84. L'exception de mes collègues les juges Abella et Rowe transformerait la règle du renvoi systématique en une règle de renvoi *ponctuel* , dont l'application dépend des circonstances propres à une affaire donnée. Cette exclusion situationnelle d'une partie de la règle du renvoi systématique ajoute aux motifs d'intervention des tribunaux dans le processus arbitral, ce qui a pour effet pervers d'inciter des parties à tenter des poursuites « parasitaires » comme mesure dilatoire : voir J. Paulsson, *The Idea of Arbitration* (2013), p. 58-60. Il sera loisible aux tribunaux de continuer éternellement à trouver des enjeux qui constituent des « circonstances imprévues » que n'avait pas envisagées l'arrêt *Dell*, créant ainsi de l'incertitude et donnant lieu à des litiges sans fin sur la rigueur de l'examen qui doit porter sur une motion en sursis d'instance. L'incitation à la judiciarisation est plus susceptible d'entraver l'accès à la justice que de le favoriser, car elle prolonge la durée et fait augmenter le coût du règlement des différends.

[244] En troisième lieu, les juges Abella et Rowe affirment que les tribunaux sont bien placés pour atténuer le risque d'arguments fallacieux avancés à l'encontre de la validité d'une convention d'arbitrage grâce aux dépens et au cautionnement pour dépens : para. 42. Cependant, dans l'arrêt *Dell*, la Cour a envisagé le risque que des arguments fallacieux soient utilisés à titre de mesure dilatoire et a décidé que l'analyse d'une motion en sursis d'instance devrait se limiter à un examen superficiel de la preuve documentaire en vue de déjouer de telles tactiques : para. 84. Si l'adjudication des dépens était un moyen de dissuasion efficace contre ces mesures dilatoires, il ne serait aucunement nécessaire de restreindre l'analyse à un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier. De plus, la recherche d'un cautionnement pour dépens nécessiterait l'insertion d'une motion dans la motion, ce qui rendrait le processus encore plus complexe et entraînerait la possibilité de nouveaux délais.

[245] Fourth, Abella and Rowe JJ. observe “incidentally” that their approach would prevent the drafting of arbitration agreements which “exploit” what they see as a “significant loophole” in *Dell*: paras. 49-50. The exploitative loophole they are worried about results from the ordinary operation of the rule of systematic referral to arbitration under an agreement which is governed by a foreign choice of law clause. This argument amounts to a critique of *Dell* itself. What is more, the critique is not grounded in legislative intent. There is no basis in the *Arbitration Act* or in the UNCITRAL Model Law for distinguishing between arbitration agreements which include a foreign choice of law clause from those which do not.

[246] Fifth, Abella and Rowe JJ. state that their exception applies where the fees to commence arbitration proceedings are “significant” relative to the plaintiff’s claim: para. 39. However, they provide no guidance on what amount might be considered “significant”, and this Court has no indication in the record regarding the size of Mr. Heller’s claim. They also express a concern that Mr. Heller may not reasonably be able to reach the physical location of the arbitration. But, as I explain in detail below, the choice of a foreign seat for arbitration should not be equated with the choice of the physical location of the arbitration proceedings. In fact, Uber has agreed to hold the proceedings in this case in Ontario. While it might be appropriate to disregard this concession on Uber’s part for the purpose of determining whether the contract is valid, there is no reason to do so in relation to Abella and Rowe JJ.’s fact-specific exception to the rule of systematic referral. There is therefore no basis for concluding that the ICC Fees are significant relative to Mr. Heller’s claim, given that the amount of the claim is unknown, or for concluding that he will be unable to reach the physical location of the arbitration, given that Uber has agreed to hold it in his home jurisdiction.

[247] For these reasons, I do not accept that an exception should be either created or applied in this case. If the Constitution requires such an exception,

[245] En quatrième lieu, les juges Abella et Rowe font remarquer « incidemment » que leur approche empêche la rédaction de conventions d’arbitrage qui « exploite[nt] » ce qu’ils voient comme une « faille importante » de l’arrêt *Dell* : par. 49-50. La faille exploitable dont s’inquiètent mes collègues découle de l’application ordinaire de la règle du renvoi systématique à une convention d’arbitrage régie par une clause de choix du droit étranger applicable. Cet argument participe d’une critique de l’arrêt *Dell* lui-même. Qui plus est, la critique ne repose pas sur l’intention législative. Rien dans la *Loi sur l’arbitrage* ou la Loi type de la CNUDCI ne permet de faire la distinction entre les conventions d’arbitrage qui comportent une clause de choix du droit étranger applicable et celles qui n’en ont pas.

[246] Enfin, les juges Abella et Rowe disent que leur exception s’applique lorsque les droits à payer pour tenter une procédure arbitrale sont « importants » par rapport à la réclamation du demandeur : para. 39. Or, ils n’expliquent pas à quoi se chiffrent des coûts « importants » et le dossier soumis à la Cour ne contient aucune indication quant à la taille de la réclamation de M. Heller. Ils disent également craindre que M. Heller ne soit pas raisonnablement en mesure de se rendre au lieu de l’arbitrage. Toutefois, comme je l’explique en détail plus loin, le choix d’un siège étranger d’arbitrage ne devrait pas être assimilé au choix du lieu de la procédure d’arbitrage. En fait, Uber a accepté en l’espèce que la procédure se déroule en Ontario. Bien que l’on puisse faire abstraction de la concession d’Uber lorsqu’il s’agit d’établir la validité du contrat, il n’y a aucune raison d’ignorer cette concession selon l’exception circonstancielle créée par les juges Abella et Rowe à la règle du renvoi systématique. Il n’y a donc aucune raison de conclure que les droits de la CCI sont importants par rapport à la réclamation de M. Heller, vu que la valeur de la réclamation est inconnue, et rien ne permet de conclure qu’il ne peut se rendre au lieu de l’arbitrage, étant donné qu’Uber a accepté de tenir la procédure dans le ressort de M. Heller.

[247] Pour ces motifs, je n’accepte pas qu’il y a lieu de créer ou d’appliquer une exception en l’espèce. Bien entendu, si la Constitution requérait une

I would, of course, have to reconsider the issue. It is to that question which I now turn.

- (c) *Systematic Referral and the Governor General's Constitutional Power to Appoint Superior Court Judges*

[248] My colleague Brown J. refers to a “constitutional dimension” which, in his view, demands an exception to the rule of systematic referral where arbitration is inaccessible in the context of the parties’ relationship: paras. 120 and 125. I will confine my comments here to the question whether the Constitution requires such an exception, as I will consider Brown J.’s additional arguments regarding public policy below. While I agree that access to justice and the rule of law are important considerations, I respectfully disagree that the rule of systematic referral would, absent an exception, infringe, or even engage, s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

[249] Section 96 of the *Constitution Act, 1867* assigns to the Governor General the power to appoint superior court judges. This Court has interpreted this provision as a restriction on the competence of provincial legislatures and Parliament to enact legislation that abolishes the superior courts or removes part of their core or inherent jurisdiction: *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31, at para. 30. In my view, legislation which facilitates the enforcement of agreements to submit disputes to arbitration neither abolishes the superior courts nor removes any part of their core or inherent jurisdiction.

[250] As a preliminary matter, it is important to understand that arbitration is not litigation by another name: W. G. Horton, “A Brief History of Arbitration” (2017), 47 *Adv. Q.* 12, at p. 12. Rather, it is a substitute for the parties’ own ability to negotiate or to reach agreement through mediation, and is not based on a transference or denial of court power: Alberta Law Reform Institute, Final Report No. 103,

telle exception, il me faudrait alors réexaminer la question. C’est sur cette question que je me penche maintenant.

- (c) *Renvoi systématique et pouvoir constitutionnel du gouverneur général de nommer les juges des cours supérieures*

[248] Mon collègue le juge Brown fait allusion à une « dimension constitutionnelle » qui, soutient-il, requiert une exception à la règle du renvoi systématique lorsque l’arbitrage est inaccessible eu égard à la relation entre les parties : par. 120 et 125. Je limite mes commentaires ici à la question de savoir si la Constitution requiert pareille exception, car j’examine dans une section subséquente les arguments supplémentaires du juge Brown relatifs à l’ordre public. Bien que je reconnaisse que l’accès à la justice et la primauté du droit sont des considérations importantes, avec égards, je ne crois pas qu’à défaut d’une exception, la règle du renvoi systématique enfreindrait, ou ferait même intervenir, l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[249] L’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* investit le gouverneur général du pouvoir de nommer les juges des cours supérieures. D’après la Cour, cette disposition restreint le pouvoir des législatures provinciales et du Parlement d’adopter des lois qui abolissent les cours supérieures ou leur enlèvent une partie de leur compétence fondamentale ou inhérente : *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31, par. 30. À mon avis, une loi qui facilite l’exécution de conventions visant à soumettre des différends à l’arbitrage n’abolit pas les cours supérieures, ni ne leur enlève quelque partie que ce soit de leur compétence fondamentale ou inhérente.

[250] À titre préliminaire, il importe de comprendre que l’arbitrage n’est pas un autre nom donné à la judiciarisation : W. G. Horton, « A Brief History of Arbitration » (2017), 47 *Adv. Q.* 12, p. 12. Il s’agit plutôt d’un substitut à la capacité des parties de négocier ou d’arriver à une entente par voie de médiation et il ne repose pas sur un transfert ou une négation du pouvoir des cours de justice : Alberta Law Reform

Arbitration Act: Stay and Appeal Issues (2013), at para. 24. Courts retain an oversight role throughout the arbitration process and afterwards: *Arbitration Act*, ss. 6, 8, 10, 15, 17(8) and 45 to 48. Arbitration legislation, and supporting doctrines such as the rule of systematic referral, should not therefore be conceptualized as a limit on the supervisory jurisdiction of the courts. Instead, they should be seen as a positive reinforcement of the principle of party autonomy in that they require parties to an arbitration agreement to abide by their agreement.

[251] From this perspective, it is party autonomy, not statutory edict, which compels the parties to an arbitration agreement to refrain from litigation in the courts and to pursue the mode of dispute settlement to which they have previously agreed: see *Wellman*, at paras. 51-52. The legislation merely gives the parties to an arbitration agreement machinery they can use to enforce their agreement. Section 96 of the *Constitution Act, 1867* and the unwritten principle of the rule of law are not engaged because s. 96 “has never been construed (and cannot be) as forbidding two or more citizens from appointing another as their ‘private judge’ to resolve their dispute”: *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 233 (S.C.). Further, “[a]s legislation similar in effect has been on the books for nearly 300 years without it being attacked as constitutionally outrageous, I think it too late to take the point”: *Stancroft Trust Ltd. v. Can-Asia Capital Co.* (1990), 67 D.L.R. (4th) 131 (B.C.C.A.), at p. 136. Thus, no constitutional issue arises. In my view, the possibility that the agreed-upon terms of a given arbitration agreement may be ill suited to a hypothetical claim for a small amount that is unrelated to the appeal now before the Court does not elevate the issue from one of private law to one of constitutional law.

[252] Another relevant — and important — consideration is the type of remedy courts are to grant in order to enforce arbitration awards. A court stays a proceeding that has been commenced in contravention of an arbitration agreement — it does not

Institute, rapport final n° 103, *Arbitration Act : Stay and Appeal* (2013), par. 24. Les tribunaux conservent une fonction de surveillance tout au long du processus arbitral et par la suite : *Loi sur l’arbitrage*, art. 6, 8, 10, 15, par. 17(8) et art. 45 à 48. La législation en matière d’arbitrage ainsi que les doctrines à l’appui comme la règle du renvoi systématique ne doivent pas être conceptualisées comme limitées au pouvoir de contrôle des tribunaux. Il faut plutôt les voir comme un renforcement positif du principe de l’autonomie des parties en ce qu’elles obligent les parties à une convention d’arbitrage à s’y conformer.

[251] Quand on considère les choses sous cet angle, c’est l’autonomie des parties, et non un acte législatif, qui contraint les parties à une convention d’arbitrage à s’abstenir de s’adresser aux tribunaux et à utiliser le mode de règlement des différends sur lequel elles se sont entendues : voir *Wellman*, par. 51-52. La législation ne fait que fournir aux parties à une convention d’arbitrage le mécanisme d’exécution de leur entente. L’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et le principe non écrit de la primauté du droit n’entrent pas en jeu, car l’art. 96 [TRADUCTION] « n’a jamais été interprété (et ne peut l’être) comme interdisant à deux ou plusieurs citoyens de nommer une autre personne leur “juge privé” pour régler leur différend » : *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 233 (C.S.). De plus, [TRADUCTION] « [c]omme des lois aux effets semblables sont en place depuis près de 300 ans sans avoir été attaquées parce qu’elles seraient scandaleuses au plan constitutionnel, je crois qu’il est trop tard pour le faire » : *Stancroft Trust Ltd. c. Can-Asia Capital Co.* (1990), 67 D.L.R. (4th) 131 (C.A. C.-B.), p. 136. Donc, aucune question constitutionnelle ne se pose. À mon avis, la possibilité que les modalités convenues d’une convention d’arbitrage donnée se prêtent mal à un litige hypothétique de faible valeur qui n’a rien à voir avec le présent pourvoi n’élève pas la question de droit privé à une question de droit constitutionnel.

[252] Une autre considération pertinente et importante est le type de réparation qu’accordent les tribunaux pour faire exécuter des sentences arbitrales. Le tribunal sursoit à l’instance introduite en contravention d’une convention d’arbitrage — il ne rejette pas

dismiss the action: *Arbitration Act*, s. 7. This has important practical ramifications, because a stay can be lifted. Further, a court hearing a motion for a stay may order a conditional stay and specify how the parties are to proceed to arbitration: see, e.g., *Popack v. Lipszyc*, 2009 ONCA 365; *Iberfreight S.A. v. Ocean Star Container Line A.G.* (1989), 104 N.R. 164 (F.C.A.); *Continental Resources Inc. v. East Asiatic Co. (Canada)*, [1994] F.C.J. No. 440 (QL); see also *Fuller Austin Insulation Inc. v. Wellington Insurance Co.* (1995), 135 Sask. R. 254 (Q.B.), var'd (1995), 137 Sask. R. 238 (C.A.). It is therefore wrong to conceptualize a successful motion for a stay as the end of the line for the plaintiff's pursuit of their claim.

[253] It would also be wrong to characterize private arbitral tribunals as statutory tribunals, which are amenable to judicial “surveillance” by virtue of s. 96 of the *Constitution Act, 1867: Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*, 2018 SCC 26, [2018] 1 S.C.R. 750, at para. 13, quoting *Knox v. Conservative Party of Canada*, 2007 ABCA 295, 422 A.R. 29, at para. 14. A statutory tribunal is “a body set up by statute and which has duties conferred on it by statute so that the parties are bound to resort to it”: *R. v. National Joint Council for the Craft of Dental Technicians (Dispute Committee)*, [1953] 1 Q.B. 704, at p. 706, quoted in *Roberval Express Ltée v. Transport Drivers, Warehousemen and General Workers Union, Local 106*, [1982] 2 S.C.R. 888, at pp. 893-94. By contrast, arbitration “is essentially a creature of contract, a contract in which the parties themselves charter a private arbitral tribunal for the resolution of their disputes”: *Astoria Medical Group v. Health Insurance Plan of Greater New York*, 182 N.E.2d 85 (N.Y. 1962), at p. 87, quoted in *Wellman*, at para. 52. Thus, the distinction between a statutory tribunal and a private arbitral tribunal is the greater autonomy which parties have and are free to exercise in the private arbitration context. That is why this Court's jurisprudence distinguishes between a statutory tribunal and “a clearly consensual tribunal which owes its existence solely to the will of the parties”: *Roberval Express*, at p. 900; see also *Sattva Capital*

l'action : *Loi sur l'arbitrage*, art. 7. Cela a d'importantes répercussions concrètes, car un sursis peut être levé. Qui plus est, le tribunal saisi d'une motion en sursis peut accorder un sursis conditionnel et indiquer de quelle manière les parties devraient procéder à l'arbitrage : voir, p. ex., *Popack c. Lipszyc*, 2009 ONCA 365; *Iberfreight S.A. c. Ocean Star Container Line A.G.*, [1989] A.C.F. n° 513 (QL); *Continental Resources Inc. c. East Asiatic Co. (Canada)*, [1994] A.C.F. n° 440 (C.F.) (QL); voir aussi *Fuller Austin Insulation Inc. c. Wellington Insurance Co.* (1995), 135 Sask. R. 254 (B.R.), mod. par (1995), 137 Sask. R. 238 (C.A.). Il est donc faux de concevoir une motion en sursis couronnée de succès comme signifiant la fin de la réclamation du demandeur.

[253] Il serait également faux de qualifier les tribunaux d'arbitrage privés de tribunaux statutaires, lesquels sont susceptibles de « surveillance » judiciaire par application de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867 : Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) c. Wall*, 2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750, par. 13, citant *Knox c. Conservative Party of Canada*, 2007 ABCA 295, 422 A.R. 29, par. 14. Le tribunal statuaire est un [TRADUCTION] « organisme constitué et investi de fonctions par une loi pour que les parties soient tenues d'y avoir recours » : *R. c. National Joint Council for the Craft of Dental Technicians (Dispute Committee)*, [1953] 1 Q.B. 704, p. 706, cité dans *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camion, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106*, [1982] 2 R.C.S. 888, p. 893-894. À l'opposé, l'arbitrage [TRADUCTION] « est essentiellement une création contractuelle, un contrat par lequel les parties chargent elles-mêmes un tribunal privé de résoudre leurs différends » : *Astoria Medical Group c. Health Insurance Plan of Greater New York*, 182 N.E.2d 85 (N.Y. 1962), p. 87, cité dans *Wellman*, par. 52. Ainsi, ce qui distingue le tribunal statuaire du tribunal arbitral privé est l'autonomie accrue que peuvent exercer les parties dans le contexte de l'arbitrage privé. Voilà pourquoi la jurisprudence de la Cour distingue le tribunal statuaire du « tribunal purement consensuel qui ne doit son existence qu'à la seule volonté des parties » : *Roberval Express*,

Corp. v. Creston Moly Corp., 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at para. 104.

[254] I would add that, even if s. 96 were considered to be engaged, the constitutional right to access to the courts is not absolute: *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873, at para. 17. The legislature has the power to impose conditions on how and when people have access to the courts. Any impediment to such access under the *Arbitration Act* or the *International Act* exists simply because the parties to an arbitration agreement must abide by their agreement. Payment of the hearing fees at issue in *Trial Lawyers Association* was a mandatory condition on litigants' access to the superior courts which had the effect of taking the choice of pursuing litigation in the superior courts away from a segment of society: para. 35. Similarly, the Alberta Court of Appeal's comment that "[i]nsurmountable preconditions . . . effectively amount to a total barrier to court access" concerned court orders which bar vexatious litigants from commencing proceedings in the courts unless the litigants fulfill certain preconditions: *Jonsson v. Lymer*, 2020 ABCA 167, at para. 67 (CanLII). By contrast, the *Arbitration Act* and the *International Act* deny access (to the limited extent that they do) only to "those who by agreement have surrendered their constitutional right of access": *Stancroft*, at para. 21. Since the legislature has the competence to impose conditions on access, these humble conditions must be permissible.

[255] For these reasons, I conclude that the rule of systematic referral applies unaltered to Uber's motion for a stay. The general rule is that the parties must be referred to arbitration unless Mr. Heller's challenge to the validity of the Arbitration Clause can be characterized as a pure question of law or a question of mixed law and fact which requires only a superficial review of the documentary evidence. If the arguments against the validity of the Arbitration Clause require more than a superficial review of the

p. 900; voir aussi *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, par. 104.

[254] J'ajouterais que, même si l'on considérait que l'art. 96 entre en jeu, le droit constitutionnel de s'adresser aux tribunaux n'est pas absolu : *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873, par. 17. Le législateur a le pouvoir d'imposer des conditions relativement à quand et comment les gens ont accès aux tribunaux. Toute entrave à l'accès aux tribunaux qui découle de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi internationale* existe simplement parce que les parties à une convention d'arbitrage doivent respecter leur convention. Le paiement des frais d'audience en cause dans *Trial Lawyers Association* constituait une condition obligatoire de l'accès des justiciables aux cours supérieures, laquelle a eu pour effet de retirer à une partie de la population la faculté de poursuivre une action devant les cours supérieures : par. 35. Dans la même veine, la remarque de la Cour d'appel de l'Alberta suivant laquelle [TRADUCTION] « [d]es conditions préalables insurmontables constituent un obstacle total à l'accès aux tribunaux » visait des ordonnances judiciaires qui interdisent aux plaideurs quérulents d'introduire une instance devant les tribunaux s'ils ne satisfont pas à certaines conditions préalables : *Jonsson c. Lymer*, 2020 ABCA 167, par. 67 (CanLII). À l'opposé, la *Loi sur l'arbitrage* et la *Loi internationale* ne refusent l'accès (dans la mesure où elles le font) qu'à [TRADUCTION] « ceux et celles qui ont convenu de renoncer à leur droit constitutionnel d'accès aux tribunaux » : *Stancroft*, par. 21. Puisque le législateur a compétence pour imposer certaines conditions à l'accès, ces humbles conditions doivent être autorisées.

[255] Pour ces motifs, je conclus que la règle du renvoi systématique s'applique telle quelle à la motion d'Uber en sursis d'instance. La règle générale veut que l'on renvoie les parties à l'arbitrage sauf s'il est possible de qualifier la contestation par M. Heller de la validité de la clause d'arbitrage de question pure de droit ou de question mixte de droit et de fait n'exigeant qu'un examen superficiel de la preuve documentaire. Si les arguments à l'encontre de la validité de la clause d'arbitrage commandent

documentary evidence, that will be sufficient to decide the appeal. However, as the parties have made submissions on the merits of Mr. Heller’s challenge to the validity of the Arbitration Clause, I will also comment on the merits of their arguments.

(5) Does Determining Whether the Arbitration Clause Is Valid Require More Than a Superficial Review of the Documentary Evidence?

[256] Three main arguments have been raised against the validity of the Arbitration Clause. Mr. Heller argues the Arbitration Clause is invalid because it is unconscionable and because it is contrary to the *ESA*. Brown J. raises a separate argument that the Arbitration Clause is invalid because it is contrary to public policy. I address each of these arguments below in turn.

(a) *Doctrine of Unconscionability*

[257] Despite Abella and Rowe JJ.’s learned analysis of the theoretical underpinnings of the unconscionability doctrine, I am unfortunately unable to agree with their statement of that doctrine. In particular, I am concerned that their threshold for a finding of inequality of bargaining power has been set so low as to be practically meaningless in the case of standard form contracts. Abella and Rowe JJ. state that vulnerability in the contracting process may arise from “dense or difficult to understand terms” in the agreement: at para. 71. They also note that one situation in which a standard form contract might impair a party’s ability to protect their interests would be if it contained provisions which were “difficult to read or understand”: para. 89. I find this standard rather vague and illusory. I fear it might be open to abuse by a party to a standard form contract who chooses to enjoy the benefits of the agreement as long as it suits them, but who then chooses to rely on this opaque standard when called upon to honour an obligation which is not in their interest. As Brown J. observes, a lower threshold for finding that there is inequality of bargaining power risks exposing the terms of every standard form contract to review in order to ensure that they are substantively reasonable: para. 163. This would be an unwelcome development, as it

davantage qu’un examen superficiel de la preuve documentaire, cela suffira pour trancher le pourvoi. Or, comme les parties ont présenté des observations sur le bien-fondé de la contestation de M. Heller quant à la validité de la clause d’arbitrage, je me prononce également sur le bien-fondé de ces arguments.

(5) Pour déterminer la validité de la clause d’arbitrage, faut-il effectuer davantage qu’un examen superficiel de la preuve documentaire?

[256] Trois arguments principaux ont été présentés à l’encontre de la validité de la clause d’arbitrage. Monsieur Heller plaide la nullité de la clause d’arbitrage car celle-ci est à la fois inique et contraire à la *LNE*. Le juge Brown avance un argument distinct selon lequel la clause d’arbitrage est nulle parce que contraire à l’ordre public. J’aborde ces arguments ci-après à tour de rôle.

(a) *La doctrine d’iniquité*

[257] Malgré la savante analyse que font les juges Abella et Rowe des assises théoriques de la doctrine d’iniquité, je ne peux malheureusement pas souscrire à leur énoncé de la doctrine. Tout particulièrement, je crains que le seuil retenu par mes collègues pour conclure à une inégalité du pouvoir de négociation soit fixé si bas qu’il devienne pratiquement vide de sens dans le cas des contrats types. Mes collègues mentionnent que la vulnérabilité dans la formation du contrat résulte de « conditions alambiquées ou difficiles à comprendre » dans l’entente : par. 71. Mes collègues signalent aussi qu’une situation dans laquelle un contrat type pourrait entraver la capacité d’une partie de défendre ses intérêts est celle où le contrat contient des clauses « difficiles à lire ou à comprendre » : par. 89. Je trouve cette norme plutôt vague et illusoire. Je crains qu’elle se prête aux abus d’une partie à un contrat type qui décide de jouir des avantages de l’entente lorsque cela lui convient, mais qui choisit néanmoins de s’appuyer sur cette norme opaque quand elle est appelée à acquitter une obligation qui n’est pas dans son intérêt. Comme le fait remarquer le juge Brown, un critère moins rigoureux d’inégalité de pouvoir de négociation risque d’exposer les conditions de tout contrat type à un contrôle de leur caractère raisonnable sur le fond :

would undermine private ordering and commercial certainty, which are important considerations in the law of contracts: see *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at para. 66.

[258] I therefore agree with Brown J.’s able exposition of the unconscionability doctrine in the general law of contracts. However, an arbitration agreement engages unique considerations which require an analytical approach that differs from the one he takes in para. 172. In particular, Mr. Heller directs his unconscionability arguments specifically at the Arbitration Clause, which should be considered a separate and autonomous contract for this purpose.

[259] I will now analyze Mr. Heller’s arguments and those of Abella and Rowe JJ. in light of the components of the unconscionability doctrine identified by Brown J., which I understand to be (1) a significant inequality of bargaining power stemming from a weakness or vulnerability, (2) a resulting improvident bargain, and (3) the stronger party’s knowledge of the weaker party’s vulnerability: Brown J.’s reasons, at paras. 156, 159 and 164-66. However, I add that I would reach the same conclusions if I were to apply the test set out by Abella and Rowe JJ.

(i) Significant Inequality of Bargaining Power

[260] The key question in relation to this component of the doctrine is whether the weaker party “had a degree of vulnerability that had the potential to materially affect their ability, through autonomous, rational decision making, to protect their own interests”, thereby undermining the premise of freedom of contract: *Downer v. Pitcher*, 2017 NLCA 13, 409 D.L.R. (4th) 542, at paras. 37. The “personal characteristics or attributes of the weaker party are a fundamental consideration” in this regard: *Input Capital Corp. v. Gustafson*, 2019 SKCA 78, 438 D.L.R. (4th) 387, at para. 39.

par. 163. Il s’agirait d’un changement inopportun car il ébranlerait l’ordre privé et la certitude commerciale, des considérations importantes en droit des contrats : voir *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 66.

[258] Je suis donc d’accord avec la description juste que donne le juge Brown de la doctrine d’iniquité en droit général des contrats. Toutefois, une convention d’arbitrage fait intervenir des considérations uniques qui commandent une méthode d’analyse différente de celle qu’il emploie : par. 172. Plus particulièrement, les arguments de M. Heller relatifs à l’iniquité visent précisément la clause d’arbitrage, qui devrait être considérée comme un contrat séparé et autonome pour ces fins.

[259] J’analyse maintenant les arguments de M. Heller et ceux des juges Abella et Rowe, à la lumière des composantes de la doctrine d’iniquité identifiées par le juge Brown, que je comprends comme étant les suivantes : (1) une inégalité importante du pouvoir de négociation qui découle d’une faiblesse ou d’une vulnérabilité; (2) un marché imprudent qui en résulte; et (3) la connaissance par la partie la plus forte de la vulnérabilité de la partie la plus faible : motifs du juge Brown, par. 156, 159 et 164-166. J’ajoute cependant que je parviendrais aux mêmes conclusions en appliquant le critère énoncé par les juges Abella et Rowe.

(i) Inégalité importante du pouvoir de négociation

[260] La question clé qui se pose à cette étape est de savoir si la partie la plus faible [TRADUCTION] « souffrait d’une vulnérabilité susceptible de nuire sensiblement à sa capacité, par une prise de décision autonome et rationnelle, de défendre ses propres intérêts », ce qui sape ainsi le fondement de la liberté contractuelle : *Downer c. Pitcher*, 2017 NLCA 13, 409 D.L.R. (4th) 542, par. 37. Les [TRADUCTION] « caractéristiques ou attributs personnels de la partie la plus faible sont une considération fondamentale » à cet égard : *Input Capital Corp. c. Gustafson*, 2019 SKCA 78, 438 D.L.R. (4th) 387, par. 39.

[261] The vulnerability alleged by Mr. Heller relates to his high school education and his comparatively limited access to financial resources: R.F., at paras. 121-22. Establishing these facts would require the Court to consider testimonial evidence, which means that the rule of systematic referral is engaged and that the parties must be referred to arbitration. This conclusion suffices to dispense with Mr. Heller's unconscionability argument; however, I wish to address the question whether the testimonial evidence is adequate to support a finding of unconscionability on the merits.

[262] Even if the superficial review criterion did not apply, the testimonial evidence before this Court is contradictory on the question as to whether Mr. Heller had the capacity to understand and appreciate the significance of the Arbitration Clause. Mr. Heller's evidence established that he is capable of understanding the significance of the Arbitration Clause, but that he simply declined to read it before agreeing to the terms: A.R., vol. II, at p. 134. He was free to review the Service Agreement for as long he wished before communicating his acceptance: A.R., vol. II, at p. 16. And as counsel for Uber demonstrated in cross-examination, Mr. Heller showed considerable sophistication by lodging over 300 complaints through Uber's internal dispute resolution procedure and by communicating with the media shortly after a change had been made to Uber's fee payment structure: A.R., vol. III, at pp. 129 and 145-46. There is nothing in the record to suggest that he was rushed into accepting the terms of the Service Agreement, and no evidence regarding why he decided to become an Uber driver. There is accordingly no basis for finding that his capacity for autonomous self-interested decision-making was compromised or that the law's normal assumptions about free bargaining no longer hold true. Because this inquiry requires findings of fact based on conflicting evidence, this issue cannot be resolved on the basis of the record before the Court.

[263] *Abella and Rowe JJ.* find that there was inequality of bargaining power in this case because the

[261] La vulnérabilité que s'attribue M. Heller tient à son éducation de niveau secondaire et à son accès relativement faible à des ressources financières : m.i., par. 121-122. La Cour aurait à étudier la preuve testimoniale afin d'établir ces faits, ce qui signifie que la règle du renvoi systématique entre en jeu et qu'il faut renvoyer les parties à l'arbitrage. Cette conclusion suffit pour disposer de l'argument de M. Heller fondé sur l'iniquité, mais je tiens à traiter de la question de savoir si la preuve testimoniale est suffisante pour appuyer une conclusion d'iniquité sur le fond.

[262] Même si le critère de l'examen superficiel ne s'appliquait pas, la preuve testimoniale dont dispose la Cour est contradictoire sur la question de savoir si M. Heller pouvait comprendre et saisir l'importance de la clause d'arbitrage. La preuve soumise par M. Heller établit qu'il est capable de comprendre l'importance de la clause d'arbitrage, mais qu'il a tout simplement refusé de la lire au moment où il a accepté les conditions : d.a., vol. II, p. 134. M. Heller était libre de consulter l'entente de services aussi longtemps qu'il le désirait avant de communiquer son acceptation : d.a., vol. II, p. 16. Comme l'a démontré l'avocate d'Uber en contre-interrogatoire, M. Heller a fait preuve d'une grande sophistication en déposant plus de 300 plaintes au moyen de la procédure interne de règlement des différends chez Uber et en communiquant avec les médias peu après une modification de la structure du paiement des frais d'Uber : d.a., vol. III, p. 129 et 145-146. Rien dans le dossier ne porte à croire qu'on a pressé M. Heller d'accepter les conditions de l'entente de services, et il n'existe aucune preuve au sujet des raisons pour lesquelles il a décidé de devenir un chauffeur Uber. Rien ne permet donc de conclure que sa capacité de prendre des décisions lui-même dans son propre intérêt a été compromise ou que les postulats habituels du droit à propos de la libre négociation ne tiennent plus la route. Puisque ces questions appellent des conclusions de fait sur des éléments de preuve contradictoires, il n'est pas possible de résoudre cette question sur la foi du dossier soumis à la Cour.

[263] Les juges *Abella* et *Rowe* concluent à l'inégalité du pouvoir de négociation en l'espèce parce que

Service Agreement in which the Arbitration Clause is found is a standard form contract, and because it was not accompanied by information about the cost of mediation and arbitration proceedings administered by the ICC's dispute resolution bodies: para. 93. Of course, these circumstances would not be sufficient to find that there was inequality of bargaining power based on the approach articulated by Brown J., with which I agree: para. 162. Nonetheless, I appreciate the reasons of Abella and Rowe JJ. for what they do not say. They do not contend that an arbitration agreement in a standard form contract is itself unconscionable. Such a conclusion would conflict with the weight of authority from this Court:

... nothing in the *Arbitration Act* suggests that standard form arbitration agreements, which are characterized by an absence of meaningful negotiation, are *per se* unenforceable. Indeed, this Court's decision in *Seidel* — as well as its predecessors *Dell*, *Rogers*, and *Desputeaux* — confirm that the starting presumption is the opposite.

(*Wellman*, at para. 84)

[264] At first blush, Abella and Rowe JJ.'s point that it would not be clear to a person reading the Arbitration Clause that the selection of the ICC Rules means that initiating the arbitration process would entail the payment of US\$14,500 (approximately CAN\$19,000) in fees has some force. On reflection, however, my view is that individuals should be expected to be aware that any form of dispute settlement, including litigation in the courts, comes with a price. A person cannot read an arbitration clause and reasonably assume that the process will be free of charge. It has not been shown that the ICC Fees are out of step with the cost of pursuing litigation — or of pursuing arbitration under a different set of rules — for a claim involving an amount equivalent to the unknown amount of Mr. Heller's claim. I therefore find it difficult to accept Abella and Rowe JJ.'s speculation that Mr. Heller would have had no reason to suspect that fees of this magnitude were required. With respect, they are effectively arguing that individuals have no reason to suspect that dispute settlement has a cost. To approach the matter as they do infantilizes individuals by viewing all of

l'entente de services où figure la clause d'arbitrage était un contrat type et qu'elle n'était pas accompagnée de renseignements qui expliquent les frais de la médiation et de la procédure arbitrale gérées par les organismes de règlement des différends de la CCI : para. 93. Bien entendu, les circonstances susmentionnées ne seraient pas suffisantes pour conclure à une inégalité du pouvoir de négociation suivant l'approche formulée par le juge Brown, à laquelle je souscris : para. 162. J'apprécie néanmoins les motifs de mes collègues les juges Abella et Rowe pour ce qu'ils ne disent pas. Ils ne font pas valoir qu'une convention d'arbitrage contenue dans un contrat type est inique en soi. Le poids de la jurisprudence de la Cour rejetterait pareille conclusion :

... rien dans la *Loi sur l'arbitrage* ne donne à penser que les conventions d'arbitrage types, qui se caractérisent par une absence de négociation véritable, sont en soi inexécutives. En effet, l'arrêt *Seidel* de la Cour — de même que ses prédécesseurs *Dell*, *Rogers* et *Desputeaux* — confirme que la présomption initiale est l'inverse.

(*Wellman*, par. 84)

[264] À première vue, la thèse de mes collègues, selon laquelle il n'est pas clair pour le lecteur du texte de la clause d'arbitrage que le choix des Règlements de la CCI signifie qu'engager le processus arbitral s'accompagnera du paiement de 14 500 \$ US (environ 19 000 \$ CAN) en droits, a un certain poids. Après mûre réflexion, cependant, j'estime que les individus doivent être réputés savoir que toute forme de règlement des différends, y compris une action en justice, a un prix. Une personne ne saurait lire une clause d'arbitrage et présumer raisonnablement que le processus sera gratuit. Il n'a pas été démontré que les droits imposés par la CCI sont en décalage avec le coût d'une action en justice, ou de l'arbitrage régi par un ensemble différent de règles, dans le cas d'une réclamation dont la valeur est équivalente à celle, inconnue, de la réclamation de M. Heller. J'ai donc de la difficulté à accepter l'hypothèse des juges Abella et Rowe que M. Heller n'aurait eu aucune raison de soupçonner qu'il fallait payer des droits de cette ampleur. Avec égards, mes collègues soutiennent en fait que les individus n'ont aucune raison de se douter que le règlement des différends a un prix. Aborder

them as being bereft of autonomy and incapable of rational decision making. There is ample evidence in the record to suggest that Mr. Heller is not such an individual.

[265] Further, although Abella and Rowe JJ. do not expressly state that a standard form contract containing an arbitration clause is unconscionable, one wonders how a contract drafter could possibly anticipate the cumulative fees that would have to be paid in every possible arbitration scenario given the wide variety of disputes which could arise under an arbitration agreement. Arbitration is a private form of dispute resolution in which, generally speaking, the parties are required, at a minimum, to pay for the arbitral tribunal's time and expenses and for the venue, as well as to pay certain other costs. Abella and Rowe JJ. implicitly take the position that Uber should not have selected the ICC Rules because, in their view, the ICC Fees are substantively unfair. It is difficult to see how the drafter of a contract could anticipate the total of the fees to be paid in a non-institutional arbitration that would be conducted on an *ad hoc* basis under either the *Arbitration Act* or the *International Act*, which means that it is hard to see how an arbitration clause in a standard form contract could possibly be drafted in a way that would satisfy the requirements of Abella and Rowe JJ.'s approach to the unconscionability doctrine.

[266] Regrettably, I fear that the effect of their approach amounts to a sweeping restriction on arbitration clauses in standard form contracts, even if they did not intend such a consequence. This Court has stated that deciding whether to restrict arbitration clauses in standard form contracts is a matter for the legislature: *Seidel*, at para. 2; *Wellman*, at paras. 46 and 79-80. With respect, the approach taken by Abella and Rowe JJ. to the doctrine of unconscionability is therefore inconsistent with the proper law-making role of the courts. In our democracy, it is the legislature, and not the courts, which is primarily responsible for law reform: *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at pp. 666-70. Major changes in the law are best left to the legislature, because reform should be considered with a wider view of how the

la question comme le font les juges Abella et Rowe infantilise les individus en les percevant tous comme étant dénués d'autonomie et incapables de prendre des décisions rationnelles. Le dossier contient une preuve abondante indiquant que M. Heller n'est pas ce genre de personne.

[265] De plus, bien que les juges Abella et Rowe n'affirment pas en termes exprès qu'un contrat type contenant une clause d'arbitrage est inique, l'on se demande comment un rédacteur de contrat pourrait anticiper les frais cumulatifs engendrés par chaque scénario possible d'arbitrage, vu le vaste éventail de différends auxquels peut donner lieu une convention d'arbitrage. L'arbitrage est une forme privée de règlement des différends où, en général, les parties doivent payer, à tout le moins, le temps et les dépenses du tribunal, ainsi que l'emplacement et d'autres éléments. Les juges Abella et Rowe soutiennent implicitement qu'Uber n'aurait pas dû choisir les Règlements de la CCI, car les droits qu'elle impose leur semblent injustes. Il est difficile de voir comment le rédacteur d'un contrat pourrait anticiper le montant des droits d'un arbitrage non institutionnel qui se déroule de façon ponctuelle soit en application de la *Loi sur l'arbitrage*, soit en application de la *Loi internationale*. Par conséquent, il est difficile de voir comment l'on pourrait rédiger une clause d'arbitrage dans un contrat type qui respecterait les exigences de l'approche des juges Abella et Rowe quant à la doctrine d'iniquité.

[266] Malheureusement, je crains que leur approche se traduise par une restriction considérable des clauses d'arbitrage dans les contrats types, même s'ils ne souhaitaient pas cette conséquence. La Cour a déjà affirmé que la décision de restreindre ou non les clauses d'arbitrage dans les contrats types appartient au législateur : *Seidel*, par. 2; *Wellman*, par. 46 et 79-80. Avec égards, la manière dont les juges Abella et Rowe abordent la doctrine d'iniquité n'est donc pas conforme au rôle que doivent jouer les tribunaux en matière de création du droit. Dans notre démocratie, c'est au législateur et non aux tribunaux qu'incombe la responsabilité principale de réformer le droit : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 666-670. Il vaut mieux laisser au législateur le soin d'apporter des changements majeurs au droit parce que l'on doit

new rule will operate in the broad generality of cases: pp. 666-68. A court of law may not be in a position to appreciate the economic, social and other policy issues at stake: p. 668.

[267] These concerns are heightened by the economic context of this appeal, which relates to the contractual arrangements of businesses operating in what some have styled the “sharing economy”: I. F. (Montreal Economic Institute), at para. 6. Enterprises with business models similar to that of Uber and individuals in Mr. Heller’s position are part of a vital and growing sector of Canada’s economy which could be stifled if the majority’s reduced threshold for inequality of bargaining power is adopted. This sector depends on standard form contracts that are agreed to electronically by businesses and the people who use their online platforms: I. F. (Montreal Economic Institute), at para. 12. Individuals in Mr. Heller’s position may have reduced opportunities to generate income in this sector of the economy if businesses like Uber cannot be assured of certainty in their contractual arrangements, as certainty is essential for global business operations. This Court is simply not in a position to know what the fallout from Abella and Rowe JJ.’s approach might be.

[268] It is not the role of the courts to establish policies where the legislature has declined or omitted to do so. Ontario’s Ministry of Labour, Training and Skills Development recently undertook a comprehensive review of the *ESA* in order to address the changing nature of work, including the sharing economy: *The Changing Workplaces Review: An Agenda for Workplace Rights — Final Report* (2017). That review culminated in amendments to the *ESA* that were enacted in the *Fair Workplaces, Better Jobs Act, 2017*, S.O. 2017, c. 22. If the legislature was concerned about arbitration agreements in this sector’s standard form digital contracts, it could easily have amended the *ESA* to restrict such clauses, as it has in the case of consumer protection legislation: *Consumer Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 30, Sch. A, ss. 7 and 8. Whether the

envisager une réforme en ayant une perception plus générale de la façon dont la nouvelle règle s’appliquera à la grande majorité des cas : p. 666-668. Une cour de justice peut ne pas être en mesure de saisir les questions économiques, sociales et autres questions de principe en jeu : p. 668.

[267] Ces préoccupations sont exacerbées par le contexte économique du présent pourvoi, qui fait intervenir les contrats de sociétés exerçant leurs activités dans ce que l’on a appelé l’« économie de partage » : m. interv. (Institut économique de Montréal), par. 6. Les entreprises au modèle d’affaires semblable à celui d’Uber et les individus dans la situation de M. Heller font partie d’un secteur essentiel et en croissance de l’économie canadienne qui pourrait être étouffé si l’on adoptait le seuil réduit d’inégalité du pouvoir de négociation établi par la majorité. L’économie de partage dépend des contrats types conclus électroniquement entre les entreprises et les personnes qui se servent de ses plates-formes : m. interv. (Institut économique de Montréal), par. 12. Les individus dans la situation de M. Heller risquent de perdre des occasions de tirer un revenu dans l’économie de partage si des sociétés comme Uber ne peuvent obtenir la certitude dans leurs contrats, une condition essentielle à l’exercice d’activités commerciales mondiales. La Cour n’est tout simplement pas en mesure de connaître le contrecoup potentiel de l’approche des juges Abella et Rowe.

[268] Il n’appartient pas aux tribunaux d’adopter des politiques que la législature a refusé ou omis d’adopter. Le ministre du Travail, de la Formation et du Développement des compétences de l’Ontario a récemment entrepris une analyse exhaustive de la *LNE* afin de répondre au caractère évolutif du travail, y compris l’économie de partage : *L’examen portant sur l’évolution des milieux de travail : Un programme pour les droits en milieu de travail — Rapport final* (2017). Cette révision a donné lieu à des modifications à la *LNE* adoptées dans la *Loi de 2017 pour l’équité et de meilleurs emplois*, L.O. 2017, c. 22. Si la législature se souciait des conventions d’arbitrage que l’on retrouve dans les contrats numériques types de l’économie de partage, elle aurait facilement pu modifier la *LNE* pour restreindre les clauses de cette nature, comme elle l’a fait dans la législation en

legislature's omission was an oversight or a deliberate policy choice, any decision to restrict or not to restrict standard form contracts containing arbitration clauses in a matter for the legislature, not the courts.

[269] In the end, whether Mr. Heller suffered from a peculiar vulnerability that undermined his capacity to engage in rational autonomous decision making is a question of mixed law and fact which requires more than a superficial review of the documentary evidence. Therefore, the rule of systematic referral applies and the parties must be referred to arbitration. I will nonetheless consider the other components of unconscionability below.

(ii) Improvident Bargain

[270] Mr. Heller's attack on the Arbitration Clause rests on three propositions: (1) the Place of Arbitration Clause forces him to travel to Amsterdam at his own expense, (2) the Choice of Law Clause excludes the application of the *ESA*, and (3) the selection of the ICC Rules entails the payment in advance of disproportionately high fees in order to initiate a dispute. I will address each of these propositions in turn, not because they could not cumulatively add up to a substantially unfair bargain, but because, in my view, the first two are unpersuasive, which leaves the third to stand on its own.

1. *Place of Arbitration Clause*

[271] Mr. Heller equates the Place of Arbitration Clause in the Arbitration Clause with a forum selection clause that requires him to travel to Amsterdam in order to pursue his claim. With respect, it is wrong to equate the designation of a foreign seat in an arbitration agreement with a forum selection clause.

[272] One major distinction relates to the fact that the discretion not to enforce a forum selection clause comes from the common law: see *Z.I. Pompey*

matière de protection du consommateur : *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, c. 30, ann. A, art. 7 et 8. Peu importe que l'omission de la législature soit attribuable à un oubli ou à un choix de principe délibéré, la décision de restreindre ou non les contrats types qui contiennent des clauses d'arbitrage appartient à la législature, et non aux tribunaux.

[269] En dernière analyse, la question de savoir si M. Heller souffrait d'une vulnérabilité particulière qui compromettrait sa capacité de prendre des décisions rationnelles en toute autonomie est une question mixte de droit et de fait qui nécessite davantage qu'un examen superficiel de la preuve documentaire. En conséquence, la règle du renvoi systématique s'applique et il y a lieu de renvoyer les parties à l'arbitrage. Je vais néanmoins me pencher sur les autres éléments de l'iniquité ci-dessous.

(ii) Marché imprudent

[270] Monsieur Heller s'attaque à la clause d'arbitrage sur la base de trois propositions : (1) la clause relative au lieu de l'arbitrage l'oblige à se rendre à ses frais à Amsterdam; (2) la clause de choix du droit applicable exclut l'application de la *LNE*; et (3) la sélection des Règlements de la CCI suppose le paiement à l'avance de droits démesurément élevés pour intenter un recours. Je traiterai de chaque affirmation à tour de rôle, non parce qu'elles se traduisent de façon cumulative par un marché profondément injuste, mais parce que les deux premières propositions ne me paraissent pas convaincantes; il ne reste donc que la troisième.

1. *Clause relative au lieu de l'arbitrage*

[271] Monsieur Heller assimile la clause relative au lieu de l'arbitrage qui figure dans la clause d'arbitrage à une clause d'élection de for l'obligeant à se rendre à Amsterdam pour faire valoir sa réclamation. Avec égards, il est faux d'assimiler la désignation d'un siège étranger dans une convention d'arbitrage à une clause d'élection de for.

[272] Une grande distinction a trait au fait que le pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer des clauses d'élection de for tire son origine de la

Industrie v. ECU-Line N.V., 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450. By contrast, a court’s power to decline to enforce an arbitration agreement is circumscribed by the exhaustive list in s. 7(2) of the *Arbitration Act*. The designation of a foreign place of arbitration is not one of the enumerated grounds for declining a stay.

[273] Another distinction stems from the fact that “[f]orum selection clauses purport to oust the jurisdiction of otherwise competent courts in favour of a foreign jurisdiction”: *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751, at para. 1. If enforced, such a clause requires a litigant to commence a proceeding in the foreign forum, which may indeed involve travelling to the foreign jurisdiction. The place (or “seat”) of arbitration, by contrast, is a legal concept which denotes the parties’ selection of a particular jurisdiction “whose arbitration law governs proceedings, and under whose law the arbitral award is made”: Born, vol. I, at p. 206; Born, vol. II, *International Arbitral Procedures and Proceedings*, at p. 1596. The designation of a foreign jurisdiction as the place of arbitration is therefore akin to a choice of law clause for the procedural aspects of the arbitration process.

[274] However, the place of arbitration “is not synonymous with the location where arbitral hearings take place”: *Alberta Motor Association Insurance Co. v. Aspen Insurance UK Limited*, 2018 ABQB 207, 17 C.P.C. (8th) 81, at para. 147. There is no obligation to actually conduct the arbitration at the place of arbitration. Article 20(2) of the UNCITRAL Model Law provides that an arbitral tribunal may meet, and hear witnesses or submissions from the parties, at any place it considers appropriate, regardless of the place of arbitration selected by the parties. The *Arbitration Act* includes a substantively a similar provision: s. 22(2). Article 18 of the ICC Arbitration Rules provides that the arbitral tribunal may conduct hearings and meetings at any location it considers appropriate: p. 26. In addition, art. 3(5) of the ICC Expedited Rules provides that the arbitral tribunal may decide the dispute solely on the basis of documentary evidence and written submissions, and

common law : voir *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450. En revanche, le pouvoir des tribunaux de refuser d’exécuter une convention d’arbitrage est circonscrit par la liste exhaustive que l’on trouve au par. 7(2) de la *Loi sur l’arbitrage*. La désignation d’un lieu étranger d’arbitrage ne fait pas partie des motifs énumérés de refus de prononcer un sursis d’instance.

[273] Une autre distinction tient au fait que les « clauses d’élection de for visent à écarter la juridiction d’un tribunal, par ailleurs régulièrement saisi, au profit de celle d’un tribunal étranger » : *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751, par. 1. Si elles sont appliquées, ces clauses exigent des plaideurs qu’ils intentent une action devant l’instance étrangère, ce qui pourrait en effet les obliger à se déplacer au ressort étranger. À l’inverse, le lieu (ou le « siège ») de l’arbitrage est un concept juridique qui témoigne de la sélection par les parties d’un ressort en particulier [TRADUCTION] « dont le droit de l’arbitrage régit l’instance et en vertu duquel la sentence arbitrale est rendue » : Born, vol. I, p. 206; Born, vol. II, *International Arbitral Procedures and Proceedings*, p. 1596. La désignation d’un ressort étranger comme lieu de l’arbitrage s’apparente donc à une clause de choix du droit applicable pour ce qui est des aspects procéduraux du processus arbitral.

[274] Le lieu de l’arbitrage [TRADUCTION] « ne saurait [toutefois] être confondu avec celui où se tiennent les audiences arbitrales » : *Alberta Motor Association Insurance Co. c. Aspen Insurance UK Limited*, 2018 ABQB 207, 17 C.P.C. (8th) 81, par. 147. Il n’existe aucune obligation de procéder physiquement à l’arbitrage au lieu de l’arbitrage. Selon le par. 20(2) de la Loi type de la CNUDCI, le tribunal arbitral peut, nonobstant le lieu d’arbitrage choisi par les parties, se réunir ou entendre des témoins ou des parties en tout lieu qu’il jugera approprié. La *Loi sur l’arbitrage* comprend une disposition substantiellement similaire : par. 22(2). L’article 18 du *Règlement d’arbitrage* de la CCI confère au tribunal arbitral le pouvoir de tenir des audiences et des réunions à tout lieu qu’il juge indiqué : p. 26. En outre, le par. 3(5) des Règles relatives à la procédure accélérée de la CCI accorde au tribunal arbitral le pouvoir de trancher le litige uniquement sur la

that it may conduct hearings “by videoconference, telephone or similar means of communication”: p. 72. In practice, it often happens that, although the parties have agreed to arbitration in one jurisdiction, the arbitration proceedings are in fact conducted at other locations for the sake of convenience: McEwan and Herbst, at p. 7-1 to 7-8; Born, vol. II, at p. 1596.

[275] It is true that the UNCITRAL Model Law, the *Arbitration Act* and the ICC Arbitration Rules leave the decision regarding the location of the proceedings to the arbitral tribunal, but there is no reason to presume that an arbitral tribunal would act arbitrarily and callously by compelling a party to travel overseas unnecessarily and at great hardship. Indeed, there is good reason to assume otherwise. The *Arbitration Act* requires the arbitral tribunal to treat the parties equally and fairly: s. 19(1). Further, art. 22(1) and (4) of the ICC Arbitration Rules provide that the arbitral tribunal must make every effort to conduct the arbitration in an expeditious and cost-effective manner and must ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case: pp. 27-28. I therefore see no basis for assuming that the arbitral tribunal would require Mr. Heller to travel to Amsterdam in order to participate in arbitration proceedings. Hearings, if any need to be conducted, can reasonably be expected either to be held in Ontario or to be conducted remotely. Further, this Court should take judicial notice of the fact that modern communications technology makes it unnecessary for an Ontario resident to travel overseas in order to pay the ICC Fees or to make initial representations to the arbitral tribunal.

[276] The Arbitration Clause thus cannot be impugned on the basis that the Place of Arbitration Clause would require Mr. Heller to travel to a foreign jurisdiction in order to initiate a claim or to participate in the hearings, thereby incurring expenses, and any arguments to that effect cannot stand. I therefore see no basis for concluding that the Place of Arbitration Clause favours Uber significantly at Mr. Heller’s expense.

base de la preuve documentaire et de l’argumentation écrite. Le tribunal arbitral peut aussi tenir des audiences « par visioconférence, par téléphone ou par d’autres moyens de communication similaires » : p. 74. En pratique, il arrive souvent que, même si les parties se sont entendues pour aller en arbitrage dans un ressort, la procédure d’arbitrage se déroule physiquement ailleurs par souci de commodité : McEwan et Herbst, p. 7-1 à 7-8; Born, vol. II, p. 1596.

[275] Certes, la Loi type de la CNUDCI, la *Loi sur l’arbitrage* et le Règlement d’arbitrage de la CCI laissent le soin de choisir le lieu de l’arbitrage à la discrétion du tribunal arbitral, mais il n’y a aucune raison de présumer qu’un tribunal arbitral agirait de manière arbitraire et impitoyable en contraignant une partie à voyager outre-mer inutilement et au prix de grands sacrifices. En effet, il y a tout lieu de présumer le contraire. La *Loi sur l’arbitrage* exige du tribunal arbitral qu’il traite les parties sur un pied d’égalité et avec équité : par. 19(1). De plus, les par. 22(1) et 22(4) du Règlement d’arbitrage de la CCI disposent que le tribunal arbitral doit faire tous les efforts pour conduire la procédure d’arbitrage avec célérité et efficacité en termes de coûts et veiller à ce que chaque partie ait la possibilité raisonnable d’être entendue : p. 27-28. Je ne vois donc aucune raison de supposer que le tribunal arbitral exigerait que M. Heller se rende à Amsterdam pour participer aux procédures d’arbitrage. S’il faut tenir des audiences, on peut raisonnablement s’attendre à ce qu’elles se déroulent en Ontario ou à distance. En outre, la Cour devrait prendre connaissance d’office qu’en raison des moyens de communication modernes, il n’est pas nécessaire qu’un résident de l’Ontario voyage à l’étranger afin de payer les droits de la CCI ou de présenter des observations préliminaires au tribunal arbitral.

[276] La clause d’arbitrage ne peut être attaquée au motif que la clause relative au lieu de l’arbitrage oblige M. Heller à se rendre dans un autre pays pour intenter une réclamation ou participer aux audiences, ce qui lui occasionnerait des dépenses, et tout argument en ce sens ne peut être retenu. Je ne vois donc aucune raison de conclure que la clause relative au lieu de l’arbitrage favorise considérablement Uber au détriment de M. Heller.

2. *Choice of Law Clause*

[277] In light of the separability doctrine, it is critical, for analytical purposes, to distinguish between the validity of the Service Agreement, or of one of its terms, and the validity of the Arbitration Clause: Born, vol. I, at pp. 401-2 and 834; see also *Fiona Trust*. The result is that the alleged invalidity of the Choice of Law Clause on the basis that it is unconscionable does not affect the validity of the Arbitration Clause. Arguments directed at the alleged unfairness, whether substantive or procedural, of having the Service Agreement governed by a foreign law are therefore analytically distinct from those concerning alleged unfairness arising from the Arbitration Clause itself. As a result, arguments directed at the Choice of Law Clause are not a bar to Uber's motion for a stay.

[278] Approaching the validity of the Arbitration Clause in this fashion is consistent with this Court's jurisprudence. In *Seidel*, the arbitration agreement provided that "[a]ny claim, dispute or controversy . . . shall be determined by . . . arbitration" and that, "[b]y so agreeing, [Ms. Seidel] waive[d] any right [she] may have to commence or participate in any class action against TELUS Mobility": para. 13 (emphasis added; emphasis in original deleted). This Court declined to view the class action waiver as separate from the arbitration provision because the contract was "structured internally to make the class action waiver dependent on the arbitration provision": para. 46. By contrast, in the instant case, the Choice of Law Clause is not dependent on arbitration being the parties' chosen means to settle disputes. Despite the fact that the text of the Choice of Law Clause appears in the same paragraph of the Service Agreement as the text of the Arbitration Clause, the two clauses have very different legal effects and should be considered to be separate.

[279] It would be different if Mr. Heller was arguing that unfairness results from having the Arbitration Clause itself governed by Dutch law, but he has neither argued nor proven that to be the case. As with

2. *La clause de choix du droit applicable*

[277] Compte tenu de la doctrine de la séparabilité, il est crucial sur le plan analytique de faire la distinction entre la validité de l'entente de services, ou de l'une de ses modalités, et la validité de la clause d'arbitrage : Born, vol. I, p. 401-402 et 834; voir aussi *Fiona Trust*. Il s'ensuit que la prétendue nullité de la clause de choix du droit applicable pour cause d'iniquité n'emporte pas la nullité de la clause d'arbitrage. Par conséquent, les arguments portant sur la prétendue injustice, substantive ou procédurale, de faire régir l'entente de services par le droit d'un autre pays se distinguent au plan analytique de toute l'injustice qui découlerait de la clause d'arbitrage elle-même. Donc, les arguments portant sur la clause de choix du droit applicable ne font pas obstacle à la motion d'Uber en sursis d'instance.

[278] Cette façon d'aborder la validité de la clause d'arbitrage est conforme à la jurisprudence de la Cour. En effet, dans l'arrêt *Seidel*, la convention d'arbitrage stipulait que « [t]out différend, toute controverse ou toute réclamation [. . .] sera [. . .] soumis à l'arbitrage » et « [*e*]n acceptant ce qui précède, [Mme Seidel] renonc[e] à tout droit qu[']elle peut avoir d'intenter un recours collectif, ou d'y participer, à l'encontre de TELUS Mobilité » : par. 13 (italique ajouté; soulignement dans l'original omis). La Cour a refusé de considérer la renonciation au recours collectif comme étant distincte de la clause d'arbitrage parce que le contrat était « rédigé[é] de façon à rendre la renonciation au recours collectif tributaire de la clause d'arbitrage » : par. 46. À l'opposé, en l'espèce, la clause de choix du droit applicable ne dépend pas de l'arbitrage en tant que moyen choisi par les parties pour régler leurs différends. Même si le texte de la clause de choix du droit applicable et celui de la clause d'arbitrage figurent au même paragraphe dans l'entente de services, les deux clauses ont des effets juridiques fort différents et devraient être jugées distinctes.

[279] La situation serait tout autre si M. Heller soutenait que l'injustice découle du fait que la clause d'arbitrage est régie par le droit néerlandais, mais il n'a ni plaidé, ni prouvé que c'était le cas. Tout

his arguments regarding the *ESA*, which I will address below, the alleged invalidity of the Choice of Law Clause has no bearing on the validity of the Arbitration Clause.

[280] Even if the separability doctrine did not apply, there is nothing unusual or offensive about a choice of law clause in an international contract. Uber is a company with global operations and is headquartered in the Netherlands. Its selection of Dutch law to govern the contract is merely an attempt at legal risk management designed to ensure a degree of certainty in its operations. For a company with global operations, this serves a valid commercial purpose which courts should not interfere with lightly. A court that does so risks undermining the certainty that is needed in conducting international commerce. Further, although the Choice of Law Clause does confer a benefit on Uber (namely, legal certainty in the company's global operations), it is unclear that it does so at any cost to Mr. Heller, given that neither party has proven the foreign law and, as I will explain below when I address Mr. Heller's arguments with respect to the *ESA*, it remains to be seen whether the arbitral tribunal would apply the *ESA* in any event.

3. *Selection of Institutional Procedural Rules*

[281] As I have refuted Mr. Heller's arguments about the effect of the Place of Arbitration Clause and the Choice of Law Clause, all that remains of his unconscionability argument is the submission that the selection of the ICC Rules imposes the payment of disproportionately high fees, which total US\$14,500, or approximately CAN\$19,000. This disproportionality argument has two branches: (1) the ICC Fees are a disincentive to pursue hypothetical claims for small amounts; and (2) the ICC Fees are disproportionate to Mr. Heller's ability to finance the pursuit of a claim for a larger amount, because his income as an Uber driver is approximately CAN\$20,800-31,200 a year. I will address each of

comme pour ses arguments relatifs à la *LNE*, dont je traiterai plus loin, la prétendue nullité de la clause de choix du droit applicable n'a aucune incidence sur la validité de la clause d'arbitrage.

[280] Même si la doctrine de la séparabilité ne s'appliquait pas, la présence d'une clause de choix du droit applicable dans un contrat international n'a rien d'inhabituel ou d'offensant. Uber est une société qui exerce ses activités dans le monde et dont le siège social se situe aux Pays-Bas. Son choix que le contrat soit régi par le droit néerlandais n'est qu'une tentative de gérer le risque juridique en assurant une certaine certitude dans ses activités. Pour une société active dans le monde entier, ce choix sert un objectif commercial valable dans lequel les tribunaux ne devraient pas s'immiscer à la légère. Le tribunal qui le fait risque de miner la certitude essentielle à la conduite du commerce international. De plus, bien que la clause de choix du droit applicable confère un avantage à Uber (à savoir la certitude juridique dans ses activités mondiales), il n'est pas clair qu'elle le fasse aux dépens de M. Heller, car ni l'une ni l'autre des parties n'a fait la preuve du droit étranger et, comme je l'explique ci-dessous en traitant des arguments de M. Heller relatifs à la *LNE*, il reste à voir si le tribunal arbitral appliquerait la *LNE* en tout état de cause.

3. *Le choix des règles de procédure de l'institution*

[281] Comme j'ai réfuté les arguments de M. Heller à propos de l'effet des clauses relatives au lieu de l'arbitrage et au choix du droit applicable, tout ce qui reste de son argument fondé sur l'iniquité est son affirmation selon laquelle le choix des Règlements de la CCI impose le paiement de droits démesurément élevés, soit 14 500 \$ US, ce qui représente environ 19 000 \$ CAN. L'argument de M. Heller fondé sur la disproportionnalité comprend deux volets : (1) les droits de la CCI dissuadent le dépôt de réclamations hypothétiques de faible valeur; et (2) ces droits sont démesurés par rapport à la capacité de M. Heller de financer le dépôt d'une réclamation plus élevée, car le revenu qu'il gagne à titre de chauffeur Uber est

these branches in turn, as I consider them to be distinct arguments for analytical purposes.

[282] In my view, any commitment to submit disputes to arbitration should be regarded as generally imposing mutual obligations on both parties. It does not impose an obligation on one party in favour of the other. Rather, “[i]t embodies the agreement of both parties that, if any dispute arises with regard to the obligations which the one party has undertaken to the other, such dispute shall be settled by a tribunal of their own constitution”: *Heyman*, at pp. 373-74, per Lord Macmillan. An arbitration agreement thus involves a mutuality of exchange.

[283] If an arbitration agreement involves a mutuality of exchange, I fail to see how mandatory fees which apply to disputes initiated by either party would not involve a similar mutuality of exchange. The ICC Fees make pursuing a claim for a small amount just as uneconomic for Uber as for Mr. Heller. By contrast, a one-sided arbitration clause which requires one party to submit disputes to arbitration while the other party retains the right to litigate might not involve a mutuality of exchange: see, e.g., *Houston v. Exigen (Canada) Inc.*, 2006 NBQB 29, 296 N.B.R. (2d) 112, at para. 12. Therefore, to the extent that any unfairness results from the imposition of high fees on hypothetical claims for small amounts, I do not consider this situation to be sufficiently unfair, given the mutuality of the exchange.

[284] In any event, the actual amount of Mr. Heller’s claim is unknown. While it is possible — from the point of view that “anything can happen” — to discern from the Arbitration Clause itself that a dispute over a small amount could, in theory, arise, establishing that such a dispute is likely or foreseeable under the contract would require the production and review of testimonial evidence, thereby engaging the rule of systematic referral. To proceed otherwise would

d’environ 20 800 à 31 200 \$ CAN par année. Je me penche sur chacun de ces volets à tour de rôle vu que je les perçois comme des arguments distincts sur le plan analytique.

[282] À mon avis, on devrait considérer que tout engagement de soumettre des litiges à l’arbitrage impose généralement des obligations réciproques aux deux parties. Il n’impose pas d’obligation à une partie en faveur de l’autre. Il [TRADUCTION] « incarne [plutôt] l’entente intervenue entre deux parties portant qu’en cas de différend au sujet des obligations auxquelles la partie s’est engagée envers l’autre, ce différend sera tranché par un tribunal de leur choix » : *Heyman*, p. 373-374, lord Macmillan. Une convention d’arbitrage implique donc un échange réciproque.

[283] Si une convention d’arbitrage suppose un échange réciproque, je ne vois pas comment les droits obligatoires qui s’appliquent aux poursuites intentées par l’une ou l’autre des parties n’entraîneraient pas eux aussi un échange réciproque semblable. Les droits fixés par la CCI rendent une réclamation de faible valeur aussi peu économique pour Uber que pour M. Heller. À l’inverse, une clause d’arbitrage à sens unique qui oblige une partie à soumettre des différends à l’arbitrage, alors que l’autre partie conserve le droit de s’adresser aux tribunaux, ne saurait impliquer un échange réciproque : voir, p. ex., *Houston c. Exigen (Canada) Inc.*, 2006 NBBR 29, 296 R.N.-B. (2^e) 112, par. 12. Par conséquent, dans la mesure où une injustice découle de l’imposition de droits élevés sur des réclamations hypothétiques de faible valeur, je ne considère pas cette situation suffisamment injuste à la lumière du caractère réciproque de l’échange.

[284] Quoi qu’il en soit, la valeur de la réclamation de M. Heller est inconnue. Bien qu’il soit possible — en ce sens que « tout peut arriver » — de discerner de la clause d’arbitrage elle-même qu’un différend de faible valeur pourrait survenir en théorie, établir qu’un tel différend découlant du contrat est probable ou prévisible nécessiterait la production et l’examen d’une preuve testimoniale, ce qui emporterait l’application de la règle du renvoi systématique. Procéder

be to hold that a contract is invalid on the basis of speculation.

[285] An imbalance might be observed between the size of the fees and Mr. Heller’s ability to finance a claim for a larger amount, because Uber clearly has greater financial resources than he does. However, this aspect of Mr. Heller’s argument requires the production and review of testimonial evidence, which means that the rule of systematic referral applies.

[286] Even if this Court were to consider Mr. Heller’s testimonial evidence, the improvidence of a transaction has to be measured as of the time the contract is formed: *Abella and Rowe JJ.’s* reasons, at para. 74. The Court has no evidence regarding Mr. Heller’s financial position at the time he entered into the Service Agreement. The only information the Court has regarding his financial means is the income he derived as an Uber driver after entering into the Service Agreement. Additionally, the Court does not have any evidence before it regarding the availability of third party funding for arbitration or the comparable cost of, for example, pursuing a class proceeding. And, I repeat, the size of Mr. Heller’s individual claim is unknown. There is simply no basis for concluding that the ICC Fees render his rights under the Service Agreement unenforceable.

(iii) Knowledge

[287] A finding that Uber had, at a minimum, constructive knowledge of Mr. Heller’s peculiar vulnerability is required in order for a court to conclude that the Arbitration Clause is unconscionable: *Downer*, at para. 47; *Input Capital*, at paras. 48 and 61-64. In the case at bar, the Court of Appeal found that Uber had such knowledge, but I am of the view that it erred in principle regarding the kind of vulnerability which would be sufficient to establish inequality in bargaining power and that this error tainted its finding with respect to knowledge. The Court of Appeal found that Uber knew its drivers were “vulnerable to the market strength of Uber”: para. 68. Uber’s

autrement aurait pour effet d’annuler un contrat sur le fondement d’une conjecture.

[285] C’est en comparant l’importance des droits à la capacité de M. Heller de financer une réclamation de grande valeur que l’on pourrait observer un déséquilibre, car Uber a clairement des moyens financiers supérieurs à ceux de M. Heller. Cependant, cet aspect de l’argument de M. Heller nécessite la production et l’examen d’une preuve testimoniale, ce qui fait intervenir la règle du renvoi systématique.

[286] Même si la Cour devait étudier la preuve testimoniale présentée par M. Heller, l’imprudence d’une transaction doit être mesurée au moment où le contrat est formé : motifs des juges *Abella et Rowe*, par. 74. La Cour ne dispose d’aucune preuve au sujet de la situation financière dans laquelle se trouvait M. Heller au moment où il a conclu l’entente de services. La seule information que possède la Cour à propos des moyens financiers de M. Heller est le revenu qu’il a touché à titre de chauffeur Uber après avoir conclu l’entente de services. En outre, la Cour ne dispose d’aucune preuve quant à la possibilité d’obtenir du financement auprès d’un tiers pour l’arbitrage ou quant aux coûts comparables, par exemple, de l’exercice d’un recours collectif. De plus, je le répète, la valeur de la réclamation de M. Heller est inconnue. Il n’y a tout simplement aucune base pour conclure que les droits fixés par la CCI empêchent M. Heller d’exercer les droits que lui confère l’entente de services.

(iii) Connaissance

[287] Un tribunal doit juger qu’Uber avait, au minimum, une connaissance imputée de la vulnérabilité particulière de M. Heller afin de conclure à l’iniquité de la clause d’arbitrage : *Downer*, par. 47; *Input Capital*, par. 48 et 61-64. En l’espèce, la Cour d’appel a conclu qu’Uber avait cette connaissance, mais j’estime qu’elle a commis une erreur de principe au sujet du type de vulnérabilité qui suffirait à établir une inégalité du pouvoir de négociation, ce qui entache sa conclusion sur la connaissance. La Cour d’appel a conclu qu’Uber savait que ses chauffeurs étaient [TRADUCTION] « vulnérables à la force de son marché » : par. 68. Le fait qu’Uber sait

knowledge that it is a large company which uses standard form contracts does not suffice in this regard because contracts of adhesion, including agreements to arbitrate, are generally enforceable: *Seidel*, at para. 2.

[288] The vulnerability alleged by Mr. Heller relates to his comparatively limited access to financial resources and the fact that he has only a high school education. Given that the Driver App is widely accessible to members of the public, it would have been impossible for Uber to be aware of Mr. Heller's specific income and education level when he first decided to become an Uber driver. Uber could not have known that he intended to use the Driver App as his primary source of income, given that Uber drivers are not required to use the App at any given time and may therefore use it casually as a means to supplement their income. There is a lack of evidence as to why Mr. Heller chose to sign up for the Driver App, and why he chose to adopt it as his primary source of income and not to seek other work. There is also no evidence of his income at the time he entered into the contract. In any event, such questions would require the production and review of testimonial evidence, which would lead the Court to stray impermissibly beyond the documentary record.

[289] Whether the unconscionability doctrine renders the Arbitration Clause unenforceable is thus a question of mixed law and fact that requires more than a superficial review of the documentary evidence. The parties should therefore be referred to arbitration.

(iv) Application of Unconscionability to Individual Terms of an Arbitration Agreement

[290] In a footnote to their reasons, Abella and Rowe JJ. assert a contested point of substantive law: that the unconscionability doctrine may be applied to individual terms of an agreement: fn. 8. I agree with Brown J. that the unconscionability doctrine should not be applied to individual terms of a contract, but I take issue with how Abella and Rowe JJ. apply

être une grande société qui utilise des contrats types ne suffit pas parce que les contrats d'adhésion, y compris les clauses d'arbitrage, sont généralement exécutoires : *Seidel*, par. 2.

[288] La vulnérabilité que s'attribue M. Heller tient au fait que son accès à des ressources financières est comparativement limité et qu'il a seulement une éducation de niveau secondaire. Puisque l'appli Driver est largement accessible au public, il aurait été impossible pour Uber de connaître le revenu exact et le niveau d'instruction de M. Heller au moment où il a décidé au départ de devenir chauffeur d'Uber. Uber ne pouvait pas savoir que M. Heller voulait se servir de l'appli Driver comme principale source de revenu, car les chauffeurs d'Uber n'ont pas l'obligation d'utiliser l'appli à quelque moment que ce soit et peuvent donc s'en servir occasionnellement pour augmenter leur revenu. Il y a absence de preuve au sujet des raisons pour lesquelles M. Heller a choisi de recourir à l'appli Driver et des raisons pour lesquelles il en a fait sa principale source de revenu au lieu de chercher un autre travail. Il n'y a non plus aucune preuve de son revenu au moment où il a conclu le contrat. Quoiqu'il en soit, ces questions nécessitent la production et l'examen d'une preuve testimoniale, ce qui amènerait la Cour à s'aventurer de manière inadmissible au-delà de la preuve documentaire.

[289] Par conséquent, la question de savoir si la doctrine de l'iniquité rend inexécutoire la clause d'arbitrage est une question mixte de droit et de fait qui exige davantage qu'un examen superficiel de la preuve documentaire. Il y a donc lieu de renvoyer les parties à l'arbitrage.

(iv) Application de la doctrine de l'iniquité à certaines conditions d'une convention d'arbitrage

[290] Dans une note en bas de page de leurs motifs, les juges Abella et Rowe font valoir un point de vue controversé du droit substantif : soit qu'il est possible d'appliquer la doctrine de l'iniquité à certaines conditions individuelles d'un contrat : n. 8. Je conviens avec le juge Brown que la doctrine de l'iniquité ne devrait pas être appliquée à certaines

their approach to the unconscionability of individual terms to the contractual arrangements now before the Court.

[291] If Abella and Rowe JJ.'s approach were to be applied in light of the separability doctrine, which, at para. 96, they purport to accept, they would be led to the conclusion that the Place of Arbitration Clause and the selection of the ICC Rules are individually unconscionable terms of the Arbitration Clause. In their opinion, this does not render the Arbitration Clause itself unenforceable, because they assert that the unconscionability doctrine can be applied to individual terms without rendering the entire agreement unenforceable: fn. 8.

[292] Even if the separability doctrine did not apply, it would be arbitrary to conclude that the individual term committing the parties to submit disputes to arbitration is invalid on the basis that the clause providing for it is close to clauses providing for other supposedly unenforceable terms involving the selection of certain institutional procedural rules for arbitration proceedings, of a foreign seat for such proceedings and of a foreign law to govern their agreement. Abella and Rowe JJ. relieve Mr. Heller of his commitment to submit disputes to arbitration on the basis that they find the terms for the arbitration offensive even though the commitment to arbitrate is itself left unimpeached. This result is impractical from a commercial standpoint, as well as being unjustified by Abella and Rowe JJ.'s own approach to unconscionability.

[293] Therefore, it follows from Abella and Rowe JJ.'s approach to the doctrine of unconscionability that the Arbitration Clause is valid and enforceable. I will now consider whether Mr. Heller's other arguments relating to whether the Arbitration Clause is invalid under the *ESA* require more than a superficial review of the documentary evidence in the record.

conditions individuelles d'un contrat, mais je m'oppose à la manière dont les juges Abella et Rowe utilisent leur approche pour juger du caractère inique de certaines modalités du contrat dont est saisie la Cour.

[291] Si les juges Abella et Rowe appliquaient leur approche au vu de la doctrine de la divisibilité, qu'ils disent accepter au par. 96, ils arriveraient à la conclusion que la clause relative au lieu de l'arbitrage et la sélection des Règlements de la CCI sont, prises individuellement, des conditions iniques de la clause d'arbitrage. D'après eux, cela ne rend pas en soi la clause d'arbitrage inexécutoire, car, affirment-ils, il est possible d'appliquer la doctrine de l'iniquité à certaines conditions individuelles sans rendre toute l'entente inexécutoire : n. 8.

[292] Même si la doctrine de la séparabilité ne s'appliquait pas, il serait arbitraire de conclure à l'invalidité de la condition par laquelle les parties s'engagent à soumettre leurs différends à l'arbitrage au motif que la clause prévoyant cette condition se trouve près d'autres clauses supposément inexécutoires concernant la sélection de certaines règles procédurales institutionnelles pour les procédures arbitrales, d'un siège étranger pour de telles procédures et d'un droit étranger pour régir l'entente de services. Les juges Abella et Rowe relèvent M. Heller de son engagement de recourir à l'arbitrage au motif qu'ils jugent offensantes les modalités de l'arbitrage, tandis que l'engagement d'aller en arbitrage lui-même est maintenu. Ce résultat est peu pratique sur le plan commercial et injustifié suivant la conception même que se font les juges Abella et Rowe de la doctrine d'iniquité.

[293] Il s'ensuit donc de la manière dont les juges Abella et Rowe abordent la doctrine de l'iniquité que la clause d'arbitrage est valide et exécutoire. Je vais maintenant examiner si l'autre série d'arguments de M. Heller, laquelle porte principalement sur la question de savoir si la clause d'arbitrage est nulle en application de la *LNE*, nécessite davantage qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier.

(b) *The ESA*

[294] My colleagues decline to address the *ESA* issue because they would decide the appeal on the basis of unconscionability or, in the case of *Brown J.*, on the basis of public policy. As I do not agree with their disposition of those issues, and for the sake of completeness, I must also analyze Mr. Heller's arguments with respect to the question whether the Arbitration Clause is invalid under the *ESA*.

[295] Mr. Heller raises two arguments in support of his position that the Arbitration Clause is invalid under the *ESA*. First, he argues that the Arbitration Clause amounts to an unlawful contracting out of an employment standard because he says it prevents him from accessing the *ESA*'s statutory enforcement mechanisms. Second, he submits that the choice of Dutch law to govern the Service Agreement also amounts to an unlawful contracting out of an employment standard.

[296] Although these two arguments are distinct, they suffer from the same fatal flaw. For the purposes of both of them, Mr. Heller submits that it is appropriate to presume that he is an employee, which means that the *ESA* applies. In *Seidel*, this Court was able to apply the *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2 ("*BPCPA*"), to find that the arbitration agreement at issue was partially invalid, because a superficial review of the documentary evidence was sufficient to establish the applicability of the legislation. By contrast, the Service Agreement expressly states that it is an agreement to access and license software and that it does not create an employment relationship: A.R., vol. II, pp. 34 and 109-10. The question whether Mr. Heller is an employee goes to the heart of the dispute between the parties. The Court of Appeal recognized that this issue was central to the dispute, as it repeatedly relied on an assumption that Mr. Heller is an employee in its analysis: paras. 24, 42, 45-46, 49-50 and 74. However, a court hearing a motion for a stay cannot make such an assumption without usurping the role of the arbitral tribunal.

(b) *La LNE*

[294] Mes collègues refusent d'examiner la question de la *LNE* parce qu'ils sont d'avis de trancher le pourvoi sur le fondement de la doctrine d'iniquité ou, dans le cas du juge *Brown*, sur la base de l'ordre public. Puisque je ne suis pas d'accord avec la manière dont ils statuent sur ces questions, et par souci d'exhaustivité, je dois également analyser les arguments de M. Heller quant à la question de savoir si la clause d'arbitrage est nulle en application de la *LNE*.

[295] Monsieur Heller invoque deux arguments pour faire valoir que la clause d'arbitrage est nulle en application de la *LNE*. Premièrement, il soutient que la clause d'arbitrage a pour effet de soustraire illicitement les parties par contrat à une norme d'emploi en l'empêchant de se prévaloir des mécanismes statutaires d'application de la loi prévus dans la *LNE*. Deuxièmement, il soutient que le choix du droit néerlandais comme droit régissant l'entente de services a également pour effet de soustraire illicitement par contrat les parties à une norme d'emploi.

[296] Bien que ces deux arguments soient distincts, ils souffrent du même défaut fatal. Pour les besoins de ses deux arguments, M. Heller affirme qu'il convient de présumer qu'il est un employé, ce qui garantit l'application de la *LNE*. Dans *Seidel*, la Cour a pu appliquer la *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2 (« *BPCPA* »), en vue d'annuler en partie la convention d'arbitrage en litige, parce qu'un examen superficiel de la preuve documentaire était suffisant pour établir l'applicabilité de la législation. À l'opposé, l'entente de services stipule expressément qu'elle constitue un accord de licence pour l'utilisation d'un logiciel et qu'elle ne crée pas de relation d'emploi : d.a., vol. II, p. 34 et 109-110. La question de savoir si M. Heller est ou non un employé est au cœur du différend entre les parties. La Cour d'appel a reconnu que cette question était au centre du litige, s'appuyant à plusieurs reprises dans son analyse sur une assomption selon laquelle M. Heller était un employé : par. 24, 42, 45-46, 49-50 et 74. Par contre, le tribunal saisi d'une motion en sursis d'instance ne peut le présumer sans usurper le rôle du tribunal arbitral.

[297] This means that the provision of the *ESA* on which Mr. Heller relies in support of a determination of invalidity of the Arbitration Clause is unavailable to him for the purposes of this motion:

No contracting out

5 (1) Subject to subsection (2), no employer or agent of an employer and no employee or agent of an employee shall contract out of or waive an employment standard and any such contracting out or waiver is void.

A court cannot determine that an arbitration agreement is invalid pursuant to s. 5 without first finding that the parties involved are an employer or agent of an employer and an employee or agent of an employee.⁹ Whether Mr. Heller is an employee within the meaning of the *ESA* is a complex question of mixed law and fact which cannot be decided on the basis of the record before the court, nor should it be: the rule of systematic referral applies, and the parties should be referred to arbitration.

[298] Nonetheless, because the parties have made submissions on the merits of the challenge under the *ESA*, I find that it will be helpful to comment on some of the legal aspects of this challenge.

(i) Contracting Out of the Enforcement Mechanisms by Means of an Arbitration Clause

[299] Mr. Heller argues that the Arbitration Clause amounts to a contracting out of an employment standard in that it precludes him from filing a complaint with the Ministry of Labour pursuant to s. 96 of the *ESA* in which he would allege that he has been misclassified. The flaw in his argument is that the ability to file a complaint under s. 96 of that Act is not an employment standard. An “employment standard” is a “requirement or prohibition [under the *ESA*] that applies to an employer for the benefit of an employee”: *ESA*, s. 1(1). Even if I assume, without

⁹ Mr. Heller did not rest his argument on the common law doctrine of statutory illegality, and I decline to consider it in the absence of submissions from the parties: see *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, 2004 SCC 7, [2004] 1 S.C.R. 249.

[297] Par conséquent, M. Heller ne peut se prévaloir de la disposition de la *LNE* qu’il invoque afin de faire annuler la clause d’arbitrage pour les besoins de la motion en l’espèce :

Impossibilité de se soustraire à une norme d’emploi

5 (1) Sous réserve du paragraphe (2), aucun employeur ou mandataire d’un employeur ni aucun employé ou mandataire d’un employé ne doit se soustraire contractuellement à une norme d’emploi ni y renoncer. Tout acte de ce genre est nul.

Le tribunal ne peut annuler une convention d’arbitrage conformément à l’art. 5 sans d’abord conclure que les parties en cause sont des employeurs, des employés ou leurs mandataires⁹. La question de savoir si M. Heller est un employé au sens de la *LNE* est une question complexe mixte de droit et de fait qui ne peut être tranchée sur la base du dossier soumis à la Cour, et elle ne devrait pas l’être non plus. La règle du renvoi systématique s’applique et les parties doivent être renvoyées à l’arbitrage.

[298] Néanmoins, comme les parties ont soumis des arguments quant au bien-fondé de la contestation relative à la *LNE*, il me paraît utile de commenter certains des enjeux juridiques qui se posent.

(i) Se soustraire par contrat aux mécanismes d’application de la loi au moyen d’une clause d’arbitrage

[299] Monsieur Heller fait valoir que la clause d’arbitrage soustrait par contrat les parties à une norme d’emploi en l’empêchant de déposer une plainte auprès du ministère du Travail en vertu de l’art. 96 de la *LNE* dans laquelle il soutiendrait avoir été classifié de manière erronée. La faille dans son argument est que la faculté de déposer une plainte conformément à l’art. 96 de cette loi ne constitue pas une norme d’emploi. La « norme d’emploi » s’entend d’une « exigence ou interdiction prévue par la [*LNE*] qui s’applique à un employeur et qui bénéficie à un

⁹ Monsieur Heller n’a pas fondé son argument sur la doctrine de l’illégalité du fait de la loi en common law et je refuse de l’examiner à défaut d’observations des parties : voir *Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp.*, 2004 CSC 7, [2004] 1 R.C.S. 249.

deciding, that s. 96 of the *ESA* operates “for the benefit of an employee”, it clearly does not require an employer to do — or prohibit an employer from doing — anything. It therefore does not provide for an employment standard.

[300] In addition, nothing in the record indicates that Mr. Heller has attempted to make a complaint under s. 96 of the *ESA*. Instead, he filed a multi-million dollar class proceeding. It may be possible to interpret the Arbitration Clause such that it does not apply to s. 96 of that Act. As the parties expressly represented in the Service Agreement that they are not in an employment relationship, it may be open to a court or an arbitral tribunal to conclude that s. 96 of the *ESA* was not reasonably within their contemplation. I note in this regard that where a term of a contract is capable of two constructions, one which renders the term lawful and one which renders it unlawful, the construction which supports the validity and legality of the term is to be preferred: J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at pp. 772-73.

[301] Mr. Heller also argues that the *ESA* precludes arbitration as a means of pursuing claims under that Act. The opposite is true, however, as there is no express prohibition on arbitration in the *ESA* and the *ESA* “cannot be assumed to exclude arbitral jurisdiction unless it expressly so states”: *Desputeaux*, at para. 42. When the legislature wants to exclude arbitration, it is able to express itself in very clear language, and it has in fact done so in other statutes: see, e.g., *Consumer Protection Act, 2002*, s. 7(2); *Energy Consumer Protection Act, 2010*, S.O. 2010, c. 8, s. 3(3); *Payday Loans Act, 2008*, S.O. 2008, c. 9, s. 39(2). Further, the objective of the *ESA*’s enforcement provisions is “to make redress available, where it is appropriate at all, expeditiously and cheaply”: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at para. 27. Arbitration is entirely consistent with this objective. Given arbitration’s inherent flexibility, this Court’s numerous statements encouraging and professing the benefits of arbitration, and the legislature’s clear pro-arbitration stance as indicated in the *Arbitration*

employé » : *LNE*, par. 1(1). Même si je tiens pour acquis, sans en décider, que l’application de l’art. 96 de la *LNE* « bénéficie à un employé », il est clair que cette disposition n’oblige pas un employeur à faire quoi que ce soit ni ne lui interdit de le faire. Il ne s’agit donc pas d’une norme d’emploi.

[300] De plus, rien dans le dossier n’indique que M. Heller a tenté de déposer une plainte conformément à l’art. 96 de la *LNE*. Il a plutôt intenté un recours collectif d’une valeur de plusieurs millions de dollars. Il peut être possible d’interpréter la clause d’arbitrage de façon à ne pas appliquer l’art. 96 de cette loi. Comme les parties ont expressément déclaré dans l’entente de services qu’elles n’entretiennent pas une relation d’emploi, une cour ou un tribunal arbitral pourrait conclure qu’ils ne songeaient raisonnablement pas à l’art. 96 de la *LNE*. Je fais remarquer à cet égard que, si une condition d’un contrat se prête à deux interprétations possibles, l’une qui rend la condition légale et l’autre qui la rend illégale, il faut privilégier l’interprétation qui préserve la validité et la légalité de la condition : J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 772-773.

[301] Monsieur Heller soutient également que la *LNE* empêche de recourir à l’arbitrage pour présenter des réclamations en vertu de cette loi. Le contraire est plutôt vrai puisque la *LNE* ne prévoit aucune interdiction expresse de l’arbitrage et « [o]n ne saurait présumer qu[e la *LNE*] exclut la juridiction arbitrale, faute de la mentionner expressément » : *Desputeaux*, par. 42. Lorsque le législateur souhaite exclure l’arbitrage, il a les moyens de s’exprimer dans un langage très clair et l’a déjà fait dans d’autres lois : voir, p. ex., *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, par. 7(2); *Loi de 2010 sur la protection des consommateurs d’énergie*, L.O. 2010, c. 8, par. 3(3); *Loi de 2008 concernant les prêts sur salaire*, L.O. 2008, c. 9, par. 39(2). De plus, l’objectif des dispositions d’application de la *LNE* est « d’offrir, dans les cas appropriés, un recours rapide et peu coûteux » : *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, par. 27. L’arbitrage est tout à fait conforme à cet objectif. Vu la souplesse inhérente à l’arbitrage, les nombreuses déclarations par lesquelles la Cour promeut et vante les avantages de

Act and the *International Act*, I would be very slow to conclude that arbitration is excluded as an acceptable means of dispute resolution under the *ESA*: *Seidel*, at para. 23; *Wellman*, at paras. 48-56.

(ii) Contracting Out of the *ESA* by Means of a Choice of Law Clause

[302] Mr. Heller submits that the Arbitration Clause amounts to a contracting out of the entire *ESA* as a result of the Choice of Law Clause. However, in light of the separability doctrine, the Choice of Law Clause must be understood as a part of the Service Agreement, while the Arbitration Clause must be considered to be a separate contract which is independent of the Service Agreement. Therefore, even if I were to assume, without so deciding, that the Choice of Law Clause is invalid, a finding to that effect would not, on its own, render the Arbitration Clause invalid because an arbitration agreement generally survives the invalidity of the underlying contract, or of a term therein.

[303] Further, the *ESA* only renders invalid the individual terms of an employment agreement which amount to a contracting out of an employment standard, not the entire employment agreement: *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at p. 1001. Therefore, this is not one of those cases in which the invalidity of the underlying contract also entails the invalidity of the arbitration agreement: *Fiona Trust*, para. 17, per Lord Hoffmann. The alleged invalidity of the Choice of Law Clause does not undermine the validity of the Arbitration Clause. Therefore, Mr. Heller's argument is not a bar to Uber's motion for a stay.

[304] In addition, since the Service Agreement expressly states that it is an agreement to license software and that it does not create an employment relationship, it may be open to the arbitral tribunal to find that the contracting parties did not intend to exclude the operation of mandatory employment legislation in the jurisdiction in which the contract was to be performed. Given that the contract did not purport to create an employment relationship, it is

l'arbitrage, ainsi que la politique du législateur clairement favorable à l'arbitrage qui est énoncée dans la *Loi sur l'arbitrage* et la *Loi internationale*, j'hésiterais énormément à conclure que la *LNE* exclut l'arbitrage en tant que mode acceptable de règlement des différends : *Seidel*, par. 23; *Wellman*, par. 48-56.

(ii) Se soustraire par contrat à la *LNE* au moyen d'une clause de choix du droit applicable

[302] Monsieur Heller fait aussi valoir que la clause d'arbitrage soustrait par contrat les parties à l'ensemble de la *LNE* par le truchement de la clause de choix du droit applicable. Cependant, compte tenu de la doctrine de la séparabilité, il faut considérer que la clause de choix du droit applicable fait partie de l'entente de services, alors que la clause d'arbitrage doit être considérée comme un contrat distinct, indépendant de l'entente de services. Par conséquent, à supposer, sans en décider, que la clause de choix du droit applicable est nulle, cette conclusion ne rendrait pas à elle seule nulle la clause d'arbitrage, car la convention d'arbitrage survit généralement à la nullité du contrat sous-jacent ou d'une de ses conditions.

[303] Qui plus est, la *LNE* ne fait qu'annuler les conditions individuelles qui soustraient les parties par contrat aux normes d'emploi, et non supprimer le contrat de travail dans son intégralité : *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, p. 1001. Par conséquent, nous ne sommes pas en présence d'un de ces cas où la nullité du contrat sous-jacent emporte celle de la convention d'arbitrage : *Fiona Trust*, par. 17, lord Hoffman. La prétendue nullité de la clause de choix du droit applicable ne nuit pas à la validité de la clause d'arbitrage. L'argument de M. Heller ne constitue donc pas un obstacle à la motion d'Uber en sursis d'instance.

[304] En outre, puisque l'entente de services stipule expressément qu'elle constitue un accord de licence de logiciel et qu'elle ne crée pas de relation d'emploi, il est loisible au tribunal arbitral de conclure que les parties contractantes n'avaient pas l'intention d'exclure l'application de la législation obligatoire en matière d'emploi dans le ressort où le contrat devait être exécuté. Comme le contrat ne visait pas à créer une relation d'emploi, il est peu

unlikely that the drafters contemplated the possibility that employment legislation would apply to the contract.

[305] In any event, the parties' choice of law does not oust mandatory rules, particularly mandatory statutory rules that are applicable in a jurisdiction with a strong nexus to the dispute (in this case, Ontario): S. G. A. Pitel and N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2nd ed. 2016), at pp. 298-300; G. A. Bermann, "Mandatory rules of law in international arbitration", in F. Ferrari and S. Kröll, eds., *Conflict of Laws in International Arbitration* (2011), 325, at pp. 333-34; see also *Williams v. Amazon.com, Inc.*, 2020 BCSC 300, at paras. 61-71 (CanLII). While the parties produced no evidence on whether an arbitral tribunal seated in the Netherlands and applying Dutch law would apply the *ESA*, it does not follow merely from the choice of Dutch law that the *ESA* would not be applied in relation to the dispute. Simply assuming that the *ESA* will not apply smacks of the old common law mistrust of arbitration which the *Arbitration Act* was intended to put to rest: *Wellman*, at para. 49.

[306] In conclusion on the *ESA* issue, neither of Mr. Heller's arguments warrants holding that the Arbitration Clause is invalid, as the rule of systematic referral negates both of them and, in any event, the substance of his arguments does not justify the relief he seeks.

(c) *Doctrine of Public Policy*

[307] My colleague Brown J. proposes to create a new common law rule that contractual provisions which have the effect of prohibiting access to dispute resolution are contrary to public policy: paras. 119-21 and 129-31. He concludes that the selection of the ICC Rules in this case is contrary to public policy, because the ICC Fees are disproportionate in light of the parties' relationship, and that this renders the Arbitration Clause itself invalid.

[308] Like Abella and Rowe JJ.'s unconscionability analysis, Brown J.'s approach is dependent on

probable que les rédacteurs aient envisagé l'application de la législation en matière d'emploi au contrat.

[305] Quoi qu'il en soit, le droit applicable choisi par les parties n'exclut pas les règles obligatoires, particulièrement les règles statutaires obligatoires d'un ressort ayant un lien étroit avec le litige (en l'occurrence l'Ontario) : S. G. A. Pitel et N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2^e éd. 2016), p. 298-300; G. A. Bermann, « Mandatory rules of law in international arbitration », dans F. Ferrari et S. Kröll, dir., *Conflict of Laws in International Arbitration* (2011), 325, p. 333-334; voir aussi *Williams c. Amazon.com, Inc.*, 2020 BCSC 300, par. 61-71 (CanLII). Même si les parties n'ont produit aucune preuve sur la question de savoir si un tribunal arbitral siégeant aux Pays-Bas et appliquant le droit néerlandais appliquerait la *LNE*, il ne découle pas du simple choix de retenir le droit néerlandais que la *LNE* ne serait pas appliquée au litige. Se contenter de présumer que la *LNE* ne s'appliquera pas est typique de la méfiance manifestée autrefois par la common law vis-à-vis l'arbitrage à laquelle devait mettre fin la *Loi sur l'arbitrage* : *Wellman*, par. 49.

[306] Pour conclure sur la *LNE*, ni l'un ni l'autre des arguments de M. Heller ne justifie l'annulation de la clause d'arbitrage, car les deux sont niés par la règle du renvoi systématique et, en tout état de cause, la teneur de ses arguments ne justifie pas la réparation qu'il sollicite.

(b) *La doctrine de l'ordre public*

[307] Mon collègue le juge Brown propose de créer une nouvelle règle de common law voulant que les stipulations contractuelles ayant pour effet d'interdire l'accès au règlement des différends soient contraires à l'ordre public : par. 119-121 et 129-131. D'après lui, la sélection des Règlements de la CCI en l'espèce est contraire à l'ordre public, car les droits imposés par la CCI sont démesurés au regard de la relation entre les parties, et la clause d'arbitrage en soi est nulle pour ce motif.

[308] À l'instar des analyses que font les juges Abella et Rowe de l'iniquité, l'approche du juge

testimonial evidence for the purpose of establishing that the ICC Fees are disproportionate relative to the amount that would likely be at issue in a dispute under the Service Agreement and to the income Mr. Heller earns as an Uber driver: Brown J.'s reasons, at para. 132. His approach therefore requires more than a superficial review of the documentary evidence, and the parties should be referred to arbitration. Nonetheless, even if the rule of systematic referral did not apply, I also respectfully disagree with the legal and factual merits of the public policy analysis Brown J. expounds in his carefully drafted reasons.

[309] The common law of contracts is fundamentally committed to ensuring “the freedom of contracting parties to pursue their individual self-interest”: *Bhasin*, at para. 70. Thus, the doctrine of public policy “should be invoked only in clear cases, in which the harm to the public is substantially incontestable, and does not depend upon the idiosyncratic inferences of a few judicial minds”: *In re Estate of Millar (Charles), Deceased*, [1938] S.C.R. 1, at p. 7, quoting *Fender v. Mildmay*, [1937] 3 All E.R. 402, at p. 407. This is a high hurdle to overcome. With respect, I am not persuaded that the public policy concerns my colleague identifies justify overriding the “very strong public interest in the enforcement of contracts”: *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at para. 123, per Binnie J. (dissenting, but not on this point). In this regard, I view the *Arbitration Act* and the *International Act* as strong statements of public policy which favour enforcing arbitration agreements: see *Haas*, at paras. 10, 40 and 58; *Wellman*, at para. 54.

[310] Deciding whether to submit disputes to arbitration or to pursue litigation in the courts involves trade-offs. In arbitration, the parties trade the procedural certainty of the courts and the opportunity to appeal an unfavorable decision for the procedural flexibility, expediency, and efficiency of arbitration. There is no guarantee that arbitration will always yield the correct decision, but the courts are equally unable to offer that guarantee: L. Y. Fortier, “Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral

Brown se fonde sur la preuve testimoniale afin d'établir que les droits fixés par la CCI sont démesurés en regard de la valeur vraisemblable d'un différend découlant de l'entente de services et du revenu que gagne M. Heller à titre de chauffeur Uber : motifs du juge Brown, par. 132. Son approche requiert donc davantage qu'un examen superficiel de la preuve documentaire et il y a lieu de renvoyer les parties à l'arbitrage. Néanmoins, même si la règle du renvoi systématique ne s'appliquait pas, je ne souscris respectueusement pas au bien-fondé juridique et factuel de l'analyse relative à l'ordre public qu'expose le juge Brown dans ses motifs soigneusement rédigés.

[309] La common law en matière contractuelle est fondamentalement résolue à assurer « la liberté des parties contractantes dans la poursuite de leur intérêt personnel » : *Bhasin*, par. 70. Ainsi, la doctrine de l'ordre public [TRADUCTION] « ne doit être invoquée que dans les cas clairs, où le préjudice infligé au public est foncièrement incontestable et ne dépend pas des inférences idiosyncratiques de quelques esprits judiciaires » : *In re Estate of Millar (Charles), Deceased*, [1938] R.C.S. 1, p. 7, citant *Fender c. Mildmay*, [1937] 3 All E.R. 402, p. 407. Il s'agit d'un énorme obstacle à surmonter. Avec égards, je ne suis pas convaincue que les considérations d'ordre public décrites par mon collègue justifient que l'on passe outre au « très grand intérêt public lié à l'application des contrats » : *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 123, le juge Binnie (dissident, mais non sur ce point). À cet égard, je considère la *Loi sur l'arbitrage* et la *Loi internationale* comme des énoncés fermes de principes en faveur de l'exécution des conventions d'arbitrage : voir *Haas*, par. 10, 40 et 58; *Wellman*, par. 54.

[310] La décision de soumettre un différend à l'arbitrage ou d'intenter une action en justice implique des compromis. En arbitrage, les parties renoncent à la certitude procédurale des tribunaux et à l'occasion d'interjeter appel d'une décision défavorable en échange de la souplesse procédurale, de la célérité et de l'efficacité de l'arbitrage. Rien ne garantit que l'arbitrage aboutira toujours à la bonne décision, mais les cours sont elles aussi incapables d'offrir une telle garantie : L. Y. Fortier, « Delimiting the Spheres

Power: ‘Beware, my Lord, of Jealousy’” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 143. Deciding whether this trade-off is in the parties’ best interests rests with them, not with the courts.

[311] Just as there are many valid commercial reasons for parties to use exclusion clauses, including to allocate risks, there are also many valid commercial reasons for parties to use an arbitration agreement in which they select a particular international arbitral institution’s procedural rules: *Tercon*, at para. 102, per Binnie J. (dissenting). One such reason might be to have the parties share the risk that recourse to arbitration may not be economical in the case of a claim for a small amount, although Mr. Heller would of course be free to use Uber’s internal dispute resolution procedure, as he already has many times. However, should a claim for a large amount arise, the parties would have access to a world-class institution to aid in resolving the dispute. This is a valid contractual arrangement with which courts should not interfere. Given the mutuality of exchange the Arbitration Clause involves, it bears no resemblance to the clause at issue in *Novamaze Pty Ltd. v. Cut Price Deli Pty Ltd.* (1995), 128 A.L.R. 540 (F.C.), which was clearly one-sided.

[312] In any event, the pursuit of access to justice and the enforcement of arbitration agreements are often complementary objectives. Indeed, one of the objectives of the *Arbitration Act* is to further access to justice by encouraging the use of arbitration: *Wellman*, at para. 135. Arbitration enhances access to justice because it can be more expedient and less costly than litigation: para. 135. The policy that parties to a valid arbitration agreement should abide by their agreement furthers access to justice by preventing delaying tactics which hamper access to dispute resolution: para. 135. By contrast, widening the grounds for judicial intervention, as Brown J. would do, is as likely to undermine access to justice as to promote such access, because it would

of Judicial and Arbitral Power : “Beware, my Lord, of Jealousy” » (2001), 80 *R. du B. can.* 143. Il appartient aux parties, et non aux tribunaux, de décider si ce compromis est dans leur intérêt.

[311] Tout comme il existe de nombreuses raisons commerciales valables pour lesquelles les parties ont recours à des clauses d’exclusion, notamment afin de répartir le risque, il existe également de nombreuses raisons commerciales valables pour lesquelles les parties se servent d’une convention d’arbitrage dans laquelle elles choisissent les règles procédurales d’une certaine institution arbitrale internationale : *Tercon*, par. 102, le juge Binnie (dissident). L’une de ces raisons pourrait être de répartir entre les deux parties le risque qu’il ne soit pas économique d’aller en arbitrage dans le cas d’une réclamation de faible valeur (même si, bien entendu, M. Heller serait libre de recourir à la procédure interne d’Uber pour faire régler un différend, comme il l’a déjà fait à maintes reprises). Cependant, en cas de réclamation de valeur élevée, les parties auraient accès à une institution de règlement des différends de classe mondiale pour faire trancher le différend. Il s’agit là d’un arrangement contractuel valable que les tribunaux ne devraient pas modifier. Vu l’échange réciproque dans la clause d’arbitrage, celle-ci ne s’apparente aucunement à la clause en litige dans *Novamaze Pty Ltd. c. Cut Price Deli Pty Ltd.* (1995), 128 A.L.R. 540 (C.F.), qui était manifestement à sens unique.

[312] Quoi qu’il en soit, la quête de l’accès à la justice et l’exécution des conventions d’arbitrage forment souvent des objectifs complémentaires. En effet, un des objectifs de la *Loi sur l’arbitrage* est de renforcer l’accès à la justice en encourageant le recours à l’arbitrage : *Wellman*, par. 135. L’arbitrage améliore l’accès à la justice parce qu’il peut se révéler plus expéditif et moins coûteux que de s’adresser aux tribunaux : par. 135. La politique selon laquelle les parties à une convention d’arbitrage valide devraient respecter leur convention renforce l’accès à la justice en prévenant les mesures dilatoires qui entravent l’accès au règlement des différends : par. 135. À l’inverse, élargir les motifs d’intervention judiciaire, comme le ferait le juge Brown, risque autant

incentivize litigation as a delaying tactic, thereby increasing the time for, and cost of, dispute resolution.

[313] While it is often complementary to other legislative objectives, the pursuit of access to justice should not “be permitted to overwhelm the other important objectives pursued by the *Arbitration Act*”: *Wellman*, at para. 83. The Act also pursues another important objective: it gives effect to party autonomy by permitting parties to craft their own dispute resolution mechanism through consensual agreement: *Wellman*, at para. 52. Moreover, concluding that an arbitration agreement is invalid on public policy grounds without impeaching the parties’ consent to the agreement undermines another objective of the *Arbitration Act*, that of holding parties to their commitment to submit disputes to arbitration where they have agreed to do so: *Wellman*, at para. 49, quoting *Ontario Hydro v. Denison Mines Ltd.*, 1992 CarswellOnt 3497 (Gen. Div.) (WL Can.).

[314] Similarly, the rule of law is not a “tool by which to avoid legislative initiatives of which one is not in favour”: *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at para. 67. On the contrary, the rule of law requires courts to “give effect to the Constitution’s text, and apply, by whatever its terms, legislation that conforms to that text”: *Imperial Tobacco*, at para. 67. As a motion for a stay in favour of arbitration does not impinge on the Governor General’s power to appoint judges under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, I see no reason why this Court should not seek to give effect to the legislature’s objectives as embodied in the *Arbitration Act* and the *International Act*.

[315] Further, when considering whether, or how, to refashion old common law doctrines regarding arbitration, this Court should, in my view, follow its decision in *Wellman* to embrace a more modern approach to arbitration law. According to this approach, arbitration is “an autonomous, self-contained,

de compromettre l’accès à la justice que de le favoriser, parce que cela inciterait le recours aux tribunaux comme manœuvre dilatoire, ce qui ferait augmenter la durée et le coût du règlement des différends.

[313] Bien qu’elle complète souvent d’autres objectifs législatifs, on ne saurait permettre que la quête de l’accès à la justice « prenne le dessus sur les autres objectifs importants visés par la *Loi sur l’arbitrage* » : *Wellman*, par. 83. L’un des autres objectifs importants visés par la Loi est la nécessité de donner effet à l’autonomie des parties en leur permettant de concevoir leur propre mode de règlement des différends par accord consensuel : *Wellman*, par. 52. De plus, conclure à la nullité d’une convention d’arbitrage pour cause d’ordre public, sans porter atteinte au consentement des parties à la convention, compromet un autre objectif de la *Loi sur l’arbitrage*, soit de tenir les parties à leur engagement de soumettre leurs différends à l’arbitrage dans les cas convenus : *Wellman*, par. 49, citant *Ontario Hydro c. Denison Mines Ltd.*, 1992 CarswellOnt 3497 (Div. gén.) (WL Can.).

[314] De même, la primauté du droit n’est pas un « instrument permettant à celui qui s’oppose à certaines mesures législatives de s’y soustraire » : *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 67. Au contraire, la primauté du droit exige des tribunaux qu’ils « donnent effet au texte constitutionnel, et qu’ils appliquent, quels qu’en soient les termes, les lois qui s’y conforment » : *Imperial Tobacco*, par. 67. Puisqu’une motion en sursis d’instance en faveur de l’arbitrage n’empiète pas sur le pouvoir du gouverneur général de nommer des juges en vertu de l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, je ne vois aucune raison pour laquelle la Cour ne devrait pas tenter de donner effet aux objectifs du législateur consacrés dans la *Loi sur l’arbitrage* et la *Loi internationale*.

[315] En outre, lorsque vient le temps de se demander si ou de quelle manière il convient de redéfinir les doctrines anciennes de common law relatives à l’arbitrage, j’estime que la Cour devrait suivre sa décision dans *Wellman* d’adopter la conception plus moderne du droit de l’arbitrage. D’après cette

self-sufficient process pursuant to which the parties agree to have their disputes resolved by an arbitrator, not by the courts”: *Inforica*, at para. 14, quoted in *Wellman*, at para. 56. Therefore, doctrines based on the notion that only superior courts are capable of granting remedies for legal disputes should no longer be applied. This Court should not seek to roll back the tide of history by breathing new life into authorities which are irreconcilable with the modern approach to arbitration.

[316] I appreciate Brown J.’s able attempt to provide a new conceptual justification for the common law doctrine: paras. 111-14. However, when this new justification is considered alongside his reformulation of the substantive doctrine, these innovations cannot be said to amount to an incremental development in the law: paras. 119-21 and 129-31. Rather, in my view, this is an entirely new common law rule governing the validity of arbitration agreements.

[317] Additionally, the comparative suitability of litigation, arbitration and other methods of dispute resolution for various classes of persons in various circumstances is a complex, polycentric policy decision that involves a host of different interests, objectives and solutions. Such questions do not fall to be answered by the courts, as they are instead matters for the elected policy-makers who sit in the legislature: *Wellman*, at para. 79.

[318] My concerns about the limits of the courts’ institutional capacity to fully consider questions in this regard are heightened by Brown J.’s reliance on s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, which risks permanently restraining the legislature’s competence in the future to enact policies which promote access to civil justice outside the courtroom context. Although I appreciate Brown J.’s attempt to corral his proposed rule, public policy is an “unruly horse”, and I fear that once this Court sits astride that horse, judges may be led back to the days when they displayed overt hostility to arbitration, treating it as a

conception, l’arbitrage est [TRADUCTION] « un processus autonome par lequel les parties conviennent de régler leurs différends en les soumettant à un arbitre et non à un tribunal » : *Inforica*, par. 14, cité dans *Wellman*, par. 56. En conséquence, les doctrines fondées sur l’idée que seules les cours supérieures peuvent accorder des réparations en cas de différends juridiques ne devraient plus être appliquées. La Cour ne doit pas faire reculer le cours de l’histoire en donnant un second souffle à des précédents inconciliables avec la conception moderne de l’arbitrage.

[316] J’apprécie l’habile tentative du juge Brown de fournir une nouvelle justification conceptuelle de la doctrine de common law : par. 111-114. Or, quand cette nouvelle justification est examinée avec sa reformulation de la doctrine substantive, on ne saurait affirmer que ces innovations participent d’une élaboration progressive du droit : par. 119-121 et 129-131. Il s’agit plutôt, selon moi, d’une toute nouvelle règle de common law portant sur la validité des conventions d’arbitrage.

[317] En outre, l’opportunité comparative de se pourvoir devant les tribunaux, d’aller en arbitrage ou d’employer d’autres modes de règlement des différends pour différentes catégories de personnes dans diverses circonstances appelle une décision complexe et polycentrique de politique générale qui met en cause une foule d’intérêts, d’objectifs et de solutions. Il n’appartient pas aux tribunaux de répondre à ces questions; elles relèvent plutôt des décideurs élus qui siègent à la législature : *Wellman*, par. 79.

[318] Mes réserves à propos des limites de la capacité institutionnelle des tribunaux d’étudier pleinement ces questions sont accentuées par le fait que le juge Brown invoque l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, d’où le risque de restreindre en permanence le pouvoir du législateur d’élaborer à l’avenir des politiques qui renforcent l’accès à la justice civile à l’extérieur de la salle d’audience. J’apprécie la tentative du juge Brown de circonscrire l’ampleur de la règle qu’il propose, mais l’ordre public est un « cheval rétif », et je crains qu’une fois que la Cour monte dessus, les juges soient ramenés à l’époque où

second-tier method of dispute resolution: *Tercon*, at para. 116.

[319] Finally, while Brown J. maintains that the ICC Fees bar Mr. Heller from bringing a claim of any size against Uber, there is no evidence before this Court regarding the actual size of Mr. Heller's claim against Uber or the possible availability of third party funding for the pursuit of his claim: Brown J.'s reasons, at para. 132. Neither is there any evidence of his income at the time of the formation of the contract. There is, therefore, an insufficient evidentiary basis for Brown J.'s conclusion given the testimonial evidence in the record. The analysis requires an understanding of the parties' ability to finance the pursuit of arbitration proceedings, and of the comparative availability of litigation funding. As the record currently stands, it is difficult to accept that approximately CAN\$19,000 in fees for the pursuit of arbitration can be said to amount to a total bar on dispute resolution in this case when the costs awarded to Mr. Heller in the Court of Appeal amounted to CAN\$20,000: C.A. reasons, at para. 75. Given the inadequacy of the record, this appeal differs markedly from *Lymer*, in which the Alberta Court of Appeal found that a court order barring an undischarged bankrupt from commencing or continuing court proceedings until he paid all costs awards against him in full constituted an insurmountable precondition to court access: para. 67. Therefore, I cannot conclude, as Brown J. does, that the ICC Fees act as an insurmountable precondition that prevent Mr. Heller from commencing a claim: Brown J.'s reasons, at para. 132.

[320] I conclude that the selection of the ICC Rules in this case is not contrary to public policy. Because each of the arguments against the validity of the Arbitration Clause requires more than a superficial review of the documentary evidence in the record, the parties should be referred to arbitration. The remedial options available to a court on a motion for a stay remain to be considered, however.

ils se montraient ouvertement hostiles à l'arbitrage, qu'ils voyaient comme un mode de règlement des différends de deuxième ordre : *Tercon*, par. 116.

[319] Enfin, bien que le juge Brown soutienne que les droits de la CCI empêchent M. Heller d'intenter une action, quelle qu'en soit la valeur, contre Uber, la Cour ne dispose d'aucune preuve au sujet de la taille réelle de la réclamation de M. Heller contre Uber ou de la possibilité d'obtenir du financement d'un tiers pour présenter sa réclamation : motifs du juge Brown, par. 132. Il n'y a pas non plus de preuve du revenu de M. Heller au moment où le contrat a été formé. Il n'y a donc pas assez d'éléments permettant d'appuyer la conclusion du juge Brown étant donné la preuve testimoniale au dossier. L'analyse exige de comprendre la capacité des parties à financer l'institution d'une procédure d'arbitrage ainsi que la disponibilité de financement pour le litige. Dans l'état actuel du dossier, il est difficile d'accepter qu'environ 19 000 \$ CAN en droits d'arbitrage font totalement obstacle au règlement du différend en l'espèce alors que les dépens adjugés à M. Heller en Cour d'appel s'élevaient à 20 000 \$ CAN : motifs de la Cour d'appel, par. 75. Étant donné l'insuffisance du dossier, le présent pourvoi diffère nettement de l'affaire *Lymer*, où la Cour d'appel de l'Alberta a conclu qu'une ordonnance judiciaire empêchant un failli non libéré d'intenter ou de poursuivre une action en justice jusqu'à ce qu'il ait payé tous les dépens auxquels la cour l'a condamné constituait une condition préalable insurmontable à l'accès aux tribunaux : par. 67. Je ne peux donc arriver à la conclusion, comme le fait mon collègue, que les droits de la CCI sont une condition préalable insurmontable qui empêche M. Heller d'intenter une réclamation : motifs du juge Brown, par. 132.

[320] Je conclus que la sélection des Règlements de la CCI en l'espèce n'est pas contraire à l'ordre public. Comme chacun des arguments à l'encontre de la validité de la clause d'arbitrage nécessite davantage qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier, il y a lieu de renvoyer les parties à l'arbitrage. Il reste cependant à analyser les mesures correctives qui s'offrent au tribunal dans le cadre d'une motion en sursis d'instance.

E. *Possible Remedies on a Motion for a Stay*

[321] My colleagues put forward different theories to conclude that the Arbitration Clause is invalid. Even though none of their theories impugn the parties' basic commitment to submit disputes to arbitration, my colleagues find that that commitment is invalid. They appear to conceptualize the available relief as involving a stark choice between rigidly enforcing the arbitration agreement and finding that the entire arbitration agreement is invalid. In my view, the pro-arbitration stance that has been taken by legislatures across Canada and which is embodied in this Court's jurisprudence supports a generous approach to remedial options which will facilitate the arbitration process. Two such options are (1) ordering a conditional stay of proceedings and (2) applying the doctrine of severance. I address each of these options below.

(1) Conditional Stay of Proceedings

[322] If the exceptions in s. 7(2) of the *Arbitration Act* or art. 8(1) of the UNCITRAL Model Law do not apply, the legislation directs a stay of the proceedings: *Arbitration Act*, s. 7(1); *International Act*, s. 9; UNCITRAL Model Law, art. 8(1). A stay is mandatory in such circumstances, but the *Arbitration Act* and the *International Act* are silent as to what conditions, if any, may be imposed on the stay. However, s. 106 of the *Courts of Justice Act*, which Uber cited in its notice of motion, provides that a court may stay a proceeding on such terms as it considers just: A.R., vol. II, at p. 88. Although it will usually be unnecessary for a court to order a conditional stay, it may be appropriate to do so to ensure procedural fairness in the arbitration process. I caution that a court should be careful not to impose conditions which impinge on the decision-making jurisdiction of the arbitral tribunal: Born, vol. II, at p. 2196. Nonetheless, in the period before the appointment of the arbitral tribunal, a condition which facilitates the arbitration process can protect the tribunal's jurisdiction by ensuring that the parties are able to proceed with the arbitration.

E. *Les mesures correctives qui peuvent être prises dans le cadre d'une motion en sursis d'instance*

[321] Mes collègues avancent différentes théories pour conclure que la clause d'arbitrage est nulle. Bien qu'aucune de ces théories n'attaque l'engagement de base des parties de soumettre leurs différends à l'arbitrage, mes collègues concluent pourtant à la nullité de cet engagement. Ils semblent concevoir la réparation susceptible d'être octroyée comme entraînant un choix difficile entre l'exécution rigide de la convention d'arbitrage et l'annulation de celle-ci dans son ensemble. À mon avis, les positions favorables à l'arbitrage adoptées par les législatures partout au Canada, et exprimées dans la jurisprudence de la Cour, appuient une conception large des mesures correctives qui faciliteront le processus arbitral. Deux de ces options sont (1) imposer un sursis conditionnel à l'instance et (2) appliquer la doctrine de la divisibilité. Je traiterai maintenant de chacune de ces options.

(1) Un sursis d'instance conditionnel

[322] Si les exceptions prévues au par. 7(2) de la *Loi sur l'arbitrage* et au par. 8(1) de la Loi type de la CNUDCI ne s'appliquent pas, la législation prescrit un sursis d'instance : *Loi sur l'arbitrage*, par. 7(1); *Loi internationale*, art. 9; Loi type de la CNUDI, par. 8(1). Un sursis est obligatoire dans de tels contextes, mais la *Loi sur l'arbitrage* et la *Loi internationale* sont muettes quant aux conditions, s'il en est, pouvant être assorties au sursis. Cependant, l'art. 106 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, qu'Uber a plaidé dans son avis de motion, prévoit que le tribunal peut surseoir à une instance aux conditions qu'il estime justes : d.a., vol. II, p. 88. Bien que cela ne soit habituellement pas nécessaire, il peut être opportun pour le tribunal d'imposer un sursis conditionnel afin d'assurer l'équité procédurale du processus arbitral. Je souligne que le tribunal devrait se garder d'imposer des conditions qui empiètent sur la compétence décisionnelle du tribunal arbitral : Born, vol. II, p. 2196. Néanmoins, avant la nomination du tribunal arbitral, une condition qui facilite le processus arbitral peut protéger la juridiction du tribunal arbitral en veillant à ce que les parties soient en mesure de procéder à l'arbitrage.

[323] Courts hearing motions for stays and for referral to arbitration have ordered conditional stays in the past: see, e.g., *Popack*; *Iberfreight*; *Continental Resources*; see also *Fuller Austin*. As was the case in *Iberfreight* and *Continental Resources*, such conditions support one of the purposes of arbitration agreements and of modern arbitration legislation, that of proceeding with dispute resolution in a timely manner rather than delaying progress in the courts. In this regard, I find that the following comments of Gerwing J.A. from *Fuller Austin* (C.A.), at para. 5, on the interpretation of Saskatchewan’s legislation implementing the UNCITRAL Model Law are persuasive:

In most stays the party requesting the extraordinary indulgence of the court must act with expedition to facilitate justice. Particularly where remedies of an unusual nature, such as commercial arbitration, are permitted to circumvent litigant’s normal access to the court, or delay it, it is for the purpose of facilitating and not delaying justice. As in most stays, common sense indicates that the successful applicant for a stay cannot use it as it were as a permanent way of ending the matter by deliberate inattention to pursuing the course of action which justified the granting of the stay. While we did not indicate expressly in our reasons this requirement, that reasonable steps be taken, we agree with the interpretation placed by the chamber judge below that this is implicit. (Indeed, it might be noted that substantial argument can be made that in interpreting the *Act*, if principles of statutory interpretation would have to be called in aid, that the legislation was similarly intended to expedite the resolution of disputes and not to delay them.)

[324] Mr. Heller has given sworn evidence that he cannot afford the ICC Fees, which must be paid in order to initiate ICA proceedings. In light of Mr. Heller’s particular circumstances, I would impose a condition that Uber advance the filing fees to enable him to initiate such proceedings. I would leave the decision as to who should ultimately bear those costs to the arbitral tribunal. In this regard, Rule 38 of the ICC Arbitration Rules empowers the arbitral tribunal to make decisions on costs at any

[323] Des tribunaux ayant entendu des motions en sursis et en renvoi à l’arbitrage ont imposé des sursis conditionnels dans le passé : voir, p. ex., *Popack*; *Iberfreight*; *Continental Resources*; voir aussi *Fuller Austin*. Comme dans les affaires *Iberfreight* et *Continental Resources*, de telles conditions favorisent l’atteinte d’un des objectifs des conventions d’arbitrage et de la législation moderne en matière d’arbitrage : régler le différend en temps utile au lieu de retarder les choses devant les tribunaux. À cet égard, je trouve convaincantes les observations du juge d’appel Gerwing, qui a interprété la mesure législative de la Saskatchewan mettant en œuvre la Loi type de la CNUDCI dans *Fuller Austin* (C.A.), par. 5 :

[TRADUCTION] Dans la plupart des cas de sursis, la partie qui demande l’indulgence extraordinaire de la cour doit agir avec célérité pour favoriser la justice. Si l’on permet que des recours inhabituels comme l’arbitrage commercial contournent le recours normal aux tribunaux ou le retarde, c’est surtout dans le but de favoriser la justice, et non de la retarder. Comme dans la majorité des sursis, le bon sens veut que le demandeur obtenant un sursis ne puisse s’en servir comme s’il s’agissait un moyen permanent de mettre un terme à l’affaire en omettant délibérément de poursuivre la démarche qui a justifié l’octroi du sursis. Même si nous n’avons pas mentionné cette exigence — prendre des mesures raisonnables — en termes exprès dans nos motifs, nous souscrivons à l’interprétation du juge en cabinet en l’espèce selon laquelle cette exigence existe implicitement. (En effet, il convient de signaler la possibilité de soutenir, à titre d’argument substantiel, que, s’il faut recourir à des principes d’interprétation législative pour interpréter la Loi, la mesure législative visait elle aussi à accélérer le règlement des différends, et non à le retarder.)

[324] Monsieur Heller a affirmé sous serment qu’il n’a pas les moyens de payer les droits de la CCI qui doivent être acquittés pour introduire une instance devant la CIA. Vu la situation particulière de M. Heller, j’imposerais la condition qu’Uber paye d’avance les droits de dépôt permettant à M. Heller d’introduire une telle instance. Je laisserais au tribunal arbitral le soin de décider à qui il revient au bout du compte de supporter ces frais. À cet égard, l’art. 38 du Règlement d’arbitrage de la CCI habilite

time during the proceedings and to decide which party should bear the costs in the final award.

[325] This condition would be consistent both with the principle of party autonomy and with the legislature's intent, because it would facilitate the arbitration process. As it would merely be an interim measure, it would not change the substantive rights and obligations of the parties pursuant to the Arbitration Clause. It would therefore be consistent with s. 17(1) of the *Arbitration Act* and art. 16(1) of the UNCITRAL Model Law, because it would leave the decision on the question of the validity of the Arbitration Clause to the arbitral tribunal.

(2) Doctrine of Severance

[326] While granting a conditional stay is sufficient for my purposes to decide the appeal, there is one further important aspect of Uber's submissions which Abella and Rowe JJ. do not address in their reasons. In oral argument, counsel for Uber suggested that, if part of the Arbitration Clause was found to be unenforceable, this Court should sever the unenforceable portions of the agreement and enforce the remainder: transcript, pp. 17 and 55-56. I agree. Compelling policy considerations support a generous application of the doctrine of severance in cases in which the parties have clearly indicated an intent to settle any disputes through arbitration but in which some aspects of their arbitration agreement have been found to be unenforceable. Where doing so is practical, courts should strive to give effect to the parties' intentions by severing unenforceable terms and referring the parties to arbitration.

[327] The doctrine of severance takes two forms: (1) notional severance and (2) blue-pencil severance. Notional severance involves reading down a contractual provision so as to make it legal and enforceable. Blue-pencil severance consists of removing the illegal part of a contractual provision: *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157, at paras. 2 and 29-30. Whereas notional severance calls for the application of a bright line test of illegality, blue-pencil

le tribunal arbitral à adjuger des frais à tout moment au cours de l'instance et à décider quelle partie devrait les payer dans la sentence finale.

[325] La condition que j'impose s'accorde tant avec l'autonomie des parties qu'avec l'intention du législateur, car elle facilite le processus arbitral. Comme il s'agit simplement d'une mesure provisoire, elle ne modifie pas les droits et obligations substantiels des parties découlant de la clause d'arbitrage. Elle respecte donc le par. 17(1) de la *Loi sur l'arbitrage* et le par. 16(1) de la Loi type de la CNUDCI parce qu'elle laisse au tribunal arbitral le soin de statuer sur la validité de la clause d'arbitrage.

(2) La doctrine de la divisibilité

[326] Bien qu'il me suffise d'octroyer un sursis conditionnel pour statuer sur le pourvoi, il y a un autre aspect important des observations d'Uber dont n'ont pas traité les juges Abella et Rowe dans leurs motifs. Dans leurs plaidoiries, les avocates d'Uber ont laissé entendre que, si une partie de la clause d'arbitrage était jugée inexécutoire, la Cour devrait retrancher les passages inexécutoires et faire exécuter ce qui reste : transcription, p. 17 et 55-56. Je suis d'accord. Des considérations de principe impérieuses militent en faveur d'une application large de la doctrine de la divisibilité dans les cas où les parties ont clairement manifesté l'intention de régler leurs différends par l'arbitrage, mais où certains aspects de leur convention d'arbitrage sont jugés inexécutoires. Lorsqu'il est pratique de le faire, les tribunaux doivent s'efforcer de donner effet aux intentions des parties en retranchant les conditions inexécutoires et en renvoyant les parties à l'arbitrage.

[327] La doctrine de la divisibilité prend deux formes : (1) la divisibilité fictive; et (2) la technique du trait de crayon bleu. La divisibilité fictive implique de donner une interprétation atténuée à une stipulation contractuelle pour la rendre légale et exécutoire. La technique du trait de crayon bleu consiste à retrancher la partie illégale d'une stipulation contractuelle : *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157, par. 2 et 29-30. Alors que la divisibilité fictive appelle l'application

severance can be effected where the court can strike out the portion of the contract it wants to remove by drawing a line through it without affecting the meaning of the part that remains: *Shafron*, at paras. 29 and 31; *Transport North American Express*, at para. 34.

[328] In deciding whether to apply the doctrine of severance, a court should also consider whether it would be both commercially practical and consistent with the parties' intentions for it to enforce the remainder of the arbitration agreement: McCamus, at pp. 510-11. The fundamental aspect of an arbitration agreement is a clear commitment by both parties to settle any disputes by arbitration: see UNCITRAL Model Law, art. 7 (option 1); *Arbitration Act*, s. 1 "arbitration agreement". Therefore, where the parties' intention to submit disputes to arbitration is clearly established, applying the doctrine of severance will usually be consistent with their intentions.

[329] Further, courts will consider the context of the contract at issue and any relevant policy considerations when assessing whether and how to sever provisions: *2176693 Ontario Ltd. v. Cora Franchise Group Inc.*, 2015 ONCA 152, 124 O.R. (3d) 776, at para. 37. The *Arbitration Act* and the *International Act* are both legislative statements of public policy which encourage the use of arbitration and favour holding parties to their commitment to submit disputes to arbitration: *Wellman*, at para. 49. The doctrine of severance advances these policies by ensuring that the parties' intentions are not defeated by shortcomings in their selection of the terms for the arbitration process.

[330] In *Shafron*, Rothstein J. cautioned courts to take a restrained approach to severance, because severance interferes with the right of parties to freely contract and to choose the words that determine their obligations and rights: para. 32. However, different considerations arise in assessing arbitration agreements because arbitration itself is a party-driven form of dispute resolution. Were an aspect of an arbitration agreement to be severed, the parties would

d'un critère de démarcation nette entre l'illégalité et la légalité, le tribunal peut employer la technique du trait de crayon bleu lorsqu'il est en mesure de retrancher, en tirant un trait, la partie du contrat qu'il veut effacer, sans affecter le sens de la partie restante : *Shafron*, par. 29 et 31; *Transport North American Express*, par. 34.

[328] Le tribunal qui se demande s'il y a lieu d'appliquer la doctrine de la divisibilité devrait aussi se demander s'il serait pratique sur le plan commercial et conforme aux intentions des parties de faire exécuter le reste de la convention d'arbitrage : McCamus, p. 510-511. La caractéristique fondamentale d'une convention d'arbitrage est l'engagement clair des parties de soumettre leurs différends à l'arbitrage : voir Loi type de la CNUDCI, art. 7 (option 1); *Loi sur l'arbitrage*, art. 1 « convention d'arbitrage ». Par conséquent, lorsque l'intention des parties d'aller en arbitrage est clairement établie, l'application de la doctrine de la divisibilité s'accordera habituellement avec l'intention des parties.

[329] Par ailleurs, le tribunal examinera le contexte du contrat en cause et toute considération de principe pertinente au moment d'évaluer l'opportunité et la manière de retrancher des stipulations : *2176693 Ontario Ltd. c. Cora Franchise Group Inc.*, 2015 ONCA 152, 124 O.R. (3d) 776, par. 37. La *Loi sur l'arbitrage* et la *Loi internationale* sont deux énoncés législatifs de principes qui encouragent le recours à l'arbitrage et contribuent à obliger les parties à respecter leur engagement de soumettre leurs différends à l'arbitrage : *Wellman*, par. 49. La doctrine de la divisibilité promeut ces principes en évitant que les intentions des parties soient contrecarrées par des lacunes dans leur choix des modalités du processus arbitral.

[330] Dans l'arrêt *Shafron*, le juge Rothstein privilégie la modération à l'égard de la divisibilité parce que celle-ci porte atteinte au droit des parties de contracter librement et de choisir les mots qui définissent leurs droits et obligations : par. 32. Cependant, différentes considérations entrent en jeu dans l'évaluation des conventions d'arbitrage, parce que l'arbitrage est en soi une forme de règlement des différends axée sur les parties. Si un élément

still be free to agree on a replacement for it: for example, if certain procedural rules were severed, they could agree on other existing procedural rules or on a procedure of their own. Severance does not take that choice away. In fact, it furthers party autonomy by ensuring that the parties can have access to their chosen means of dispute resolution. Severance will rarely, if ever, change the fundamental nature of the parties' agreement, which was to settle disputes by arbitration.

[331] The practice in other countries is to sever unenforceable provisions while still giving effect to the arbitration clause wherever possible. Thus, “[t]he overwhelming majority of national court decisions . . . uphold the validity of international arbitration agreements even after invalidating one (or more) term(s) of those agreement[s]”: Born, vol. I, at p. 916; see, e.g., *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, 561 U.S. 63 (2010).

[332] This Court's jurisprudence supports upholding the validity of an arbitration clause where practical. In *Seidel*, this Court found that the arbitration clause at issue was inconsistent with the *BPCPA*. The consumer had commenced a proposed class proceeding in respect of claims under the *BPCPA* as well as other causes of action. The Court found the arbitration clause to be invalid only to the extent that it applied to the *BPCPA* claims, as the clause in question was barred by that Act, and ordered a stay in relation to the other claims, thereby referring them to arbitration: *Seidel*, at para. 50. The Court's remedial approach in *Seidel* may be viewed as an application of notional severance to the arbitration agreement because the Court in effect granted relief which was equivalent to writing in a term excluding the *BPCPA* claims from the scope of the arbitration agreement instead of holding that the entire agreement was invalid. Further, in *Wellman*, this Court stated that courts must show due respect for arbitration agreements and, more broadly, for arbitration, thus endorsing

d'une convention d'arbitrage devait être retranché, les parties seraient toujours libres de s'entendre sur une solution de rechange. Par exemple, si certaines règles de procédure étaient retranchées, les parties pourraient s'entendre sur un autre ensemble de règles de procédure ou encore sur leur propre procédure. La divisibilité ne leur enlève pas ce choix. En fait, elle favorise l'autonomie des parties en garantissant qu'elles aient accès au mécanisme de règlement des différends de leur choix. L'utilisation de la divisibilité ne changera que rarement, voire jamais, la nature fondamentale de l'accord intervenu entre les parties, lequel visait à régler leur différend par voie d'arbitrage.

[331] La pratique ayant cours à l'échelle internationale consiste à retrancher des stipulations inexécutoires tout en donnant effet à la clause d'arbitrage chaque fois que cela est possible. En effet, [TRANSDUCTION] « [I]a très grande majorité des décisions judiciaires d'un pays [. . .] confirment la validité de conventions d'arbitrage international même après avoir annulé une ou plusieurs conditions de ces conventions » : Born, vol. I, p. 916; voir, p. ex., *Rent-A-Center, West, Inc. c. Jackson*, 561 U.S. 63 (2010).

[332] La jurisprudence de la Cour permet de confirmer la validité d'une clause d'arbitrage lorsqu'il est pratique de le faire. Dans l'arrêt *Seidel*, la Cour a jugé que la clause d'arbitrage en litige était incompatible avec la *BPCPA*. La consommatrice avait intenté un recours collectif projeté qui comprenait des demandes fondées sur la *BPCPA* de même que d'autres causes d'action. La Cour n'a annulé la clause d'arbitrage que dans la mesure où elle visait les demandes fondées sur la *BPCPA* puisque la clause en question était exclue par l'application de cette loi, et a suspendu les autres demandes pour les renvoyer à l'arbitrage : *Seidel*, par. 50. L'approche réparatrice adoptée par la Cour dans *Seidel* peut être perçue comme une application de la doctrine de la divisibilité fictive à la convention d'arbitrage, car la Cour a, dans les faits, accordé une réparation équivalente à la rédaction d'une condition soustrayant les demandes fondées sur la *BPCPA* à la portée de la convention d'arbitrage, au lieu d'annuler la convention au complet. De plus, la Cour a mentionné dans l'arrêt *Wellman*

the view that the law should favour giving effect to arbitration agreements and that arbitration should be encouraged: para. 54.

[333] In the instant case, the parties' commitment to submit disputes to arbitration is clear. The selection of the ICC Rules is neither contrary to public policy nor unconscionable, but, if it were so, the appropriate remedy would be for the Court to apply blue-pencil severance and strike the selection of the ICC Rules, leaving it to Uber and Mr. Heller to agree on an arbitration procedure, or to the arbitral tribunal to decide how to proceed. The same would be the case for the Place of Arbitration Clause. This approach is more consistent with the parties' intentions and with the legislature's intent than simply holding that the entire arbitration agreement is invalid.

[334] Given that my colleagues do not seem to take issue with the actual selection of arbitration as a mode of dispute settlement or with the requirement to attempt mediation first, it would be inappropriate to sever those aspects of the Arbitration Clause. The substance of Mr. Heller's arguments, and of those of my colleagues, relates to the ICC Fees which result from the selection of the ICC Rules and to the designation of a foreign seat for the arbitration. I repeat that I find that the ICC Rules and the Place of Arbitration Clause are valid, but, if I had found that they were unenforceable, I would have applied blue-pencil severance to rewrite the Arbitration Clause as follows:

Any dispute, conflict or controversy, howsoever arising out of or broadly in connection with or relating to this Agreement, including those relating to its validity, its construction or its enforceability, shall be first mandatorily submitted to mediation proceedings under the International Chamber of Commerce Mediation Rules ("ICC Mediation Rules"). If such dispute has not been settled within sixty (60) days after a Request for Mediation has been submitted under such Mediation Rules, such dispute can be referred to and shall be exclusively and finally resolved by arbitration under the Rules of Arbitration of the International

que les tribunaux doivent faire preuve de déférence à l'égard des conventions d'arbitrage et de l'arbitrage en général, faisant ainsi sienne l'opinion selon laquelle le droit devrait favoriser le fait de donner effet aux conventions d'arbitrage, et que le recours à l'arbitrage devrait être encouragé : par. 54.

[333] En l'espèce, l'engagement des parties à soumettre leurs différends à l'arbitrage est limpide. Bien que la sélection des Règlements de la CCI ne soit pas contraire à l'ordre public ni inique, si elle l'était, la réparation appropriée consisterait pour la Cour à employer la technique du trait de crayon bleu pour radier cette sélection et laisser Uber et M. Heller s'entendre sur une procédure d'arbitrage ou laisser au tribunal arbitral le soin d'en décider. On pourrait en dire autant de la clause relative au lieu de l'arbitrage. Cette démarche concorde mieux avec les intentions des parties et l'intention du législateur que le simple fait de conclure que la convention d'arbitrage est nulle dans son intégralité.

[334] Puisque mes collègues ne semblent pas s'opposer à la sélection de l'arbitrage lui-même en tant que mode de règlement des différends, ni à l'obligation de tenter d'abord une médiation, il serait inopportun de supprimer ces aspects de la clause d'arbitrage. La substance des arguments de M. Heller et de ceux de mes collègues se rapporte aux droits fixés par la CCI qui découlent de la sélection des Règlements de la CCI ainsi que de la désignation d'un siège étranger d'arbitrage. Je répète que, même si je conclus que les Règlements de la CCI et la clause relative au lieu de l'arbitrage sont valides, si je les avais jugés inexécutaires, j'aurais appliqué la technique du trait de crayon bleu de la façon suivante :

Tout différend, conflit ou controverse, découlant de quelque manière que ce soit du présent Contrat ou lié ou se rapportant au présent Contrat y compris en ce qui concerne sa validité, son interprétation ou son application, seront, tout d'abord, impérativement soumis à la procédure de médiation prévue par le Règlement ADR de la Chambre de commerce internationale (le «*Règlement de médiation de la CCI*»). Si le différend n'est pas réglé dans les soixante (60) jours qui suivent la présentation d'une demande de médiation en vertu du Règlement de médiation de la CCI, ledit différend sera exclusivement et définitivement

Chamber of Commerce (“ICC Arbitration Rules”). The ICC Rules’ Emergency Arbitrator provisions are excluded. The dispute shall be resolved by one (1) arbitrator to be appointed in accordance with the ICC Rules. The place of arbitration shall be Amsterdam, The Netherlands.

[335] If the parties were then unable to agree on how to proceed, the *Arbitration Act* and the UNCITRAL Model Law contain detailed provisions to assist in the enforcement of an arbitration agreement where the parties are unable to agree on the details: see, e.g., *Arbitration Act*, ss. 9, 10, 20 and 22; UNCITRAL Model Law, arts. 10, 11(3), 19(2) and 20(1).

[336] The facts of this case illustrate a situation in which severance is needed in order to prevent commercially absurd results. My colleagues take issue with the ICC Fees in the context of a hypothetical dispute for a small amount. While I appreciate that such a dispute could arise from the Service Agreement, defeating the parties’ commitment to submit disputes to arbitration on the basis of this hypothetical case is absurd given that the dispute actually before the Court concerns a proposed class proceeding for CAN\$400,000,000 and that the amount of Mr. Heller’s individual claim is as yet unknown. Approaching the enforceability of arbitration agreements in this fashion compromises the certainty upon which commercial entities rely in structuring their global operations. The commitment to submit disputes to arbitration should be upheld. Any other result would be commercially impractical.

[337] Finally, I note that, since Abella and Rowe JJ. would apply the unconscionability doctrine to individual terms, they are, in reality, applying blue-pencil severance by another name. However, they do not explain why they have chosen to strike the entire Arbitration Clause (and perhaps — although this is unclear — the Choice of Law Clause as well) instead of the specific individual terms they find to be unconscionable.

tranché par voie d’arbitrage conformément au Règlement d’arbitrage de la Chambre de commerce international (le «*Règlement d’arbitrage de la CCI*»). L’application des dispositions relatives à l’arbitre d’urgence du Règlement d’arbitrage de la CCI est écartée. Le litige sera réglé par (1) un arbitre qui sera nommé conformément aux Règlements d’arbitrage de la CCI. Le lieu de l’arbitrage sera Amsterdam, aux Pays-Bas.

[335] Si les parties n’arrivent pas alors à s’entendre sur la manière de procéder, la *Loi sur l’arbitrage* et la Loi type de la CNUDCI contiennent des dispositions détaillées qui ont pour objet d’aider à faire exécuter une convention d’arbitrage lorsque les parties ne parviennent pas à s’entendre sur les détails : voir, p. ex., la *Loi sur l’arbitrage*, art. 9, 10, 20 et 22; Loi type de la CNUDCI, art. 10, par. 11(3), 19(2) et 20(1).

[336] Les faits de l’espèce illustrent une situation où la divisibilité est nécessaire afin d’empêcher des résultats absurdes sur le plan commercial. Mes collègues en ont contre les droits de la CCI dans le cadre d’un différend hypothétique de faible valeur. Même si j’apprécie qu’un tel différend pourrait découler de l’entente de services, il est absurde de défaire l’engagement des parties de soumettre leurs différends à l’arbitrage sur la base de ce cas hypothétique, vu que le différend dont est saisi la Cour a plutôt trait à un recours collectif projeté d’une valeur de 400 000 000 \$ CAN et que la valeur de la réclamation individuelle de M. Heller demeure inconnue. Aborder ainsi le caractère exécutoire des conventions d’arbitrage compromet la certitude sur laquelle comptent les entités commerciales pour organiser leurs activités mondiales. Il y a lieu de confirmer l’engagement de recourir à l’arbitrage. Tout autre résultat serait peu pratique sur le plan commercial.

[337] En dernier lieu, je note que, puisque les juges Abella et Rowe sont d’avis d’appliquer la doctrine de l’iniquité à des conditions en particulier, ils emploient en fait la technique du trait de crayon bleu mais sous un autre nom. Par contre, ils n’expliquent pas leur choix de supprimer au complet la clause d’arbitrage (et peut-être aussi la clause de choix du droit applicable — ce n’est pas clair), au lieu des conditions individuelles qu’ils trouvent iniques.

VI. Conclusion

[338] For these reasons, I would allow the appeal and order a conditional stay of proceedings.

Appeal dismissed with costs throughout, CÔTÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellants: Torys, Toronto.

Solicitors for the respondent: Wright Henry, Toronto; Samfiru Tumarkin, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Young Canadian Arbitration Practitioners: Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Arbitration Place: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Solicitors for the intervener Don Valley Community Legal Services: Monkhouse Law, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Federation of Independent Business: Canadian Federation of Independent Business, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Ottawa.

Solicitor for the interveners the Income Security Advocacy Centre and Parkdale Community Legal Services: Income Security Advocacy Centre, Toronto.

Solicitors for the intervener the United Food and Commercial Workers Canada: Goldblatt Partners, Toronto.

VI. Conclusion

[338] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais le pourvoi et j'ordonnerais un sursis d'instance conditionnel.

Pourvoi rejeté avec dépens devant toutes les cours, la juge CÔTÉ est dissidente.

Procureurs des appelantes : Torys, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Wright Henry, Toronto; Samfiru Tumarkin, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenant les Jeunes praticiens canadiens de l'arbitrage : Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Arbitration Place : Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant Don Valley Community Legal Services : Monkhouse Law, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante : Fédération canadienne de l'entreprise indépendante, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Ottawa.

Procureur des intervenants le Centre d'action pour la sécurité du revenu et Parkdale Community Legal Services : Centre d'action pour la sécurité du revenu, Toronto.

Procureurs de l'intervenant les Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce Canada : Goldblatt Partners, Toronto.

Solicitor for the intervener the Workers' Health and Safety Legal Clinic: Workers' Health and Safety Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the intervener the Montreal Economic Institute: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian American Bar Association: Caza Saikaley, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc. and the Toronto Commercial Arbitration Society: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Chamber of Commerce: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Solicitors for the intervener the International Chamber of Commerce: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener the Consumers Council of Canada: Sotos, Toronto.

Solicitors for the intervener the Community Legal Assistance Society: Allen/McMillan Litigation Counsel, Vancouver.

Solicitors for the intervener ADR Chambers Inc.: Bennett Jones, Toronto.

Procureur de l'intervenante Workers' Health and Safety Legal Clinic : Workers' Health and Safety Legal Clinic, Toronto.

Procureurs de l'intervenant l'Institut économique de Montréal : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian American Bar Association : Caza Saikaley, Ottawa.

Procureurs des intervenants Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc. et Toronto Commercial Arbitration Society : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce du Canada : Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce internationale : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenant Consumers Council of Canada : Sotos, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Community Legal Assistance Society : Allen/McMillan Litigation Counsel, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante ADR Chambers Inc. : Bennett Jones, Toronto.