



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2019 Vol. 2

1^{er} cahier, 2019 Vol. 2

Cited as [2019] 2 S.C.R. 3-315

Renvoi [2019] 2 R.C.S. 3-315

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
RENÉE MARIA TREMBLAY

Legal Counsel / Conseillers juridiques

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

LEE ANN GORMAN
LAUREN KOSHURBA
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

ANDREA SUURLAND
LESLIE TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
DIANE THERRIEN
LESLIE-ANNE WOOD

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

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes
MARIE-CHRISTIANE BOUCHER
JULIE BOULANGER
ALEXANDRE CLÉMENT

AUDRA POIRIER
MARIE RODRIGUE

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

Technical Revisors / Révisseurs techniques
SANDRINE AMPLEMAN
CATHERINE BALOGH
SUZANNE AUDET
SHUNGHYO KIM

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

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

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

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 2, 2019

2^e volume, 2019

CONTENTS

R. v. Morrison 3

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Child luring — Police sting operation — Presumption of belief regarding age — Accused charged with child luring after communicating online with police officer posing as 14-year-old girl — Accused contesting constitutionality of Criminal Code provision establishing presumption that if person with whom he was communicating was represented to him as being underage, he believed representation absent evidence to the contrary — Whether presumption infringes accused's right to be presumed innocent — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 172.1(3).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Child luring — Police sting operation — Accused charged with child luring after communicating online with police officer posing as 14-year-old girl — Accused contesting constitutionality of Criminal Code provision barring him from raising as defence that he believed person with whom he was communicating was of legal age unless he took reasonable steps to ascertain person's age — Whether reasonable steps requirement deprives accused of liberty in violation of principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 172.1(4).

R. v. Snelgrove 98

Criminal law — Charge to jury — Sexual assault — Vitiating of consent — Police officer acquitted by jury of sexual assault — Court of Appeal setting aside acquittal and ordering new trial — Trial judge erred in refusing to instruct jury on provision which provides that no consent is obtained where accused induces complainant to engage in sexual activity by abusing position of trust, power, or authority — New trial warranted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 273.1(2)(c).

R. v. Kelsie 101

Criminal law — Charge to jury — Accused convicted of first degree murder and conspiracy to commit murder — Court of Appeal setting aside convictions and ordering new trial — Court of Appeal correct in finding that trial judge's instructions on party liability for first degree murder were in error — Court of Appeal erred in finding that

Continued on next page

SOMMAIRE

R. c. Morrison 3

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Leurre — Opération d'infiltration policière — Présomption de croyance relative à l'âge — Accusations de leurre portées contre l'accusé après qu'il a communiqué en ligne avec une policière se faisant passer pour une fille de 14 ans — Contestation par l'accusé de la constitutionnalité de la disposition du Code criminel établissant la présomption selon laquelle, si la personne avec qui il communiquait lui a été présentée comme n'ayant pas atteint l'âge fixé, il est présumé l'avoir crue telle, sauf preuve contraire — La présomption viole-t-elle le droit de l'accusé d'être présumé innocent? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 172.1(3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Leurre — Opération d'infiltration policière — Accusations de leurre portées contre l'accusé après qu'il a communiqué en ligne avec une policière se faisant passer pour une fille de 14 ans — Contestation par l'accusé de la constitutionnalité de la disposition du Code criminel l'empêchant d'invoquer en défense qu'il croyait que la personne avec qui il communiquait avait atteint l'âge légal sauf s'il a pris des mesures raisonnables pour s'assurer de son âge — L'obligation de prendre des mesures raisonnables porte-t-elle atteinte au droit à la liberté de l'accusé d'une manière qui contrevient aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 172.1(4).

R. c. Snelgrove 98

Droit criminel — Exposé au jury — Agression sexuelle — Viciation du consentement — Policier acquitté par le jury d'une infraction d'agression sexuelle — Acquittement annulé et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Erreur commise par la juge du procès lorsqu'elle a refusé de donner au jury des directives sur une disposition qui précise que le consentement du plaignant ne se déduit pas dans les cas où l'accusé l'incite à l'activité sexuelle par abus de confiance ou de pouvoir — Nouveau procès justifié — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 273.1(2)(c).

R. c. Kelsie 101

Droit criminel — Exposé au jury — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré et de complot en vue de commettre un meurtre — Déclarations de culpabilité annulées et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Cour d'appel justifiée de conclure au caractère erroné des directives du juge du procès concernant la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

trial judge was required to charge jury on manslaughter as evidence did not meet air of reality test — Court of Appeal erred in interfering with conviction for conspiracy to commit murder as trial judge did not err in evidence he left for jury to consider as part of third prong of Carter test for admissibility of co-conspirator hearsay — Conspiracy conviction restored and second degree murder conviction entered.

R. v. Myers 105

Criminal law — Interim release — Detention review — Accused denied interim release pending trial — Detention status confirmed by judge conducting review under s. 525 of Criminal Code — Proper approach to detention review hearing under s. 525 of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 525.

TELUS Communications Inc. v. Wellman 144

Civil procedure — Stay — Class actions — Consumer and non-consumer claims — Arbitration clause — Customer filing class action for damages alleging cell phone service provider engaged in deceptive practices — Class consisting of both consumers and non-consumers — Cell phone service provider's standard terms and conditions containing mandatory arbitration clause — Arbitration clause invalidated by provincial consumer protection legislation with respect to claims by consumers — Cell phone service provider relying on arbitration clause to seek stay of proceedings with respect to non-consumers' claims — Whether provincial statute governing arbitration grants court discretion to refuse to stay non-consumers' claims — Arbitration Act, 1991, S.O. 1991, c. 17, s. 7 — Consumer Protection Act, 2002, S.O. 2002, c. 30, Sch. A.

J.W. v. Canada (Attorney General) 224

Civil procedure — Class proceedings — Settlement — Administration and implementation — Settlement agreement resolving class actions brought by former Aboriginal

Continued on next page

SOMMAIRE (Fin)

responsabilité des participants à l'infraction de meurtre au premier degré — Cour d'appel non justifiée de conclure que le juge du procès était tenu de donner des directives au jury au sujet de l'homicide involontaire étant donné que la preuve ne satisfaisait pas au critère de la vraisemblance — Déclaration de culpabilité pour complot en vue de commettre un meurtre modifiée à tort par la Cour d'appel vu l'absence d'erreur du juge du procès quant aux éléments de preuve qu'il a laissés à l'appréciation du jury dans le cadre du troisième volet de l'analyse établie dans l'arrêt Carter relativement à l'admissibilité du oui-dire de co-conspirateurs — Rétablissement de la déclaration de culpabilité pour complot et inscription d'une déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré.

R. c. Myers 105

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Examen de la détention — Refus d'accorder à l'accusé une mise en liberté provisoire en attendant son procès — Détention confirmée par le juge chargé d'en examiner le bien-fondé en application de l'art. 525 du Code criminel — Façon adéquate de procéder à l'examen d'une détention en vertu de l'art. 525 du Code criminel — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 525.

TELUS Communications Inc. c. Wellman 144

Procédure civile — Sursis — Recours collectifs — Réclamations de consommateurs et de non-consommateurs — Clause d'arbitrage — Dépôt par un consommateur d'un recours collectif en dommages-intérêts pour pratiques trompeuses alléguées de la part d'un fournisseur de services de téléphonie cellulaire — Groupe formé à la fois de consommateurs et de non-consommateurs — Clause d'arbitrage obligatoire parmi les conditions types du contrat du fournisseur de services de téléphonie cellulaire — Clause d'arbitrage invalidée par une loi provinciale de protection des consommateurs en ce qui a trait aux réclamations des consommateurs — Clause d'arbitrage invoquée par le fournisseur de services de téléphonie cellulaire pour obtenir le sursis des procédures en ce qui a trait aux réclamations des non-consommateurs — La loi provinciale régissant l'arbitrage confère-t-elle au tribunal le pouvoir discrétionnaire de refuser d'ordonner le sursis relativement aux réclamations des non-consommateurs? — Loi de 1991 sur l'arbitrage, L.O. 1991, c. 17, art. 7 — Loi de 2002 sur la protection des consommateurs, L.O. 2002, c. 30, ann. A.

J.W. c. Canada (Procureur général) 224

Procédure civile — Recours collectifs — Règlement — Administration et mise en œuvre — Convention de règlement des recours collectifs intentés par d'anciens

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

students for harms suffered at residential schools — Agreement providing procedure for settling individual claims through adjudicative process — Whether courts can intervene in relation to adjudication decisions where internal review mechanisms exhausted — Appropriate scope of judicial recourse.

SOMMAIRE (Fin)

élèves autochtones pour les torts subis aux pensionnats — Convention prévoyant une procédure de règlement des réclamations individuelles par le biais d'un processus juridictionnel — Les tribunaux peuvent-ils modifier des décisions d'adjudication lorsque les mécanismes de révision interne sont épuisés? — Portée appropriée du recours aux tribunaux.

Her Majesty The Queen *Appellant/
Respondent on cross-appeal*

v.

Douglas Morrison *Respondent/Appellant on
cross-appeal*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Saskatchewan,
Attorney General of Alberta and Criminal
Lawyers' Association (Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MORRISON

2019 SCC 15

File No.: 37687.

2018: May 24; 2019: March 15.

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

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

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Child luring — Police sting operation — Presumption of belief regarding age — Accused charged with child luring after communicating online with police officer posing as 14-year-old girl — Accused contesting constitutionality of Criminal Code provision establishing presumption that if person with whom he was communicating was represented to him as being underage, he believed representation absent evidence to the contrary — Whether presumption infringes accused's right to be presumed innocent — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 172.1(3).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Child luring — Police

Sa Majesté la Reine *Appelante/Intimée au
pourvoi incident*

c.

Douglas Morrison *Intimé/Appelant au pourvoi
incident*

et

**Procureur général du Canada,
procureure générale du Québec,
procureur général de la Colombie-
Britannique, procureur général de
la Saskatchewan, procureur général de
l'Alberta et Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. MORRISON

2019 CSC 15

N° du greffe : 37687.

2018 : 24 mai; 2019 : 15 mars.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Leurre — Opération d'infiltration policière — Présomption de croyance relative à l'âge — Accusations de leurre portées contre l'accusé après qu'il a communiqué en ligne avec une policière se faisant passer pour une fille de 14 ans — Contestation par l'accusé de la constitutionnalité de la disposition du Code criminel établissant la présomption selon laquelle, si la personne avec qui il communiquait lui a été présentée comme n'ayant pas atteint l'âge fixé, il est présumé l'avoir crue telle, sauf preuve contraire — La présomption viole-t-elle le droit de l'accusé d'être présumé innocent? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 172.1(3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Leurre — Opération

sting operation — Accused charged with child luring after communicating online with police officer posing as 14-year-old girl — Accused contesting constitutionality of Criminal Code provision barring him from raising as defence that he believed person with whom he was communicating was of legal age unless he took reasonable steps to ascertain person's age — Whether reasonable steps requirement deprives accused of liberty in violation of principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 172.1(4).

M posted an advertisement online in the “Casual Encounters” section on Craigslist, with the title “Daddy looking for his little girl — m4w — 45 (Brampton)”. A police officer, posing as a 14-year-old girl named Mia, responded to the ad. In conversations taking place over the span of more than two months, M invited “Mia” to touch herself sexually and proposed that they meet to engage in sexual activity. These communications led to M being charged with child luring under s. 172.1(1)(b) of the *Criminal Code*, which prohibits communicating, by means of telecommunication, with a person who is, or who the accused believes is, under the age of 16 for the purposes of facilitating the commission of certain designated offences against that person — here, the offence of invitation to sexual touching directed at a person under the age of 16 contrary to s. 152 of the *Criminal Code*.

At trial, M challenged the constitutionality of three subsections of the child luring provisions: s. 172.1(2)(a), (3), and (4) of the *Criminal Code*. First, he argued that s. 172.1(3) (which provides that if the person with whom the accused was communicating (“other person”) was represented to the accused as being underage, then the accused is presumed to have believed that representation absent evidence to the contrary) violated his right to be presumed innocent under s. 11(d) of the *Charter*. Second, he argued that s. 172.1(4) (which bars an accused from raising, as a defence, that he or she believed the other person was of legal age, unless the accused took reasonable steps to ascertain the other person's age) violated his rights under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Third, he argued that s. 172.1(2)(a) (which prescribes a mandatory minimum sentence of one year's imprisonment if the Crown proceeds by way of indictment) violated his right not to be subjected to cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter*. The trial judge accepted M's submission

d'infiltration policière — Accusations de leurre portées contre l'accusé après qu'il a communiqué en ligne avec une policière se faisant passer pour une fille de 14 ans — Contestation par l'accusé de la constitutionnalité de la disposition du Code criminel l'empêchant d'invoquer en défense qu'il croyait que la personne avec qui il communiquait avait atteint l'âge légal sauf s'il a pris des mesures raisonnables pour s'assurer de son âge — L'obligation de prendre des mesures raisonnables porte-t-elle atteinte au droit à la liberté de l'accusé d'une manière qui contrevient aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 172.1(4).

M a publié une annonce en ligne sur Craigslist dans la section « Brèves rencontres », portant le titre « Papa recherche sa petite fille — H ch F — 45 (Brampton) ». Une policière, se faisant passer pour une fille de 14 ans dénommée Mia, a répondu à l'annonce. Lors de conversations qui ont eu lieu sur une période de plus de deux mois, M a invité « Mia » à se toucher de manière sexuelle et lui a proposé qu'ils se rencontrent pour se livrer à des activités sexuelles. Ces communications ont conduit à des accusations de leurre portées contre M au titre de l'al. 172.1(1)b du *Code criminel*, qui interdit à quiconque de communiquer, par un moyen de télécommunication, avec une personne âgée de moins de 16 ans ou qu'il croit telle, en vue de faciliter la perpétration à son égard de certaines infractions énumérées — en l'espèce, l'infraction d'incitation à des contacts sexuels visant un enfant âgé de moins de 16 ans en contravention de l'art. 152 du *Code criminel*.

Au procès, M a contesté la constitutionnalité de trois dispositions de l'article portant sur le leurre : l'al. 172.1(2)a) et les par. 172.1(3) et (4) du *Code criminel*. Premièrement, il a fait valoir que le par. 172.1(3) (qui prévoit que, si la personne avec qui l'accusé communiquait (« l'autre personne ») a été présentée à l'accusé comme n'ayant pas atteint l'âge fixé, ce dernier est présumé l'avoir crue telle, sauf preuve contraire) violait son droit à la présomption d'innocence garanti par l'al. 11d) de la *Charte*. Deuxièmement, il a affirmé que le par. 172.1(4) (qui interdit à l'accusé d'invoquer en défense qu'il croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal, à moins d'avoir pris des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de l'autre personne) violait ses droits garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Troisièmement, il a soutenu que l'al. 172.1(2)a) (qui fixe une peine d'emprisonnement minimale obligatoire d'un an si la Couronne procède par mise en accusation) violait son droit à la protection contre toutes peines cruelles et inusitées garanti

with respect to s. 172.1(3) and held it to be of no force and effect. However, he held that s. 172.1(4) complied with the *Charter* and was constitutionally valid, and he convicted M on the basis that he had not taken reasonable steps to ascertain “Mia’s” age. At sentencing, he concluded that the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) was grossly disproportionate when applied to M and therefore violated s. 12 of the *Charter*. He sentenced M to four months’ imprisonment and probation for a year. The Ontario Court of Appeal unanimously upheld M’s conviction and sentence and each of the trial judge’s conclusions on the three constitutional questions. The Crown appeals the Court of Appeal’s decision with respect to s. 172.1(2)(a) and (3). M cross-appeals, now submitting that s. 172.1(4) is unconstitutional because it allows for a conviction on the basis of objective fault, notwithstanding the high stigma and severe punishment attached to a conviction for child luring, thereby violating the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*.

Held (Abella J. dissenting in part): The appeal and cross-appeal should be allowed in part. Section 172.1(3) of the *Criminal Code* should be declared to be of no force or effect. The accused’s conviction should be set aside and a new trial should be ordered.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.: Section 172.1(3) of the *Criminal Code* infringes s. 11(d) of the *Charter*, and that infringement cannot be saved under s. 1. It is therefore of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Section 172.1(4) of the *Criminal Code* does not infringe s. 7 of the *Charter*. However, the lower courts erred in their reading of the reasonable steps requirement under s. 172.1(4), and therefore M’s conviction should be set aside and a new trial should be ordered. In view of the lower courts’ errors with respect to the reasonable steps requirement, any final determination as to the constitutionality of s. 172.1(2)(a) should be remitted to the presiding judge at M’s new trial, should he be convicted again.

par l’art. 12 de la *Charte*. Le juge du procès a retenu l’argument de M relatif au par. 172.1(3) et a conclu que ce paragraphe était inopérant. Cependant, il a conclu que le par. 172.1(4) était conforme à la *Charte* et donc constitutionnel, et il a déclaré M coupable au motif qu’il n’avait pas pris de mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de « Mia ». Lors de la détermination de la peine, le juge du procès a conclu que la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 172.1(2)a) était exagérément disproportionnée dans le cas de M et violait ainsi l’art. 12 de la *Charte*. Il a condamné M à une peine d’emprisonnement de quatre mois et à une probation d’un an. La Cour d’appel de l’Ontario a confirmé à l’unanimité la déclaration de culpabilité et la peine de M ainsi que chacune des conclusions du juge du procès sur les trois questions constitutionnelles. La Couronne se pourvoit contre l’arrêt de la Cour d’appel concernant l’al. 172.1(2)a) et le par. 172.1(3). M interjette un pourvoi incident, dans lequel il fait maintenant valoir que le par. 172.1(4) est inconstitutionnel parce qu’il permet de déclarer l’accusé coupable sur le fondement d’une faute objective, sans égard à la forte stigmatisation et à la peine sévère associées à une déclaration de culpabilité pour leurre, violant ainsi les principes de justice fondamentale consacrés par l’art. 7 de la *Charte*.

Arrêt (la juge Abella est dissidente en partie) : Le pourvoi et le pourvoi incident sont accueillis en partie. Le paragraphe 172.1(3) du *Code criminel* est déclaré inopérant. La déclaration de culpabilité de l’accusé est annulée et un nouveau procès est ordonné.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin : Le paragraphe 172.1(3) du *Code criminel* contrevient à l’al. 11d) de la *Charte*, et cette contravention ne peut être justifiée au regard de l’article premier. Il est donc inopérant par application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 172.1(4) du *Code criminel* ne contrevient pas à l’art. 7 de la *Charte*. Toutefois, les tribunaux de juridictions inférieures ont commis une erreur lorsqu’ils ont interprété l’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4), et par conséquent, la déclaration de culpabilité prononcée contre M est annulée et la tenue d’un nouveau procès est ordonnée. Compte tenu des erreurs commises par les tribunaux de juridictions inférieures concernant l’obligation de prendre des mesures raisonnables, il vaut mieux laisser au juge présidant le nouveau procès de M le soin de trancher définitivement la question de la constitutionnalité de l’al. 172.1(2)a), dans le cas où il serait à nouveau déclaré coupable.

The presumption under s. 172.1(3) of the *Criminal Code* offends s. 11(d) of the *Charter*. In the context of a sting operation where there is no underage person, s. 172.1(1)(b) of the *Criminal Code* stipulates that in order to secure a conviction, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that, among other things, the accused believed the other person was under the age of 16. Subsection 172.1(3), however, creates a presumption that proof that the other person was represented to the accused as being under 16 will, absent evidence to the contrary, stand in for proof of the essential element that the accused believed the other person was under 16. A presumption will comply with s. 11(d) of the *Charter* solely if proof of the substituted fact leads inexorably to the existence of the essential element it replaces. The nexus requirement for demonstrating that a statutory presumption does not offend the presumption of innocence is strict: the connection between proof of the substituted fact and the existence of the essential element it replaces must be nothing less than inexorable. An inexorable link is one that necessarily holds true in all cases. Here, the mere fact that a representation of age was made to the accused does not lead inexorably to the conclusion that the accused believed that representation, even absent evidence to the contrary. Where a representation of age is made online, the trier of fact could still be left with a reasonable doubt at the close of the Crown's case as to whether the accused believed the other person was underage — despite this, the accused's belief that the other person was underage would be deemed to be established beyond a reasonable doubt by virtue of s. 172.1(3). This contravenes the presumption of innocence.

The infringement of s. 11(d) of the *Charter* by s. 172.1(3) of the *Criminal Code* cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. The parties agree that s. 172.1(3) has a pressing and substantial objective and the *Charter* limit it creates is rationally connected to that objective. However, it fails the minimal impairment test. The Crown has failed to establish that, absent the presumption, the child luring provision cannot operate effectively. Where the other person is represented to the accused as being underage, the trier of fact can, on the basis of evidence, draw a logical, common sense inference that the accused believed that representation. In addition, the deleterious effects of the presumption outweigh its salutary effects. Although the presumption may ease the Crown's burden of proving its case, prosecutorial convenience and

La présomption établie au par. 172.1(3) du *Code criminel* contrevient à l'al. 11d) de la *Charte*. Dans le contexte d'une opération d'infiltration où il n'y a pas réellement une personne n'ayant pas atteint l'âge fixé, l'al. 172.1(1)b) du *Code criminel* dispose que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable, entre autres, que l'accusé croyait que l'autre personne était âgée de moins de 16 ans. Toutefois, le par. 172.1(3) établit une présomption selon laquelle la preuve que l'autre personne a été présentée à l'accusé comme ayant moins de 16 ans remplacera, sauf preuve contraire, la preuve de l'élément essentiel que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas encore 16 ans. Une présomption ne sera conforme à l'al. 11d) de la *Charte* que si la preuve du fait substitué mène inexorablement à l'existence de l'élément essentiel qu'il remplace. L'exigence d'établir un lien pour démontrer qu'une présomption législative ne contrevient pas à la présomption d'innocence est stricte : le lien entre la preuve du fait substitué et l'existence de l'élément essentiel qu'il remplace ne doit être rien de moins qu'inexorable. Un lien inexorable est un lien qui demeure nécessairement valable dans tous les cas. En l'espèce, le simple fait qu'une personne ait été présentée à l'accusé comme ayant un certain âge ne conduit pas inexorablement à la conclusion que ce dernier l'a crue telle, même en l'absence d'une preuve contraire. Lorsqu'une personne se présente en ligne comme ayant un certain âge, la question de savoir si l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé pourrait toujours soulever un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits à la clôture de la preuve de la Couronne — malgré cela, la croyance de l'accusé que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé serait réputée établie hors de tout doute raisonnable par application du par. 172.1(3), ce qui contrevient à la présomption d'innocence.

La contravention de l'al. 11d) de la *Charte* par le par. 172.1(3) du *Code criminel* ne peut être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Les parties conviennent que le par. 172.1(3) sert un objectif urgent et réel et que la restriction au droit garanti par la *Charte* qu'il crée a un lien rationnel avec cet objectif. Toutefois, il ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale. La Couronne n'a pas démontré que, en l'absence de la présomption, la disposition en matière de leurre ne peut être efficace. Lorsque l'autre personne est présentée à l'accusé comme n'ayant pas atteint l'âge fixé, le juge des faits peut, en se fondant sur la preuve, tirer une inférence logique et conforme au bon sens que l'accusé la croyait telle. De plus, les effets préjudiciables de la présomption l'emportent sur ses effets bénéfiques. Bien que la présomption puisse

expediency cannot justify the risk of convicting the innocent that it creates.

The reasonable steps requirement under s. 172.1(4) of the *Criminal Code* does not violate s. 7 of the *Charter*. This requirement does not, in the absence of the presumption under s. 172.1(3), allow for a conviction where the Crown has only proven that the accused failed to take reasonable steps to ascertain the other person's age, contrary to the approach taken by the trial judge and endorsed by the Court of Appeal. Rather, there is only one pathway to conviction available: the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage. By expressly including a presumption under s. 172.1(3) as to the accused's belief in this regard — albeit a presumption which has been found to be unconstitutional — Parliament signalled that the requirement of proving belief is essential in the context of a police sting operation where there is no underage person. Subsection 172.1(4) does not make this requirement any less essential. In the absence of the presumption under s. 172.1(3), it bars accused persons from raising, as a defence, that they believed the other person was of legal age where they failed to take reasonable steps to ascertain the other person's age. Consequently, if the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused did not take reasonable steps, then the trier of fact is precluded from considering the defence that the accused believed the other person to be of legal age. But that does not relieve the Crown of its ultimate burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage. Thus, if the trier of fact can only conclude from the evidence that the accused was negligent or reckless with regard to the other person's age, the Crown has not met its burden, and the accused is entitled to an acquittal, since negligence and recklessness are states of mind that do not entail any concrete belief about the other person's age. An accused cannot be convicted merely for failing to establish a defence; rather, a conviction will be sustained only where the Crown is able to negate a properly raised defence and show, on the evidence as a whole, that all of the essential elements of the offence in question have been proved beyond a reasonable doubt. In the case of child luring, s. 172.1(4) does not create a situation in which an accused may be convicted on the basis of simple negligence — namely, in this context, a failure to take reasonable steps. Rather, only subjective *mens rea* — in this case, belief — will suffice. In the instant case, the trial judge entered a guilty verdict on a basis that was legally unsound — he found

alléger le fardeau de la Couronne quant à sa preuve, la commodité de cette présomption pour le poursuivant et l'efficacité ne peuvent justifier le risque qu'elle crée de déclarer un innocent coupable.

L'obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) du *Code criminel* ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*. Cette obligation ne permet pas, en l'absence de la présomption établie au par. 172.1(3), qu'un accusé soit déclaré coupable lorsque la Couronne a seulement prouvé que l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de l'autre personne, contrairement à la façon de procéder adoptée par le juge du procès et à laquelle a souscrit la Cour d'appel. Il n'existe plutôt qu'une seule voie pouvant conduire à une déclaration de culpabilité : la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. En incluant expressément une présomption au par. 172.1(3) en ce qui a trait à la croyance de l'accusé à cet égard — encore qu'il s'agisse d'une présomption qui a été déclarée inconstitutionnelle — le législateur a signalé que l'exigence de prouver la croyance est essentielle dans le contexte d'une opération d'infiltration policière à laquelle aucune personne n'ayant pas atteint l'âge fixé ne participe. Le paragraphe 172.1(4) ne rend pas cette exigence moins essentielle. En l'absence de la présomption établie au par. 172.1(3), cette disposition a pour effet d'empêcher les accusés de soulever, comme moyen de défense, le fait qu'ils croyaient que l'autre personne avait atteint l'âge légal, dans les cas où ils ont omis de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de son âge. Par conséquent, si la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables, le juge des faits ne peut alors pas examiner le moyen de défense selon lequel l'accusé croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal. Mais cela ne dispense pas la Couronne de son fardeau ultime consistant à prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. Ainsi, si le juge des faits peut uniquement conclure, en fonction de la preuve, que l'accusé a fait preuve de négligence ou d'insouciance relativement à l'âge de l'autre personne, la Couronne ne se sera pas acquittée de son fardeau et l'accusé aura droit à un acquittement, parce que la négligence et l'insouciance constituent des états d'esprit qui n'entraînent pas une réelle croyance au sujet de l'âge de l'autre personne. Un accusé ne peut pas être déclaré coupable du simple fait qu'il n'a pas su établir de défense; il ne pourra être déclaré coupable que si la Couronne parvient à renverser une défense dûment invoquée et à établir, au vu de l'ensemble de la preuve, que tous les éléments essentiels de l'infraction en cause ont été prouvés hors de tout doute

M guilty on the basis that he had failed to take reasonable steps to ascertain “Mia’s” age. For the trial judge to have properly convicted M, he would have had to be satisfied beyond a reasonable doubt that M believed “Mia” was under the age of 16.

In the absence of s. 172.1(3), which has been found to be of no force and effect, the Crown can no longer secure a conviction in the context of a police sting where there is no underage person by proving that the accused failed to take reasonable steps to ascertain the other person’s age once a representation as to age was made. Instead, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage. To meet its burden, the Crown must show that the accused either (1) believed the other person was underage or (2) was wilfully blind as to whether the other person was underage. The second alternative is legally equivalent to the first. Conversely, a showing that the accused was merely reckless, rather than wilfully blind, as to whether the other person was underage will not ground a conviction. The “reasonable steps” that the accused is required to take under s. 172.1(4) are steps that a reasonable person, in the circumstances known to the accused at the time, would take to ascertain the other person’s age. The reasonable steps requirement therefore has both objective and subjective dimensions: the steps must be objectively reasonable, and the reasonableness of those steps must be assessed in light of the circumstances known to the accused at the time. Reasonable steps are meaningful steps that provide information reasonably capable of supporting the accused’s belief that the other person was of legal age. Relatedly, if the accused takes some initial steps that could reasonably support a belief that the other person is of legal age, but red flags are subsequently raised suggesting he or she may not be, then the accused may be required to take additional steps to ascertain the other person’s age. The requirement is an ongoing one. Reasonable steps need not be active. There is no compelling reason, whether in a sting context or otherwise, for foreclosing the notion that arguably passive conduct — such as the receipt and consideration of unsolicited information — could provide information reasonably capable of supporting the accused’s belief that the

raisonnable. Dans le cas du leurre, le par. 172.1(4) ne crée pas une situation dans laquelle un accusé peut être déclaré coupable en raison de la simple négligence — en l’espèce, le défaut de prendre des mesures raisonnables. Il n’y a plutôt que la *mens rea* subjective — en l’espèce, la croyance — qui sera suffisante. Dans la présente affaire, le juge du procès a inscrit un verdict de culpabilité à partir d’un fondement non valide en droit — il a déclaré M coupable au motif qu’il n’avait pas pris de mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de « Mia ». Pour que la déclaration de culpabilité prononcée par le juge du procès à l’égard de M ait été valide, il aurait dû avoir été convaincu hors de tout doute raisonnable que M croyait que « Mia » était âgée de moins de 16 ans.

En l’absence de la présomption établie au par. 172.1(3), qui a été déclarée inopérante, la Couronne ne peut plus obtenir une déclaration de culpabilité, dans le contexte d’une opération d’infiltration policière à laquelle aucune personne n’ayant pas atteint l’âge fixé ne participe, en démontrant que l’accusé a omis de prendre des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne dès que cette dernière a été présentée comme ayant un certain âge. La Couronne doit plutôt prouver hors de tout doute raisonnable que l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé. Pour s’acquitter de son fardeau, la Couronne doit démontrer (1) que l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé ou (2) qu’il a fait preuve d’aveuglement volontaire quant à savoir si l’autre personne avait ou non atteint l’âge fixé. Les deux possibilités s’équivalent en droit. À l’inverse, le fait de démontrer que l’accusé a fait preuve de simple insouciance, plutôt que d’aveuglement volontaire, quant à savoir si l’autre personne avait atteint ou non l’âge fixé, ne pourra servir de fondement à une déclaration de culpabilité. Les « mesures raisonnables » que l’accusé doit prendre pour l’application du par. 172.1(4) sont les mesures qu’une personne raisonnable prendrait, dans les circonstances dont l’accusé avait alors connaissance, pour s’assurer de l’âge de l’autre personne. L’obligation de prendre des mesures raisonnables comporte donc à la fois une dimension objective et une dimension subjective : les mesures doivent être objectivement raisonnables, et le caractère raisonnable de ces mesures doit être apprécié au regard des circonstances dont l’accusé avait alors connaissance. Les mesures raisonnables sont les mesures valables qui permettent l’obtention de renseignements pouvant raisonnablement appuyer la croyance de l’accusé selon laquelle l’autre personne avait atteint l’âge légal. Dans le même ordre d’idées, si l’accusé prend quelques mesures initiales qui pourraient raisonnablement appuyer une croyance selon laquelle l’autre personne a atteint l’âge légal, mais que

other person was of legal age. Further, the accused is not required to exhaust all potential reasonable steps in order to invoke the defence. The reasonable steps requirement should be applied with a healthy dose of common sense. The approach to assessing reasonable steps is a highly contextual one that accounts for the setting in which the communications take place: the Internet.

Accordingly, the defence that the accused believed the other person was of legal age operates in practice as follows: (1) in order to raise the defence, the accused bears the evidentiary burden of pointing to some evidence from which it may be found that he or she took reasonable steps and honestly believed the other person was of legal age — the accused must show that the defence has an air of reality; (2) if the accused discharges his or her evidentiary burden, the defence is left with the trier of fact, and the Crown then bears the persuasive burden of disproving the defence beyond a reasonable doubt; and (3) regardless of whether the defence can be considered, the trier of fact must ultimately determine whether the Crown has proven beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage. Thus, whether the accused is convicted or acquitted does not hinge on whether the accused took reasonable steps; it hinges on whether the Crown can prove culpable belief beyond a reasonable doubt. Where an accused has failed to take reasonable steps, the trial judge must instruct the jury that the accused's evidence that he or she believed the other person was of legal age cannot be considered in determining whether the Crown has proven its case beyond a reasonable doubt. Where reasonable steps have not been taken, an accused's evidence that he or she believed the other person was of legal age is without any value, and the jury cannot rely on that evidence when assessing the strength of the Crown's case. In that event, the sole question the jury must consider is whether — on the whole of the evidence, including the evidence relating to the accused's failure to take reasonable steps — the Crown has established,

des signaux d'alarme donnant à penser que ce n'est pas le cas apparaissent subséquemment, l'accusé pourrait alors devoir prendre des mesures additionnelles pour s'assurer de l'âge de l'autre personne. L'obligation est donc continue. Les mesures raisonnables ne sont pas nécessairement des mesures actives. Aucune raison impérieuse ne commande de limiter, dans un contexte d'infiltration policière ou autre, la notion suivant laquelle les mesures que l'on pourrait qualifier de passives — comme la réception et l'examen de renseignements non sollicités — peuvent se solder par l'obtention de renseignements pouvant raisonnablement appuyer la croyance de l'accusé que l'autre personne avait atteint l'âge légal. De plus, l'accusé n'a pas l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables possibles pour invoquer le moyen de défense. L'obligation de prendre des mesures raisonnables doit être appliquée avec une généreuse dose de bon sens. La méthode pour apprécier les mesures raisonnables dépend largement du contexte et tient compte du cadre dans lequel les communications ont lieu : Internet.

Par conséquent, le moyen de défense selon lequel l'accusé croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal fonctionnerait, en pratique, de la manière suivante : (1) pour que l'accusé puisse soulever le moyen de défense, il lui incombe de faire ressortir en preuve certains éléments qui permettraient de conclure qu'il a pris des mesures raisonnables et qu'il croyait honnêtement que l'autre personne avait atteint l'âge légal — l'accusé doit démontrer que le moyen de défense est vraisemblable; (2) si l'accusé s'acquitte de son fardeau de présentation, le moyen de défense est soumis au juge des faits, et la Couronne a alors le fardeau de persuasion de réfuter hors de tout doute raisonnable le moyen de défense; et (3) sans égard à la question de savoir si le moyen de défense peut être examiné, le juge des faits doit ultimement juger si la Couronne a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. Ainsi, au bout du compte, le fait que l'accusé soit déclaré coupable ou acquitté ne dépend pas de la question de savoir s'il a pris des mesures raisonnables; cela repose sur celle de savoir si la Couronne peut prouver la croyance coupable hors de tout doute raisonnable. Lorsque l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables, le juge de première instance doit donner comme directive au jury de ne pas prendre en compte la preuve de l'accusé tendant à montrer qu'il croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal pour décider si la Couronne a établi la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Dans les cas où l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables, la preuve selon laquelle ce dernier croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal n'a aucune valeur, et le jury ne peut s'en

beyond a reasonable doubt, that the accused believed the other person was underage.

It would be unwise to rule on the constitutional validity of the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) of the *Criminal Code* in this appeal since the courts below proceeded on the mistaken understanding that M could be convicted on the basis of his failure to take reasonable steps, and their conclusions on the s. 12 issue rested, at least in part, on this mistaken understanding. Furthermore, the parties did not have the opportunity to make submissions on this matter with the benefit of a clear statement from the Court as to the *mens rea* required for a conviction.

Per Karakatsanis J.: There is agreement with the majority regarding the proper interpretation and constitutionality of ss. 172.1(3) and (4) of the *Criminal Code* and that the conviction should be set aside and a new trial ordered. However, it is incumbent on the Court to address the issue of the constitutionality of the mandatory minimum punishment set out in s. 172.1(2)(a) of the *Criminal Code* in this case. Otherwise M, as well as other individuals convicted of a child luring offence by way of indictment, may find themselves subject to a mandatory minimum sentence that is constitutionally unsound.

The mandatory minimum sentence in s. 172.1(2)(a) violates s. 12 of the *Charter* and is not saved by s. 1. Section 172.1(2)(a) should therefore be declared to be of no force and effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. To determine whether a mandatory minimum sentence imposes a grossly disproportionate punishment and thereby qualifies as cruel and unusual punishment, the mandatory minimum sentence for the relevant offence is compared to the fit and proportionate sentence that would otherwise be mandated by the sentencing principles found in the *Criminal Code*. If, in a reasonably foreseeable case, imposing the mandatory minimum would result in a grossly disproportionate sentence, then the mandatory minimum violates s. 12. When assessing a mandatory minimum in the context of reasonably foreseeable cases, it will often be helpful to consider previously reported cases. In addition, judges should be guided by their judicial experience and need not limit their inquiry to only the facts

servir pour évaluer la solidité de la preuve de la Couronne. Dans ce cas, la seule question que le jury doit examiner est de savoir si — selon l'ensemble de la preuve, y compris les éléments de preuve relatifs au défaut de l'accusé de prendre des mesures raisonnables — la Couronne a établi, hors de tout doute raisonnable, que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé.

Il serait peu judicieux de statuer sur la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a) du *Code criminel* dans le cadre du présent pourvoi parce que les cours de juridictions inférieures sont parties du principe erroné que M pouvait être déclaré coupable sur le fondement de son défaut de prendre des mesures raisonnables, et leurs conclusions sur la question de l'art. 12 reposaient, du moins en partie, sur ce raisonnement erroné. De plus, les parties n'ont pas eu l'occasion de présenter des observations sur cette question en disposant d'un énoncé clair de la Cour quant à la *mens rea* requise pour une déclaration de culpabilité.

La juge Karakatsanis : Il y a accord avec les juges majoritaires sur l'interprétation à donner aux par. 172.1(3) et (4) du *Code criminel* et la constitutionnalité de ces dispositions, ainsi que sur la conclusion selon laquelle la déclaration de culpabilité devrait être annulée et la tenue d'un nouveau procès ordonnée. Il incombe cependant à la Cour d'examiner la question de la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a) du *Code criminel*, à défaut de quoi M, comme d'autres individus reconnus coupables de l'infraction de leurre punissable par voie de mise en accusation, pourrait se voir condamné à une peine minimale obligatoire invalide sur le plan constitutionnel.

La peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a) viole l'art. 12 de la *Charte* et ne peut être justifiée au regard de l'article premier. L'alinéa 172.1(2)a) devrait par conséquent être déclaré inopérant par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour juger si une peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée et, partant, peut être qualifiée de cruelle et inusitée, la peine minimale obligatoire relative à l'infraction en cause est comparée à la peine juste et proportionnée que commanderait l'application des principes de détermination de la peine établis par le *Code criminel*. Si l'infliction de la peine minimale obligatoire donnait lieu à une peine exagérément disproportionnée dans un cas raisonnablement prévisible, la peine minimale obligatoire viole l'art. 12. Lorsqu'on évalue une peine minimale obligatoire au regard des cas raisonnablement prévisibles, il est souvent utile d'examiner les décisions publiées. Par ailleurs, les juges devraient suivre leur expérience judiciaire, et ils ne

of reported cases. The thrust of the s. 12 inquiry focuses on reasonably foreseeable applications of the law. Courts are required to consider the scope of the offence, the types of activities it penalizes and the reasonably foreseeable circumstances in which it may arise.

Given the gravity of the offence of child luring, there is no doubt that, in many cases, the appropriate sentence will be a term of imprisonment that falls within the range contemplated by s. 172.1(2)(a). However, the offence casts a wide net since it can be committed in various ways, under a broad array of circumstances and by individuals with a wide range of moral culpability. This increases the likelihood of the provision catching individuals whose conduct will not warrant punishment remotely close to that required by the mandatory minimum sentence. Indeed, the s. 172.1(1) jurisprudence demonstrates that the fit and proportionate sentence can be significantly less than the one-year mandatory minimum term of imprisonment required by the *Criminal Code*.

Furthermore, s. 172.1(1) is a hybrid offence with a disparity between the mandatory minimum sentences for individuals guilty of child luring on summary conviction and those guilty on indictment. This strongly suggests that the one-year mandatory minimum for an individual guilty of child luring on indictment violates s. 12 of the *Charter*. The 90-day mandatory minimum for summary conviction offences clearly demonstrates that Parliament understood that, in certain circumstances, a sentence far below that required by the one-year mandatory minimum would be appropriate. Sentencing someone to one year in jail when the fit and proportionate sentence would be 90 days or less is intolerable and would be shocking to Canadians. It is a cruel and unusual punishment that violates s. 12 of the *Charter* and does not represent a justifiable infringement under s. 1 of the *Charter*.

Per Abella J. (dissenting in part): M's conviction should be set aside and an acquittal ordered.

The reasonable steps requirement in s. 172.1(4) constitutes an infringement of the right to make full answer and defence and the presumption of innocence under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, eroding these rights in a way that

sont pas tenus de restreindre leur analyse aux faits des décisions publiées. L'idée maîtresse de l'examen fondé sur l'art. 12 porte essentiellement sur les applications raisonnablement prévisibles de la disposition législative. Les tribunaux sont tenus de considérer la portée de l'infraction, les types d'activités qu'elle sanctionne et les circonstances raisonnablement prévisibles dans lesquelles elle peut survenir.

Étant donné la gravité de l'infraction de leurre, il ne fait aucun doute que, dans bien des cas, la peine appropriée sera une peine d'emprisonnement dont la durée s'inscrit dans le cadre prévu à l'al. 172.1(2)a). Cependant, l'infraction ratisse large, puisqu'elle peut être commise de plusieurs façons, dans des circonstances très variées et par des personnes qui peuvent avoir divers degrés de culpabilité morale, ce qui augmente la probabilité que tombent dans ses mailles des individus dont la conduite ne justifie aucunement l'infliction de la peine minimale obligatoire. En effet, la jurisprudence relative au par. 172.1(1) démontre qu'une peine juste et proportionnée peut être beaucoup moins lourde que la peine d'emprisonnement minimale obligatoire d'un an requise par le *Code criminel*.

De plus, le par. 172.1(1) est une infraction mixte présentant une disparité entre les peines minimales obligatoires pour les personnes coupables de leurre sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou celles coupables sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, ce qui tend fortement à indiquer que la peine d'emprisonnement minimale obligatoire d'un an pour une personne coupable de leurre sur déclaration de culpabilité par mise en accusation viole l'art. 12 de la *Charte*. L'existence de la peine minimale obligatoire de 90 jours pour les infractions punissables par procédure sommaire montre clairement que le législateur comprenait que, dans certaines situations, des peines beaucoup moins lourdes que la peine d'emprisonnement minimale obligatoire d'un an seraient appropriées. Condamner une personne à un an de prison, lorsque la peine juste et appropriée serait un emprisonnement de 90 jours — ou une peine moins lourde encore —, est intolérable et serait choquant pour les Canadiens. Il s'agit d'une peine cruelle et inusitée qui viole l'art. 12 de la *Charte* et cette atteinte ne peut être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

La juge Abella (dissidente en partie) : La déclaration de culpabilité prononcée contre M devrait être annulée et un acquittement devrait être ordonné.

L'obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) constitue une atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière et au droit à la présomption d'innocence garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*,

risks convicting the innocent. It is therefore unconstitutional. Striking down the presumption under s. 172.1(3) does not eliminate a second, objective path to conviction since under s. 172.1(4), a conviction is available if the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps to ascertain the communicant's age.

To constitute child luring, the accused must believe the communicant to be a child. Given the anonymous and unverifiable nature of online identities, the requirement to take "reasonable steps" to ascertain age in s. 172.1(4) may impose a nearly insurmountable barrier to the accused's ability to raise and defend his or her own innocent belief. Moreover, additional communications made in an effort to ascertain age can put the accused at a heightened risk of being inculpated in the offence of child luring because of the inherent similarity between evidence going to reasonable steps and evidence of child luring in the Internet context. The result of the reasonable steps requirement in s. 172.1(4) is therefore to render illusory the accused's ability to allege an honest but mistaken belief in age. This constitutes an interference with the accused's fundamental right to make full answer and defence under s. 7 and the presumption of innocence under s. 11(d). Section 172.1(4) cannot be saved under s. 1 of the *Charter*, since the harmful effects of the reasonable steps requirement outweigh any salutary impact.

Cases Cited

By Moldaver J.

Applied: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **considered:** *R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3; *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021; **referred to:** *R. v. Legare*, 2009 SCC 56, [2009] 3 S.C.R. 551; *R. v. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Audet*, [1996] 2 S.C.R. 171; *R. v. Pengelley*, 2010 ONSC 5488, 261 C.C.C. (3d) 93; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731; *R. v. Creighton*, [1993] 3

et elle érode ces droits d'une manière qui risque de faire déclarer coupables des personnes innocentes. Elle est, en conséquence, inconstitutionnelle. L'invalidation de la présomption établie au par. 172.1(3) n'a pas pour effet d'éliminer une seconde voie — objective — pouvant conduire à une déclaration de culpabilité puisque, par application du par. 172.1(4), un accusé peut être déclaré coupable si la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a omis de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de l'interlocuteur.

Pour que les communications constituent un leurre, il est essentiel que l'accusé croie que l'interlocuteur est un enfant. Compte tenu du caractère anonyme et invérifiable des identités en ligne, l'obligation de prendre des « mesures raisonnables » pour s'assurer de l'âge, visée au par. 172.1(4), peut imposer un obstacle quasiment infranchissable à la capacité de l'accusé d'invoquer en défense sa croyance de bonne foi. Qui plus est, les communications supplémentaires faites dans le but de s'assurer de l'âge peuvent faire courir à l'accusé un risque accru d'être inculpé de l'infraction de leurre en raison de la similitude inhérente de la preuve relative à la prise de mesures raisonnables et de celle du leurre par Internet. L'obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) a donc pour conséquence de rendre illusoire la possibilité pour un accusé de faire valoir une croyance honnête, quoiqu'erronée, à l'âge. Il s'agit là d'une atteinte au droit fondamental de présenter une défense pleine et entière que l'art. 7 garantit à l'accusé et à la présomption d'innocence que lui garantit l'al. 11d). Le paragraphe 172.1(4) ne peut être sauvegardé en application de l'article premier de la *Charte* puisque les effets préjudiciables de l'obligation de prendre des mesures raisonnables l'emportent sur tout effet bénéfique qu'elle pourrait avoir.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêt appliqué : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts examinés :** *R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3; *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021; **arrêts mentionnés :** *R. c. Legare*, 2009 CSC 56, [2009] 3 R.C.S. 551; *R. c. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171; *R. c. Pengelley*, 2010 ONSC 5488, 261 C.C.C. (3d) 93; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731; *R.*

S.C.R. 3; *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521; *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610; *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440; *R. v. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481; *R. v. Thain*, 2009 ONCA 223, 243 C.C.C. (3d) 230; *R. v. Ghotra*, 2016 ONSC 1324, 334 C.C.C. (3d) 222; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Morrisey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. EJB*, 2018 ABCA 239, 72 Alta. L.R. (6th) 29; *R. v. Hood*, 2018 NSCA 18, 45 C.R. (7th) 269.

By Karakatsanis J.

Referred to: *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Morrisey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3; *R. v. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173; *R. v. Jarvis* (2006), 211 C.C.C. (3d) 20; *R. v. Folino*, 2005 ONCA 258, 77 O.R. (3d) 641; *R. v. Woodward*, 2011 ONCA 610, 107 O.R. (3d) 81; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Legare*, 2009 SCC 56, [2009] 3 S.C.R. 551; *R. v. Rafiq*, 2015 ONCA 768, 342 O.A.C. 193; *R. v. Hood*, 2018 NSCA 18, 409 C.R.R. (2d) 70; *R. v. S. (S.)*, 2014 ONCJ 184, 307 C.R.R. (2d) 147; *R. v. Crant*, 2017 ONCJ 192; *R. v. Read*, 2008 ONCJ 732; *R. v. Dehesh*, [2010] O.J. No. 2817; *R. v. El-Jamel*, 2010 ONCA 575, 261 C.C.C. (3d) 293; *R. v. B. and S.*, 2014 BCPC 94; *R. v. Danielson*, 2013 ABPC 26; *R. v. Pelletier*, 2013 QCCQ 10486.

By Abella J. (dissenting in part)

R. v. Legare, 2009 SCC 56, [2009] 3 S.C.R. 551; *R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *R. v. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173; *R. v. Gibson*, 2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397; *R. v. Boucher*, 2005 SCC 72, [2005] 3 S.C.R. 499; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R.

c. Creighton, [1993] 3 R.C.S. 3; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610; *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440; *R. c. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481; *R. c. Thain*, 2009 ONCA 223, 243 C.C.C. (3d) 230; *R. c. Ghotra*, 2016 ONSC 1324, 334 C.C.C. (3d) 222; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *R. c. Morrisey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. EJB*, 2018 ABCA 239, 72 Alta. L.R. (6th) 29; *R. c. Hood*, 2018 NSCA 18, 45 C.R. (7th) 269.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Morrisey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3; *R. c. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173; *R. c. Jarvis* (2006), 211 C.C.C. (3d) 20; *R. c. Folino*, 2005 ONCA 258, 77 O.R. (3d) 641; *R. c. Woodward*, 2011 ONCA 610, 107 O.R. (3d) 81; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Legare*, 2009 CSC 56, [2009] 3 R.C.S. 551; *R. c. Rafiq*, 2015 ONCA 768, 342 O.A.C. 193; *R. c. Hood*, 2018 NSCA 18, 409 C.R.R. (2d) 70; *R. c. S. (S.)*, 2014 ONCJ 184, 307 C.R.R. (2d) 147; *R. c. Crant*, 2017 ONCJ 192; *R. c. Read*, 2008 ONCJ 732; *R. c. Dehesh*, [2010] O.J. No. 2817; *R. c. El-Jamel*, 2010 ONCA 575, 261 C.C.C. (3d) 293; *R. c. B. and S.*, 2014 BCPC 94; *R. c. Danielson*, 2013 ABPC 26; *R. c. Pelletier*, 2013 QCCQ 10486.

Citée par la juge Abella (dissidente en partie)

R. c. Legare, 2009 CSC 56, [2009] 3 R.C.S. 551; *R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *R. c. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173; *R. c. Gibson*, 2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397; *R. c. Boucher*, 2005 CSC 72, [2005] 3 R.C.S. 499; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S.

1021; *R. v. Saliba*, 2013 ONCA 661, 304 C.C.C. (3d) 133; *R. v. Duran*, 2013 ONCA 343, 306 O.A.C. 301; *R. v. P. (L.T.)* (1997), 113 C.C.C. (3d) 42; *R. v. Sinclair*, 2013 ABQB 745, 92 Alta. L.R. (5th) 64; *R. v. Malcolm*, 2000 MBCA 77, 148 Man. R. (2d) 143; *R. v. Darrach* (1998), 38 O.R. (3d) 1; *R. v. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3d) 117; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193; *R. v. Thain*, 2009 ONCA 223, 243 C.C.C. (3d) 230; *R. v. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481; *R. v. Pengelley*, 2010 ONSC 5488, 261 C.C.C. (3d) 93; *R. v. Osborne* (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 194; *R. v. Mastel*, 2011 SKCA 16, 268 C.C.C. (3d) 224; *R. v. Adams*, 2016 ABQB 648, 45 Alta. L.R. (6th) 171; *R. v. Bayat*, 2011 ONCA 778, 108 O.R. (3d) 420; *R. v. Froese*, 2015 ONSC 1075.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d), 12.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 150.1(4), (5), 152, 172.1, (1) [am. 2012, c. 1, s. 22], (2) [am. 2012, c. 1, s. 22], 273.2(b), 686(1)(b)(iii), 718, 718.1.

Authors Cited

Cairns Way, Rosemary. “Bill C-49 and the Politics of Constitutionalized Fault” (1993), 42 *U.N.B.L.J.* 325.
Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law, 5th ed., by Morris Manning and Peter Sankoff. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.
 Stewart, Hamish C. “*Legare: Mens Rea Matters*” (2010), 70 C.R. (6th) 12.
 Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated March 2018, release 32).
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 7th ed. Toronto: Carswell, 2014.
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2018.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario (Watt, van Rensburg and Pardu JJ.), 2017 ONCA 582, 350 C.C.C. (3d) 161, 385 C.R.R. (2d) 45, 136 O.R. (3d) 545, [2017] O.J. No. 3600 (QL), 2017 CarswellOnt 10363 (WL Can.), affirming the conviction entered and the sentence imposed by Gage J., 2015 ONCJ 598, 341 C.R.R. (2d) 25, [2015] O.J. No. 4650 (QL), 2015 CarswellOnt 13610 (WL Can.) and 2015 ONCJ 599, [2015] O.J. No. 5620 (QL), 2015 CarswellOnt

1021; *R. c. Saliba*, 2013 ONCA 661, 304 C.C.C. (3d) 133; *R. c. Duran*, 2013 ONCA 343, 306 O.A.C. 301; *R. c. P. (L.T.)* (1997), 113 C.C.C. (3d) 42; *R. c. Sinclair*, 2013 ABQB 745, 92 Alta. L.R. (5th) 64; *R. c. Malcolm*, 2000 MBCA 77, 148 Man. R. (2d) 143; *R. c. Darrach* (1998), 38 O.R. (3d) 1; *R. c. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3d) 117; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193; *R. c. Thain*, 2009 ONCA 223, 243 C.C.C. (3d) 230; *R. c. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481; *R. c. Pengelley*, 2010 ONSC 5488, 261 C.C.C. (3d) 93; *R. c. Osborne* (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 194; *R. c. Mastel*, 2011 SKCA 16, 268 C.C.C. (3d) 224; *R. c. Adams*, 2016 ABQB 648, 45 Alta. L.R. (6th) 171; *R. c. Bayat*, 2011 ONCA 778, 108 O.R. (3d) 420; *R. c. Froese*, 2015 ONSC 1075.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d), 12.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 150.1(4), (5), 152, 172.1, (1) [mod. 2012, c. 1, art. 22], (2) [mod. 2012, c. 1, art. 22], 273.2b), 686(1)b)(iii), 718, 718.1.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Doctrine et autres documents cités

Cairns Way, Rosemary. « Bill C-49 and the Politics of Constitutionalized Fault » (1993), 42 *U.N.B.L.J.* 325.
Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law, 5th ed., by Morris Manning and Peter Sankoff, Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.
 Stewart, Hamish C. « *Legare: Mens Rea Matters* » (2010), 70 C.R. (6th) 12.
 Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*. Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated March 2018, release 32).
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 7th ed., Toronto, Carswell, 2014.
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2018.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Watt, van Rensburg et Pardu), 2017 ONCA 582, 350 C.C.C. (3d) 161, 385 C.R.R. (2d) 45, 136 O.R. (3d) 545, [2017] O.J. No. 3600 (QL), 2017 CarswellOnt 10363 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité et la peine prononcées par le juge Gage, 2015 ONCJ 598, 341 C.R.R. (2d) 25, [2015] O.J. No. 4650 (QL), 2015 CarswellOnt 13610 (WL Can.) et 2015 ONCJ 599, [2015] O.J. No. 5620 (QL), 2015 CarswellOnt 16408

16408 (WL Can.). Appeal and cross-appeal allowed in part, Abella J. dissenting in part.

Andreea Baiasu, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Mark C. Halfyard, Salvatore Caramanna and Breana Vandebek, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Jeffrey G. Johnston, for the intervener the Attorney General of Canada.

Sylvain Leboeuf and Julie Dassylva, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Lara Vizsolyi, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

W. Dean Sinclair, Q.C., for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Deborah Alford, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Apple Newton-Smith, Daniel Brown and Colleen McKeown, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

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

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] In today's information age, Canadian life is increasingly playing out in the digital realm. The Internet, social media, and sophisticated mobile devices — now fixtures in our everyday lives — have transformed the way in which we live, work, and interact with one another. This opens up a world of new opportunities and allows us to connect instantly with friends and family across the world, whenever and wherever we want, and at relatively little cost.

(WL Can.). Pourvoi et pourvoi incident accueillis en partie, la juge Abella est dissidente en partie.

Andreea Baiasu, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Mark C. Halfyard, Salvatore Caramanna et Breana Vandebek, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident.

Jeffrey G. Johnston, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Sylvain Leboeuf et Julie Dassylva, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

Lara Vizsolyi, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

W. Dean Sinclair, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Deborah Alford, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Apple Newton-Smith, Daniel Brown et Colleen McKeown, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] En cette ère de l'information, la vie des Canadiens se déroule de plus en plus dans l'univers numérique. Internet, les médias sociaux et les appareils mobiles perfectionnés — qui font désormais partie de notre quotidien — ont transformé la façon dont nous vivons, travaillons et interagissons les uns avec les autres. Cette technologie ouvre tout un monde de possibilités et nous permet de nous connecter instantanément avec des amis et des membres de la famille partout dans le monde, n'importe quand et n'importe où, à un coût relativement peu élevé.

[2] But the Internet revolution — and the Internet itself — has a darker side. Increasingly, sexual predators are using electronic means to prey upon one of the most vulnerable groups within Canadian society: our children. Access to the Internet among Canadian children is now almost universal, and many are continuously connected, whether through a computer, a smartphone, or another device. This has led to the new and distressing phenomenon of predators lurking in cyberspace, cloaked in anonymity, using online communications as a tool for meeting and grooming children with a view to sexually exploiting them.

[3] In response, Parliament has enacted provisions in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Code*”), aimed at prohibiting child luring through telecommunications and ensuring that those who breach this prohibition receive a punishment that reflects the gravity and seriousness of the offence and the high degree of moral blameworthiness associated with it. These provisions were the subject of this Court’s decisions in *R. v. Legare*, 2009 SCC 56, [2009] 3 S.C.R. 551, and *R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3, although in neither case was their constitutionality in issue. Here, however, the question on appeal is whether these provisions infringe the accused’s rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“*Charter*”).

[4] The respondent, Douglas Morrison, posted an advertisement in the “Casual Encounters” section of Craigslist, with the title “Daddy looking for his little girl – m4w – 45 (Brampton)”. A police officer, posing as a 14-year-old girl named “Mia”, responded to the ad. In conversations taking place over the span of more than two months, Mr. Morrison invited “Mia” to touch herself sexually and proposed that they meet to engage in sexual activity. These communications led to Mr. Morrison being charged with child luring under s. 172.1(1)(b) of the *Code*. That provision prohibits communicating, by means of telecommunication, with a person who is, or who the accused believes is, under the age of 16 for the purpose of facilitating the commission of certain designated

[2] Cependant, la révolution Internet — et Internet lui-même — a également un côté sombre. Les prédateurs sexuels se servent de plus en plus de moyens électroniques pour s’en prendre à l’un des groupes les plus vulnérables de la société canadienne : nos enfants. De nos jours, les enfants canadiens ont pratiquement tous accès à Internet, et bon nombre d’entre eux sont connectés en permanence, que ce soit au moyen d’un ordinateur, d’un téléphone intelligent ou d’un autre appareil. Cette révolution numérique a mené à un nouveau phénomène inquiétant, où des prédateurs qui rôdent dans le cyberspace, sous le couvert de l’anonymat, utilisent les communications en ligne pour rencontrer et manipuler des enfants afin de les exploiter sexuellement.

[3] Pour contrer ce phénomène, le législateur a édicté des dispositions dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *Code* »), visant à interdire le leurre au moyen de télécommunications et à s’assurer que les personnes qui contreviennent à cette interdiction reçoivent une peine qui reflète la gravité et le sérieux de l’infraction, ainsi que le niveau élevé de culpabilité morale qui y est associé. La Cour s’est penchée sur ces dispositions dans les arrêts *R. c. Legare*, 2009 CSC 56, [2009] 3 R.C.S. 551, et *R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3, bien que leur constitutionnalité n’y ait pas été contestée. En l’espèce, toutefois, la Cour doit juger si ces dispositions portent atteinte aux droits garantis à l’accusé par la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* »).

[4] L’intimé, Douglas Morrison, a publié une annonce sur Craigslist, dans la section [TRADUCTION] « Brèves rencontres », portant le titre « Papa recherche sa petite fille — H ch F — 45 (Brampton) ». Une policière, se faisant passer pour une fille de 14 ans dénommée « Mia », a répondu à l’annonce. Lors de conversations qui ont eu lieu sur une période de plus de deux mois, M. Morrison a invité « Mia » à se toucher de manière sexuelle et lui a proposé qu’ils se rencontrent pour se livrer à des activités sexuelles. Ces communications ont conduit à des accusations de leurre portées contre M. Morrison au titre de l’al. 172.1(1)b) du *Code*. Cette disposition interdit à quiconque de communiquer, par un moyen de télécommunication, avec une personne âgée de

offences against that person — here, the offence of invitation to sexual touching directed at a person under the age of 16 contrary to s. 152 of the *Code*.

[5] At trial, Mr. Morrison challenged the constitutionality of three subsections of the child luring provisions: s. 172.1(2)(a), (3), and (4). His position on each is set out below in capsule form.

[6] First, s. 172.1(3) provides that if the person with whom the accused was communicating (hereinafter referred to as “the other person”) was represented to the accused as being underage, then the accused is presumed to have believed that representation, absent evidence to the contrary. Mr. Morrison argued that this subsection violated his right to be presumed innocent under s. 11(d) of the *Charter*.

[7] Second, s. 172.1(4) bars an accused from raising, as a defence, that he or she believed the other person was of legal age, unless the accused took reasonable steps to ascertain the other person’s age. At trial, Mr. Morrison asserted that s. 172.1(4) violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Before the Court of Appeal and this Court, he argued that s. 172.1(4) was unconstitutional because it allows for a conviction on the basis of objective fault, notwithstanding the high stigma and severe punishment attached to a conviction for child luring, thereby violating the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*.

[8] Third, s. 172.1(2)(a) prescribes a mandatory minimum sentence of one year’s imprisonment if the Crown proceeds by way of indictment — the election made by the Crown in Mr. Morrison’s case. Mr. Morrison argued that this mandatory minimum violated his right not to be subjected to cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter*.

[9] The trial judge agreed with Mr. Morrison that the presumption under s. 172.1(3) violated his right to be presumed innocent under s. 11(d) of the *Charter*. He disagreed, however, that the reasonable steps

moins de 16 ans ou qu’il croit telle, en vue de faciliter la perpétration à son égard de certaines infractions énumérées — en l’espèce, l’infraction d’incitation à des contacts sexuels visant un enfant âgé de moins de 16 ans en contravention de l’art. 152 du *Code*.

[5] Au procès, M. Morrison a contesté la constitutionnalité de trois dispositions de l’article portant sur le leurre : l’al. 172.1(2)a) et les par. 172.1(3) et (4). Sa position sur chacune des dispositions est énoncée brièvement dans les paragraphes qui suivent.

[6] Premièrement, le par. 172.1(3) prévoit que si la personne avec qui l’accusé communiquait (ci-après, « l’autre personne ») a été présentée à l’accusé comme n’ayant pas atteint l’âge fixé, ce dernier est présumé l’avoir crue telle, sauf preuve contraire. Monsieur Morrison a fait valoir que cette disposition violait son droit à la présomption d’innocence garanti par l’al. 11d) de la *Charte*.

[7] Deuxièmement, le par. 172.1(4) interdit à l’accusé d’invoquer en défense qu’il croyait que l’autre personne avait atteint l’âge légal, à moins d’avoir pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne. Au procès, M. Morrison a affirmé que le par. 172.1(4) violait l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*. Devant la Cour d’appel et la présente Cour, il a fait valoir que le par. 172.1(4) était inconstitutionnel parce qu’il permettait de déclarer l’accusé coupable sur le fondement d’une faute objective, sans égard à la forte stigmatisation et à la peine sévère associées à une déclaration de culpabilité pour leurre, violant ainsi les principes de justice fondamentale consacrés par l’art. 7 de la *Charte*.

[8] Troisièmement, l’al. 172.1(2)a) fixe une peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an si la Couronne procède par mise en accusation, ce qu’elle a choisi de faire dans le cas de M. Morrison. Ce dernier a soutenu que cette peine minimale obligatoire violait son droit à la protection contre toutes peines cruelles et inusitées garanti par l’art. 12 de la *Charte*.

[9] Le juge du procès était d’accord avec M. Morrison pour dire que la présomption établie au par. 172.1(3) violait son droit à la présomption d’innocence garanti par l’al. 11d) de la *Charte*. Toutefois,

requirement under s. 172.1(4) was constitutionally invalid. Despite being left with a reasonable doubt as to whether Mr. Morrison believed “Mia” was under the age of 16, the trial judge held that subs. (4) provided an independent pathway to conviction and convicted Mr. Morrison on the basis that he had not taken reasonable steps to ascertain “Mia’s” age. At sentencing, the trial judge concluded that the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) was grossly disproportionate when applied to Mr. Morrison and therefore violated s. 12 of the *Charter*. In the result, he sentenced Mr. Morrison to four months’ imprisonment and probation for a year. On appeal, the Ontario Court of Appeal upheld Mr. Morrison’s conviction and sentence and each of the trial judge’s conclusions on the three constitutional questions outlined above.

[10] Before this Court, the Crown appeals from the decision of the Court of Appeal, submitting that the court erred in holding that the presumption under s. 172.1(3) violates s. 11(d) of the *Charter* and that the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) infringes s. 12 of the *Charter*. Mr. Morrison cross-appeals, asserting that the Court of Appeal erred in finding that the reasonable steps requirement under s. 172.1(4) does not infringe s. 7 of the *Charter*.

[11] For the reasons that follow, I would dismiss the Crown’s appeal on the s. 172.1(3) issue and Mr. Morrison’s cross-appeal on the s. 172.1(4) issue. In my view, the presumption under subs. (3) infringes s. 11(d) of the *Charter* and cannot be saved under s. 1. Further, I agree with the courts below that subs. (4) does not violate s. 7 of the *Charter*.

[12] However, unlike the courts below, I do not read the reasonable steps requirement under subs. (4), in the absence of the presumption under subs. (3), as providing an independent pathway to conviction.

il n’était pas d’avis que l’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) était inconstitutionnelle. Bien que la question de savoir si M. Morrison croyait que « Mia » était âgée de moins de 16 ans ait soulevé un doute raisonnable dans son esprit, le juge du procès a conclu que le par. (4) ouvrait à lui seul la voie à une déclaration de culpabilité et a déclaré M. Morrison coupable, au motif qu’il n’avait pas pris de mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de « Mia ». Lors de la détermination de la peine, le juge du procès a conclu que la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 172.1(2)a) était exagérément disproportionnée dans le cas de M. Morrison et violait ainsi l’art. 12 de la *Charte*. Par conséquent, il a condamné M. Morrison à une peine d’emprisonnement de quatre mois et à une probation d’un an. En appel, la Cour d’appel de l’Ontario a confirmé la déclaration de culpabilité et la peine de M. Morrison, ainsi que chacune des conclusions du juge du procès sur les trois questions constitutionnelles décrites précédemment.

[10] La Couronne se pourvoit devant la Cour contre l’arrêt de la Cour d’appel, affirmant que celle-ci a commis une erreur en concluant que la présomption établie au par. 172.1(3) viole l’al. 11d) de la *Charte* et que la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 172.1(2)a) contrevient à l’art. 12 de la *Charte*. Monsieur Morrison interjette un pourvoi incident, dans lequel il fait valoir que la Cour d’appel a commis une erreur en concluant que l’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) ne contrevient pas à l’art. 7 de la *Charte*.

[11] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi de la Couronne sur la question du par. 172.1(3) et le pourvoi incident de M. Morrison sur la question du par. 172.1(4). À mon sens, la présomption établie au par. (3) contrevient à l’al. 11d) de la *Charte* et ne saurait être justifiée au regard de l’article premier. En outre, je conviens avec les cours de juridictions inférieures que le par. (4) ne viole pas l’art. 7 de la *Charte*.

[12] Toutefois, contrairement aux cours de juridictions inférieures, je ne crois pas que l’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. (4), en l’absence de la présomption établie au par. (3),

Instead, it simply bars accused persons from raising, as a defence, that they believed the other person was of legal age when they did not take reasonable steps to ascertain the other person's age.

[13] Consequently, in order to convict Mr. Morrison, the Crown would have had to satisfy the trial judge beyond a reasonable doubt that Mr. Morrison *believed* "Mia" was under the age of 16. But because the trial judge was left with a reasonable doubt in this regard, Mr. Morrison's conviction cannot stand.

[14] As for the question of remedy, given that the trial judge entertained a reasonable doubt on the issue of Mr. Morrison's belief, Mr. Morrison would ordinarily be entitled to an acquittal. But in this case, for reasons I will develop, I am of the view that fairness considerations militate in favour of a new trial — one conducted in accordance with the correct legal framework.

[15] Finally, the courts below proceeded on an incorrect understanding that s. 172.1 allows for a conviction based on a failure to take reasonable steps. The parties' arguments before this Court concerning the constitutionality of the mandatory minimum reflect the erroneous assumption flowing from this: namely, that mere negligence is sufficient to support a conviction (something that the trial judge gave effect to in sentencing Mr. Morrison). In light of this, I am of the view that it would be unwise to decide whether the one-year mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) runs afoul of s. 12 of the *Charter* on this appeal. Accordingly, I would set aside that aspect of the Court of Appeal's decision and remit the matter to the presiding judge at the new trial, should Mr. Morrison be convicted again.

II. Statutory Provisions

[16] Section 172.1 of the *Code* contains four components, each housed in its own subsection. Those

ouvre à elle seule la voie à une déclaration de culpabilité. En fait, elle interdit simplement à l'accusé d'invoquer en défense qu'il croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal dans le cas où il n'a pas pris de mesures raisonnables pour s'assurer de son âge.

[13] Par conséquent, pour que le juge du procès déclare M. Morrison coupable, il aurait fallu que la Couronne le convainque hors de tout doute raisonnable que M. Morrison *croyait* que « Mia » était âgée de moins de 16 ans. Or, comme le juge du procès avait un doute raisonnable à cet égard, la déclaration de culpabilité prononcée contre M. Morrison ne peut être maintenue.

[14] Pour ce qui est de la réparation, comme le juge du procès avait un doute raisonnable sur la question de la croyance de M. Morrison, ce dernier aurait normalement droit à un acquittement. Toutefois, en l'espèce, pour les motifs que j'aborderai plus loin, je suis d'avis que des considérations d'équité militent en faveur d'un nouveau procès, qui devra se dérouler conformément au bon cadre juridique.

[15] Enfin, les cours de juridictions inférieures sont parties du principe erroné que l'art. 172.1 permet de déclarer l'accusé coupable en raison du fait qu'il n'a pas pris de mesures raisonnables. Les arguments que les parties ont invoqués devant la Cour concernant la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire reflètent l'hypothèse erronée qui en découle, à savoir que la simple négligence suffit à étayer une déclaration de culpabilité (une hypothèse à laquelle le juge du procès a donné effet dans la détermination de la peine de M. Morrison). Cela étant, je suis d'avis qu'il serait peu judicieux de décider, dans le présent pourvoi, si la peine minimale obligatoire d'un an prévue à l'al. 172.1(2)a) va à l'encontre de l'art. 12 de la *Charte*. Par conséquent, je laisserais de côté cet aspect de l'arrêt de la Cour d'appel et renverrais l'affaire au juge président le nouveau procès, dans l'éventualité où M. Morrison serait de nouveau déclaré coupable.

II. Les dispositions législatives

[16] L'article 172.1 du *Code* comporte quatre éléments, répartis chacun dans leur propre paragraphe.

components, and the corresponding subsections, are: (1) a prohibition against child luring; (2) the punishments available on conviction; (3) a presumption regarding the accused's belief in the other person's age; and (4) a limitation on the defence that the accused believed the other person was of legal age.

Luring a child

172.1 (1) Every person commits an offence who, by a means of telecommunication, communicates with

(a) a person who is, or who the accused believes is, under the age of 18 years, for the purpose of facilitating the commission of an offence with respect to that person under subsection 153(1), section 155, 163.1, 170, 171 or 279.011 or subsection 279.02(2), 279.03(2), 286.1(2), 286.2(2) or 286.3(2);

(b) a person who is, or who the accused believes is, under the age of 16 years, for the purpose of facilitating the commission of an offence under section 151 or 152, subsection 160(3) or 173(2) or section 271, 272, 273 or 280 with respect to that person; or

(c) a person who is, or who the accused believes is, under the age of 14 years, for the purpose of facilitating the commission of an offence under section 281 with respect to that person.

Punishment

(2) Every person who commits an offence under subsection (1)

(a) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term of not more than 14 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable to imprisonment for a term of not more than two years less a day and to a minimum punishment of imprisonment for a term of six months.

Presumption re age

(3) Evidence that the person referred to in paragraph (1)(a), (b) or (c) was represented to the accused as being under

Ces éléments, et les paragraphes correspondants, sont les suivants : (1) l'interdiction de commettre un leurre; (2) les peines qui peuvent être infligées en cas de déclaration de culpabilité; (3) la présomption concernant la croyance de l'accusé relativement à l'âge de l'autre personne; (4) une restriction imposée au moyen de défense selon lequel l'accusé croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal.

Leurre

172.1 (1) Commet une infraction quiconque communique par un moyen de télécommunication avec :

a) une personne âgée de moins de dix-huit ans ou qu'il croit telle, en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction visée au paragraphe 153(1), aux articles 155, 163.1, 170, 171 ou 279.011 ou aux paragraphes 279.02(2), 279.03(2), 286.1(2), 286.2(2) ou 286.3(2);

b) une personne âgée de moins de seize ans ou qu'il croit telle, en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction visée aux articles 151 ou 152, aux paragraphes 160(3) ou 173(2) ou aux articles 271, 272, 273 ou 280;

c) une personne âgée de moins de quatorze ans ou qu'il croit telle, en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction visée à l'article 281.

Peine

(2) Quiconque commet l'infraction visée au paragraphe (1) est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, la peine minimale étant de un an;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans moins un jour, la peine minimale étant de six mois.

Présomption

(3) La preuve que la personne visée aux alinéas (1)a), b) ou c) a été présentée à l'accusé comme ayant moins de

the age of eighteen years, sixteen years or fourteen years, as the case may be, is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the accused believed that the person was under that age.

No defence

(4) It is not a defence to a charge under paragraph (1)(a), (b) or (c) that the accused believed that the person referred to in that paragraph was at least eighteen years of age, sixteen years or fourteen years of age, as the case may be, unless the accused took reasonable steps to ascertain the age of the person.

III. Facts

[17] In early 2013, Mr. Morrison placed the following ad on the “Casual Encounters” section of Craigslist:

Daddy looking for his little girl – m4w – 45 (Brampton)

Daddy looking for his little girl to meet and have some fun with him during the day next week on Tue. and Wed of this week have the place all to ourselves too, in the Brampton and Knightsbridge area.

(2015 ONCJ 599, at para. 21 (CanLII))

[18] Police Constable Hilary Hutchinson responded to the ad, posing as a 14-year-old girl named “Mia”. From February 5, 2013 until May 21, 2013, Mr. Morrison and “Mia” exchanged messages, as summarized below.

[19] In her initial e-mail response to Mr. Morrison’s ad, “Mia” said she was 14 years old. The conversation soon became sexual in nature, with Mr. Morrison asking “Mia” what sexual acts she had performed and inviting her to touch herself sexually. The sexualized conversation continued over the following months. At various points, Mr. Morrison suggested to “Mia” that she watch pornography and continued to invite her to touch herself sexually. Mr. Morrison also suggested that “Mia” should skip school and meet him in Brampton, where he would

dix-huit, seize ou quatorze ans, selon le cas, constitue, sauf preuve contraire, la preuve que l’accusé la croyait telle.

Moyen de défense

(4) Le fait pour l’accusé de croire que la personne visée aux alinéas (1)a), b) ou c) était âgée d’au moins dix-huit, seize ou quatorze ans, selon le cas, ne constitue un moyen de défense contre une accusation fondée sur le paragraphe (1) que s’il a pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de la personne.

III. Les faits

[17] Au début 2013, M. Morrison a publié l’annonce suivante sur Craigslist, dans la section [TRADUCTION] « Brèves rencontres » :

[TRADUCTION]

Papa recherche sa petite fille – H ch F – 45 (Brampton)

Papa recherche sa petite fille pour une rencontre et pour avoir du plaisir avec lui durant le jour, mardi de la semaine prochaine et mercredi de cette semaine. On aurait la place à nous tout seuls, dans la région de Brampton et Knightsbridge.

(2015 ONCJ 599, par. 21 (CanLII))

[18] L’agente de police Hilary Hutchinson a répondu à l’annonce, se faisant passer pour une fille de 14 ans dénommée « Mia ». Entre le 5 février 2013 et le 21 mai 2013, M. Morrison et « Mia » ont échangé des messages, qui sont résumés ci-dessous.

[19] Dans son courriel initial en réponse à l’annonce de M. Morrison, « Mia » a dit qu’elle avait 14 ans. La conversation a rapidement pris une tournure sexuelle, M. Morrison demandant à « Mia » de lui dire quels actes sexuels elle avait déjà accomplis et l’invitant à se toucher de manière sexuelle. La conversation à caractère sexuel a continué au cours des mois suivants. À différentes occasions, M. Morrison a suggéré à « Mia » de regarder de la pornographie et a continué de l’inviter à se toucher de manière sexuelle. Monsieur Morrison a également

pick her up so they could engage in sexual activity. This meeting did not occur.

[20] During these conversations, “Mia” repeatedly mentioned that she was 14 years old. She used language consistent with her represented age, including common abbreviations and certain misspellings. She also referred to her classes at school, her mom and grandma, and her recreational activities — playing sports, hanging out with her friends, and listening to music. Her messages were sent before and after school hours on weekdays.

[21] On more than one occasion, Mr. Morrison asked “Mia” to send him a photo, but she never did. He also asked for her phone number, which she provided. After a missed call on April 26, 2013, Mr. Morrison ceased contact with “Mia”. On May 10, 2013, “Mia” texted Mr. Morrison, “R U Mad at me?": 2015 ONCJ 599, at para. 21. Almost two weeks later, he replied, “Who are you?": para. 21.

[22] Mr. Morrison was arrested on May 23, 2013 and charged with child luring under s. 172.1(1)(b) of the *Code* — the relevant secondary offence being invitation to sexual touching directed at a person under the age of 16 contrary to s. 152 of the *Code*.

[23] At the time of arrest, Constable Hutchinson informed Mr. Morrison that a complaint had been received from the guardian of a 14-year-old child. In response, Mr. Morrison stated: “I was only talking to one girl” (2015 ONCJ 599, at para. 17 (emphasis deleted)). When he was later interviewed by Constable Hutchinson and told that the police had received a complaint that he was speaking to a 14-year-old girl for a sexual purpose on the Internet, he responded: “So that means you can’t talk to anybody then? OK” (para. 21). When Constable Hutchinson told him that talking to people under a certain age about sexual acts is prohibited, Mr. Morrison replied: “I don’t know whether she was or not so” (para. 21).

suggéré à « Mia » de faire l’école buissonnière et de le rencontrer à Brampton, où il viendrait la chercher afin qu’ils puissent se livrer à des activités sexuelles. Cette rencontre n’a jamais eu lieu.

[20] Durant ces conversations, « Mia » a mentionné à plusieurs reprises qu’elle avait 14 ans. Elle utilisait un langage qui correspondait à celui des jeunes de cet âge, notamment en utilisant des abréviations communes et en faisant certaines fautes d’orthographe. Elle faisait également référence à ses cours à l’école, à sa mère et à sa grand-mère, ainsi qu’à ses loisirs — faire du sport, fréquenter ses amis et écouter de la musique. Ses messages étaient envoyés les jours de semaine, avant et après les heures de classe.

[21] Monsieur Morrison a plus d’une fois demandé à « Mia » de lui envoyer une photo, mais elle ne l’a jamais fait. Il lui a également demandé son numéro de téléphone, qu’elle lui a donné. Après un appel manqué le 26 avril 2013, M. Morrison a cessé tout contact avec « Mia ». Le 10 mai 2013, « Mia » a envoyé à M. Morrison le message texte suivant : [TRADUCTION] « Tes fâché contre moi? » : 2015 ONCJ 599, par. 21. Près de deux semaines plus tard, il a répondu : « Qui es-tu? » : par. 21.

[22] Monsieur Morrison a été arrêté le 23 mai 2013 et accusé de leurre au titre de l’al. 172.1(1)(b) du *Code* — l’infraction sous-jacente en l’espèce étant l’incitation à des contacts sexuels visant une personne âgée de moins de 16 ans en contravention de l’art. 152 du *Code*.

[23] Au moment de l’arrestation, l’agente Hutchinson a informé M. Morrison qu’une plainte avait été reçue de la part du tuteur d’une enfant de 14 ans. En réponse, M. Morrison a affirmé ce qui suit : [TRADUCTION] « Je parlais juste à une fille » (2015 ONCJ 599, par. 17 (italique omis)). Plus tard, lorsqu’il a été interrogé par l’agente Hutchinson et informé que quelqu’un s’était plaint à la police du fait qu’il discutait en ligne avec une fille de 14 ans à des fins sexuelles, il a répondu ce qui suit : « Alors, ça veut dire qu’on ne peut plus parler à personne? D’accord » (par. 21). Lorsque l’agente Hutchinson lui a dit qu’il est interdit de parler à des personnes âgées de moins d’un certain âge à propos d’actes

Mr. Morrison also stated that he was unsure of “Mia’s” age and that, on the Internet, “you don’t really know” whether you are speaking to a child or an adult: 2017 ONCA 582, 350 C.C.C. (3d) 161, at para. 20.

[24] At his trial, Mr. Morrison testified that he believed he was communicating with an adult female engaged in role-play who was determined to stay in character. He also emphasized that the section of Craigslist in which he posted his ad requires users to confirm they are at least 18 years of age. On cross-examination, however, he admitted that this requirement is effectively useless because persons under 18 can get around it simply by clicking a button. He also admitted that he asked “Mia” for a photo to assess her level of attractiveness, not to determine her age.

IV. Decisions Below

A. *Ontario Court of Justice (Gage J.)*

(1) Reasons for Charter Ruling (2014 ONCJ 673)

[25] Mr. Morrison brought an application challenging the constitutional validity of the combined operation of s. 172.1(3) and (4) of the *Code* under ss. 11(d) and 7 of the *Charter*.

[26] The trial judge, Gage J., accepted Mr. Morrison’s submission that the presumption under s. 172.1(3) violated the presumption of innocence under s. 11(d) of the *Charter*. In his view, a statutory presumption establishing an essential element of the offence will be unconstitutional “unless there exists an inexorable connection between the fact that engages the presumption (here, a representation as to age) and the existence of the essential element (the accused’s belief as to the [other person]’s age)”: para. 25 (CanLII). Applying this principle, he found no such inexorable connection between the

sexuels, M. Morrison a répondu : « Je ne sais pas si elle avait l’âge ou pas » (par. 21). Monsieur Morrison a également déclaré qu’il n’était pas certain de l’âge de « Mia » et que, sur Internet, [TRADUCTION] « on ne sait pas vraiment » si la personne à qui on parle est un enfant ou un adulte : 2017 ONCA 582, 350 C.C.C. (3d) 161, par. 20.

[24] À son procès, M. Morrison a déclaré qu’il croyait communiquer avec une femme adulte qui s’adonnait à un jeu de rôle et qui était déterminée à rester dans son personnage. Il a également souligné que la section de Craigslist dans laquelle il avait publié son annonce exige que les utilisateurs confirment qu’ils sont âgés d’au moins 18 ans. En contre-interrogatoire, toutefois, il a avoué que cette exigence était inutile, parce que les personnes ayant moins de 18 ans pouvaient la contourner simplement en cliquant sur un bouton. Il a également reconnu qu’il avait demandé à « Mia » de lui donner une photo pour apprécier sa beauté et non pour déterminer son âge.

IV. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La Cour de justice de l’Ontario (le juge Gage)*

(1) Les motifs du jugement sur la Charte (2014 ONCJ 673)

[25] Monsieur Morrison a déposé une demande dans laquelle il contestait la constitutionnalité de l’effet combiné des par. 172.1(3) et (4) du *Code*, sur le fondement de l’al. 11d) et de l’art. 7 de la *Charte*.

[26] Le juge du procès, le juge Gage, a convenu avec M. Morrison que la présomption établie au par. 172.1(3) violait la présomption d’innocence garantie par l’al. 11d) de la *Charte*. À son avis, une présomption législative établissant un élément essentiel de l’infraction sera inconstitutionnelle [TRADUCTION] « à moins qu’il existe un lien inexorable entre le fait qui entraîne l’application de la présomption (en l’espèce, la présentation d’une personne comme ayant un certain âge) et l’existence de l’élément essentiel (la croyance de l’accusé quant à l’âge de [l’autre personne]) » : par. 25 (CanLII). Appliquant

representation and the accused's belief: para. 26. The Crown made no attempt to justify the s. 11(d) infringement. Accordingly, the trial judge held s. 172.1(3) to be of no force and effect in the case before him.

[27] On the other hand, the trial judge held that the reasonable steps requirement under s. 172.1(4) complied with the *Charter*. He concluded that the effect of subs. (4) was merely to impose a tactical burden on the accused; it did not reverse the burden of proof or criminalize innocent behaviour. He therefore found s. 172.1(4) to be constitutionally valid.

(2) Reasons for Conviction (2015 ONCJ 599)

[28] The trial judge then turned to whether Mr. Morrison could be convicted under s. 172.1(1)(b) in the absence of the presumption under s. 172.1(3). He took the view that s. 172.1(1)(b) contemplated two independent pathways to conviction: the Crown had to establish beyond a reasonable doubt that the accused either (1) believed the other person was under the age of 16 or (2) failed to take reasonable steps to ascertain the other person's age.

[29] Beginning with the first potential pathway to conviction, the trial judge stated that he was "satisfied beyond a reasonable doubt that [Mr. Morrison] was at least indifferent to the age of the person he was communicating with": para. 26. He clarified that by "indifferent" he meant "simply not turning his mind to the question in any meaningful way": para. 27. He added, however, that indifference is "not the equivalent of belief", and he clarified that he did not find Mr. Morrison to have been wilfully blind: paras. 26-27. Rather, he considered Mr. Morrison's state of mind to be "closer to negligence rather than the sort of advertence necessary to sustain a finding of an actual belief [o]n his part that Mia was underage": para. 27. In his view, Mr. Morrison's

ce principe, il a conclu qu'il n'existait aucun lien inexorable de la sorte entre le fait que la personne ait été présentée comme ayant un certain âge et la croyance de l'accusé : par. 26. La Couronne n'a pas tenté de justifier la contravention à l'al. 11d). Par conséquent, le juge du procès a conclu que le par. 172.1(3) était inopérant dans l'affaire dont il était saisi.

[27] En revanche, le juge du procès a conclu que l'obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) était conforme à la *Charte*. Il a conclu que le par. (4) visait simplement à imposer un fardeau tactique à l'accusé; il n'avait pas pour effet de renverser le fardeau de la preuve ni de criminaliser un comportement innocent. Il a donc conclu que le par. 172.1(4) était constitutionnel.

(2) Les motifs de la déclaration de culpabilité (2015 ONCJ 599)

[28] Le juge du procès s'est ensuite penché sur la question de savoir si M. Morrison pouvait être déclaré coupable de l'infraction visée à l'al. 172.1(1)(b) en l'absence de la présomption établie au par. 172.1(3). Il était d'avis que, suivant l'al. 172.1(1)(b), deux voies distinctes pouvaient conduire à une déclaration de culpabilité : la Couronne devait établir hors de tout doute raisonnable (1) que l'accusé croyait que l'autre personne était âgée de moins de 16 ans ou (2) qu'il n'a pas pris de mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de l'autre personne.

[29] Examinant d'abord la première voie pouvant conduire à une déclaration de culpabilité, le juge du procès a affirmé qu'il était [TRADUCTION] « convaincu hors de tout doute raisonnable que, à tout le moins, [M. Morrison] avait fait preuve d'indifférence à l'égard de l'âge de la personne avec qui il communiquait » : par. 26. Il a précisé que, par « indifférent », il voulait dire que M. Morrison « ne s'était tout simplement jamais penché sur la question avec sérieux » : par. 27. Il a toutefois ajouté que l'indifférence n'était « pas l'équivalent d'une croyance » et a précisé que, selon lui, M. Morrison n'avait pas fait preuve d'aveuglement volontaire : par. 26-27. Il était plutôt d'avis que l'état d'esprit de M. Morrison s'apparentait « davantage à de la négligence qu'au

evidence that he believed he was communicating with an adult woman was “sufficient, if barely so, to inspire a reasonable doubt concerning his subjective belief regarding the age of the person with whom he was communicating”: para. 28. He reached this conclusion despite his earlier observation that “[Mr.] Morrison’s stated assumption that he was dealing with an adult determined to remain in character is an assumption without any supporting foundation”: para. 23.

[30] Turning to the second potential pathway to conviction, the trial judge concluded that Mr. Morrison had failed to take reasonable steps to ascertain “Mia’s” age, which in his view was sufficient to enter a conviction. He found that none of the steps Mr. Morrison pointed to as constituting reasonable steps — including posting the ad in an adult-only section of Craigslist, using a specific term of art allegedly relating to a known and popular form of adult role-play (daddy/little girl), asking “Mia” for her age and photos, and the nature of the initial exchange of e-mails being such that only adult persons interested in role-play would continue the dialogue — qualified as reasonable steps. On that basis, he entered a guilty verdict.

(3) Reasons for Charter Ruling and Sentence (2015 ONCJ 598, 341 C.R.R. (2d) 25)

[31] Following his conviction, Mr. Morrison renewed his attack on the constitutionality of the reasonable steps requirement under s. 172.1(4) and, in addition, challenged the mandatory minimum of one year’s imprisonment under s. 172.1(2)(a) as infringing s. 12 of the *Charter*.

[32] The trial judge again dismissed the *Charter* challenge to the reasonable steps requirement. However, he concluded that the mandatory minimum

genre de connaissance nécessaire pour conclure qu’il croyait réellement que Mia n’avait pas atteint l’âge fixé » : par. 27. De l’avis du juge du procès, le témoignage de M. Morrison selon lequel il croyait qu’il communiquait avec une femme adulte « suffisait, quoiqu’à peine, pour susciter un doute raisonnable concernant sa croyance subjective quant à l’âge de la personne avec qui il communiquait » : par. 28. Le juge du procès est parvenu à cette conclusion, bien qu’il ait précédemment fait remarquer que « l’hypothèse formulée par [M.] Morrison selon laquelle il avait affaire à une adulte déterminée à demeurer dans son personnage n’[était] aucunement fondée » : par. 23.

[30] Se penchant ensuite sur la deuxième voie pouvant conduire à une déclaration de culpabilité, le juge du procès a conclu que M. Morrison n’avait pas pris de mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de « Mia », ce qui était suffisant, à son avis, pour conclure à sa culpabilité. Il a conclu qu’aucune des mesures que M. Morrison avait invoquées comme mesures raisonnables — notamment publier l’annonce dans une section de Craigslist réservée aux adultes, utiliser une terminologie consacrée prétendument liée à une forme connue et populaire de jeu de rôle entre adultes (papa/petite fille), demander à « Mia » de lui dire son âge et de lui montrer des photos, et le fait que la nature des courriels initiaux était telle que seuls des adultes intéressés dans les jeux de rôle continueraient la conversation — ne constituait une mesure raisonnable. Pour cette raison, il a inscrit un verdict de culpabilité.

(3) Les motifs de la décision fondée sur la Charte et peine (2015 ONCJ 598, 341 C.R.R. (2d) 25)

[31] Après avoir été déclaré coupable, M. Morrison a une fois de plus contesté la constitutionnalité de l’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4). De plus, il a remis en cause la peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an prévue à l’al. 172.1(2)(a), au motif qu’elle contrevenait à l’art. 12 de la *Charte*.

[32] Là encore, le juge du procès a rejeté la contestation, fondée sur la *Charte*, de l’obligation de prendre des mesures raisonnables. Toutefois, il a

under s. 172.1(2)(a) violated s. 12 of the *Charter*. In his view, a four-month sentence followed by a year of probation was a fit sentence in Mr. Morrison's case, having regard to the circumstances of the offence, including the fact that Mr. Morrison was merely indifferent or negligent as to "Mia's" age, and Mr. Morrison's personal situation. In light of this determination, he held that a sentence of one year would be grossly disproportionate and that the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) was of no force or effect in the case before him.

B. *Court of Appeal for Ontario (Watt, van Rensburg and Pardu J.J.A.) (2017 ONCA 582, 350 C.C.C. (3d) 161)*

[33] Justice Pardu, writing for a unanimous panel of the Ontario Court of Appeal, upheld the trial judge's conclusions on all three constitutional issues.

[34] First, the Court of Appeal agreed with the trial judge that s. 172.1(3) infringed s. 11(d) of the *Charter*. It reasoned that, even absent evidence to the contrary, it "does not follow inexorably from proof that the [other person] represented that he or she is underage that the accused believed the representation", emphasizing that representations on the Internet are "notoriously unreliable" and deception is "rampant": paras. 59-60. Further, the Court of Appeal concluded that this infringement could not be justified under s. 1 because it was neither minimally impairing nor proportionate. Thus, relying on s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, it declared s. 172.1(3) to be of no force and effect.

[35] Second, the Court of Appeal agreed with the trial judge that s. 172.1(4) did not infringe s. 7 of the *Charter*. In its view, "if the Crown fails to prove that the accused believed that the other person was underage, the Crown will still obtain a conviction if it proves beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps to ascertain the other person's age": para. 79. The court acknowledged that

conclu que la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a violait l'art. 12 de la *Charte*. Selon lui, une peine de quatre mois suivie d'une probation d'un an était adaptée au cas de M. Morrison, compte tenu des circonstances de l'infraction, notamment du fait que M. Morrison avait simplement fait preuve d'indifférence ou de négligence à l'égard de l'âge de « Mia », ainsi que de sa propre situation. À la lumière de cette conclusion, il a statué qu'une peine d'emprisonnement d'un an serait exagérément disproportionnée et que la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a était inopérante dans l'affaire dont il était saisi.

B. *La Cour d'appel de l'Ontario (les juges Watt, van Rensburg et Pardu) (2017 ONCA 582, 350 C.C.C. (3d) 161)*

[33] La juge Pardu, s'exprimant au nom d'une formation unanime de la Cour d'appel de l'Ontario, a confirmé les conclusions du juge du procès sur les trois questions constitutionnelles.

[34] Premièrement, la Cour d'appel a convenu avec le juge du procès que le par. 172.1(3) contrevenait à l'al. 11d) de la *Charte*. Elle a expliqué que, même en l'absence d'une preuve contraire, [TRADUCTION] « la preuve que [l'autre personne] s'est présentée comme n'ayant pas atteint l'âge fixé ne veut pas inexorablement dire que l'accusé l'a crue telle », soulignant que les représentations projetées sur Internet ne sont « manifestement pas fiables » et que la tromperie est « endémique » : par. 59-60. En outre, la Cour d'appel a conclu que cette contravention ne saurait être justifiée au regard de l'article premier, parce qu'elle ne constituait pas une atteinte minimale et n'était pas proportionnée. Par conséquent, se fondant sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, elle a déclaré le par. 172.1(3) inopérant.

[35] Deuxièmement, la Cour d'appel a convenu avec le juge du procès que le par. 172.1(4) ne contrevenait pas à l'art. 7 de la *Charte*. À son avis, [TRADUCTION] « si la Couronne ne réussit pas à prouver que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé, elle obtiendra tout de même une déclaration de culpabilité si elle prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas pris

the reasonable steps requirement added an “objective dimension” to the fault requirement for child luring: para. 95. It reasoned, however, that although child luring was an offence that carried a high degree of stigma and a severe punishment, it was not one of those exceptional offences that requires a purely subjective standard of fault. For that reason, it found s. 172.1(4) to be constitutionally sound.

[36] Third, the Court of Appeal agreed with the trial judge that the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) was grossly disproportionate when applied to Mr. Morrison. Accordingly, relying on s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, the Court of Appeal declared the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) to be of no force and effect.

[37] Before this Court, the Crown appeals from the decision of the Court of Appeal, submitting that the court erred in holding that the presumption under s. 172.1(3) and the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) are constitutionally invalid. Mr. Morrison cross-appeals, challenging the Court of Appeal’s conclusion that the reasonable steps requirement under s. 172.1(4) is constitutionally valid.

V. Issues

[38] The parties raise three main issues:

- (1) Does the presumption under s. 172.1(3) of the *Code* violate s. 11(d) of the *Charter*?
- (2) Does the reasonable steps requirement under s. 172.1(4) of the *Code* violate s. 7 of the *Charter*?
- (3) Does the mandatory minimum sentence of one year’s imprisonment under s. 172.1(2)(a) of the *Code* violate s. 12 of the *Charter*?

de mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne » : par. 79. La Cour d’appel a reconnu que l’obligation de prendre des mesures raisonnables ajoutait une « dimension objective » à l’exigence en matière de faute applicable au leurre : par. 95. Toutefois, selon ses explications, même si le leurre était une infraction qui présentait un risque élevé de stigmatisation et qui emportait une peine sévère, il ne s’agissait pas d’une infraction exceptionnelle exigeant une norme de faute purement subjective. Pour ce motif, la Cour d’appel a conclu que le par. 172.1(4) était constitutionnel.

[36] Troisièmement, la Cour d’appel a convenu avec le juge du procès que la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 172.1(2)a) était exagérément disproportionnée dans le cas de M. Morrison. Par conséquent, se fondant sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Cour d’appel a déclaré inopérante la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 172.1(2)a).

[37] La Couronne se pourvoit devant la Cour contre l’arrêt de la Cour d’appel, affirmant que celle-ci a commis une erreur en concluant que la présomption établie au par. 172.1(3) et la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 172.1(2)a) étaient inconstitutionnelles. Monsieur Morrison interjette un pourvoi incident, dans lequel il conteste la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle l’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) est constitutionnelle.

V. Les questions en litige

[38] Les parties soulèvent trois questions principales :

- (1) La présomption établie au par. 172.1(3) du *Code* viole-t-elle l’al. 11d) de la *Charte*?
- (2) L’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) du *Code* viole-t-elle l’art. 7 de la *Charte*?
- (3) La peine minimale obligatoire d’un an d’emprisonnement prévue à l’al. 172.1(2)a) du *Code* viole-t-elle l’art. 12 de la *Charte*?

VI. Analysis

A. *The Offence of Child Luring*

[39] Before turning to the three issues raised on appeal, I find it useful to first describe the nature and purpose of the child luring offence. Parliament created this offence to combat the very real threat posed by adult predators who attempt to groom or lure children by electronic means. As this Court explained in *Levigne*, the offence seeks to protect children by “identify[ing] and apprehend[ing] predatory adults who, generally for illicit sexual purposes, troll the Internet to attract and entice vulnerable children and adolescents”: para. 24.

[40] To achieve this purpose, s. 172.1 criminalizes conduct that precedes the commission, or even the attempted commission, of certain designated offences, most of which involve sexual exploitation of children. It thereby creates an essentially inchoate offence — that is, a preparatory crime that captures conduct intended to culminate in the commission of a completed offence: see *Legare*, at para. 25; *R. v. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173, at para. 20, citing A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (5th ed. 2006), at pp. 468-70. There is no requirement that the accused meet or even intend to meet with the other person with a view to committing any of the designated offences: see *Legare*, at para. 25. The offence reflects Parliament’s desire to “close the cyberspace door before the predator gets in to prey”: para. 25.

[41] This Court considered the child luring offence most recently in *Levigne*. There, the accused communicated by computer for a sexual purpose with an undercover officer posing as a 13-year-old boy and was subsequently charged with child luring under s. 172.1 of the *Code*. At trial, he admitted that he had taken no steps to ascertain the other person’s age, despite repeated representations by the person that he was underage. The trial judge nevertheless entered an acquittal on the basis that he was left

VI. Analyse

A. *L’infraction de leurre*

[39] Avant de me pencher sur les trois questions soulevées dans le présent pourvoi, j’estime utile de décrire en premier lieu la nature et l’objectif de l’infraction de leurre. Le législateur a créé cette infraction pour lutter contre la menace bien réelle que présentent les prédateurs adultes qui tentent de manipuler ou de leurrer des enfants par des moyens électroniques. Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Levigne*, l’infraction vise à protéger les enfants en « démasqu[ant] et [en] arrê[ant] les prédateurs adultes qui rôdent dans l’Internet pour appâter des enfants et des adolescents vulnérables, généralement à des fins sexuelles illi-cites » : par. 24.

[40] Pour atteindre cet objectif, l’art. 172.1 criminalise les actes qui précèdent la perpétration, et même la tentative de perpétration, de certaines infractions énumérées, dont la plupart impliquent l’exploitation sexuelle d’enfants. Cet article crée donc une infraction essentiellement inchoative — c’est-à-dire un crime préparatoire constitué d’actes visant à mener à la perpétration d’un crime complet : voir *Legare*, par. 25; *R. c. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173, par. 20, citant A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (5^e éd. 2006), p. 468-470. Il n’est pas nécessaire que l’accusé rencontre ou ait même l’intention de rencontrer l’autre personne en vue de perpétrer l’une des infractions énumérées : voir *Legare*, par. 25. L’infraction reflète l’objectif du législateur de « fermer la porte du cyberspace avant que le prédateur ne la franchisse pour traquer sa proie » : par. 25.

[41] La Cour s’est penchée sur l’infraction de leurre plus récemment dans l’arrêt *Levigne*. Dans cette affaire, l’accusé a communiqué au moyen d’un ordinateur, dans un but sexuel, avec un agent d’infiltration qui se faisait passer pour un garçon de 13 ans et a été subséquemment accusé de leurre au titre de l’art. 172.1 du *Code*. Au procès, il a reconnu n’avoir pris aucune mesure pour s’assurer de l’âge de l’autre personne, malgré le fait que celle-ci s’était présentée à maintes reprises comme n’ayant pas atteint l’âge

with a reasonable doubt as to whether the accused believed the other person was underage.

[42] The question on appeal was whether the trial judge was bound by the combined effect of s. 172.1(3) and (4) to convict the accused notwithstanding his state of reasonable doubt as to whether the accused believed the other person was underage. The Alberta Court of Appeal held that he was. This Court did the same.

[43] Fish J., for a unanimous Court, explained that the offence of child luring has three essential elements: (1) an intentional communication by means of telecommunication;¹ (2) with a person who is, or who the accused believes is, under the requisite age; (3) for the purpose of facilitating the commission of a designated offence with respect to that person: para. 23.

[44] He then turned to s. 172.1(3) and (4), which he characterized as “close companion[s]”: para. 3. He noted that under subs. (3), where the person is represented to the accused as being underage, the accused is presumed to have believed that representation, absent evidence to the contrary. The purpose of this provision, he stated, was to “facilitat[e] the prosecution of child luring offences while leaving intact the burden on the Crown to prove guilt beyond a reasonable doubt”: para. 30.

[45] Under subs. (4), he observed, accused persons could not raise the defence that they believed the other person was of legal age unless they “took reasonable steps to ascertain the age of the person”. He characterized the purpose of this provision as being “to foreclose exculpatory claims of ignorance or mistake that are entirely devoid of an objective evidentiary basis”: para. 31.

¹ At the time *Levigne* was decided, the provision referred to communications “by means of a computer system”. However, as noted above, the provision now refers to communications “by a means of telecommunication”.

fixé. Le juge du procès a néanmoins acquitté l’accusé, au motif que la question de savoir s’il croyait réellement que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé avait soulevé un doute raisonnable dans son esprit.

[42] En appel, il fallait trancher la question de savoir si le juge du procès était tenu, en raison de l’effet combiné des par. 172.1(3) et (4), de déclarer l’accusé coupable, même s’il avait un doute raisonnable quant à savoir si l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé. La Cour d’appel de l’Alberta a conclu par l’affirmative, de même que la présente Cour.

[43] Rédigeant l’arrêt unanime de la Cour, le juge Fish a expliqué que l’infraction de leurre comportait trois éléments essentiels : (1) une communication intentionnelle par un moyen de télécommunication¹; (2) avec une personne n’ayant pas atteint l’âge fixé ou que l’accusé croit telle; (3) dans le dessein de faciliter la perpétration à son égard d’une infraction énumérée : par. 23.

[44] Le juge Fish a ensuite examiné les par. 172.1(3) et (4), qu’il a qualifiés d’« accolé[s] » : par. 3. Il a fait remarquer que, aux termes du par. (3), lorsqu’une personne est présentée à l’accusé comme n’ayant pas atteint l’âge fixé, l’accusé est présumé l’avoir crue telle, sauf preuve contraire. Il a déclaré que cette disposition avait pour but de « facilite[r] les poursuites pour leurre, mais ne dispens[ait] aucunement le ministère public de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable » : par. 30.

[45] Le juge Fish a fait observer que, aux termes du par. (4), l’accusé ne pouvait faire valoir pour sa défense qu’il croyait que l’autre personne avait atteint l’âge légal « que s’il a[vait] pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de la personne ». Selon lui, cette disposition vise à « faire obstacle aux allégations disculpatoires d’ignorance ou d’erreur dénuées de tout fondement probatoire objectif » : par. 31.

¹ Au moment où l’arrêt *Levigne* a été rendu, la disposition faisait référence à des communications « au moyen d’un ordinateur ». Toutefois, comme nous l’avons indiqué précédemment, la disposition fait désormais référence à des communications « par un moyen de télécommunication ».

[46] Fish J. held, at para. 32, that the combined effect of these two subsections “should be understood and applied” in the following manner:

1. Where it has been represented to the accused that the person with whom he or she is communicating by computer (the “interlocutor”) is underage, the accused is presumed to have believed that the interlocutor was in fact underage.

2. This presumption is rebuttable: It will be displaced by evidence to the contrary, which must include evidence that the accused took steps to ascertain the real age of the interlocutor. Objectively considered, the steps taken must be reasonable in the circumstances.

3. The prosecution will fail where the accused took reasonable steps to ascertain the age of his or her interlocutor and believed that the interlocutor was not underage. In this regard, the evidential burden is on the accused but the persuasive burden is on the Crown.

4. Such evidence will at once constitute “evidence to the contrary” under s. 172.1(3) and satisfy the “reasonable steps” requirement of s. 172.1(4).

5. Where the evidential burden of the accused has been discharged, he or she must be acquitted if the trier of fact is left with a reasonable doubt whether the accused in fact believed that his or her interlocutor was not underage.

[47] In this passage, Fish J. reads subs. (3) and (4) together. He interprets the former to prohibit an accused from rebutting the presumption of belief if the accused did not take reasonable steps to ascertain the other person’s age. In other words, Fish J. reads the reasonable steps requirement in subs. (4) into subs. (3) so as to cohere with the intention of Parliament as he understood it.

[48] From the foregoing — *constitutional considerations aside* — I understand the presumption under subs. (3) and the defence under subs. (4) to operate together as follows. Where the other person is represented to the accused as being underage, the presumption that the accused believed the other person was underage applies. However, this presumption is

[46] Le juge Fish a décrit comme suit, au par. 32, le « résultat » que devrait avoir l’effet combiné de ces deux paragraphes :

1. Lorsque la personne avec laquelle l’accusé communique au moyen d’un ordinateur (l’« interlocuteur ») lui a été présentée comme n’ayant pas atteint l’âge fixé, l’accusé est présumé l’avoir cru telle.

2. Cette présomption est réfutable : elle sera écartée par une preuve contraire établissant notamment que l’accusé a pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge réel de l’interlocuteur. Les mesures prises, considérées objectivement, doivent être raisonnables dans les circonstances.

3. La poursuite échouera si l’accusé a pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de son interlocuteur et croyait que celui-ci avait atteint l’âge fixé. À cet égard, le fardeau de présentation de la preuve incombe à l’accusé, mais le fardeau de persuasion repose sur le ministère public.

4. Ces éléments de preuve vont à la fois constituer une « preuve contraire » au sens du par. 172.1(3) et établir que les « mesures raisonnables » exigées au par. 172.1(4) ont été prises.

5. Lorsque l’accusé s’est déchargé de son fardeau, il doit être acquitté s’il subsiste un doute raisonnable dans l’esprit du juge des faits quant à savoir si l’accusé croyait en réalité que son interlocuteur avait atteint l’âge fixé.

[47] Dans ce passage, le juge Fish rapproche les par. (3) et (4). Il interprète le premier comme interdisant à l’accusé de réfuter la présomption de croyance s’il n’a pas pris de mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne. En d’autres termes, le juge Fish interprète l’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. (4) dans le cadre du par. (3), de façon à ce qu’elle corresponde à l’intention du législateur telle qu’il l’a comprise.

[48] D’après ce qui précède — *et abstraction faite des considérations constitutionnelles* —, je comprends que la présomption établie au par. (3) et le moyen de défense prévu au par. (4) s’appliquent conjointement de la manière suivante : lorsque l’autre personne est présentée à l’accusé comme n’ayant pas atteint l’âge fixé, la présomption que l’accusé croyait

rebuttable — it will be displaced by evidence to the contrary: para. 32(2). Evidence to the contrary *must* include evidence that the accused took reasonable steps to ascertain the other person's age: para. 32(2). By virtue of subs. (4), to raise this defence, the accused bears an initial evidentiary burden of pointing to some evidence capable of showing that he or she took reasonable steps: para. 32(3). The Crown then bears the persuasive burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused failed to take such steps: para. 32(3). If the accused fails to discharge his or her evidentiary burden under subs. (4) or if the Crown proves that the accused failed to take reasonable steps, then the presumption under subs. (3) is not rebutted and the accused is conclusively deemed to have believed that the other person was underage: para. 32(2) and (3). In that scenario, the Crown will have met its burden of proving the second element of the offence: that the accused *believed* the other person was underage.

[49] Therefore, under *Levigne*, the combined effect of subss. (3) and (4) is to create two pathways to conviction where the other person is represented as being underage to the accused: the Crown must prove that the accused either (1) believed the other person was underage or (2) failed to take reasonable steps to ascertain the other person's age. In the context of child luring cases involving police sting operations, such as in *Levigne*, where it can be assumed that the undercover police officer posing as a child will represent that he or she is underage, these two pathways to conviction would have been available to the trier of fact.

[50] Importantly, however, the constitutionality of s. 172.1(3) and (4) was not in issue in *Levigne*: see para. 3. In the present appeal, the circumstances are different. This Court is now asked to rule upon the constitutionality of s. 172.1(3) and (4), as well as the constitutionality of the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a), for the first time. I will now consider those issues in turn, beginning with s. 172.1(3) and

l'autre personne telle s'applique. Toutefois, cette présomption est réfutable; elle sera écartée par une preuve contraire : par. 32(2). La preuve contraire *doit* notamment établir que l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de l'autre personne : par. 32(2). Suivant le par. (4), pour invoquer ce moyen de défense, l'accusé a d'abord le fardeau de présenter des éléments de preuve pouvant démontrer qu'il a pris des mesures raisonnables : par. 32(3). La Couronne doit ensuite s'acquitter du fardeau de persuasion consistant à prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas pris de telles mesures : par. 32(3). Si l'accusé ne réussit pas à s'acquitter de son fardeau de présentation pour l'application du par. (4) ou si la Couronne prouve que l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables, la présomption établie au par. (3) n'est donc pas réfutée et l'accusé est définitivement réputé avoir cru que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé : par. 32(2) et (3). Dans ce cas, la Couronne se sera acquittée de son fardeau consistant à prouver le deuxième élément de l'infraction : que l'accusé *croyait* que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé.

[49] Par conséquent, suivant l'arrêt *Levigne*, l'application combinée des par. (3) et (4) a pour effet de créer deux voies pouvant conduire à une déclaration de culpabilité lorsque l'autre personne est présentée à l'accusé comme n'ayant pas atteint l'âge fixé : la Couronne doit prouver (1) que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé ou (2) qu'il n'a pas pris de mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de l'autre personne. Dans les cas de leurre comportant des opérations d'infiltration, comme dans l'affaire *Levigne*, lorsque l'on peut présumer que l'agent d'infiltration se faisant passer pour un enfant se présentera comme n'ayant pas atteint l'âge fixé, le juge des faits pourrait emprunter ces deux voies pour conclure à la culpabilité de l'accusé.

[50] Toutefois, il est important de souligner que la constitutionnalité des par. 172.1(3) et (4) n'était pas contestée dans l'arrêt *Levigne* : voir par. 3. Dans le présent pourvoi, les circonstances sont différentes. Pour la première fois, la Cour est aujourd'hui appelée à statuer sur la constitutionnalité des par. 172.1(3) et (4), de même que sur la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a).

(4) and assessing how a finding of unconstitutionality in respect of either or both impacts on the analysis in *Levigne*.

B. *The Presumption Under Section 172.1(3)*

(1) Does the Presumption Under Section 172.1(3) Violate Section 11(d) of the Charter?

[51] Section 11(d) of the *Charter* protects the accused's right to be presumed innocent until proven guilty. Before an accused can be convicted of an offence, the trier of fact must be satisfied beyond a reasonable doubt that all of the essential elements of the offence have been proved: see *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, at p. 654. This is one of the principal safeguards for ensuring, so far as possible, that innocent persons are not convicted: see *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at para. 13. The right to be presumed innocent is violated by any provision whose effect is to allow for a conviction despite the existence of a reasonable doubt: see *Vaillancourt*, at pp. 654-56; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, at para. 24.

[52] Various provisions of the *Code* establish presumptions whereby proof of one fact is presumed to be proof of one of the essential elements of an offence. Any such presumption will comply with s. 11(d) solely if proof of the substituted fact leads "inexorably" to the existence of the essential element that it replaces: see *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, at pp. 18-19; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10, at pp. 29-30; *R. v. Audet*, [1996] 2 S.C.R. 171, at para. 44. Only then will there be no possibility that the substitution might result in the accused being convicted despite the existence of a reasonable doubt: see *Audet*, at para. 44.

[53] To be clear, the nexus requirement for demonstrating that a statutory presumption does not offend the presumption of innocence is strict. It is not one

Je me pencherai sur ces questions à tour de rôle, en commençant par les par. 172.1(3) et (4) ainsi qu'en déterminant quelles répercussions une conclusion d'inconstitutionnalité à l'égard de l'un ou l'autre, ou des deux, peut avoir sur l'analyse effectuée dans l'arrêt *Levigne*.

B. *La présomption établie au par. 172.1(3)*

(1) La présomption établie au par. 172.1(3) viole-t-elle l'al. 11d) de la Charte?

[51] L'alinéa 11d) de la *Charte* protège le droit de l'accusé d'être présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie. Pour qu'un accusé soit déclaré coupable d'une infraction, le juge des faits doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que preuve a été faite de l'existence de tous les éléments essentiels de l'infraction : voir *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, p. 654. Il s'agit de l'une des principales mesures de protection visant à éviter, dans la mesure du possible, qu'un innocent soit déclaré coupable : voir *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 13. La disposition dont l'effet est de permettre qu'un accusé soit déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable viole le droit à la présomption d'innocence : voir *Vaillancourt*, p. 654-656; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187, par. 24.

[52] Diverses dispositions du *Code* établissent des présomptions par lesquelles la preuve d'un fait est présumée être la preuve de l'un des éléments essentiels d'une infraction. Une telle présomption ne sera conforme à l'al. 11d) que si la preuve du fait substitué mène « inexorablement » à l'existence de l'élément essentiel qu'il remplace : voir *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, p. 18-19; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10, p. 29-30; *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171, par. 44. Ce n'est que dans ce cas qu'il n'y aura aucune possibilité que l'accusé soit déclaré coupable du fait de la substitution, malgré l'existence d'un doute raisonnable : voir *Audet*, par. 44.

[53] En termes clairs, l'exigence d'établir un lien pour démontrer qu'une présomption législative ne contrevient pas à la présomption d'innocence est

of mere “likelihood” or “probability”, nor is it one satisfied by a “common sense” or “rational” inference. Rather, this Court’s jurisprudence demonstrates that the connection between proof of the substituted fact and the existence of the essential element it replaces must be nothing less than “inexorable”. An “inexorable” link is one that necessarily holds true in all cases.

[54] Given the stringency of this test, for reasons that follow, I am satisfied that the presumption under s. 172.1(3) offends s. 11(d) of the *Charter*.

[55] In the context of a sting operation where there is no underage person — which, to be clear, is the specific context to which these reasons are restricted — s. 172.1(1)(b) stipulates that in order to secure a conviction, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that, among other things, the accused *believed* the other person was under the age of 16. Subsection 172.1(3), however, creates a presumption that proof that the other person was represented to the accused as being under 16 will, absent evidence to the contrary, stand in for proof of the essential element that the accused believed the other person was under 16.

[56] The Crown maintains that the presumption under s. 172.1(3) does not infringe s. 11(d) because the presumption is rebuttable where there is evidence to the contrary. With respect, I cannot agree. A basic fact presumption will infringe s. 11(d) if proof of the basic fact is not capable, *in itself*, of satisfying the trier of fact beyond a reasonable doubt of the presumed fact. (This is another way of articulating the “inexorable connection” test). The accused’s opportunity to raise or identify evidence to the contrary does not resolve or attenuate the s. 11(d) problem created when proof of a basic fact does not lead inexorably to acceptance of the presumed fact. This is because the presumption of innocence requires that the Crown “establi[sh] the guilt of the accused beyond a reasonable

stricte. Il ne s’agit pas d’une exigence où il faut établir une simple « vraisemblance » ou « probabilité », ni d’une exigence à laquelle on peut satisfaire par une inférence « conforme au bon sens » ou « rationnelle ». La jurisprudence de la Cour démontre plutôt que le lien entre la preuve du fait substitué et l’existence de l’élément essentiel qu’il remplace ne doit être rien de moins qu’« inexorable ». Un lien « inexorable » est un lien qui demeure nécessairement valable dans tous les cas.

[54] Compte tenu de la rigueur de ce critère, pour les motifs qui suivent, je suis convaincu que la présomption établie au par. 172.1(3) contrevient à l’al. 11d) de la *Charte*.

[55] Dans le contexte d’une opération d’infiltration où il n’y a pas réellement une personne n’ayant pas atteint l’âge fixé — contexte qui, précisons-le, est expressément celui auquel les présents motifs sont restreints —, l’al. 172.1(1)b) dispose que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable, entre autres, que l’accusé *croyait* que l’autre personne était âgée de moins de 16 ans. Toutefois, le par. 172.1(3) établit une présomption selon laquelle la preuve que l’autre personne a été présentée à l’accusé comme ayant moins de 16 ans remplacera, sauf preuve contraire, la preuve de l’élément essentiel que l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas encore 16 ans.

[56] Selon la Couronne, la présomption établie au par. 172.1(3) ne contrevient pas à l’al. 11d), puisqu’elle peut être réfutée lorsqu’il existe une preuve contraire. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette proposition. Une présomption fondée sur un fait établi contreviendra à l’al. 11d) si la preuve du fait établi n’est pas, *en soi*, capable de convaincre le juge des faits hors de tout doute raisonnable du fait présumé. (Il s’agit d’une autre façon de formuler le critère du « lien inexorable ».) La possibilité qu’a l’accusé de présenter ou de relever des éléments de preuve contraire ne résout pas ou n’atténue pas le problème lié à l’al. 11d) lorsque la preuve d’un fait établi ne mène pas inexorablement à l’acceptation du fait présumé. Il en est ainsi parce que la présomption d’innocence exige que la Couronne « [établis] hors

doubt before the accused must respond”: *St-Onge Lamoureux*, at para. 24 (emphasis added); see also *Downey*, at p. 23.

[57] The mere fact that a representation of age was made to the accused does not lead “inexorably” to the conclusion that the accused believed that representation, even absent evidence to the contrary. To be sure, a trier of fact may well infer, on the evidence, that the accused believed the representation. But that is not the test. The test is whether the connection between the proven fact and the existence of the essential element it replaces is “inexorable”. That test is not met here.

[58] Deception and deliberate misrepresentations are commonplace on the Internet: see *R. v. Pengelley*, 2010 ONSC 5488, 261 C.C.C. (3d) 93, at para. 17. As the Court of Appeal in this case aptly put it:

There is simply no expectation that representations made during internet conversations about sexual matters will be accurate or that a participant will be honest about his or her personal attributes, including age. Indeed, the expectation is quite the opposite, as true personal identities are often concealed in the course of online communication about sexual matters. [para. 60]

[59] Here, for example, there is evidence that Mr. Morrison himself made a misrepresentation about his age on the ad he posted: he claimed to be 45 when he was really in his sixties. On the Internet, it may simply be expected that true personal identities are concealed, even when there is no evidence suggesting a misrepresentation in the particular case.

[60] It follows that where a representation of age is made online, the trier of fact could still be left with a reasonable doubt at the close of the Crown’s case as to whether the accused believed the other person was underage. Yet, despite the trier of fact’s own reasonable doubt, the accused’s belief that the other person was underage would be deemed to be established

de tout doute raisonnable la culpabilité de la personne accusée avant que celle-ci n’ait à répondre » : *St-Onge Lamoureux*, par. 24 (je souligne); voir aussi *Downey*, p. 23.

[57] Le simple fait qu’une personne ait été présentée à l’accusé comme ayant un certain âge ne conduit pas « inexorablement » à la conclusion que ce dernier l’a crue, même en l’absence d’une preuve contraire. Certes, le juge des faits pourrait bien inférer, au vu de la preuve, que l’accusé l’avait crue. Mais il ne s’agit pas là du critère applicable. Le critère consiste plutôt à savoir si le lien entre le fait prouvé et l’existence de l’élément essentiel qu’il remplace est « inexorable ». Ce critère n’est pas rempli en l’espèce.

[58] La tromperie et les fausses déclarations délibérées sont monnaie courante sur Internet : voir *R. c. Pengelley*, 2010 ONSC 5488, 261 C.C.C. (3d) 93, par. 17. Comme la Cour d’appel l’a si bien dit en l’espèce :

[TRADUCTION] On ne peut tout simplement pas s’attendre à ce que des déclarations faites au cours d’une conversation en ligne à caractère sexuel soient exactes ou à ce qu’un participant soit honnête au sujet de ses attributs personnels, y compris son âge. En fait, il faut plutôt s’attendre tout à fait à l’inverse, puisque la véritable identité personnelle des participants est souvent cachée lors de communications en ligne de nature sexuelle. [par. 60]

[59] En l’espèce, par exemple, la preuve démontre que M. Morrison lui-même a fait une fausse déclaration au sujet de son âge dans l’annonce qu’il a publiée : il prétendait avoir 45 ans alors qu’il était dans la soixantaine. Sur Internet, nous pouvons simplement nous attendre à ce que la véritable identité personnelle soit cachée, même lorsque rien ne donne à penser qu’il y a eu une fausse déclaration dans le cas particulier.

[60] Il s’ensuit que, lorsqu’une personne se présente en ligne comme ayant un certain âge, la question de savoir si l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé pourrait toujours soulever un doute raisonnable dans l’esprit du juge des faits à la clôture de la preuve de la Couronne. Pourtant, malgré le doute raisonnable du juge des

beyond a reasonable doubt by virtue of s. 172.1(3) *unless the accused did something* to rebut the presumption. The presumption in s. 172.1(3) therefore contravenes s. 11(d); it will only be acceptable for an accused to bear a tactical burden to rebut a basic fact presumption where proof of the basic fact leads inexorably to acceptance of the presumed fact.

[61] I pause to note that “evidence to the contrary” under subs. (3) would not include the inherent unreliability of representations made over the Internet; it refers instead to evidence which is specific to the particular circumstances of the accused and indicates that he or she did not believe the other person was underage. As Fish J. noted in *Levigne*, “evidence to the contrary” must include steps to ascertain the other person’s age: para. 32(2). Further, if “evidence to the contrary” were to be read so broadly as to include the dubious nature of Internet communications or other forms of telecommunication, then the presumption would be rendered meaningless. Since an offence under s. 172.1 necessarily includes some form of telecommunication, the Crown would *never* be able to rely on the presumption because there would *always* be some evidence to the contrary. In my view, this was plainly not Parliament’s intent.

[62] In sum, because proof of a representation as to age does not lead inexorably to the existence of the essential element that the accused believed the other person was underage — even absent evidence to the contrary — the presumption under s. 172.1(3) violates the presumption of innocence under s. 11(d) of the *Charter*.

(2) Can the Infringement Be Saved Under Section 1 of the *Charter*?

[63] Under the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), a *Charter* infringement can be justified

faits, la croyance de l’accusé que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé serait réputée établie hors de tout doute raisonnable par application du par. 172.1(3), *à moins que l’accusé n’ait fait quelque chose* pour réfuter la présomption. La présomption établie au par. 172.1(3) contrevient donc à l’al. 11d); nous ne pourrions accepter qu’un accusé supporte le fardeau tactique de réfuter une présomption fondée sur un fait établi que lorsque la preuve du fait établi mènera inexorablement à l’acceptation du fait présumé.

[61] Je souligne au passage que le caractère intrinsèquement peu fiable des déclarations faites sur Internet ne constitue pas une « preuve contraire » pour l’application du par. (3); cela renvoie plutôt à une preuve qui est propre à la situation particulière de l’accusé et qui indique qu’il ne croyait pas que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé. Comme le juge Fish l’a indiqué dans l’arrêt *Levigne*, la « preuve contraire » doit notamment établir que l’accusé a pris des mesures pour s’assurer de l’âge de l’autre personne : par. 32(2). En outre, si la « preuve contraire » était interprétée largement au point d’englober les communications en ligne ou autres formes de télécommunication douteuses, la présomption perdrait tout son sens. Comme l’infraction visée à l’art. 172.1 comprend nécessairement une forme de télécommunication, la Couronne ne pourrait *jamais* invoquer la présomption, parce qu’il y aurait *toujours* des éléments de preuve contraire. À mon sens, ce n’était clairement pas l’intention du législateur.

[62] En résumé, puisque la preuve que l’autre personne a été présentée comme ayant un certain âge ne mène pas inexorablement à l’existence de l’élément essentiel que l’accusé croyait qu’elle n’avait pas atteint l’âge fixé — même en l’absence d’une preuve contraire —, la présomption établie au par. 172.1(3) viole la présomption d’innocence garantie par l’al. 11d) de la *Charte*.

(2) La contravention peut-elle être justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*?

[63] Selon le test établi dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, une contravention à la *Charte*

under s. 1 where the party seeking to justify that infringement can demonstrate that:

- (1) the law creating the infringement has a pressing and substantial objective; and
- (2) the means chosen are proportionate in that:
 - (a) they are rationally connected to the law’s objective;
 - (b) they limit the *Charter* right in question as little as reasonably possible in order to achieve the law’s objective; and
 - (c) the law’s salutary effects are proportionate to its deleterious effects on the affected *Charter* right.

[64] The Crown did not attempt to justify the s. 11(d) infringement under s. 1 at trial. Nonetheless, I will consider the Crown’s submissions and explain why, in my view, the *Charter* violation here cannot be justified.

- (a) *Pressing and Substantial Objective and Rational Connection*

[65] The purpose of the child luring prohibition as a whole is, as identified above, to protect children by “identify[ing] and apprehend[ing] predatory adults who, generally for illicit sexual purposes, troll the Internet to attract and entice vulnerable children and adolescents”: *Levigne*, at para. 24; see also *Alicandro*, at para. 36 (stating that s. 172.1 “was enacted to protect children against the very specific danger posed by certain kinds of communications via computer systems”). It seeks to “close the cyberspace door before the predator gets in to prey”: *Legare*, at para. 25. This overarching purpose is undoubtedly pressing and substantial: see *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, at para. 66.

[66] The main purpose of s. 172.1(3) in particular — which is the focus of the inquiry at this stage

peut se justifier au regard de l’article premier lorsque la partie qui cherche à la justifier peut démontrer les éléments suivants :

- (1) la règle de droit qui porte atteinte sert un objectif urgent et réel;
- (2) les moyens choisis sont proportionnés, c’est-à-dire :
 - a) qu’ils ont un lien rationnel avec l’objectif de la règle de droit;
 - b) qu’ils restreignent le droit en question garanti par la *Charte* aussi peu que cela est raisonnablement possible pour atteindre son objectif;
 - c) que les effets bénéfiques de la règle de droit sont proportionnels à ses effets préjudiciables sur le droit garanti par la *Charte*.

[64] Au procès, la Couronne n’a pas tenté de justifier la contravention à l’al. 11 d) au regard de l’article premier. J’examinerai néanmoins ses observations et expliquerai pourquoi, à mon sens, la violation de la *Charte* en l’espèce ne peut être justifiée.

- a) *L’objectif urgent et réel, et le lien rationnel*

[65] Comme il a déjà été mentionné, le but d’interdire le leurre dans son ensemble est de protéger les enfants en « démasqu[ant] et [en] arrêt[ant] les prédateurs adultes qui rôdent dans l’Internet pour appâter des enfants et des adolescents vulnérables, généralement à des fins sexuelles illicites » : *Levigne*, par. 24; voir également *Alicandro*, par. 36 (où le juge a affirmé que l’art. 172.1 avait été [TRADUCTION] « édicté afin de protéger les enfants contre le danger bien précis que présentent certains types de communications électroniques »). Il vise à « fermer la porte du cyberspace avant que le prédateur ne la franchisse pour traquer sa proie » : *Legare*, par. 25. Il ne fait aucun doute que cet objectif primordial est urgent et réel : voir *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 66.

[66] L’objectif principal du par. 172.1(3) en particulier — l’aspect central de l’examen à cette étape-ci

(see *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 144 (“*RJR-MacDonald*”)) — is to facilitate prosecution of the child luring offence: see *Levigne*, at para. 30. The prosecution of child luring offences is connected to the broader objective of protecting children from on-line sexual predators: see *Alicandro*, at para. 36. The parties agree that s. 172.1(3) has a pressing and substantial objective and that the *Charter* limit it creates is rationally connected to that objective. For present purposes, without finally deciding the issue, I am prepared to accept their concessions in this regard.

(b) *Minimal Impairment*

[67] In my view, however, the presumption under s. 172.1(3) fails the minimal impairment test.

[68] To show minimal impairment, the party seeking to justify the infringement must demonstrate that the impugned measure impairs the right in question “as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective”: *RJR-MacDonald*, at para. 160. The impairment must be “minimal” in the sense that it impairs the right in question “no more than necessary”: para. 160.

[69] Here, the presumption under s. 172.1(3) is designed to facilitate prosecution of the child luring offence, which is connected to the broader objective of protecting children from online sexual predators. But the Crown has failed to establish that, absent the presumption, the child luring provision cannot operate effectively. Where the other person is represented to the accused as being underage, the trier of fact can, on the basis of evidence (including the record generated by police), draw a logical, common sense inference that the accused believed that representation. The Court of Appeal captured this point well:

At trial, the Crown can ask the trier of fact to infer that the accused believed the [other person] was underage based on all the facts in the record, including: the content of the communication; whether representations as to age were made; the tone of the communications; the nature of the

(voir *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 144 (« *RJR-MacDonald* »)) — est de faciliter les poursuites pour leurre : voir *Levigne*, par. 30. Les poursuites pour leurre ont un lien avec l’objectif plus vaste de protéger les enfants des prédateurs sexuels en ligne : voir *Alicandro*, par. 36. Les parties conviennent que le par. 172.1(3) sert un objectif urgent et réel et que la restriction au droit garanti par la *Charte* qu’il crée a un lien rationnel avec cet objectif. Pour les fins qui nous occupent, sans trancher définitivement la question, je suis disposé à accepter leurs concessions à cet égard.

b) *L’atteinte minimale*

[67] À mon sens, toutefois, la présomption établie au par. 172.1(3) ne satisfait pas au critère de l’atteinte minimale.

[68] Pour démontrer que l’atteinte est minimale, la partie qui cherche à justifier la contravention doit établir que la mesure contestée restreint le droit en question « aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l’objectif législatif » : *RJR-MacDonald*, par. 160. L’atteinte au droit en question doit être « minimale », en ce qu’elle « ne dépasse pas ce qui est nécessaire » : par. 160.

[69] En l’espèce, la présomption établie au par. 172.1(3) vise à faciliter les poursuites pour leurre, un objectif qui a un lien avec l’objectif plus vaste de protéger les enfants des prédateurs sexuels en ligne. Toutefois, la Couronne n’a pas démontré que, en l’absence de la présomption, la disposition en matière de leurre ne peut être efficace. Lorsque l’autre personne est présentée à l’accusé comme n’ayant pas atteint l’âge fixé, le juge des faits peut, en se fondant sur la preuve (notamment le dossier de la police), tirer une inférence logique et conforme au bon sens que l’accusé la croyait telle. La Cour d’appel l’a bien expliqué :

[TRADUCTION] Au procès, la Couronne peut demander au juge des faits d’inférer que l’accusé croyait que [l’autre personne] n’avait pas atteint l’âge fixé au vu de l’ensemble des faits au dossier, y compris : le contenu de la communication, la question de savoir si la personne a été

forum used; the frequency of communications; whether photographs were exchanged; and all of the other infinitely variable circumstances surrounding the exchange. This approach is routinely part of the work of trial courts. It need not involve limiting the accused's right to be presumed innocent by means of the presumption of belief in s. 172.1(3) of the *Code*. The absence of the presumption would not undermine the prosecution of the child luring offence. [para. 72]

[70] Put simply, a less intrusive means of achieving the state's overarching objective would be to do away with the presumption under s. 172.1(3) and instead rely on the prosecution's ability to secure convictions by inviting the trier of fact to find, based on a logical, common sense inference drawn from the evidence, that the accused believed the other person was underage. Indeed, this process of inferential reasoning is not unfamiliar to judges and juries, who engage in this type of reasoning day in and day out.

[71] Because the Crown has not shown that the presumption under s. 172.1(3) infringes the right to be presumed innocent "as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective" of prosecuting child luring offences and thereby protecting children from online sexual predators, it cannot be saved under s. 1: *RJR-MacDonald*, at para. 160.

(c) *Balancing*

[72] In addition, I am of the view that the deleterious effects of the presumption under s. 172.1(3) outweigh its salutary effects. As alluded to above, the Crown has not shown that the salutary effects of the presumption are significant, even in the context of an offence as serious as child luring. And to the extent, if any, that the presumption actually results in additional convictions, it does so only by sweeping in accused persons whose belief as to the other person's age may be the subject of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact. Although the presumption may ease the Crown's burden of proving its case,

présentée comme ayant un certain âge, le ton des communications, la nature de la tribune utilisée, la fréquence des communications, la question de savoir si des photos ont été échangées, ainsi que toutes les autres circonstances infiniment variables entourant la conversation. Les cours de première instance sont habituellement appelées à le faire. Il n'est pas nécessaire de limiter le droit à la présomption d'innocence de l'accusé en ayant recours à la présomption de croyance établie au par. 172.1(3) du *Code*. L'absence de la présomption n'aurait pas pour effet de nuire aux poursuites pour leurre. [par. 72]

[70] En termes simples, un moyen moins envahissant d'atteindre l'objectif primordial de l'État serait d'écartier la présomption établie au par. 172.1(3) et de se fonder plutôt sur la capacité du poursuivant à obtenir une déclaration de culpabilité en invitant le juge des faits à conclure, en fonction d'une inférence logique et conforme au bon sens tirée de la preuve, que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. En effet, ce processus de raisonnement par déduction n'est pas étranger aux juges et jurés, qui appliquent ce type de raisonnement quotidiennement.

[71] Puisque la Couronne n'a pas démontré que la présomption établie au par. 172.1(3) porte atteinte au droit à la présomption d'innocence « aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l'objectif législatif » consistant à faciliter les poursuites pour leurre et ainsi protéger les enfants des prédateurs sexuels en ligne, l'atteinte ne peut être justifiée au regard de l'article premier : *RJR-MacDonald*, par. 160.

c) *La mise en balance*

[72] De plus, je suis d'avis que les effets préjudiciables de la présomption établie au par. 172.1(3) l'emportent sur ses effets bénéfiques. Comme je l'ai déjà dit, la Couronne n'a pas démontré que les effets bénéfiques de la présomption étaient importants, même dans le contexte d'une infraction aussi grave que le leurre. Et dans la mesure, le cas échéant, où la présomption permet d'inscrire davantage de verdicts de culpabilité, elle le fait uniquement en visant également des accusés dont la croyance quant à l'âge de l'autre personne peut soulever un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits. Bien que la

prosecutorial convenience and expediency cannot justify the risk of convicting the innocent created by subs. (3).

(3) Conclusion

[73] In sum, the presumption under s. 172.1(3) infringes s. 11(d) of the *Charter*, and that infringement cannot be justified under s. 1. I therefore agree with the Court of Appeal that s. 172.1(3) should be declared to be without force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

C. *The Reasonable Steps Requirement Under Section 172.1(4)*

(1) Does the Reasonable Steps Requirement Under Section 172.1(4) Violate Section 7 of the *Charter*?

[74] Section 7 of the *Charter* establishes that “[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice”. Mr. Morrison submits that the reasonable steps requirement of s. 172.1(4) violates s. 7 of the *Charter* by allowing for a conviction, and resulting imprisonment, where the accused has simply been negligent in failing to take reasonable steps to ascertain the other person’s age. This, in his view, would deprive him of his liberty in violation of the principles of fundamental justice.

[75] To accord with the principles of fundamental justice, the mental element of an offence must “maintain a proportionality between the stigma and punishment attached to a [conviction for the offence] and the moral blameworthiness of the offender”: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, at p. 646; see also *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731, at p. 743; H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (loose-leaf), at p. 4-27. This Court has recognized

présomption puisse alléger le fardeau de la Couronne quant à sa preuve, la commodité de cette présomption pour le poursuivant et l’efficacité ne peuvent justifier le risque que crée le par. (3) de déclarer un innocent coupable.

(3) Conclusion

[73] En somme, la présomption établie au par. 172.1(3) contrevient à l’al. 11d) de la *Charte*, et cette contravention ne peut être justifiée au regard de l’article premier. Par conséquent, je conviens avec la Cour d’appel que le par. 172.1(3) devrait être déclaré inopérant, conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

C. *L’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4)*

(1) L’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) viole-t-elle l’art. 7 de la *Charte*?

[74] L’article 7 de la *Charte* énonce que « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Monsieur Morrison soutient que l’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) viole l’art. 7 de la *Charte*, car elle ouvre la porte au prononcé d’une déclaration de culpabilité, et à l’emprisonnement qui en résulte, dans une situation où l’accusé a simplement fait preuve de négligence en omettant de prendre des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne. Selon lui, cela porterait atteinte à son droit à la liberté d’une manière qui contrevient aux principes de justice fondamentale.

[75] L’élément moral d’une infraction doit, pour être conforme aux principes de justice fondamentale, « maintenir une proportionnalité entre les stigmates et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité [relativement à l’infraction] et la culpabilité morale du délinquant » : *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, p. 646; voir aussi *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731, p. 743; H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (feuilles mobiles), p. 4-27. La

that a small group of offences, including murder and attempted murder, carry such stigma and punishment that they require a purely subjective standard of fault: see *Vaillancourt*, at pp. 653-54; *Martineau*, at p. 646; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at p. 18. However, “an objective fault requirement is constitutionally sufficient for a broad range of offences” beyond this limited class: *Creighton*, at p. 18.

[76] As discussed above, in *Levigne*, this Court implicitly held that the combined effect of subs. (3) and (4) was to create two pathways to conviction where the other person is represented to the accused as being underage. In such circumstances, the accused is presumed under subs. (3) to have believed that the other person was underage *unless* there is evidence that the accused took reasonable steps to ascertain the other person’s age. In effect, therefore, the required *mens rea* is established where the Crown proves that the accused either (1) believed the other person was underage or (2) failed to take reasonable steps to ascertain the other person’s age.

[77] The trial judge proceeded on the basis that although s. 172.1(3) infringed s. 11(d) of the *Charter* and as such was of no force or effect in the case before him, these two pathways to conviction nonetheless remained available. Having been left with a reasonable doubt as to whether Mr. Morrison believed “Mia” was underage, he pursued the second pathway to conviction, finding Mr. Morrison guilty on the basis that he had failed to take reasonable steps to ascertain “Mia’s” age as required under s. 172.1(4). The Court of Appeal endorsed this approach.

[78] Mr. Morrison submits that the courts below erred in failing to find that s. 172.1(4) infringes s. 7 of the *Charter*. He maintains that in allowing for a

Cour a reconnu qu’un petit groupe d’infractions, dont le meurtre et la tentative de meurtre, donnent lieu à de tels stigmates et à une telle peine qu’il est nécessaire d’adopter à leur égard une norme de faute purement subjective : voir *Vaillancourt*, p. 653-654; *Martineau*, p. 646; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, p. 18. Cependant, « du point de vue constitutionnel, une exigence objective en matière de faute suffit pour une large gamme d’infractions » au-delà de ce groupe restreint : *Creighton*, p. 18.

[76] Comme il a été mentionné précédemment, la Cour a implicitement conclu dans l’arrêt *Levigne* que l’effet combiné des par. (3) et (4) était de créer deux voies distinctes pouvant conduire à une déclaration de culpabilité dans les situations où l’autre personne est présentée à l’accusé comme n’ayant pas atteint l’âge fixé. Dans de telles circonstances, par application du par. (3), l’accusé est présumé avoir cru que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé, à moins que la preuve ne démontre que l’accusé a pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne. En fait, la *mens rea* requise est donc établie lorsque la Couronne prouve (1) que l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé ou (2) qu’il n’a pas pris de mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne.

[77] Le juge du procès s’est prononcé en se fondant sur le fait que, même si le par. 172.1(3) contrevient à l’al. 11d) de la *Charte* et, de ce fait, qu’il était inopérant dans l’affaire dont il était saisi, ces deux voies pouvant conduire à une déclaration de culpabilité étaient néanmoins ouvertes. Comme un doute raisonnable subsistait dans son esprit quant à savoir si M. Morrison croyait que « Mia » n’avait pas atteint l’âge fixé, il a choisi la deuxième voie pouvant conduire à une déclaration de culpabilité, en déclarant M. Morrison coupable au motif qu’il n’avait pas pris de mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de « Mia », comme l’exigeait le par. 172.1(4). La Cour d’appel a souscrit à cette façon de procéder.

[78] Monsieur Morrison soutient que les tribunaux de juridictions inférieures ont commis une erreur en ne concluant pas que le par. 172.1(4) contrevient

conviction based on a failure to take reasonable steps, subs. (4) makes the child luring offence an objective *mens rea* offence, allowing for convictions based on mere negligence. This, he says, violates the principles of fundamental justice because the stigma and punishment associated with the child luring offence are so serious that subjective *mens rea* alone will suffice to sustain a conviction.

[79] I agree with Mr. Morrison that a conviction for child luring carries a high degree of stigma and a potentially severe punishment. The offence of child luring is punishable by up to 14 years' imprisonment, and the offender is also subject to a lengthy registration as a sex offender. Child luring is a serious crime that undermines the safety of our children and preys on their vulnerability. The stigma and punishment that attach to a conviction are thus rightfully high and severe. That said, I am very doubtful that this stigma and punishment rise to the level of requiring purely subjective *mens rea*. In any event, for reasons that will become apparent, I find it unnecessary to decide that issue here.

[80] In short, I reject Mr. Morrison's submission that s. 172.1(4) breaches s. 7 of the *Charter*.² In reaching this conclusion, I part ways with the courts below in the following key respect: in my view, the reasonable steps requirement under s. 172.1(4) does *not*, in the absence of the presumption under s. 172.1(3), provide a second pathway

² No argument was made before this Court on whether the limit on the accused's ability to raise the defence that he believed the other person was of legal age violates the presumption of innocence under s. 11(d) of the *Charter*. Importantly, we do not have the benefit of the Crown's arguments on this point, making it inappropriate for this Court to pronounce on the matter: see *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873, at para. 28. Mr. Morrison argued that s. 172.1(4) is unconstitutional on the basis that it allows for conviction on the basis of mere negligence.

à l'art. 7 de la *Charte*. Il prétend qu'en laissant la porte ouverte à une déclaration de culpabilité fondée sur le défaut de prendre des mesures raisonnables, le par. (4) confère à l'infraction de leurre la qualité d'infraction à *mens rea* objective, ouvrant ainsi la porte à des déclarations de culpabilité fondées sur la simple négligence. Il affirme que cela contrevient aux principes de justice fondamentale, parce que les stigmates et la peine rattachés à l'infraction de leurre sont si graves que seule une *mens rea* subjective sera suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité.

[79] Je conviens avec M. Morrison qu'un haut niveau de stigmatisation et une peine potentiellement sévère sont rattachés à une déclaration de culpabilité pour leurre. L'infraction de leurre est passible d'un emprisonnement maximal de 14 ans, et le délinquant est aussi assujéti à une longue période d'inscription au registre des délinquants sexuels. Le leurre est un crime grave qui sape la sécurité des enfants et qui s'attaque à leur vulnérabilité. Les stigmates et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité sont donc, à juste titre, élevés et sévères. Cela dit, je doute fortement que cette stigmatisation et que cette peine soient importantes au point d'exiger une *mens rea* purement subjective. Quoi qu'il en soit, pour des motifs qui ressortiront de l'analyse qui suit, je conclus qu'il est inutile de trancher cette question en l'espèce.

[80] En somme, je rejette l'argument de M. Morrison selon lequel le par. 172.1(4) viole l'art. 7 de la *Charte*.² En parvenant à cette conclusion, je diverge d'opinion avec les tribunaux de juridictions inférieures au sujet de l'aspect fondamental suivant : à mon avis, l'obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) *ne* fournit *pas*, en

² Aucun argument n'a été soumis à la Cour quant à savoir si la restriction imposée relativement à la capacité de l'accusé de soulever le moyen de défense selon lequel il croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal viole la présomption d'innocence garantie par l'al. 11(d) de la *Charte*. Fait important, nous ne bénéficions pas des arguments de la Couronne à cet égard, ce qui fait en sorte qu'il n'est pas approprié que la Cour se prononce sur cette question : voir *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873, par. 28. Monsieur Morrison a fait valoir que le par. 172.1(4) était inconstitutionnel parce qu'il ouvrirait la porte aux déclarations de culpabilité fondées sur la simple négligence.

to conviction. Instead, as I will explain, it simply limits a defence.

[81] As noted above, in the context of a police sting operation where there is no underage person, s. 172.1(1) makes it an offence for a person to communicate, by means of telecommunication, with a person who the accused *believes* is underage for the purpose of facilitating the commission of a designated offence against that person. By expressly including a presumption under s. 172.1(3) as to the accused's belief in this regard — albeit a presumption which I have found to be unconstitutional — Parliament signalled that the requirement of proving belief is essential in this context.

[82] Subsection 172.1(4) does not make this requirement any less essential. Rather, in the absence of the presumption under s. 172.1(3), what it does is bar accused persons from raising, as a defence, that they believed the other person was of legal age where they failed to take reasonable steps to ascertain the other person's age. Put differently, it does not provide an independent pathway to conviction; it merely limits a defence. This proposition is made clear by the opening words of subs. (4): “It is not a defence . . .”. To be clear, while the word “defence” can be understood more broadly or more narrowly depending on the context, I am of the view that “defence” here is referring to an *affirmative* defence advanced by the accused as to the accused's belief that would entitle him or her to an acquittal if believed or if it were to leave the trier of fact in a state of reasonable doubt.

[83] Consequently, if the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused did not take reasonable steps, then the trier of fact is precluded from considering the defence that the accused believed the other person to be of *legal age*. But that does not

l'absence de la présomption établie au par. 172.1(3), une deuxième voie pouvant conduire à une déclaration de culpabilité. Comme je l'expliquerai plus loin, elle ne fait plutôt que restreindre un moyen de défense.

[81] Comme il a été mentionné plus tôt, dans le contexte d'une opération d'infiltration policière à laquelle aucune personne n'ayant pas atteint l'âge fixé ne participe, le par. 172.1(1) constitue en infraction pour une personne le fait de communiquer, par un moyen de télécommunication, avec quelqu'un que l'accusé *croit* ne pas avoir atteint l'âge fixé en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction énumérée. En incluant expressément une présomption au par. 172.1(3) en ce qui a trait à la croyance de l'accusé à cet égard — encore qu'il s'agisse d'une présomption que j'ai déclarée inconstitutionnelle —, le législateur a signalé que l'exigence de prouver la croyance était essentielle dans ce contexte.

[82] Le paragraphe 172.1(4) ne rend pas cette exigence moins essentielle. En réalité, en l'absence de la présomption établie au par. 172.1(3), cette disposition a pour effet d'empêcher les accusés de soulever, comme moyen de défense, le fait qu'ils croyaient que l'autre personne avait atteint l'âge légal dans les cas où ils ont omis de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de son âge. Autrement dit, cette disposition n'offre pas une voie indépendante pouvant conduire à une déclaration de culpabilité; elle ne fait que restreindre un moyen de défense. Cela ressort clairement du par. (4), avec le passage ainsi libellé : « . . . ne constitue un moyen de défense . . . ». Pour être clair, bien que le mot « défense » puisse être interprété de façon plus générale ou plus précise selon le contexte, je suis d'avis que ce mot renvoie ici à une défense *affirmative* avancée par l'accusé, quant à la croyance de ce dernier, qui lui donnerait droit à un acquittement si le juge des faits y ajoutait foi ou si elle devait laisser ce dernier dans un état de doute raisonnable.

[83] Par conséquent, si la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables, le juge des faits ne peut alors pas examiner le moyen de défense selon lequel l'accusé croyait que l'autre personne avait *atteint*

relieve the Crown of its ultimate burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was *underage*. Thus, to illustrate, if the trier of fact can only conclude from the evidence that the accused was negligent or reckless with regard to the other person's age, the Crown would not have met its burden, and the accused would be entitled to an acquittal. This is because negligence and recklessness are states of mind that do not entail any concrete belief about the other person's age. In short, there is but one pathway to conviction: proof beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was *underage*. Nothing less will suffice.

[84] To the extent my colleague Justice Abella concludes otherwise, I respectfully disagree. In the sting context where there is no actual *underage* person, the notion that “s. 172.1(4) allows for a conviction if the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps to ascertain age (the objective path to liability)” simply does not hold up: Abella J.'s reasons, at para. 214. If proving the absence of reasonable steps were sufficient to ground a conviction in this context, there would have been no need for the presumption under subs. (3) in the first place. As explained above, absent that presumption, subs. (4) does nothing more than limit a defence. The main effect of subs. (4), discussed in further detail below, is to impose an evidentiary burden on the accused regarding reasonable steps where the accused asserts he or she believed the other person was of legal age: see *Levigne*, at para. 32(3). It is the Crown, however, that bears the persuasive burden: see para. 32(3). In my respectful view, nothing in this arrangement prevents an accused from making full answer and defence.

[85] It is trite that an accused's failure to discharge an evidentiary burden vis-à-vis a defence does not, in

l'âge légal. Mais cela ne dispense pas la Couronne de son fardeau ultime consistant à prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. Ainsi, à titre d'illustration, si le juge des faits peut uniquement conclure, en fonction de la preuve, que l'accusé a fait preuve de négligence ou d'insouciance relativement à l'âge de l'autre personne, la Couronne ne se sera pas acquittée de son fardeau et l'accusé aura droit à un acquittement. Il en est ainsi parce que la négligence et l'insouciance constituent des états d'esprit qui n'entraînent pas une réelle croyance au sujet de l'âge de l'autre personne. En somme, il n'existe qu'une seule voie pouvant conduire à une déclaration de culpabilité : la preuve hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. Rien de moins ne saurait suffire.

[84] En toute déférence, dans la mesure où ma collègue la juge Abella arrive à une conclusion différente, je ne saurais y souscrire. Dans le contexte d'une opération d'infiltration à laquelle aucune personne n'ayant pas atteint l'âge fixé ne participe réellement, la notion selon laquelle « le par. 172.1(4) permet le prononcé d'une déclaration de culpabilité si la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a omis de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge (la voie objective vers la responsabilité) » ne tient tout simplement pas : motifs de la juge Abella, par. 214. S'il suffisait de prouver l'absence de mesures raisonnables pour étayer une déclaration de culpabilité dans ce contexte, la présomption établie au par. (3) n'aurait, au départ, aucune raison d'être. Comme il a été expliqué précédemment, en l'absence de cette présomption, le par. (4) ne fait rien de plus que restreindre un moyen de défense. Le principal effet du par. (4), qui sera analysé en détail plus loin, est d'imposer à l'accusé un fardeau de présentation relativement aux mesures raisonnables prises lorsqu'il affirme qu'il croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal : voir *Levigne*, par. 32(3). Toutefois, le fardeau de persuasion repose sur la Couronne : voir par. 32(3). À mon humble avis, rien dans ces dispositions n'empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

[85] Il est bien établi que le défaut de l'accusé de s'acquitter du fardeau de présentation qui lui incombe

and of itself, provide a freestanding basis for conviction, irrespective of whether the Crown has proven its case beyond a reasonable doubt. If it were otherwise, a bedrock principle of criminal law — namely, that in order to secure a conviction, the Crown must prove all of the essential elements of the offence beyond a reasonable doubt — would be stripped of any meaning: see *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521, at p. 532. In the sting context where there is no actual underage person, which is the context with which we are concerned, that principle requires that the Crown prove beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage.

[86] In so concluding, I am not unmindful of the comments in *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021, at para. 8, upon which Justice Abella relies by way of analogy to hold that in the present context the Crown can obtain a “conviction if [it] proves beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps to ascertain age (the objective path to liability)”: paras. 213-14. Paragraph 8 of *George* reads as follows:

At common law, “true crimes” — like those at issue here — would have a purely subjective fault element. However, through statutory intervention, Parliament has imported an objective element into the fault analysis to enhance protections for youth (Stewart, at pp. 4-23 and 4-24). As a result, to convict an accused person who demonstrates an “air of reality” to the mistake of age defence, the Crown must prove, beyond a reasonable doubt, either that the accused person (1) did not honestly believe the complainant was at least 16 (the subjective element); or (2) did not take “all reasonable steps” to ascertain the complainant’s age (the objective element) (Stewart, at p. 4-24; M. Manning, Q.C., and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (5th ed. 2015), at p. 1113 (“*Manning, Mewett & Sankoff*”)).

[87] With respect, I am unable to adopt my colleague’s analysis. In *George*, Ms. George was

relativement à un moyen de défense ne peut, à lui seul, servir de fondement à une déclaration de culpabilité, dans les cas où la Couronne n’a pas fait la preuve de l’infraction hors de tout doute raisonnable. S’il en était autrement, l’un des principes fondamentaux du droit criminel — à savoir que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, la Couronne doit prouver tous les éléments essentiels de l’infraction hors de tout doute raisonnable — serait dénué de tout sens : voir *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, p. 532. Dans le contexte d’une opération d’infiltration à laquelle aucune personne n’ayant pas atteint l’âge fixé ne participe réellement, soit le contexte qui nous intéresse en l’espèce, ce principe exige que la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable que l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé.

[86] En concluant ainsi, je ne fais pas abstraction des commentaires formulés dans l’arrêt *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021, par. 8, sur lesquels s’appuie par analogie la juge Abella pour conclure que dans la cadre de l’affaire qui nous intéresse, la Couronne peut obtenir une « déclaration de culpabilité si [elle] prouve hors de tout doute raisonnable que l’accusé a omis de prendre des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge (la voie objective vers la responsabilité) » : par. 213-214. Le paragraphe 8 de l’arrêt *George* est ainsi rédigé :

En common law, les [TRADUCTION] « crimes véritables » — du genre de ceux en cause dans la présente affaire — comportent un élément de faute purement subjectif. Toutefois, par voie de dispositions législatives, le Parlement a importé dans l’analyse de la faute un élément objectif afin d’accorder une protection accrue aux jeunes personnes (Stewart, p. 4-23 et 4-24). Par conséquent, pour que soit déclaré coupable un accusé qui démontre que sa défense d’erreur sur l’âge possède une « apparence de vraisemblance », le ministère public doit alors prouver hors de tout doute raisonnable soit que l’accusé (1) ne croyait pas sincèrement que le plaignant était âgé d’au moins 16 ans (l’élément subjectif), soit que l’accusé (2) n’a pas pris « toutes les mesures raisonnables » pour s’assurer de l’âge du plaignant (l’élément objectif) (Stewart, p. 4-24; M. Manning, c.r., et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (5^e éd. 2015), p. 1113 (« *Manning, Mewett & Sankoff* »)).

[87] En toute déférence, je ne puis souscrire à l’analyse de ma collègue. Dans l’arrêt *George*,

charged with sexual interference and sexual assault of a person under the age of 16. Given that the complainant was legally incapable of consenting, Ms. George's sole defence was that she believed, albeit mistakenly, that the 14-year-old complainant was at least 16 years old. In those circumstances, if the trier of fact were to find or have a reasonable doubt that Ms. George honestly believed the complainant was at least 16, she would be entitled to an acquittal. Put differently, if the Crown hoped to obtain a conviction, it had to overcome her defence of mistaken belief.

[88] Against this backdrop, the passage in question at para. 8 of *George* explains that there were two alternate ways by which the Crown could negate the defence of mistaken belief in age once the air of reality test had been met. First, the Crown could prove that the accused did not honestly believe the complainant was at least 16; or, second, the Crown could prove that the accused did not take "all reasonable steps" to ascertain the complainant's age. While the Crown had to prove at least one of these propositions to negate the defence of mistaken belief, doing so would not, from a legal perspective, inevitably lead to a conviction. As a legal matter, to obtain a conviction for sexual interference or sexual assault of a person under the age of 16, the Crown had to go further and prove beyond a reasonable doubt that the accused believed the complainant was under 16. As a practical matter, once Ms. George's sole defence was negated, her conviction was a virtual certainty.

[89] These same legal principles apply in respect of the offence of child luring. The best evidence of this is found in the s. 172.1(3) presumption, which Parliament built into the child luring provision. As I have pointed out above at para. 84, if proving the absence of reasonable steps and thereby disproving the defence of honest belief in age were sufficient to ground a conviction in this context, there would have been no need for Parliament to include the presumption under s. 172.1(3) in the first place. This

M^{me} George était accusée de contacts sexuels et d'agression sexuelle à l'égard d'une personne âgée de moins de 16 ans. Puisque le plaignant ne pouvait pas légalement consentir, la seule défense que pouvait faire valoir M^{me} George était qu'elle croyait — bien qu'erronément — que le plaignant âgé de 14 ans avait au moins 16 ans. Ainsi, si le juge avait conclu que M^{me} George croyait honnêtement que le plaignant était âgé d'au moins 16 ans, ou s'il avait un doute raisonnable en ce sens, M^{me} George aurait eu droit à un acquittement. Autrement dit, pour que la Couronne obtienne une déclaration de culpabilité, il lui fallait réfuter la défense de croyance erronée.

[88] C'est dans ce contexte que le passage précité du par. 8 de l'arrêt *George* explique que la Couronne disposait de deux façons différentes de renverser la défense de croyance erronée quant à l'âge, une fois qu'il avait été satisfait au test de la vraisemblance. Ou bien la Couronne pouvait prouver que l'accusée ne croyait pas honnêtement que le plaignant avait au moins 16 ans; ou bien elle pouvait prouver que l'accusée n'avait pas pris « toutes les mesures raisonnables » pour s'assurer de l'âge du plaignant. Même si la Couronne devait prouver au moins l'un de ces deux éléments afin de renverser la défense de croyance erronée, le simple fait d'y parvenir n'aurait pas, en droit, mené inévitablement à une déclaration de culpabilité. Sur le plan juridique, pour que l'accusée soit déclarée coupable de contacts sexuels ou d'agression sexuelle à l'égard d'une personne âgée de moins de 16 ans, la Couronne devait en faire davantage et prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusée croyait le plaignant âgé de moins de 16 ans. Sur le plan pratique, une fois sa seule défense renversée, il était presque certain que M^{me} George allait être déclarée coupable.

[89] Les mêmes principes juridiques s'appliquent à l'infraction de leurre. La présomption établie au par. 172.1(3), que le législateur a intégré à la déposition en matière de leurre, en est la plus belle preuve. Comme je l'ai indiqué au par. 84, si, pour obtenir une déclaration de culpabilité dans un tel contexte, il suffisait de prouver l'absence de mesures raisonnables et d'ainsi réfuter la défense de la croyance honnête à l'âge légal, le législateur n'aurait pas eu à ajouter, au départ, la présomption du par. 172.1(3). Une

goes against the presumption that Parliament does not speak in vain: see *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, at para. 87.

[90] Put simply, as a matter of law, an accused cannot be convicted merely for failing to establish a defence; rather, a conviction will be sustained only where the Crown is able to negate a properly raised defence *and* show, on the evidence as a whole, that all of the essential elements of the offence in question have been proved beyond a reasonable doubt.

[91] I offer this clarification, bearing in mind that the comments enunciated in para. 8 of *George* were clearly not central to the resolution of that case. The issue of whether an accused could be convicted for failing to show that he or she took all reasonable steps to ascertain the complainant's age was in fact neither raised nor argued by the parties. In the absence of full argument and a considered analysis, the passage in question ought not to be interpreted in a way that would sweep aside a bedrock principle of our criminal law.

(2) Conclusion

[92] It follows from the foregoing analysis that s. 172.1(4) does not infringe s. 7 of the *Charter*. This is because even if we were to assume, for the sake of argument, that child luring forms part of the very narrow class of offences requiring purely subjective *mens rea*, s. 172.1(4) does not depart from this standard: it does not create a situation in which an accused may be convicted on the basis of simple negligence — namely, in this context, a failure to take reasonable steps. Rather, only subjective *mens rea* — in this case, belief — will suffice.

[93] It also follows that the trial judge entered a guilty verdict on a basis that was legally unsound. For the trial judge to have properly convicted Mr. Morrison, he would have to have been satisfied beyond a

telle situation contreviendrait à la présomption selon laquelle le législateur ne parle pas pour rien dire : voir *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610, par. 87.

[90] Dit simplement, en droit, un accusé ne peut pas être déclaré coupable du simple fait qu'il n'a pas su établir de défense; il ne pourra être déclaré coupable que si la Couronne parvient à renverser une défense dûment invoquée *et* à établir, au vu de l'ensemble de la preuve, que tous les éléments essentiels de l'infraction en cause ont été prouvés hors de tout doute raisonnable.

[91] J'apporte cette précision tout en notant que les commentaires formulés au par. 8 de l'arrêt *George* n'étaient clairement pas déterminants pour régler cette affaire. En réalité, la question de savoir si un accusé pouvait être déclaré coupable parce qu'il n'a pas été en mesure de prouver qu'il a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant n'a pas été soulevée ni débattue par les parties. En l'absence d'un débat exhaustif et d'une analyse réfléchie, le passage en question ne devrait pas être interprété de façon à écarter un principe fondamental du droit criminel.

(2) Conclusion

[92] Il s'ensuit, d'après l'analyse qui précède, que le par. 172.1(4) ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*. Il en est ainsi parce que, même en tenant pour acquis, pour les besoins de la discussion, que le leurre fait partie du groupe d'infractions très restreint exigeant une *mens rea* purement subjective, le par. 172.1(4) ne s'éloigne pas de cette norme : il ne crée pas une situation dans laquelle un accusé peut être déclaré coupable en raison de la simple négligence — en l'espèce, le défaut de prendre des mesures raisonnables. Il n'y a plutôt que la *mens rea* subjective — en l'espèce, la croyance — qui sera suffisante.

[93] Il s'ensuit aussi que le juge du procès a inscrit un verdict de culpabilité à partir d'un fondement non valide en droit. Pour que la déclaration de culpabilité prononcée par le juge du procès à

reasonable doubt that Mr. Morrison believed “Mia” was under the age of 16. He was not. This demands a remedy.

[94] But before turning to the question of remedy, it is first necessary to describe how s. 172.1 is to be applied in future cases in the absence of the presumption under s. 172.1(3), which I have found to be of no force and effect.

D. *The Operation of Section 172.1 Without Section 172.1(3)*

(1) Belief Regarding Age

[95] In the context of a police sting where there is no underage person, the offence of child luring has three essential elements: (1) an intentional communication by means of telecommunication; (2) with a person who the accused believes is under the requisite age; (3) for the purpose of facilitating the commission of a designated offence with respect to that person (see *Levigne*, at para. 23; *Legare*, at para. 36). The Crown must prove each of these elements beyond a reasonable doubt: see *Legare*, at para. 37. The discussion below will focus on the second element.

[96] Because the presumption under s. 172.1(3) is no longer of any force or effect, the Crown cannot secure a conviction by proving that the accused failed to take reasonable steps to ascertain the other person’s age once a representation as to age was made. Instead, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused *believed* the other person was underage.

[97] To meet this burden, the Crown must show that the accused either (1) believed the other person was underage or (2) was wilfully blind as to whether the other person was underage. The second alternative is legally equivalent to the first.

l’égard de M. Morrison ait été valide, il aurait dû avoir été convaincu hors de tout doute raisonnable que M. Morrison croyait que « Mia » était âgée de moins de 16 ans. Il n’était pas convaincu d’une telle chose. Cela commande une réparation.

[94] Mais avant d’analyser la question de la réparation, il est nécessaire de décrire tout d’abord comment l’art. 172.1 doit être appliqué dans les dossiers ultérieurs en l’absence de la présomption établie au par. 172.1(3), présomption que j’ai déclarée inopérante.

D. *L’application de l’art. 172.1 sans le par. 172.1(3)*

(1) La croyance quant à l’âge

[95] Dans le contexte d’une infiltration policière à laquelle aucune personne n’ayant pas atteint l’âge fixé ne participe, l’infraction de leurre comporte trois éléments essentiels : (1) une communication intentionnelle par un moyen de télécommunications; (2) avec une personne dont l’accusé croit qu’elle n’a pas atteint l’âge exigé par la loi; (3) dans le dessein de faciliter la perpétration à son égard d’une infraction énumérée (voir *Levigne*, par. 23; *Legare*, par. 36). La Couronne doit établir chacun de ces éléments hors de tout doute raisonnable : voir *Legare*, par. 37. L’analyse ci-dessous sera axée sur le deuxième élément.

[96] La présomption établie au par. 172.1(3) étant désormais inopérante, la Couronne ne peut pas obtenir une déclaration de culpabilité en démontrant que l’accusé a omis de prendre des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne dès que cette dernière a été présentée comme ayant un certain âge. La Couronne doit plutôt prouver hors de tout doute raisonnable que l’accusé *croyait* que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé.

[97] Pour s’acquitter de ce fardeau, la Couronne doit démontrer (1) que l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé ou (2) qu’il a fait preuve d’aveuglement volontaire quant à savoir si l’autre personne avait ou non atteint l’âge fixé. Les deux possibilités s’équivalent en droit.

[98] Wilful blindness exists where an accused’s “suspicion is aroused to the point where he or she sees the need for further inquiries, but *deliberately chooses* not to make those inquiries”: *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411, at para. 21 (emphasis in original). Wilful blindness has been characterized as “deliberate ignorance” because it connotes “an actual process of suppressing a suspicion”: D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (7th ed. 2014), at p. 261. “A court can properly find wilful blindness only where it can almost be said that the defendant actually knew”: *Briscoe*, at para. 23, citing G. Williams, *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), at p. 159. This Court has repeatedly held that if an accused is found to be wilfully blind, that state of mind may substitute for actual knowledge: *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, at pp. 584-85; *Briscoe*, at para. 21. Indeed, it is “equivalent to knowledge”: *Briscoe*, at para. 23, citing Williams, at p. 159.

[99] Further, where a person *knows* something, then for legal purposes they necessarily *believe* it: *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at para. 69. If wilful blindness is sufficient to establish knowledge, then it follows logically that wilful blindness can stand in for belief as well. Therefore, if the trier of fact is satisfied that the accused was *wilfully blind* as to whether the other person was underage, then the trier of fact will necessarily be satisfied that the accused *believed* the other person was underage.

[100] For greater clarity, I pause here to note that although the two concepts are often conflated, recklessness is distinct from wilful blindness: *Sansregret*, at pp. 584-85; *Briscoe*, at para. 23. Recklessness refers to the state of mind of a person who, “aware that there is danger that his conduct could bring about the result prohibited by the criminal law, nevertheless persists, despite the risk”: *Sansregret*, at p. 582. By contrast, wilful blindness “arises where a person who has become aware of the need for some inquiry declines to make the inquiry because he does not

[98] Il y a aveuglement volontaire lorsqu’un accusé « a des doutes au point de vouloir se renseigner davantage, mais [. . .] choisit délibérément de ne pas le faire » : *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411, par. 21 (en italique dans l’original). L’aveuglement volontaire a été décrit comme une forme d’« ignorance délibérée », étant donné qu’elle évoque l’idée [TRADUCTION] « d’un processus réel de suppression des soupçons » : D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (7^e éd. 2014), p. 261. « Une cour peut valablement conclure à l’ignorance volontaire seulement lorsqu’on peut presque dire que le défendeur connaissait réellement le fait » : *Briscoe*, par. 23, citant G. Williams, *Criminal Law : The General Part* (2^e éd. 1961), p. 159. La Cour a statué à maintes reprises que, s’il est conclu que l’accusé a fait preuve d’aveuglement volontaire, cet état d’esprit peut se substituer à la connaissance réelle : *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, p. 584-585; *Briscoe*, par. 21. En fait, l’aveuglement volontaire « équivaut à la connaissance » : *Briscoe*, par. 23, citant Williams, p. 159.

[99] En outre, pour les besoins de l’application du droit, lorsqu’une personne *sait* quelque chose, elle y *croit* nécessairement : *États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 69. Si l’aveuglement volontaire est suffisant pour établir la connaissance, il s’ensuit alors logiquement qu’il peut aussi se substituer à la croyance. Par conséquent, si le juge des faits est convaincu que l’accusé avait fait preuve d’*aveuglement volontaire* quant à savoir si l’autre personne avait ou non atteint l’âge fixé, il sera alors nécessairement convaincu que l’accusé *croyait* que l’autre personne n’avait pas atteint cet âge.

[100] Pour une meilleure compréhension, je m’arrête ici pour faire remarquer que, bien que les deux concepts soient souvent confondus, l’insouciance est distincte de l’aveuglement volontaire : *Sansregret*, p. 584-585; *Briscoe*, par. 23. L’insouciance renvoie à l’état d’esprit de celui qui, « conscient que sa conduite risque d’engendrer le résultat prohibé par le droit criminel, persiste néanmoins malgré ce risque » : *Sansregret*, p. 582. Par contraste, l’aveuglement volontaire « se produit lorsqu’une personne qui a ressenti le besoin de se renseigner refuse de le

wish to know the truth. He would prefer to remain ignorant”: p. 584.

[101] In the context of a police sting where there is no underage person, a showing that the accused was merely reckless, rather than wilfully blind, as to whether the other person was underage will not ground a conviction. In a sense, this distinguishes the child luring offence from the offence of sexual assault. The required *mens rea* for sexual assault is established where the accused is reckless with regard to a lack of consent on the part of the person sexually touched: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 42; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440, at para. 24. An accused’s awareness that there is a risk that the complainant has not consented to the sexual touching, and the accused’s persistence despite this risk, is sufficient to make out the requisite mental element. In the child luring context, however, proving that the accused had a mere awareness of a risk that the other person was underage does not establish that the accused *believed* the person was underage, which is what s. 172.1(1) requires in the context of a police sting where there is no underage person.

[102] In sum, in order to establish the second element outlined above in the context of a police sting where there is no underage person, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused (1) believed the other person was underage or (2) was wilfully blind as to whether the other person was underage.

(2) The Defence of Belief That the Other Person Was of Legal Age

[103] In *Levigne*, this Court affirmed that if the trier of fact is left in a state of reasonable doubt as to whether the accused believed the other person was of legal age, then the accused is entitled to an acquittal: see para. 32(5). Subsection 172.1(4), however,

faire, parce qu’elle ne veut pas connaître la vérité. Elle préfère rester dans l’ignorance » : p. 584.

[101] Dans le contexte d’une infiltration policière à laquelle aucune personne n’ayant pas atteint l’âge fixé ne participe, le fait de démontrer que l’accusé a fait preuve de simple insouciance, plutôt que d’aveuglement volontaire, quant à savoir si l’autre personne avait atteint ou non l’âge fixé, ne pourra servir de fondement à une déclaration de culpabilité. Dans un sens, cela distingue l’infraction de leurre de celle d’agression sexuelle. La *mens rea* nécessaire pour l’agression sexuelle est établie lorsque l’accusé a fait preuve d’insouciance relativement à l’absence de consentement de la part de la personne qui subit les attouchements sexuels : *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 42; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440, par. 24. Le fait qu’un accusé soit au courant de l’existence d’un risque que la personne ayant porté plainte n’a pas consenti aux attouchements sexuels, ainsi que la persistance de l’accusé malgré ce risque, suffisent pour établir l’élément moral requis. Cependant, dans le contexte du leurre, le fait de prouver que l’accusé avait une simple connaissance du risque que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé n’établit pas que l’accusé *croyait* que la personne n’avait pas atteint l’âge fixé, ce que nécessite le par. 172.1(1) dans le contexte d’une infiltration policière à laquelle aucune personne n’ayant pas atteint l’âge fixé ne participe.

[102] En résumé, pour établir le deuxième élément énoncé ci-dessus dans le contexte d’une infiltration policière à laquelle aucune personne n’ayant pas atteint l’âge fixé ne participe, la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable (1) que l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé ou (2) qu’il a fait preuve d’aveuglement volontaire quant à cette question.

(2) Le moyen de défense fondé sur la croyance selon laquelle l’autre personne avait atteint l’âge légal

[103] Dans l’arrêt *Levigne*, la Cour a affirmé que, s’il subsiste un doute raisonnable dans l’esprit du juge des faits quant à savoir si l’accusé croyait que l’autre personne avait atteint l’âge légal, l’accusé a alors droit à un acquittement : voir par. 32(5).

stipulates that the defence that the accused believed the other person was of legal age can be raised only if the accused took reasonable steps to ascertain the other person's age. To be clear, this provision does not require that the accused's belief be both honest *and* reasonable; rather, it simply requires that there be some objective evidence capable of supporting an honest belief.

[104] With this in mind, the novel issue before us is how this defence operates in the absence of the presumption under s. 172.1(3), which, again, is no longer of any force or effect.

(a) *What Are Reasonable Steps Under Section 172.1(4)?*

[105] In my view, the “reasonable steps” that the accused is required to take under subs. (4) are steps that a reasonable person, in the circumstances known to the accused at the time, would take to ascertain the other person's age: see *R. v. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481, at paras. 31-32. The reasonable steps requirement therefore has both objective and subjective dimensions: the steps must be objectively reasonable, and the reasonableness of those steps must be assessed in light of the circumstances known to the accused at the time. Although the words “in the circumstances known to the accused at the time” do not appear in s. 172.1(4), courts have drawn an analogy between s. 172.1(4) and the requirement under s. 273.2(b) that the accused take “reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time” in order to make out the defence of mistaken belief in consent against a charge of sexual assault: see *Dragos*, at paras. 39-41. In my view, it is appropriate to incorporate this qualifier because the reasonable steps requirement is highly contextual, and what may qualify as reasonable steps in one case may not in another: see *R. v. Thain*, 2009 ONCA 223, 243 C.C.C. (3d) 230, at para. 37; *Dragos*, at paras. 32 and 41; *Pengelly*, at para. 9.

Cependant, le par. 172.1(4) prévoit que le moyen de défense selon lequel l'accusé croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal peut uniquement être soulevé si l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de la personne. En clair, cette disposition n'exige pas que la croyance de l'accusé soit à la fois honnête *et* raisonnable; en fait, il suffit que l'accusé présente des éléments de preuve objectifs pouvant démontrer que sa croyance était honnête.

[104] Dans cette perspective, la question nouvelle que la Cour est appelée à trancher est la manière dont ce moyen de défense fonctionne en l'absence de la présomption établie au par. 172.1(3), laquelle, faut-il le répéter, est désormais inopérante.

a) *Quelles sont les mesures raisonnables visées au par. 172.1(4)?*

[105] Je suis d'avis que les « mesures raisonnables » que l'accusé doit prendre pour l'application du par. (4) sont les mesures qu'une personne raisonnable prendrait, dans les circonstances dont l'accusé avait alors connaissance, pour s'assurer de l'âge de l'autre personne : voir *R. c. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481, par. 31-32. L'obligation de prendre des mesures raisonnables comporte donc à la fois une dimension objective et une dimension subjective : les mesures doivent être objectivement raisonnables, et le caractère raisonnable de ces mesures doit être apprécié au regard des circonstances dont l'accusé avait alors connaissance. Bien que l'expression « dans les circonstances dont il avait alors connaissance » ne soit pas employée au par. 172.1(4), les tribunaux ont dressé une analogie entre cette disposition et l'exigence prévue à l'al. 273.2b) selon laquelle l'accusé doit prendre les « mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance » pour pouvoir établir le moyen de défense de croyance erronée au consentement relativement à une accusation d'agression sexuelle : voir *Dragos*, par. 39-41. Selon moi, il est approprié d'intégrer ce critère, parce que l'obligation de prendre des mesures raisonnables est fortement liée au contexte et que ce qui peut constituer une mesure raisonnable dans un cas peut ne pas l'être dans un autre : voir *R. c. Thain*, 2009 ONCA 223, 243 C.C.C. (3d) 230, par. 37; *Dragos*, par. 32 et 41; *Pengelly*, par. 9.

[106] In *Levigne*, this Court stated that the purpose of the reasonable steps requirement in s. 172.1(4) is to bar the accused from claiming a defence based on an asserted belief that is “entirely devoid of an objective evidentiary basis”: para. 31. Taking into account this purpose, in my view, reasonable steps are steps that provide information reasonably capable of supporting the accused’s belief that the other person was of legal age. Put simply, reasonable steps must be *meaningful*. For example, relying on the fact that a *public* chat room is monitored by moderators who may remove children cannot constitute a reasonable step when the accused was using a *private* chat room to make the relevant communications: see *Levigne*, at para. 42. Such a step is entirely meaningless.

[107] In the same vein, a step that solicits information that does not in fact reasonably support a belief that the other party is of legal age cannot constitute a reasonable step. If the accused asked for the other person’s age — which might, depending on the response, form evidence of reasonable steps — but was told she was 13, that inquiry cannot constitute a reasonable step: see *Levigne*, at para. 43. Again, such a step is not meaningful. It cannot support a belief that the other person is of legal age. The same applies where the accused receives an ambiguous response or no response at all. Thus, one must consider not only the nature of the steps taken, but also the information — or lack thereof — that they solicit: see *R. v. Ghotra*, 2016 ONSC 1324, 334 C.C.C. (3d) 222, at paras. 106 and 108.

[108] Relatedly, if the accused takes some initial steps that could reasonably support a belief that the other person is of legal age, but “red flags” are subsequently raised suggesting he or she may not be, then the accused may be required to take additional

[106] Dans l’arrêt *Levigne*, la Cour a statué que l’objectif de l’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) est d’empêcher l’accusé de soulever un moyen de défense fondé sur l’allégation de croyances « dénuées de tout fondement probatoire objectif » : par. 31. Si l’on tient compte de cet objectif, les mesures raisonnables sont, selon moi, celles qui permettent l’obtention de renseignements pouvant raisonnablement appuyer la croyance de l’accusé selon laquelle l’autre personne avait atteint l’âge légal. En termes simples, les mesures raisonnables doivent être *valables*. Par exemple, se fonder sur le fait qu’un clavardoir *public* est surveillé par des modérateurs qui peuvent en expulser les enfants ne peut pas constituer une mesure raisonnable lorsque l’accusé utilisait un clavardoir *privé* pour procéder aux communications en cause : voir *Levigne*, par. 42. Une telle mesure n’est nullement valable.

[107] Dans la même veine, une mesure se soldant par l’obtention de renseignements n’appuyant pas de façon raisonnable la croyance selon laquelle l’autre personne a atteint l’âge légal ne peut constituer une mesure raisonnable. Si l’accusé a demandé à l’autre personne de lui donner son âge — ce qui, selon la réponse, pourrait constituer une preuve de la prise de mesures raisonnables —, mais que l’autre personne lui a mentionné qu’elle était âgée de 13 ans, cette demande de renseignements ne peut constituer une mesure raisonnable : voir *Levigne*, par. 43. Là aussi, une telle mesure n’est pas valable. Elle ne peut appuyer une croyance selon laquelle l’autre personne a atteint l’âge légal. La même chose s’applique lorsque l’accusé reçoit une réponse ambiguë ou qu’il ne reçoit aucune réponse. Par conséquent, on ne doit pas uniquement tenir compte de la nature des mesures prises, mais aussi des renseignements qu’elles permettent d’obtenir, ou de l’absence de renseignements : voir *R. c. Ghotra*, 2016 ONSC 1324, 334 C.C.C. (3d) 222, par. 106 et 108.

[108] Dans le même ordre d’idées, si l’accusé prend quelques mesures initiales qui pourraient raisonnablement appuyer une croyance selon laquelle l’autre personne a atteint l’âge légal, mais que des [TRADUCTION] « signaux d’alarme » donnant à penser

steps to ascertain the other person's age: see *Dragos*, at paras. 62-64 and 66. If the accused takes no such additional steps, then he or she may be found not to have satisfied the reasonable steps requirement. The requirement is thus an ongoing one.

[109] Reasonable steps need not be “active”: see *Dragos*, at para. 62; *Ghotra*, at paras. 105, 139 and 153. The line between active and passive steps is not always easily drawn and may amount to little more than semantics. Whether we characterize certain steps as “passive” or “active” is of no moment. In my view, there is no compelling reason, whether in a sting context or otherwise, for foreclosing the notion that arguably “passive” conduct — such as the receipt and consideration of unsolicited information — could provide information reasonably capable of supporting the accused's belief that the other person was of legal age.

[110] Further, Parliament has not required the accused to take “all” reasonable steps: see *Pengelly*, at para. 11; *Ghotra*, at para. 139. Accordingly, the accused is not required to exhaust all potential reasonable steps in order to invoke the defence. There is no magic number of steps that the accused must take. In some cases, a single, decisive step may suffice; in others, multiple steps may be required. As with all legal tests that apply across a broad range of factual circumstances, context is crucial.

[111] It is also worth emphasizing that the reasonable steps requirement should be applied with a healthy dose of common sense. Trial judges and juries should adopt a practical, common sense approach to the reasonable steps requirement, bearing in mind its overarching purpose: to bar an accused from raising a defence based on an asserted belief

que ce n'est pas le cas apparaissent subséquemment, l'accusé pourrait alors devoir prendre des mesures additionnelles pour s'assurer de l'âge de l'autre personne : voir *Dragos*, par. 62-64 et 66. Si l'accusé ne prend pas de telles mesures additionnelles, nous pourrions alors conclure qu'il ne s'est pas acquitté de son obligation de prendre des mesures raisonnables. L'obligation est donc continue.

[109] Les mesures raisonnables ne sont pas nécessairement des mesures [TRADUCTION] « actives » : voir *Dragos*, par. 62; *Ghotra*, par. 105, 139 et 153. Il n'est pas toujours facile d'établir la distinction entre une mesure active et une mesure passive, et cette distinction peut ne constituer guère plus qu'une question de sémantique. Que nous disions de certaines mesures qu'elles sont « passives » ou « actives » importe peu. À mon avis, aucune raison impérieuse ne commande de limiter, dans un contexte d'infiltration policière ou autre, la notion suivant laquelle les mesures que l'on pourrait qualifier de « passives » — comme la réception et l'examen de renseignements non sollicités — peuvent se solder par l'obtention de renseignements pouvant raisonnablement appuyer la croyance de l'accusé que l'autre personne avait atteint l'âge légal.

[110] En outre, le législateur n'a pas enjoint à l'accusé de prendre « toutes » les mesures raisonnables : voir *Pengelly*, par. 11; *Ghotra*, par. 139. Par conséquent, l'accusé n'a pas l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables possibles pour invoquer le moyen de défense. Il n'existe pas de nombre magique de mesures que l'accusé doit prendre. Dans certains cas, une seule mesure décisive pourra suffire; dans d'autres, de multiples mesures peuvent être nécessaires. Comme c'est le cas pour tous les critères juridiques qui s'appliquent à l'échelle d'un vaste ensemble de circonstances factuelles, le contexte est d'une importance capitale.

[111] Il convient aussi de mettre l'accent sur le fait que l'obligation de prendre des mesures raisonnables doit être appliquée avec une généreuse dose de bon sens. Les juges de première instance et les jurys doivent se pencher sur l'obligation de prendre des mesures raisonnables dans une démarche pratique et empreinte de bon sens, en gardant à l'esprit son

that is “entirely devoid of an objective evidentiary basis” (*Levigne*, at para. 31).

[112] Without purporting to offer an exhaustive list, reasonable steps may, depending on the circumstances, include: asking for the other person’s age and receiving a response that supports that accused’s asserted belief; noting the other person’s representation, whether solicited or unsolicited, that he or she is of legal age; asking for and receiving proof of identification indicating that the other person is of legal age; asking for and receiving a photograph or reviewing profile pictures suggesting the other person is of legal age; observing conduct or behaviour suggesting the other person is of legal age; choosing to communicate through a website that enforces age restrictions; and, in the case of a personal ad, including language indicating that the accused is looking to speak only with adults. The ultimate question is whether, in the totality of the circumstances, the accused’s steps to ascertain the other person’s age were sufficient to constitute “reasonable steps” — namely, those that provide information that is reasonably capable of supporting the accused’s belief that the other person was of legal age.

[113] In sum, the approach to assessing reasonable steps is a highly contextual one that accounts for the setting in which the communications take place: the Internet.

[114] To the extent that my colleague Justice Abella maintains that the reasonable steps requirement “may prove impossible to meet” (Abella J. reasons, at para. 196), I cannot agree. As I have explained, the words “reasonable steps” are to be given broad scope. As such, they come nowhere close to creating a “nearly insurmountable barrier to the accused’s ability to raise and defend his or her innocent belief”: Abella J.’s reasons, at para. 217. My colleague poses the question, “What steps can an accused possibly take on the Internet to reasonably

objectif premier : empêcher un accusé de soulever un moyen de défense fondé sur une allégation de croyances « dénuées de tout fondement probatoire objectif » (*Levigne*, par. 31).

[112] Sans prétendre que la liste ci-après est exhaustive, voici, selon les circonstances, des mesures raisonnables qui peuvent être prises : demander à l’autre personne son âge et recevoir une réponse qui appuie sa croyance alléguée; prendre note du fait que l’autre personne a été présentée comme ayant atteint l’âge légal ou non, que ce renseignement ait été sollicité ou non; demander et recevoir une preuve d’identité selon laquelle l’autre personne a atteint l’âge légal; demander et recevoir une photo donnant à penser que l’autre personne a atteint l’âge légal, ou examiner des photos de profil indiquant une telle chose; observer une conduite ou un comportement donnant à penser que l’autre personne a atteint l’âge légal; choisir de communiquer au moyen d’un site Web qui fait respecter les restrictions quant à l’âge; dans le cas d’une annonce personnelle, inclure des informations selon lesquelles on cherche uniquement à parler à des adultes. L’ultime question est de savoir si, selon toutes les circonstances, les mesures prises par l’accusé pour s’assurer de l’âge de l’autre personne étaient suffisantes pour constituer des « mesures raisonnables », à savoir des mesures appelant à l’obtention de renseignements pouvant raisonnablement appuyer la croyance de l’accusé que l’autre personne avait atteint l’âge légal.

[113] En somme, la méthode pour apprécier les mesures raisonnables dépend largement du contexte et tient compte du cadre dans lequel les communications ont lieu : Internet.

[114] Dans la mesure où ma collègue la juge Abella maintient qu’il « peut se révéler impossible » de satisfaire à l’obligation de prendre des mesures raisonnables (motifs de la juge Abella, par. 196), je ne puis être d’accord avec elle. Comme je l’ai expliqué, l’expression « mesures raisonnables » doit être interprétée dans son sens large. Ainsi, elle est bien loin de créer un « un obstacle quasiment infranchissable à la capacité de l’accusé d’invoquer en défense sa croyance de bonne foi » (motifs de la juge Abella, par. 217). Ma collègue pose la question suivante :

verify the communicant was not under the relevant age . . . ?”: para. 217. With respect, the answer is found above at paras. 105-12 of my reasons.

[115] Furthermore, I respectfully do not share my colleague’s concern that good faith communications aimed at ascertaining whether the other person is of legal age might themselves be found to constitute child luring: see paras. 222-23. To be captured under s. 172.1(1), the communication at issue must have been made *for the purpose of facilitating the commission of a designated secondary offence*. Good faith communications aimed at ascertaining whether the other person is of legal age fall outside the scope of this prohibition. To illustrate, a simple request for a photo, when taken as a precautionary measure for ensuring the other person is of legal age, would not be caught by s. 172.1(1) and may qualify as evidence of reasonable steps. By contrast, the same request, when made for the purpose of facilitating the commission of a designated secondary offence, would fall within the ambit of s. 172.1(1). While these two scenarios involve the same act, the different purposes for which the act is performed are worlds apart, and the evidence necessary to support an inference that the request was made to facilitate the commission of a designated secondary offence would be absent where the request was made in good faith.

[116] With all this in mind, the defence that the accused believed the other person was of legal age would operate in practice as follows:

- (1) First, in order to raise the defence, the accused bears the evidentiary burden of pointing to *some* evidence from which it may be found that he or she took reasonable steps and honestly believed the other person was of legal age: see *Levigne*, at para. 32(3). In other words, the accused must show that the defence has an “air of reality”.

« Quelles mesures un accusé peut-il possiblement prendre sur Internet pour s’assurer raisonnablement que l’interlocuteur avait atteint l’âge applicable [. . .]? » (motifs de la juge Abella, par. 217). En toute déférence, je suis d’avis que la réponse se trouve aux par. 105 à 112 de mes motifs.

[115] En outre, en toute déférence, je ne partage pas l’inquiétude de ma collègue pour qui les communications de bonne foi visant à vérifier si l’autre personne a atteint l’âge légal pourraient elles-mêmes être considérées comme constituant un leurre : voir les motifs de la juge Abella, par. 222-223. Pour être visée par le par. 172.1(1), la communication en cause doit avoir été établie *en vue de faciliter la perpétration d’une infraction secondaire énumérée*. Les communications de bonne foi visant à vérifier si l’autre personne a atteint l’âge légal ne sont pas visées par cette interdiction. Par exemple, si on demande simplement une photo par mesure de précaution pour s’assurer que l’autre personne a atteint l’âge légal, cette demande ne serait pas visée par le par. 172.1(1) et pourrait être considérée comme une preuve que l’accusé a pris des mesures raisonnables. En revanche, cette même demande, si elle est faite en vue de faciliter la perpétration d’une infraction secondaire énumérée, tomberait sous le coup du par. 172.1(1). Bien que ces deux scénarios illustrent la même action, les fins pour lesquelles cette action est menée sont complètement opposées, et la preuve nécessaire pour étayer une inférence que la demande a été faite en vue de faciliter la perpétration d’une infraction secondaire énumérée serait absente dans le cas où la demande serait faite de bonne foi.

[116] En gardant tous ces éléments à l’esprit, j’estime que le moyen de défense selon lequel l’accusé croyait que l’autre personne avait atteint l’âge légal fonctionnerait, en pratique, de la manière suivante :

- (1) Premièrement, pour que l’accusé puisse soulever le moyen de défense, il lui incombe de faire ressortir en preuve *certain*s éléments qui permettraient de conclure qu’il a pris des mesures raisonnables et qu’il croyait honnêtement que l’autre personne avait atteint l’âge légal : voir *Levigne*, par. 32(3). En d’autres termes, l’accusé doit démontrer que le moyen de défense est « vraisemblable ».

- (2) Second, if the accused discharges his or her evidentiary burden, the defence is left with the trier of fact, and the Crown then bears the persuasive burden of disproving the defence beyond a reasonable doubt: see *Levigne*, at para. 32(3). However, this does not mean that in order to obtain a conviction, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps.
- (3) Third, regardless of whether the defence can be considered, the trier of fact must ultimately determine whether the Crown has proven beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage. Thus, at the end of the day, whether the accused is convicted or acquitted does not hinge on whether the accused took reasonable steps; it hinges on whether the Crown can prove culpable belief beyond a reasonable doubt.
- (2) Deuxièmement, si l'accusé s'acquitte de son fardeau de présentation, le moyen de défense est soumis au juge des faits, et la Couronne a alors le fardeau de persuasion de réfuter hors de tout doute raisonnable le moyen de défense : voir *Levigne*, par. 32(3). Toutefois, cela ne signifie pas que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a omis de prendre des mesures raisonnables.
- (3) Troisièmement, sans égard à la question de savoir si le moyen de défense peut être examiné, le juge des faits doit ultimement juger si la Couronne a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. Ainsi, au bout du compte, le fait que l'accusé soit déclaré coupable ou acquitté ne dépend pas de la question de savoir s'il a pris des mesures raisonnables; cela repose sur celle de savoir si la Couronne peut prouver la croyance coupable hors de tout doute raisonnable.

[117] I will address each of these stages in turn.

[117] Je traiterai de ces étapes à tour de rôle.

- (b) *Step 1: Does the Defence Have an Air of Reality?*

- b) *La première étape : le moyen de défense est-il vraisemblable?*

[118] The first step is for the trial judge to determine whether there is an “air of reality” to the defence. A defence has an air of reality if a properly instructed jury acting reasonably could acquit the accused on the basis of the defence: see *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 2. If the defence has no air of reality — that is, there is no evidentiary basis on which the defence can rest — then it must not be left with the jury: see *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at pp. 126-27; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 648, per McLachlin J. (dissenting, but not on this point); *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at paras. 11-13.

[118] À la première étape, le juge du procès doit décider si le moyen de défense est « vraisemblable ». Un moyen de défense est vraisemblable s'il peut permettre à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement d'acquitter l'accusé : voir *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 2. Si le moyen de défense n'est pas vraisemblable, c'est-à-dire lorsqu'il n'existe aucun fondement probatoire sur lequel le moyen de défense peut s'appuyer, il ne doit donc pas être soumis au jury : voir *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, p. 126-127; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 648, la juge McLachlin (dissidente, mais non sur ce point); *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, par. 11-13.

[119] In my view, the defence that the accused believed the other person was of legal age has an air of reality only if the trier of fact could find, on the evidence, that the accused took steps capable

[119] Selon moi, le moyen de défense selon lequel l'accusé croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal est vraisemblable uniquement si le juge des faits pouvait conclure, selon la preuve, que

of amounting to “reasonable steps” in the circumstances to ascertain the other person’s age and that the accused honestly believed the other person was of legal age. In other words, the accused will only meet the air of reality threshold if he or she can point to evidence capable of supporting findings that:

- (1) the accused took steps to ascertain the other person’s age;
- (2) those steps were reasonable; *and*
- (3) the accused honestly believed the other person was of legal age.

[120] In particular, this means that the defence of honest belief in legal age will not be in play if there is no evidence capable of satisfying the “reasonableness” requirement (2). If the accused cannot discharge this evidentiary burden, then the defence will not be left with the trier of fact. In those circumstances, in the context of a jury trial, the trial judge should provide a limiting instruction that because the accused failed to take reasonable steps to ascertain the other person’s age, the jury is precluded, as a matter of law, from considering the defence of honest belief in legal age. In that event, as described more fully under “Step 3” below, the sole question the jury must consider is whether — on the whole of the evidence, including the evidence relating to the accused’s failure to take reasonable steps — the Crown has established, beyond a reasonable doubt, that the accused believed the other person was underage.

[121] Where the accused has failed to point to any steps capable of amounting to reasonable steps in the circumstances, this may be a good indication that the accused believed the other person was underage or was wilfully blind as to whether the other person was underage. However, even if the defence lacks an air of reality, this is not necessarily determinative of the accused’s belief. The Crown continues to bear the burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage.

l’accusé a pris des mesures pouvant constituer des « mesures raisonnables » dans les circonstances pour s’assurer de l’âge de l’autre personne et qu’il croyait honnêtement que l’autre personne avait atteint l’âge légal. En d’autres termes, l’accusé ne satisfera au critère de la vraisemblance que s’il peut produire des éléments de preuve pouvant appuyer des conclusions conformes à *tous* les points qui suivent :

- (1) l’accusé a pris des mesures pour s’assurer de l’âge de l’autre personne;
- (2) ces mesures étaient raisonnables;
- (3) l’accusé croyait honnêtement que l’autre personne avait atteint l’âge légal.

[120] En particulier, cela signifie que le moyen de défense de croyance honnête à l’âge légal n’entrera pas en jeu s’il n’existe pas de preuve susceptible de satisfaire à l’exigence du « caractère raisonnable » (2). Si l’accusé ne peut s’acquitter de ce fardeau de présentation, le moyen de défense ne sera pas soumis au juge des faits. Dans ces circonstances, dans le contexte d’un procès devant jury, le juge du procès devrait donner une directive restrictive selon laquelle, parce que l’accusé n’a pas pris de mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne, le jury ne peut, en droit, tenir compte du moyen de défense de croyance honnête à l’âge légal. Dans ce cas, comme il est décrit plus en détail à la « troisième étape » ci-dessous, la seule question que le jury doit examiner est de savoir si — selon l’ensemble de la preuve, y compris les éléments de preuve relatifs au défaut de l’accusé de prendre des mesures raisonnables — la Couronne a établi, hors de tout doute raisonnable, que l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé.

[121] Lorsque l’accusé n’a pas pu présenter quelque mesure que ce soit pouvant constituer une mesure raisonnable dans les circonstances, cela pourrait être un bon indice que l’accusé croyait que l’autre personne n’avait pas atteint l’âge fixé ou qu’il avait fait preuve d’aveuglement volontaire quant à ce fait. Cependant, même si le moyen de défense n’est pas vraisemblable, cela n’est pas nécessairement déterminant de la croyance de l’accusé. Il incombe toujours à la Couronne de prouver hors de tout doute

Where the defence is unavailable, even though the trier of fact will be precluded from considering the defence, the evidence as a whole may leave gaps or weaknesses in the Crown's case that could give rise to a reasonable doubt as to whether the Crown has met its burden of showing that the accused believed the other person was underage.

[122] Conversely, if the trial judge determines that the defence has an air of reality, then it will be left with the trier of fact. Meeting this evidentiary burden does not require the accused to take the stand; the accused could instead point to evidence adduced by the Crown, such as the content of the relevant telecommunications or police interviews, demonstrating that there is an air of reality to the defence.

(c) *Step 2: Has the Crown Disproved the Defence?*

[123] If the accused discharges his or her evidentiary burden and the defence that the accused believed the other person was of legal age is left with the trier of fact, then the Crown bears the persuasive burden of disproving the defence: see *Levigne*, at para. 32(3); see also M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (5th ed. 2015), at p. 397. This means that in order to rebut the defence, which is one of honest belief in legal age, the Crown must disprove it beyond a reasonable doubt. However, it is important to understand the role played, and not played, by reasonable steps in this analysis.

[124] If the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps, then the accused will be barred from relying on the defence of honest belief in legal age. This is consistent with the wording of subs. (4), which uses the language “[i]t is not a defence”. Therefore, it is only the accused's ability to raise the defence that is affected where the Crown disproves reasonable steps. This does not relieve the Crown of its burden of proving

raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. Lorsque ce moyen de défense ne peut pas être invoqué, même si le juge des faits n'aura pas la possibilité d'en tenir compte, l'ensemble de la preuve peut entraîner des lacunes ou des faiblesses dans le dossier de la Couronne qui pourraient soulever un doute raisonnable quant à savoir si la Couronne s'est acquittée de son fardeau de démontrer que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé.

[122] En revanche, si le juge du procès conclut que le moyen de défense est vraisemblable, celui-ci sera alors soumis au juge des faits. L'accusé n'aura pas nécessairement à témoigner pour s'acquitter de ce fardeau de présentation; il peut évoquer les éléments de preuve produits par la Couronne, comme le contenu des télécommunications pertinentes ou les interrogatoires de la police, qui démontrent que le moyen de défense est vraisemblable.

c) *La deuxième étape : la Couronne a-t-elle réfuté le moyen de défense?*

[123] Si l'accusé s'acquitte de son fardeau de présentation et que le moyen de défense selon lequel il croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal est soumis au juge des faits, la Couronne a alors le fardeau de persuasion de réfuter le moyen de défense : voir *Levigne*, par. 32(3); voir aussi M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (5^e éd. 2015), p. 397. Suivant cette exigence, pour renverser le moyen de défense — celui de la croyance honnête à l'âge légal —, la Couronne doit le réfuter hors de tout doute raisonnable. Toutefois, il est important de comprendre l'incidence qu'ont les mesures raisonnables sur cette analyse ainsi que celle qu'elles n'ont pas.

[124] Si la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a omis de prendre des mesures raisonnables, ce dernier ne pourra pas invoquer le moyen de défense de la croyance honnête à l'âge légal. Ceci est conforme au libellé du par. (4), qui utilise l'expression « ne constitue un moyen de défense ». Par conséquent, seule la capacité de l'accusé de soulever le moyen de défense est touchée lorsque la Couronne réfute la prise de mesures

beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage.

[125] Conversely, if the Crown cannot disprove reasonable steps beyond a reasonable doubt, then the accused can raise the defence of honest belief in legal age. However, even where the defence is in play, the Crown will still obtain a conviction if it proves beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage. In other words, the Crown is not required to disprove reasonable steps beyond a reasonable doubt to obtain a conviction.

[126] Thus, put simply, whether the accused is convicted or acquitted does not hinge on whether the accused took reasonable steps; it hinges on whether the Crown can prove the accused's belief beyond a reasonable doubt. The presence or absence of reasonable steps is not essential for either conviction or acquittal — in short, it is not the “be-all and end-all”. Instead, the reasonable steps requirement is simply a threshold requirement for raising the defence of honest belief in legal age. That is, it limits a defence that, if believed or found to raise a reasonable doubt, would entitle the accused to an acquittal. Without s. 172.1(4), the defence of honest belief in legal age could be relied upon regardless of whether the accused took reasonable steps.

[127] To illustrate how these principles would apply in practice, if the Crown fails to disprove reasonable steps, then the defence is available to the accused and the trier of fact may — or may not — infer from the evidence, including the evidence of reasonable steps, that the accused believed the other person was of legal age. The mere failure to disprove reasonable steps does not, however, guarantee that the defence of honest belief in legal age will succeed. This is because the trier of fact may disbelieve the accused based on credibility findings or based on

raisonnables, ce qui n'allège pas le fardeau lui incombant de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé.

[125] En revanche, si la Couronne ne peut pas réfuter la prise de mesures raisonnables hors de tout doute raisonnable, l'accusé peut invoquer le moyen de défense de croyance honnête à l'âge légal. Cependant, même lorsque le moyen de défense est en jeu, la Couronne obtiendra quand même une déclaration de culpabilité si elle prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. En d'autres termes, la Couronne n'est pas tenue de réfuter la prise de mesures raisonnables hors de tout doute raisonnable pour obtenir une déclaration de culpabilité.

[126] Ainsi, en termes simples, le fait que l'accusé soit déclaré coupable ou soit acquitté ne dépend pas de la question de savoir s'il a pris des mesures raisonnables, mais bien de savoir si la Couronne peut prouver la croyance de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Que des mesures raisonnables soient prises ou non n'est pas essentiel pour que l'accusé soit déclaré coupable ou acquitté; bref, ce n'est pas la panacée. Plutôt, l'exigence des mesures raisonnables n'est que la condition préalable pour que soit soulevé le moyen de défense de la croyance honnête à l'âge légal. Pour ainsi dire, elle limite un moyen de défense qui, si on y ajoutait foi ou s'il soulevait un doute raisonnable, justifierait l'acquittement de l'accusé. Sans le par. 172.1(4), il serait possible d'invoquer le moyen de défense de croyance honnête à l'âge légal, que l'accusé ait pris ou non des mesures raisonnables.

[127] Pour illustrer la façon dont ces principes s'appliqueraient dans la pratique, si la Couronne ne parvient pas à réfuter la prise de mesures raisonnables, ce moyen de défense est alors à la disposition de l'accusé, et le juge des faits peut — ou non — inférer de la preuve, y compris des éléments de preuve relatifs aux mesures raisonnables, que l'accusé croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal. Le simple fait de ne pas réfuter la prise de mesures raisonnables ne garantit pas, cependant, que le moyen de défense de la croyance honnête à l'âge

a consideration of the totality of the evidence. For example, where the accused has taken reasonable steps, but the evidence shows that the accused made statements to a third party that he or she was in a relationship with a 14-year-old, the Crown may well succeed in establishing that the accused had the requisite belief to sustain a conviction.

[128] By contrast, if the Crown does succeed in disproving reasonable steps, then the defence of honest belief in legal age will fail. In that event, in the context of a jury trial, the trial judge should provide the limiting instruction set out at para. 120 above.

- (d) *Step 3: Has the Crown Proven That the Accused Believed the Other Person Was Underage?*

[129] As explained above, where the Crown establishes that the accused failed to take reasonable steps, s. 172.1(4) bars accused persons from raising, as a defence, that they believed the other person was of legal age. But a conviction cannot rest *solely* on this basis; without the presumption under subs. (3), the reasonable steps requirement under subs. (4) does not provide an independent pathway to conviction. Therefore, the inquiry does not end if and when the Crown establishes that the accused did not take reasonable steps. Instead, the trier of fact would then be required to consider the whole of the evidence, including the evidence relating to the accused's failure to take reasonable steps, not to reintroduce the defence of honest belief in legal age, but in determining whether the Crown has discharged its legal burden of establishing that the accused *believed* the other person was *underage*. Only if that element is proven can a conviction be entered.

[130] With this in mind, where an accused has failed to take reasonable steps, the trial judge must

légal sera retenu. En effet, le juge des faits peut ne pas croire l'accusé en se fondant sur des conclusions quant à la crédibilité ou sur l'examen de l'ensemble de la preuve. Par exemple, lorsque l'accusé a pris des mesures raisonnables, mais que la preuve démontre qu'il a déclaré à un tiers être en relation avec une personne de 14 ans, la Couronne pourrait bien réussir à établir que l'accusé avait la croyance nécessaire pour justifier une déclaration de culpabilité.

[128] En revanche, si la Couronne réussit à réfuter la prise de mesures raisonnables, le moyen de défense de la croyance honnête à l'âge légal échouera. Dans ce cas, dans le contexte d'un procès devant jury, le juge du procès devrait donner la directive restrictive énoncée au par. 120, ci-dessus.

- d) *La troisième étape : la Couronne a-t-elle prouvé que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé?*

[129] Comme il a été expliqué précédemment, lorsque la Couronne établit que l'accusé a omis de prendre des mesures raisonnables, le par. 172.1(4) empêche les personnes accusées de soulever, à titre de moyen de défense, le fait qu'elles croyaient que l'autre personne avait atteint l'âge légal. Toutefois, une déclaration de culpabilité ne peut pas reposer *uniquement* sur ce fondement; en l'absence de la présomption établie au par. (3), l'obligation de prendre des mesures raisonnables prévue au par. (4) n'ouvre pas à elle seule la voie à une déclaration de culpabilité. Par conséquent, l'analyse ne prend pas fin dès lors que la Couronne établit que l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables. Le juge des faits devra plutôt examiner l'ensemble de la preuve, y compris les éléments de preuve relatifs au défaut de l'accusé de prendre des mesures raisonnables, non pas en vue de soulever de nouveau le moyen de défense de la croyance honnête à l'âge légal, mais bien pour juger si la Couronne s'est acquittée de son fardeau consistant à établir que l'accusé *croyait* que l'autre personne n'avait *pas atteint l'âge fixé*. Ce n'est que si cet élément est établi qu'une déclaration de culpabilité peut être inscrite.

[130] Cela étant posé, lorsque l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables, le juge de première

instruct the jury that the accused's evidence that he or she believed the other person was of legal age *cannot* be considered in determining whether the Crown has proven its case beyond a reasonable doubt. This instruction is essential — it guards against the risk that an acquittal may result based on an assertion that is devoid of any objective basis in the evidence. Thus, put simply, where reasonable steps have not been taken, an accused's evidence that he or she believed the other person was of legal age is without any value, and the jury cannot rely on that evidence when assessing the strength of the Crown's case.

[131] There are circumstances in which, despite the absence of reasonable steps, the Crown may nonetheless fail to prove beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage. For example, the trier of fact may determine that the accused was merely aware of a risk that the other person was underage (i.e., was reckless), or was merely negligent. Neither of these findings could ground a conviction.

[132] Equally, there are circumstances in which, despite the reasonable steps requirement having been satisfied, the Crown may still succeed in proving beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage. For example, as illustrated above, there may be evidence that the accused made statements to a third party that indicate he or she had the belief necessary to sustain a conviction.

[133] In sum, it is the third step in the analysis — whether the Crown has proven beyond a reasonable doubt that the accused believed the other person was underage — that is the question of ultimate consequence.

E. *Application and Remedy*

[134] Having outlined the proper approach to interpreting and applying s. 172.1 in the absence of the

instance doit donner comme directive au jury *de ne pas* prendre en compte la preuve de l'accusé tendant à montrer qu'il croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal pour décider si la Couronne a établi la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cette directive est essentielle : elle permet d'éviter le risque qu'un acquittement soit prononcé sur la foi d'une affirmation dénuée de tout fondement probatoire objectif. Par conséquent, en clair, dans les cas où l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables, la preuve selon laquelle ce dernier croyait que l'autre personne avait atteint l'âge légal n'a aucune valeur, et le jury ne peut s'en servir pour évaluer la solidité de la preuve de la Couronne.

[131] Il existe des circonstances dans lesquelles, malgré l'absence de mesures raisonnables, la Couronne peut néanmoins échouer à établir hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. Par exemple, le juge des faits peut conclure que l'accusé avait simplement connaissance du risque que l'autre personne n'ait pas atteint l'âge fixé (c'est-à-dire, que l'accusé a fait preuve d'insouciance), ou qu'il était simplement négligent. Une déclaration de culpabilité ne peut s'appuyer sur ni l'une ni l'autre de ces conclusions.

[132] De même, il y a des circonstances dans lesquelles, même s'il est satisfait à l'exigence relative aux mesures raisonnables, la Couronne peut toujours réussir à prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé. Par exemple, comme il a été précédemment illustré, il peut y avoir des éléments de preuve selon lesquels l'accusé a fait des déclarations à un tiers qui indiquent qu'il avait la croyance nécessaire pour justifier une déclaration de culpabilité.

[133] Bref, c'est la troisième étape de l'analyse — la question de savoir si la Couronne a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé croyait que l'autre personne n'avait pas atteint l'âge fixé — qui entraîne la conséquence ultime.

E. *Application et réparation*

[134] Après cette description de l'approche qu'il convient d'adopter en ce qui a trait à l'interprétation

presumption under s. 172.1(3), I return to Mr. Morrison's case.

[135] As indicated, although the trial judge was left with a reasonable doubt as to whether Mr. Morrison believed “Mia” was under the age of 16, he nonetheless convicted Mr. Morrison on the basis that he failed to take reasonable steps. However, as I have pointed out, this conclusion was legally unsound. A failure to take reasonable steps does not constitute an independent pathway to conviction in the absence of the presumption under subs. (3). To support a conviction, the Crown had to prove beyond a reasonable doubt that Mr. Morrison believed “Mia” was under 16. The trial judge found that it did not. Accordingly, Mr. Morrison's conviction cannot stand.

[136] This leaves the question of remedy — namely, whether Mr. Morrison is entitled to an acquittal or instead must face a new trial, should the Crown choose to retry him.³ For reasons that follow, I would order a new trial, despite the trial judge's finding that the evidence was “sufficient, if barely so, to inspire a reasonable doubt concerning [Mr. Morrison's] subjective belief regarding the age of the person with whom he was communicating”: 2015 ONCJ 599, at para. 28.

[137] As I have explained, the trial judge proceeded on the erroneous understanding that Mr. Morrison could be convicted on the basis that he failed to take reasonable steps. The legal framework the trial judge applied was therefore incorrect. It follows, in my

³ Technically, there is a third option: Mr. Morrison's conviction could be upheld on the basis of s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*. However, I am of the view that it would be inappropriate to do so here, as the Crown has not requested that this Court apply the curative proviso and Mr. Morrison has not had the opportunity to make submissions based on how the correct legal framework should be applied to his case.

et à l'application de l'art. 172.1 en l'absence de la présomption établie au par. 172.1(3), je reviens au dossier de M. Morrison.

[135] Comme il a été mentionné, malgré le doute raisonnable qui subsistait dans son esprit quant à savoir si M. Morrison croyait que « Mia » était âgée de moins de 16 ans, le juge du procès a néanmoins déclaré M. Morrison coupable au motif que ce dernier avait omis de prendre des mesures raisonnables. Cependant, comme je l'ai signalé, cette conclusion n'était pas valide en droit. Le défaut de prendre des mesures raisonnables ne constitue pas une voie indépendante pouvant conduire à la déclaration de culpabilité en l'absence de la présomption établie au par. (3). Pour appuyer une déclaration de culpabilité, la Couronne devait prouver, hors de tout doute raisonnable, que M. Morrison croyait que « Mia » était âgée de moins de 16 ans, ce qu'elle n'a pas fait, selon le juge du procès. La déclaration de culpabilité prononcée à l'encontre de M. Morrison ne peut donc pas être maintenue.

[136] Il reste donc à trancher la question de la réparation, c'est-à-dire celle de savoir si M. Morrison a droit à un acquittement ou s'il doit subir un nouveau procès, dans l'éventualité où la Couronne opte pour une telle solution³. Pour les motifs qui suivent, j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès, et ce, même si le juge du procès a conclu que la preuve était [TRADUCTION] « suffisante, quoiqu'à peine, pour susciter un doute raisonnable concernant la croyance subjective [de M. Morrison] concernant l'âge de la personne avec qui il communiquait » : 2015 ONCJ 599, par. 28.

[137] Comme je l'ai expliqué, le juge du procès est allé de l'avant en se fondant sur l'interprétation erronée qu'il avait selon laquelle M. Morrison pouvait être déclaré coupable au motif qu'il avait omis de prendre des mesures raisonnables. Le cadre

³ Il existe, en fait, une troisième solution : la déclaration de culpabilité prononcée à l'encontre de M. Morrison pourrait être maintenue au titre du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*. Cependant, je suis d'avis que cette solution serait inappropriée en l'espèce, étant donné que la Couronne n'a pas demandé à la Cour d'appliquer la disposition réparatrice et que M. Morrison n'a pas eu la possibilité de présenter des observations fondées sur la façon dont le bon cadre juridique devrait être appliqué à sa cause.

view, that his conclusion that he was left with a reasonable doubt as to whether Mr. Morrison believed “Mia” was under 16 — a conclusion that would ordinarily result in an acquittal — must be treated with considerable caution, as it may well have been tainted by his erroneous understanding that a conviction could still be entered on another basis. This concern is a very real one here because, as I will explain, the trial judge’s finding that Mr. Morrison was “indifferent” as to “Mia’s” age was not only unsupported by any objective evidence; it also ran contrary to Mr. Morrison’s sworn testimony, the sole basis for the trial judge’s conclusion.

[138] In his reasons, the trial judge observed that Mr. Morrison’s “stated assumption that he was dealing with an adult determined to remain in character” was “an assumption without any supporting foundation”: para. 23 (emphasis added). He further acknowledged that Mr. Morrison’s testimony in this regard was the “only thing standing in the way” of finding that he believed “Mia” was underage: para. 24 (emphasis added). The remainder of the evidence “suggest[ed] that Morrison believed he was in fact communicating with a fourteen-year-old female”: para. 23.

[139] Despite having made these observations, the trial judge nevertheless went on to conclude, based solely on Mr. Morrison’s unsupported testimony, that Mr. Morrison was “indifferent” to “Mia’s” age, in the sense of “simply not turning his mind to the question in any meaningful way”: paras. 26-27. As such, he was left in a state of reasonable doubt as to Mr. Morrison’s belief: paras. 27-28.

[140] The trial judge’s crucial finding that Mr. Morrison was indifferent to “Mia’s” age had no basis in Mr. Morrison’s testimony, the sole evidence

juridique appliqué par le juge du procès était donc incorrect. Selon moi, il s’ensuit que sa conclusion selon laquelle il subsistait chez lui un doute raisonnable quant à savoir si M. Morrison croyait que « Mia » était âgée de moins de 16 ans — une conclusion qui se solderait en temps normal par un acquittement — doit être traitée avec une prudence considérable, puisqu’elle pourrait bien avoir été viciée par son interprétation erronée du droit quant à la possibilité qu’une déclaration de culpabilité puisse néanmoins être inscrite pour un autre motif. Cette préoccupation est bien réelle en l’espèce, car, comme je l’expliquerai plus loin, non seulement la conclusion du juge du procès selon laquelle M. Morrison avait fait preuve [TRADUCTION] « d’indifférence » à l’égard de l’âge de « Mia » reposait-elle sur aucun élément de preuve objectif, mais elle allait aussi à l’encontre du témoignage sous serment de M. Morrison, qui constituait la seule assise à la conclusion du juge du procès.

[138] Dans ses motifs, le juge du procès a fait remarquer que [TRADUCTION] « la supposition formulée par [M. Morrison] selon laquelle il avait affaire à une adulte déterminée à demeurer dans son personnage » n’était « aucunement fondée » : par. 23 (je souligne). Il a aussi reconnu que le témoignage de M. Morrison à cet égard était la « seule chose faisant obstacle » à la conclusion portant que ce dernier croyait que « Mia » n’avait pas atteint l’âge fixé : par. 24 (je souligne). Le reste de la preuve « donn[ait] à penser que [M.] Morrison croyait qu’il communiquait effectivement avec une personne de sexe féminin âgée de quatorze ans » : par. 23.

[139] Bien qu’il ait formulé ces observations, le juge du procès a néanmoins conclu, en se fondant uniquement sur le témoignage non étayé de M. Morrison, que ce dernier avait fait preuve [TRADUCTION] « d’indifférence » à l’égard de l’âge de « Mia », en ce sens qu’il « ne s’était tout simplement jamais penché sur la question avec sérieux » : par. 26-27. Par conséquent, il subsistait chez lui un doute raisonnable quant à la croyance de M. Morrison : par. 27-28.

[140] La conclusion fondamentale du juge du procès portant que M. Morrison avait fait preuve d’indifférence à l’égard de l’âge de « Mia » ne

upon which he purported to rely. At no point did Mr. Morrison testify that he did not turn his mind to “Mia’s” age. Nor did he make any concession to that effect in cross-examination. Mr. Morrison consistently affirmed that he believed “Mia” was an adult woman — a belief that the trial judge found to be without any supporting foundation. Thus, in concluding that Mr. Morrison was indifferent to “Mia’s” age, the trial judge not only relied exclusively on evidence he found to be unsupported; he used that evidence to ground a conclusion it could not logically sustain and, in fact, directly contradicted. In determining the appropriate remedy, this gap in logic cannot be overlooked.

[141] If this were a situation in which the Crown’s case was weak, an order for a new trial would arguably be unwarranted. But here, the Crown’s case was anything but weak. Without commenting further on the matter, I note that the record discloses evidence strongly indicating that a trier of fact could find beyond a reasonable doubt that Mr. Morrison believed “Mia” was underage or was wilfully blind as to whether she was underage. For example, as detailed in paras. 19-24 above:

- “Mia” indicated on numerous occasions that she was 14 years old.
- She used language and discussed topics consistent with her represented age.
- Mr. Morrison offered to pick “Mia” up near her school to engage in sexual activity.
- Upon arrest, Mr. Morrison made several statements that could reasonably be interpreted as demonstrating that he believed “Mia” was underage.

trouvait aucun fondement dans le témoignage de M. Morrison, soit le seul élément de preuve sur lequel il a dit s’être fondé. Monsieur Morrison n’a en aucun temps, lors de son témoignage, affirmé ne pas s’être attardé à l’âge de « Mia ». Il n’a pas non plus fait de concessions en ce sens en contre-interrogatoire. Monsieur Morrison a constamment affirmé qu’il croyait que « Mia » était une adulte, et le juge du procès a conclu que cette croyance était dépourvue de fondement. Donc, en concluant que M. Morrison avait fait preuve d’indifférence à l’égard de l’âge de « Mia », non seulement le juge du procès s’est fondé exclusivement sur une preuve qui, d’après lui, n’était pas étayée, mais il s’est servi de cette preuve comme fondement d’une conclusion qu’elle ne pouvait pas, en toute logique, soutenir et que, dans les faits, elle contredisait directement. Il est impossible de faire fi de cette lacune en matière de logique lorsque vient le temps d’établir la réparation appropriée.

[141] S’il s’agissait d’une situation dans laquelle le dossier de la Couronne était faible, on pourrait prétendre qu’il ne serait pas justifié d’ordonner la tenue d’un nouveau procès. Toutefois, le dossier de la Couronne en l’espèce était tout sauf faible. Je remarque, sans en dire davantage, que le dossier révèle une preuve indiquant fortement qu’un juge des faits pourrait conclure, hors de tout doute raisonnable, que M. Morrison croyait que « Mia » n’avait pas atteint l’âge fixé ou qu’il avait fait preuve d’aveuglement volontaire quant à cette question. À titre d’exemple, comme il est mentionné aux par. 19-24 ci-dessus :

- « Mia » a mentionné à de nombreuses reprises qu’elle était âgée de 14 ans.
- Elle utilisait un langage et discutait de sujets qui correspondaient à celui des jeunes de cet âge.
- Monsieur Morrison a offert d’aller chercher « Mia » près de son école pour qu’ils se livrent à des actes sexuels.
- Une fois arrêté, M. Morrison a formulé plusieurs déclarations qui pourraient raisonnablement être interprétées comme démontrant qu’il croyait que « Mia » n’avait pas atteint l’âge fixé.

- In cross-examination, Mr. Morrison admitted that the requirement that users must indicate that they are over 18 years old in order to access the relevant section of Craigslist is effectively useless.
- Mr. Morrison further admitted that he asked “Mia” for a photo to assess her level of attractiveness, not to determine her age.
- En contre-interrogatoire, M. Morrison a admis que l’obligation pour les usagers de la partie du site de Craigslist qui est en cause d’indiquer qu’ils sont âgés de plus de 18 ans afin d’y avoir accès est en réalité inutile.
- Monsieur Morrison a aussi reconnu qu’il avait demandé à « Mia » de lui donner une photo pour apprécier sa beauté, et non pour déterminer son âge.

[142] For these reasons, considerations of fairness — including fairness to the public and the integrity of the justice system — favour a new trial, one that is conducted using a correct legal framework. Accordingly, I would order a new trial.

[142] Pour ces motifs, les considérations relatives à l’équité — dont l’équité envers le public et l’intégrité du système de justice — favorisent la tenue d’un nouveau procès, lequel devra se dérouler conformément au bon cadre juridique. Par conséquent, j’ordonnerais la tenue d’un nouveau procès.

F. *The One-Year Mandatory Minimum Sentence Under Section 172.1(2)(a)*

F. *La peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an prévue à l’al. 172.1(2)a)*

[143] Finally, Mr. Morrison challenges the mandatory minimum sentence of one year’s imprisonment under s. 172.1(2)(a) as infringing the right not to be subjected to cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter*. There is a high bar to establishing cruel and unusual punishment under s. 12: *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 39; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 24. A mandatory minimum sentence infringes s. 12 if it imposes a grossly disproportionate sentence — that is, a sentence that is “so excessive as to outrage standards of decency” and “abhorrent or intolerable” to society, but not one that is merely excessive: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1072, citing *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at p. 688; *Lloyd*, at para. 24, citing *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90, at para. 26.

[143] Enfin, M. Morrison conteste la peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an prévue à l’al. 172.1(2)a), au motif qu’elle porte atteinte au droit à la protection contre les peines cruelles et inusitées que lui garantit l’art. 12 de la *Charte*. La barre est haute lorsqu’il s’agit d’établir qu’une peine est cruelle et inusitée pour l’application de l’art. 12 : *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 39; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 24. Une peine minimale obligatoire contrevient à l’art. 12 si elle inflige une peine exagérément disproportionnée — c’est-à-dire une peine qui est « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine », de même qu’« odieuse ou intolérable » socialement. Il ne s’agit pas d’une peine qui est simplement excessive : *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1072, citant *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, p. 688; *Lloyd*, par. 24, citant *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90, par. 26.

[144] As this Court articulated in *Nur*, two questions arise when a mandatory minimum is challenged under s. 12. First, the court must assess whether the provision results in a grossly disproportionate sentence when applied to the offender before the court. If it does not, the second question is whether the

[144] Comme l’a expliqué la Cour dans l’arrêt *Nur*, deux questions se posent lorsqu’une peine minimale obligatoire est contestée sur le fondement de l’art. 12. Premièrement, le tribunal doit se demander si la disposition a pour effet d’infliger une peine exagérément disproportionnée dans le cas du délinquant

provision's reasonably foreseeable applications will impose grossly disproportionate sentences on other offenders: see para. 77.

[145] In my view, it would be unwise to rule on the constitutional validity of the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) in this appeal. The courts below proceeded on the mistaken understanding that Mr. Morrison could be convicted on the basis of mere negligence — that is, his failure to take reasonable steps — and their conclusions on the s. 12 issue rested, at least in part, on this mistaken understanding: see 2015 ONCJ 598, at paras. 70, 72, 91 and 93-94; C.A. reasons, at paras. 121 and 131-34. Similarly, the four-month sentence imposed by the trial judge was influenced by his mistaken understanding that s. 172.1(4) can be read so as to allow for a conviction absent proof of subjective *mens rea*. I would also note that the parties did not have the opportunity to make submissions on the constitutionality of the mandatory minimum with the benefit of a clear statement from this Court as to the *mens rea* required for a conviction. In these circumstances, any final determination of the s. 12 issue is best left to the trial judge at the new trial, should Mr. Morrison be convicted again.

[146] I would, however, offer the following comments. On the one hand, several features of s. 172.1 suggest that the mandatory minimum under subs. (2)(a) is, at the very least, constitutionally suspect. Subsection 172.1(2) “casts its net over a wide range of potential conduct”, making it potentially vulnerable to constitutional challenge given the range of reasonably foreseeable applications of the mandatory minimum: *Nur*, at para. 82; *Lloyd*, at para. 35. The mandatory minimum attaches to any offence committed under s. 172.1(1), and these offences vary in a number of respects. They include child luring in the context of communications with a person who is, or who the accused believes is, of various ages — less than 18 years old under s. 172.1(1)(a),

qui se trouve devant lui. Dans la négative, le tribunal doit ensuite se demander si les applications raisonnablement prévisibles de la disposition infligeront à d'autres délinquants des peines exagérément disproportionnées : voir par. 77.

[145] À mon sens, il serait peu judicieux de statuer sur la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a) dans le cadre du présent pourvoi. Les cours de juridictions inférieures sont parties du principe erroné que M. Morrison pouvait être déclaré coupable sur le fondement d'une simple négligence, c'est-à-dire son défaut de prendre des mesures raisonnables, et leurs conclusions sur la question de l'art. 12 reposaient, du moins en partie, sur ce raisonnement erroné : voir 2015 ONCJ 598, par. 70, 72, 91 et 93-94, motifs de la C.A., par. 121 et 131-134. De même, la décision du juge du procès d'infliger une peine de quatre mois a été influencée par le fait que ce dernier croyait à tort que le par. 172.1(4) pouvait être interprété de façon à permettre une déclaration de culpabilité en l'absence de la preuve de la *mens rea* subjective. Je souligne également que les parties n'ont pas eu l'occasion de présenter des observations sur la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire en disposant d'un énoncé clair de la Cour quant à la *mens rea* requise pour une déclaration de culpabilité. Dans ces circonstances, il vaut mieux laisser au juge président le nouveau procès le soin de trancher définitivement la question de l'art. 12, dans le cas où M. Morrison serait à nouveau déclaré coupable.

[146] Toutefois, j'aimerais formuler les commentaires suivants. D'une part, plusieurs aspects de l'art. 172.1 semblent, à tout le moins, jeter un doute sur la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. (2)a). Le paragraphe 172.1(2) « s'applique à une vaste gamme de comportements potentiels », ce qui le rend potentiellement vulnérable sur le plan constitutionnel, compte tenu de l'éventail d'applications raisonnablement prévisibles de la peine minimale obligatoire : *Nur*, par. 82; *Lloyd*, par. 35. La peine minimale obligatoire se rattache à toutes les infractions prévues au par. 172.1(1), et celles-ci varient à un certain nombre d'égards. Elles comprennent le leurre dans le contexte de communications avec des personnes d'âges variés ou que

less than 16 under s. 172.1(1)(b), and less than 14 under s. 172.1(1)(c). Moreover, s. 172.1's scope encompasses situations potentially ranging from a single text message sent by a 21-year-old young adult to a 15-year-old adolescent, to those involving numerous conversations taking place over weeks or months between a middle-aged mature adult and a 13-year-old child.

[147] Subsection 172.1(1) also criminalizes communications sent for the purpose of facilitating a wide array of designated secondary offences. These include, among others, sexual interference with a person under 16 (s. 151), sexual exploitation (s. 153(1)), incest (s. 155), bestiality in the presence of a person under 16 (s. 160(3)), exposure of genitals to a person under 16 (s. 173(2)), aggravated sexual assault (s. 273), and abduction (ss. 280 and 281). The secondary offences vary in terms of their gravity, as evidenced by the fact that Parliament has assigned markedly different sentencing ranges to different offences within this list. For example, a conviction for aggravated sexual assault against a person under 16 carries with it a mandatory minimum of five years' imprisonment and a maximum penalty of lifetime imprisonment (s. 273(2)(a.2)). By contrast, a conviction for exposure of genitals to a person under 16 carries with it a mandatory minimum of 90 days' imprisonment and a maximum of two years' imprisonment where the Crown proceeds by way of indictment (s. 173(2)(a)) and a mandatory minimum of 30 days' imprisonment and a maximum of six months' imprisonment where the Crown proceeds summarily (s. 173(2)(b)) — these two mandatory minimums are in fact less strict than those established under s. 172.1(2). And certain designated secondary offences carry no mandatory minimum at all.

[148] As this brief overview demonstrates, there is considerable variation in terms of the conduct and circumstances that may be caught by s. 172.1(1). Yet, despite this variation, Parliament has not included

l'accusé croit telles — moins de 18 ans dans le cas de l'al. 172.1(1)a), moins de 16 ans dans le cas de l'al. b), et moins de 14 ans dans le cas de l'al. c). En outre, la portée de l'art. 172.1 englobe différentes situations, lesquelles peuvent aller d'un seul message texte envoyé par un jeune adulte de 21 ans à un adolescent de 15 ans aux nombreuses conversations qui durent des semaines ou des mois entre un adulte d'âge mûr et un enfant de 13 ans.

[147] Le paragraphe 172.1(1) criminalise également les communications envoyées en vue de faciliter la perpétration d'un large éventail d'infractions secondaires énumérées. Il s'agit notamment des contacts sexuels avec une personne âgée de moins de 16 ans (art. 151), de l'exploitation sexuelle (par. 153(1)), de l'inceste (art. 155), de la bestialité en présence d'une personne âgée de moins de 16 ans (par. 160(3)), de l'exhibitionnisme devant une personne âgée de moins de 16 ans (par. 173(2)), de l'agression sexuelle grave (art. 273) et de l'enlèvement (art. 280 et 281). La gravité des infractions secondaires diffère, comme le démontre la grande variété de peines que le législateur a prévu pour les diverses infractions figurant sur cette liste. Par exemple, une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle grave sur une personne âgée de moins de 16 ans emporte une peine d'emprisonnement minimale obligatoire de cinq ans et une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité (al. 273(2)a.2)). En revanche, une déclaration de culpabilité pour exhibitionnisme devant une personne âgée de moins de 16 ans emporte une peine d'emprisonnement minimale obligatoire de 90 jours et une peine d'emprisonnement maximale de deux ans lorsque la Couronne procède par mise en accusation (al. 173(2)a)), ainsi qu'une peine d'emprisonnement minimale obligatoire de 30 jours et une peine d'emprisonnement maximale de six mois lorsque la Couronne opte pour la procédure sommaire (al. 173(2)b)) — ces deux peines minimales obligatoires étant moins strictes que celles prévues au par. 172.1(2). De plus, certaines infractions secondaires énumérées ne sont assorties d'aucune peine minimale obligatoire.

[148] Comme le démontre cet aperçu, le comportement et les circonstances que vise le par. 172.1(1) varient considérablement. Pourtant, malgré cette variation, le législateur n'a pas prévu de « mécanisme »

a “safety valve” in the provision that would allow judges to exempt outlier cases where a significantly lower sentence might be appropriate, making the mandatory minimum provision vulnerable to constitutional challenge: see *Lloyd*, at para. 36.

[149] Moreover, the fact that child luring is a hybrid offence may present additional concerns from a s. 12 perspective. If the Crown proceeds by way of indictment, then the mandatory minimum is one year’s imprisonment (s. 172.1(2)(a)). If, however, the Crown proceeds summarily, then the mandatory minimum is six months’ imprisonment (s. 172.1(2)(b)). By creating a hybrid offence, Parliament has acknowledged that the offence can occur in circumstances where considerably lower sentences are appropriate.⁴

[150] Importantly, in *Nur*, a majority of this Court rejected the argument that in determining whether a mandatory minimum is grossly disproportionate, a court should take into account the prosecutor’s discretion to proceed summarily rather than by way of indictment, thereby avoiding the mandatory minimum attaching to the latter form of proceeding: see paras. 85-86 and 92. Accordingly, based on this Court’s jurisprudence, it is not open to a court to assume that the Crown will seek the higher mandatory minimum only where proceeding summarily would be inappropriate in light of the gravity of the conduct alleged.

[151] From a s. 12 perspective, then, hybrid offences raise the following key concern: If we assume — as Parliament evidently did — that the sentencing floor embodied by the summary conviction mandatory minimum represents a fit sentence in at least *some* reasonably foreseeable cases, and this Court

⁴ Before it was amended in July 2015, and at the time Mr. Morrison was charged, s. 172.1(2)(b) prescribed a mandatory minimum of 90 days’ imprisonment and a maximum of 18 months’ imprisonment where the Crown proceeded summarily. At that time, s. 172.1(2)(a) provided for a minimum of one year’s imprisonment and a maximum of ten years’ imprisonment if the Crown proceeded by way of indictment.

dans la disposition qui permettrait aux juges d’écarter la peine minimale obligatoire dans certains cas précis où une peine nettement moindre conviendrait mieux, rendant ainsi la disposition sur la peine minimale obligatoire vulnérable sur le plan constitutionnel : voir *Lloyd*, par. 36.

[149] De plus, le fait que le leurre soit une infraction mixte peut susciter d’autres préoccupations au regard de l’art. 12. Si la Couronne procède par mise en accusation, la peine d’emprisonnement minimale obligatoire est d’un an (al. 172.1(2)a)). Toutefois, si elle opte pour la procédure sommaire, la peine d’emprisonnement minimale obligatoire est de six mois (al. 172.1(2)b)). En créant une infraction mixte, le législateur a reconnu que les circonstances de l’infraction peuvent commander une peine nettement moindre⁴.

[150] Il est important de souligner que, dans l’arrêt *Nur*, les juges majoritaires de la Cour ont rejeté l’argument selon lequel, lorsqu’il examine la question de savoir si une peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée, le tribunal devrait tenir compte du pouvoir discrétionnaire du poursuivant de procéder par voie sommaire plutôt que par mise en accusation, pour ainsi éviter la peine minimale obligatoire associée à ce dernier mode de poursuite : voir par. 85-86 et 92. Par conséquent, au vu de la jurisprudence de la Cour, le tribunal ne peut présumer que la Couronne cherchera à obtenir la peine minimale obligatoire la plus sévère uniquement lorsqu’il serait inadéquat d’opter pour la procédure sommaire, compte tenu de la gravité du comportement reproché.

[151] Ainsi, au regard de l’art. 12, les infractions mixtes soulèvent la préoccupation principale suivante : si nous présumons — comme l’a manifestement fait le législateur — que la peine plancher formant la peine minimale obligatoire sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire est une peine

⁴ Avant d’être modifié en juillet 2015, et au moment où M. Morrison a été accusé, l’al. 172.1(2)b) prévoyait une peine d’emprisonnement minimale obligatoire de 90 jours et une peine d’emprisonnement maximale de 18 mois lorsque la Couronne optait pour la procédure sommaire. À cette époque, l’al. 172.1(2)a) prévoyait une peine d’emprisonnement minimale d’un an et une peine d’emprisonnement maximale de 10 ans si la Couronne procédait par mise en accusation.

cannot rely on prosecutorial discretion to ensure that the higher mandatory minimum is invoked only where proceeding summarily would be inappropriate, then it would seem that there will necessarily be *some* reasonably foreseeable cases in which the application of the higher mandatory minimum will be disproportionate (i.e., too severe). Put differently, by identifying a sentencing floor embodied by the summary conviction minimum sentence, Parliament has openly acknowledged that there will be circumstances in which the application of the higher mandatory minimum will be harsher than necessary. Yet, following *Nur*, the court is precluded from relying on prosecutorial discretion to eliminate the risk that the higher mandatory minimum will be applied where the lower mandatory minimum ought to be applied.

[152] In the context of a hybrid offence, then, where a two-tier mandatory minimum is challenged on the basis that the higher tier is grossly disproportionate, an important question to be answered is whether the difference between the summary conviction sentencing floor (i.e., the lower mandatory minimum) and the mandatory minimum for a conviction on indictment (i.e., the higher mandatory minimum) is so great as to render the higher mandatory minimum “grossly” disproportionate in cases where the summary conviction sentencing floor would be fit.

[153] With that in mind, certain considerations may militate in favour of a finding that the one-year mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) does not infringe s. 12. Applying this Court’s guidance in *Lloyd*, the ultimate question is whether a sentence of one year’s imprisonment would be grossly disproportionate, having regard to the nature of the offence and the circumstances of the offender and, if need be, other persons in reasonably foreseeable situations: para. 22. It may well be that a one-year sentence for offenders in reasonably foreseeable scenarios

appropriée dans au moins *certain*s cas raisonnablement prévisibles, et que la Cour ne peut se fonder sur le pouvoir discrétionnaire du poursuivant pour s’assurer que la peine minimale obligatoire la plus lourde n’est invoquée que lorsqu’il ne conviendrait pas d’opter pour la procédure sommaire, il semblerait donc que, dans *certain*s cas raisonnablement prévisibles, l’application de la peine minimale obligatoire la plus lourde sera forcément disproportionnée (c.-à-d. trop sévère). Autrement dit, en prévoyant une peine plancher consacrée par une peine minimale sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, le législateur a ouvertement reconnu que, dans certaines circonstances, l’application de la peine minimale obligatoire la plus lourde sera plus sévère que nécessaire. Pourtant, suivant l’arrêt *Nur*, le tribunal ne peut se fonder sur le pouvoir discrétionnaire du poursuivant pour écarter le risque que la peine minimale obligatoire la plus lourde soit appliquée dans un cas où la peine minimale obligatoire la moins sévère aurait dû être appliquée.

[152] Dans le contexte d’une infraction mixte, lorsqu’une peine minimale obligatoire à deux niveaux est contestée au motif que le niveau le plus sévère est exagérément disproportionné, il est important de juger si la différence entre la peine plancher sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire (c.-à-d. la peine minimale obligatoire la moins sévère) et la peine minimale obligatoire sur déclaration de culpabilité par mise en accusation (c.-à-d. la peine minimale obligatoire la plus sévère) est importante au point de rendre la peine minimale obligatoire la plus sévère « exagérément » disproportionnée dans les cas où la peine plancher sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire serait appropriée.

[153] Cela étant posé, certains facteurs peuvent inciter à conclure que la peine minimale obligatoire d’un an prévue à l’al. 172.1(2)a) ne contrevient pas à l’art. 12. Suivant les directives énoncées par la Cour dans l’arrêt *Lloyd*, il faut se demander en définitive si une peine d’un an d’emprisonnement serait exagérément disproportionnée, eu égard à la nature de l’infraction et à la situation du délinquant et, au besoin, à celle d’autres personnes dans des situations raisonnablement prévisibles : para. 22. Dans certaines situations hypothétiques raisonnables, il se

would not be “so excessive as to outrage standards of decency” or “abhorrent or intolerable” to society and that the Crown’s decision to seek a lesser punishment by proceeding summarily — which, in a sense, might be viewed as granting the accused a form of leniency — has no impact on that conclusion: see *Lloyd*, at para. 24. Child luring is a serious offence that targets one of the most vulnerable groups within Canadian society — our children. It requires a high level of *mens rea* and involves a high degree of moral blameworthiness. And while the offence may be committed in various ways and in a broad array of circumstances — which is generally the case with most criminal offences — the simple fact remains that in order to secure a conviction, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused intentionally communicated with a person who is, or who the accused believed to be, underage, with specific intent to facilitate the commission of a sexual offence or the offence of abduction against that person. Thus, it is at least arguable that a mandatory minimum sentence of one year’s imprisonment is not grossly disproportionate in its reasonably foreseeable applications.

[154] Returning to the potential significance of the fact that s. 172.1 is a hybrid offence, I would add that this Court in *Nur* did not go so far as to state that in the context of a hybrid offence where a summary conviction carries a lesser mandatory minimum or no minimum at all, every mandatory minimum attaching to a conviction on indictment is necessarily grossly disproportionate and therefore contrary to s. 12. In this regard, without commenting on the merits of the decision, I note that the Alberta Court of Appeal recently upheld the constitutionality of a one-year mandatory minimum that is triggered following a conviction on indictment for sexual exploitation under s. 153(1) of the *Code*, which, like child luring, is a hybrid offence: see *R. v. EJB*, 2018 ABCA 239, 72 Alta. L.R. (6th) 29. On the other hand, and again without commenting on the merits, there is recent appellate authority going the other way: see, e.g., *R. v.*

peut bien qu’une peine d’un an d’emprisonnement pour un délinquant ne soit pas « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » ni « odieuse ou intolérable » socialement, et que la décision de la Couronne de demander une peine moindre en procédant par voie sommaire — ce qui, dans un sens, pourrait être perçu comme une forme de clémence envers l’accusé — n’ait aucune incidence sur cette conclusion : voir *Lloyd*, par. 24. Leurre est une infraction grave qui cible l’un des groupes les plus vulnérables au sein de la société canadienne : nos enfants. Elle requiert un niveau élevé de *mens rea* et suppose un degré élevé de culpabilité morale. Et bien que l’infraction puisse être commise de différentes façons et dans un large éventail de circonstances — ce qui est généralement le cas pour la plupart des infractions criminelles — il n’en demeure pas moins que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable que l’accusé a communiqué intentionnellement avec une personne qui n’avait pas atteint l’âge fixé, ou qu’il croyait telle, avec l’intention précise de faciliter la perpétration à l’égard de l’autre personne d’une infraction à caractère sexuel ou de l’infraction d’enlèvement. Ainsi, il est à tout le moins possible de soutenir que la peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an n’est pas exagérément disproportionnée en ce qui concerne ses applications raisonnablement prévisibles.

[154] Retournant à l’importance que peut revêtir le fait pour l’art. 172.1 d’être une infraction mixte, j’ajouterais que, dans l’arrêt *Nur*, la Cour n’est pas allée jusqu’à déclarer que, dans le contexte d’une infraction mixte où une déclaration de culpabilité par procédure sommaire emporte une peine minimale obligatoire moindre ou aucune peine minimale, toutes les peines minimales obligatoires rattachées à une déclaration de culpabilité par mise en accusation sont forcément exagérément disproportionnées et, donc, contraires à l’art. 12. À cet égard, sans me prononcer sur le bien-fondé de l’arrêt, je remarque que la Cour d’appel de l’Alberta a récemment confirmé la constitutionnalité d’une peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an sur déclaration de culpabilité par mise en accusation pour exploitation sexuelle, une infraction visée au par. 153(1) du *Code* qui, comme le leurre, est une infraction mixte : voir

Hood, 2018 NSCA 18, 45 C.R. (7th) 269, where the Nova Scotia Court of Appeal struck down the one-year mandatory minimums for sexual exploitation, sexual interference, and child luring, all of which are hybrid offences.

[155] A proper consideration of the constitutionality of the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) should take into account the various factors I have identified. Few, if any, were considered in the courts below or fully argued before this Court. As such, on the record before us and the arguments presented, in my respectful view, it would be unwise, if not inappropriate, for the Court to finally determine the s. 12 issue on this appeal.

VII. Disposition

[156] For the above reasons, I reach the following conclusions.

[157] The Crown's appeal concerning the constitutionality of s. 172.1(3) of the *Code* is dismissed. Subsection (3) infringes s. 11(d) of the *Charter*, and that infringement cannot be saved under s. 1. It is therefore without force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

[158] Mr. Morrison's cross-appeal is allowed in part. His submissions regarding the constitutionality of s. 172.1(4) of the *Code* are dismissed. Subsection (4) does not infringe s. 7 of the *Charter*.

[159] However, in light of the trial judge's errors, I would set aside Mr. Morrison's conviction and order a new trial.

R. c. EJB, 2018 ABCA 239, 72 Alta. L.R. (6th) 29. D'un autre côté, et encore une fois sans faire de commentaires sur le fond, il y a des arrêts récents de cours d'appel qui vont dans l'autre sens : voir, p. ex., *R. c. Hood*, 2018 NSCA 18, 45 C.R. (7th) 269, où la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a déclaré inconstitutionnelles les peines d'emprisonnement minimales obligatoires d'un an pour l'exploitation sexuelle, les contacts sexuels et le leurre, qui sont tous des infractions mixtes.

[155] Pour bien apprécier la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a), il faut tenir compte des divers facteurs que j'ai énumérés. Peu de ces facteurs, s'il en est, ont été examinés par les cours de juridictions inférieures ou débattus à fond devant la Cour. Ainsi, au vu du dossier dont nous disposons et des arguments qui ont été présentés, je suis d'avis qu'il serait peu judicieux, voire inapproprié, pour la Cour de trancher définitivement la question de l'art. 12 dans le présent pourvoi.

VII. Dispositif

[156] Pour les motifs qui précèdent, j'arrive aux conclusions qui suivent.

[157] Le pourvoi de la Couronne concernant la constitutionnalité du par. 172.1(3) du *Code* est rejeté. Le paragraphe (3) contrevient à l'al. 11d) de la *Charte*, et cette contravention ne peut être justifiée au regard de l'article premier. Il est donc inopérant par application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[158] Le pourvoi incident de M. Morrison est accueilli en partie. Les arguments de ce dernier concernant la constitutionnalité du par. 172.1(4) du *Code* sont rejetés. Le paragraphe (4) ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*.

[159] Toutefois, à la lumière des erreurs commises par le juge du procès, j'annule la déclaration de culpabilité prononcée contre M. Morrison et j'ordonne la tenue d'un nouveau procès.

[160] Finally, I would decline to rule on whether the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) infringes s. 12 of the *Charter*. To that extent, I would allow the Crown's appeal and set aside the Court of Appeal's conclusion to the contrary.

The following are the reasons delivered by

[161] KARAKATSANIS J. — I have read the reasons of my colleague Moldaver J. and concur with his analysis and conclusions regarding the proper interpretation and constitutionality of s. 172.1(3) and (4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. I also agree with Moldaver J. that the conviction should be set aside and a new trial ordered.

[162] I write only with respect to the constitutionality of the mandatory minimum punishment set out in s. 172.1(2)(a). This provision requires courts to impose a minimum prison sentence of one year on every person who commits an indictable offence under s. 172.1(1). Douglas Morrison has challenged the constitutionality of this provision throughout the proceedings and, in my view, it is incumbent on this Court to address this issue. Both courts below determined that this provision is unconstitutional. If this Court declines to decide this issue and Morrison is retried and found guilty, he may be put in the unfortunate position of having to re-argue a constitutional challenge that was decided in his favour throughout these proceedings but not addressed on final appeal. Morrison — as well as other individuals convicted of a child luring offence by way of indictment — may find themselves subject to a mandatory minimum sentence that is constitutionally unsound.

[163] For the reasons that follow, I would find that the mandatory minimum sentence in s. 172.1(2)(a) violates s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is not saved by s. 1.

[160] Enfin, je refuse de statuer sur la question de savoir si la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a contrevient à l'art. 12 de la *Charte*. Dans cette mesure, j'accueille le pourvoi de la Couronne et j'annule la conclusion contraire de la Cour d'appel.

Version française des motifs rendus par

[161] LA JUGE KARAKATSANIS — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Moldaver et je souscris à son analyse et à ses conclusions sur l'interprétation à donner aux par. 172.1(3) et (4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et la constitutionnalité de ces dispositions. Je suis aussi d'accord avec lui pour dire que la déclaration de culpabilité devrait être annulée et la tenue d'un nouveau procès ordonnée.

[162] Mes motifs portent uniquement sur la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a, qui exige que les tribunaux infligent une peine d'emprisonnement minimale d'un an à quiconque commet un acte criminel visé au par. 172.1(1). Douglas Morrison a contesté la constitutionnalité de cette disposition au fil des instances et, à mon avis, il incombe à la Cour d'examiner cette question. Les deux cours de juridictions inférieures ont déclaré la disposition inconstitutionnelle. Si la Cour refuse de trancher cette question et que M. Morrison est déclaré coupable à l'issue d'un nouveau procès, il pourrait se trouver dans la fâcheuse situation de devoir plaider à nouveau une question constitutionnelle qui a déjà été tranchée en sa faveur devant les cours de juridictions inférieures, mais qui n'a pas été examinée dans le cadre du pourvoi final. Monsieur Morrison, comme d'autres individus reconnus coupables de l'infraction de leurre punissable par voie de mise en accusation, pourrait se voir condamné à une peine minimale obligatoire invalide sur le plan constitutionnel.

[163] Pour les motifs qui suivent, je conclurais que la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a viole l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne peut être justifiée au regard de l'article premier.

A. *Determining Whether a Provision Violates Section 12 of the Charter*

[164] Section 12 of the *Charter* states that “[e]veryone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.” In order to qualify as “cruel and unusual” punishment, a mandatory minimum sentence must be *grossly disproportionate* (*R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at paras. 22-23; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at pp. 1072-73).

[165] The standard of gross disproportionality is a high bar. A grossly disproportionate sentence must be more than merely excessive. It must be so excessive as to outrage our society’s standards of decency and must be disproportionate to the extent that Canadians would find it abhorrent or intolerable (*Smith*, at p. 1072; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90, at para. 26; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at para. 14).

[166] To determine whether a mandatory minimum sentence imposes a grossly disproportionate punishment, the court engages in a comparative exercise. This involves comparing the mandatory minimum sentence for the relevant offence to the fit and proportionate sentence that would otherwise be mandated by the sentencing principles found in the *Criminal Code*. Ultimately, if the mandatory minimum forces courts to impose a sentence that is grossly disproportionate to the otherwise fit and proportionate sentence, then the mandatory minimum is inconsistent with s. 12 (*Lloyd*, at para. 23).

[167] This inquiry often occurs in two stages. First, the judge determines whether the mandatory minimum represents a grossly disproportionate sentence when applied to the circumstances of the *specific offender* before the court. If so, then the mandatory minimum sentence violates s. 12 (*Smith*, at p. 1073; *Ferguson*, at paras. 13-14; *Morrissey*, at paras. 27-29 and 41; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 39).

[168] Second, even if the mandatory minimum does not violate s. 12 on the facts of the case before the court, the judge must consider whether the

A. *Juger si une disposition viole l’art. 12 de la Charte*

[164] Aux termes de l’art. 12 de la *Charte*, « [c]hacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités. » Pour être qualifiée de « cruelle et inusitée », la peine minimale obligatoire doit être *exagérément disproportionnée* (*R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 22-23; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1072-1073).

[165] La norme de la disproportion exagérée est exigeante. Une peine exagérément disproportionnée doit être plus que simplement excessive. Elle doit être excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine et tellement disproportionnée que les Canadiens la considéreraient comme odieuse ou intolérable (*Smith*, p. 1072; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90, par. 26; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 14).

[166] Pour juger si une peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée, les tribunaux se livrent à un exercice comparatif qui consiste à comparer la peine minimale obligatoire relative à l’infraction en cause à la peine juste et proportionnée que commanderait l’application des principes de détermination de la peine établis par le *Code criminel*. Au bout du compte, si elle contraint le tribunal à infliger une peine qui est exagérément disproportionnée au regard de ce que constituerait une peine juste et proportionnée, la peine minimale obligatoire est incompatible avec l’art. 12 (*Lloyd*, par. 23).

[167] Cette analyse comporte souvent deux étapes. Premièrement, le juge établit si la peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée en tenant compte de la situation particulière du *délinquant concerné*. Dans l’affirmative, la peine minimale obligatoire viole l’art. 12 (*Smith*, p. 1073; *Ferguson*, par. 13-14; *Morrissey*, par. 27-29 et 41; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 39).

[168] Deuxièmement, même si la peine minimale obligatoire ne viole pas l’art. 12 au regard des faits propres à l’affaire qui lui a été présentée, le juge doit

mandatory minimum sentence would be grossly disproportionate in other reasonably foreseeable cases. The rule of law requires certainty; no one should serve time in custody because of an unconstitutional provision (see *Nur*, at paras. 51, 63-64). The court must therefore consider whether it is reasonably foreseeable that the mandatory minimum sentence will violate s. 12 when applied to *others*. This involves evaluating the scope of the offence, the nature of the offenders and circumstances that it may capture, and the resulting range of fit and proportionate sentences. Based on this analysis, if, in a reasonably foreseeable case, imposing the mandatory minimum would result in a grossly disproportionate sentence, then the mandatory minimum violates s. 12 (*R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, at pp. 505-6; *Ferguson*, at para. 30; *Nur*, at para. 51; *Lloyd*, at paras. 25-37).

[169] When assessing a mandatory minimum in the context of reasonably foreseeable cases, it will often be helpful to begin by considering previously reported cases. Past cases provide examples of the range of real-life conduct captured by the offence, as well as the characteristics of those who have been convicted (see *Nur*, at paras. 72-76). In turn, these factual scenarios help demonstrate the range of fit and proportionate sentences for the offence. As always, judges should be guided by their common sense and judicial experience when examining the scope of an offence provision and the resulting range of proportionate sentences that it would give rise to (para. 75). Moreover, judges need not limit their inquiry to only the facts of reported cases (*Morrisey*, at para. 33).

[170] In the past, this Court has referred to “reasonable hypothetical” circumstances in which a given provision would apply in determining whether a corresponding mandatory minimum sentence would be grossly disproportionate (see *Morrisey*, at paras. 2 and 30-33; *Goltz*, at p. 515). However, as the Court recently noted, the word “hypothetical” has created confusion and often overwhelmed the analysis, leading to unhelpful debates over how general or realistic

chercher à savoir si elle serait exagérément disproportionnée dans d’autres cas raisonnablement prévisibles. La primauté du droit commande la certitude; personne ne devrait purger une peine d’emprisonnement en raison d’une disposition inconstitutionnelle (voir *Nur*, par. 51 et 63-64). Le tribunal doit par conséquent se demander s’il est raisonnablement prévisible que l’application de la peine minimale obligatoire à d’autres personnes violera l’art. 12. Pour ce faire, il faut évaluer la portée de l’infraction, le genre de délinquants et de situations qu’elle peut viser, ainsi que la gamme de peines justes et proportionnées qui pourraient donc être infligées. Il découle de cette analyse que si l’infliction de la peine minimale obligatoire donnait lieu à une peine exagérément disproportionnée dans un cas raisonnablement prévisible, la peine minimale obligatoire viole l’art. 12 (*R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, p. 505-506; *Ferguson*, par. 30; *Nur*, par. 51; *Lloyd*, par. 25-37).

[169] Lorsqu’on évalue une peine minimale obligatoire au regard des cas raisonnablement prévisibles, il est souvent utile de commencer par examiner les décisions publiées. Ces décisions nous donnent des exemples de l’étendue des actes susceptibles de tomber concrètement sous le coup de l’infraction, ainsi que des caractéristiques des personnes qui ont été reconnues coupables de cette infraction (voir *Nur*, par. 72-76). Les scénarios factuels servent à leur tour à démontrer la gamme de peines justes et proportionnées pour l’infraction. Comme toujours, les juges devraient suivre leur bon sens et leur expérience judiciaire lorsqu’ils examinent la portée d’une disposition créatrice d’infraction et la gamme de peines proportionnées qui peuvent y être associées (par. 75). Par ailleurs, les juges ne sont pas tenus de restreindre leur analyse aux faits des décisions publiées (*Morrisey*, par. 33).

[170] Dans le passé, la Cour a renvoyé aux circonstances « hypothétiques raisonnables » dans lesquelles une disposition donnée s’appliquerait pour juger si la peine minimale obligatoire qui y est associée serait exagérément disproportionnée (voir *Morrisey*, par. 2 et 30-33; *Goltz*, p. 515). Or, comme la Cour l’a récemment fait observer, le mot « hypothétique » créait de la confusion et a souvent dominé l’analyse, ce qui a mené à des débats inutiles quant à savoir à quel point

the hypothetical must be (see *Nur*, at paras. 57 and 61). Therefore, in *Lloyd*, the majority emphasized “reasonably foreseeable applications” of the law (see paras. 22 and 25).

[171] I find this shift in terminology helpful. In my view, discussing “reasonable hypotheticals” does not accurately capture the thrust of the s. 12 inquiry. Evaluating the conduct that an offence captures and the range of appropriate sentences that may arise does not involve a novel application of judicial imagination. Rather, s. 12 requires courts to consider the scope of the offence, the types of activities it penalizes and the reasonably foreseeable circumstances in which it may arise. As Chief Justice McLachlin outlined in *Nur*: “What is the reach of the law? What kind of conduct may the law reasonably be expected to catch? What is the law’s reasonably foreseeable impact? Courts have always asked these questions in construing the scope of offences and in determining their constitutionality” (para. 61).

B. *Does the One Year Mandatory Minimum Sentence in Section 172.1(2)(a) Violate Section 12 of the Charter?*

[172] Morrison argues that the mandatory minimum sentence in s. 172.1(2)(a) is grossly disproportionate, both in his case and in other reasonably foreseeable applications. The courts below found that Morrison should be sentenced to four months imprisonment. Therefore, they both concluded that sentencing him to the mandatory minimum prison term of one year would be grossly disproportionate (2015 ONCJ 598, 341 C.R.R. (2d) 25, at paras. 89 and 98; 2017 ONCA 582, at paras. 129-30).

[173] Given the unique circumstances of this case, it is no longer appropriate to determine whether imposing the mandatory minimum sentence on him would represent a grossly disproportionate punishment. As my colleague Moldaver J. notes, Morrison

la situation hypothétique devrait être générale ou réaliste (voir *Nur*, par. 57 et 61). Par conséquent, dans l’arrêt *Lloyd*, les juges majoritaires ont mis l’accent sur les « applications raisonnablement prévisibles » de la disposition législative (voir par. 22 et 25).

[171] Je trouve ce changement terminologique utile. À mon avis, discuter des « hypothèses raisonnables » ne reflète pas l’idée maîtresse de l’examen fondé sur l’art. 12. Évaluer la conduite visée par une infraction et la gamme des peines appropriées qui peuvent en découler ne requiert pas que les juges se livrent à un nouvel exercice imaginatif. L’article 12 exige plutôt des tribunaux qu’ils examinent la portée de l’infraction, les types d’activités qu’elle sanctionne et les circonstances raisonnablement prévisibles dans lesquelles elle peut survenir. Comme la juge en chef McLachlin l’a souligné dans l’arrêt *Nur* : « Quelle est la portée de la loi? Quels actes pourraient raisonnablement tomber sous le coup de la loi? Quelle est l’incidence raisonnablement prévisible de la loi? Telles sont les questions que les tribunaux se posent toujours pour délimiter la portée d’une disposition créant une infraction et se prononcer sur sa constitutionnalité » (par. 61).

B. *La peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an prévue à l’al. 172.1(2)a viole-t-elle l’art. 12 de la Charte?*

[172] Monsieur Morrison soutient que la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 172.1(2)a est exagérément disproportionnée, tant dans son cas qu’au regard d’autres applications raisonnablement prévisibles de cette disposition. Les cours de juridictions inférieures ont conclu que M. Morrison devrait être condamné à un emprisonnement de quatre mois. Par conséquent, elles ont toutes deux conclu qu’il serait exagérément disproportionné de le condamner à une peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an (2015 ONCJ 598, 341 C.R.R. (2d) 25, par. 89 et 98; 2017 ONCA 582, par. 129-130).

[173] Vu les circonstances particulières de la présente affaire, il ne convient plus de juger si l’infliction de la peine minimale obligatoire à l’égard de M. Morrison constituerait une peine exagérément disproportionnée. Comme le souligne mon collègue

was convicted based on the trial judge’s misapprehension of how the offence in s. 172.1 operates and its requisite *mens rea* (see para. 135).

[174] Because Morrison may face a retrial, it is not prudent to determine whether those errors affected either his conviction or the fit sentence in this case. In these circumstances — given my conclusion that the mandatory minimum sentence in s. 172.1(2)(a) represents a grossly disproportionate punishment in other reasonably foreseeable applications — it is not necessary to assess the proportionality of the mandatory minimum against the fit and proportionate sentence that would be imposed on Morrison.

[175] The constitutional law principles mandating an inquiry into the nature and scope of the law beyond one particular accused are especially relevant in this case. As the Court noted in *Nur*, “[l]ooking at whether the mandatory minimum has an unconstitutional impact on others avoids the chilling effect of unconstitutional laws remaining on the statute books” (para. 64). In this case, Morrison himself could face these chilling effects. As I have stated, he could be subjected to the mandatory minimum sentence if retried and convicted *despite* twice succeeding in his s. 12 challenge in the courts below. More broadly, the decisions below raise a spectre of unconstitutionality over s. 172.1(2)(a). No one should be subject to an unconstitutional law and “[t]esting the law against reasonably foreseeable applications will prevent people from suffering cruel and unusual punishment in the interim until the mandatory minimum is found to be unconstitutional” (para. 63). These concerns militate in favour of considering the reasonably foreseeable applications of the law even absent a convicted offender before the Court in this particular case. I now turn to the issue of reasonably foreseeable applications of s. 172.1(2)(a).

le juge Moldaver, la déclaration de culpabilité de M. Morrison repose sur la mauvaise compréhension par le juge du procès de l’infraction décrite à l’art. 172.1 et de la *mens rea* requise (voir par. 135).

[174] Comme M. Morrison pourrait avoir à subir un nouveau procès, il n’est pas prudent de juger si ces erreurs ont eu une incidence sur sa déclaration de culpabilité ou la peine juste qui peut être infligée en l’espèce. Dans ces circonstances, et comme je conclus que la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 172.1(2)a serait exagérément disproportionnée dans d’autres cas raisonnablement prévisibles, il n’est pas nécessaire d’évaluer la proportionnalité de la peine minimale obligatoire au regard de la peine juste et proportionnée qui serait infligée à M. Morrison.

[175] Les principes de droit constitutionnel exigeant un examen de la nature et de la portée d’une disposition allant au-delà de la situation d’un simple accusé sont particulièrement pertinents en l’espèce. Comme l’a souligné la Cour dans l’arrêt *Nur*, « [s]e demander si une peine minimale obligatoire se révèle inconstitutionnelle pour d’autres personnes permet d’éviter que des dispositions inconstitutionnelles ne demeurent malencontreusement en vigueur » (par. 64). Dans l’affaire qui nous occupe, M. Morrison pourrait lui-même vivre ces conséquences malencontreuses. Comme je l’ai déjà indiqué, s’il est déclaré coupable au terme d’un éventuel nouveau procès, M. Morrison pourrait se voir infliger cette peine minimale obligatoire *même* s’il a réussi par deux fois à la contester sur le fondement de l’art. 12 devant les juridictions inférieures. D’une manière plus générale, les décisions des juridictions inférieures mettent en doute la constitutionnalité de l’al. 172.1(2)a. Personne ne devrait être assujéti à une disposition inconstitutionnelle et « [c]ontrôler la loi au regard d’applications raisonnablement prévisibles permet d’éviter que des justiciables ne soient condamnés à des peines cruelles et inusitées avant que la peine minimale obligatoire ne soit déclarée inconstitutionnelle » (par. 63). Ces préoccupations nous invitent fortement à examiner les applications raisonnablement prévisibles de la disposition législative même si, dans l’affaire qui nous intéresse, la Cour n’a pas affaire à un délinquant ayant été déclaré coupable. J’examinerai maintenant la question des applications raisonnablement prévisibles de l’al. 172.1(2)a.

[176] Child luring is a very serious offence. It requires the accused to subjectively believe that he or she is communicating with an underage individual for the purpose of facilitating one of the offences enumerated in s. 172.1(1)(a), (b) or (c). This section was adopted by Parliament “to identify and apprehend predatory adults who, generally for illicit sexual purposes, troll the Internet to attract and entice vulnerable children and adolescents” (*R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3, at para. 24). It protects potential child victims by allowing the criminal law to intervene before the harm caused by the commission of the secondary offences actually occurs (*R. v. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173, at para. 20).

[177] Given the gravity of this offence, there is no doubt that, in many cases, the appropriate sentence will be a term of imprisonment that falls within the range contemplated by s. 172.1(2)(a). For example, the Ontario Court of Appeal has determined that in most child luring cases, the sentencing goals of denunciation and deterrence require a sentence of institutional incarceration (*R. v. Jarvis* (2006), 211 C.C.C. (3d) 20 (Ont. C.A.), at paras. 27 and 31; *R. v. Folino*, 2005 ONCA 258, 77 O.R. (3d) 641, at para. 25; *Alicandro*, at para. 49; but see *R. v. Woodward*, 2011 ONCA 610, 107 O.R. (3d) 81, at para. 58). In most cases proceeding by indictment, the appropriate range will be from 12 to 24 months (*Jarvis*, at para. 31).

[178] However, this does not mean that such a sentence will be appropriate in other reasonably foreseeable cases (see *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at paras. 57-61). Nor does it mean that this mandatory minimum provision is consistent with s. 12 of the *Charter*. For the following reasons, I would find that it is not.

[179] The offence of child luring can be committed in various ways, under a broad array of circumstances and by individuals with a wide range of moral culpability. This alone makes the provision vulnerable to constitutional challenge because such laws almost inevitably capture cases where the mandatory

[176] Le leurre est une infraction très grave qui requiert que l'accusé croie subjectivement qu'il communique avec une personne n'ayant pas atteint l'âge fixé par la loi afin de faciliter la perpétration à son égard de l'une des infractions énumérées aux al. 172.1(1)a, b) ou c). L'article 172.1 a été adopté par le législateur « en vue de démasquer et d'arrêter les prédateurs adultes qui rôdent dans l'Internet pour appâter des enfants et des adolescents vulnérables, généralement à des fins sexuelles illicites » (*R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3, par. 24). Il protège les enfants susceptibles de devenir victimes en permettant l'application de dispositions pénales avant qu'un préjudice ne soit réellement causé par la perpétration des infractions sous-jacentes (*R. c. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173, par. 20).

[177] Étant donné la gravité de l'infraction en cause, il ne fait aucun doute que, dans bien des cas, la peine appropriée sera une peine d'emprisonnement dont la durée s'inscrira dans le cadre prévu à l'al. 172.1(2)a). Par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que, pour la plupart des infractions de leurre, les objectifs de dénonciation et de dissuasion qui sous-tendent la peine commandent une incarcération en établissement (*R. c. Jarvis* (2006), 211 C.C.C. (3d) 20 (C.A. Ont.), par. 27 et 31; *R. c. Folino*, 2005 ONCA 258, 77 O.R. (3d) 641, par. 25; *Alicandro*, par. 49; mais voir *R. c. Woodward*, 2011 ONCA 610, 107 O.R. (3d) 81, par. 58). Dans la plupart des poursuites intentées par voie de mise en accusation, la durée de peine appropriée variera entre 12 et 24 mois (*Jarvis*, par. 31).

[178] Cela ne veut toutefois pas dire qu'une telle peine sera appropriée dans d'autres cas raisonnablement prévisibles (voir *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 57-61), ni que cette disposition établissant une peine minimale obligatoire est compatible avec l'art. 12 de la *Charte*. Pour les motifs qui suivent, je concluais qu'elle ne l'est pas.

[179] L'infraction de leurre peut être commise de plusieurs façons, dans des circonstances très variées et par des personnes qui peuvent avoir divers degrés de culpabilité morale. Ces caractéristiques suffisent à rendre la disposition en cause vulnérable sur le plan constitutionnel parce qu'il est presque inévitable

minimum sentence will be grossly disproportionate (see, e.g., *Lloyd*, at para. 35; *Nur*, at para. 82; *Smith*, at p. 1078). Simply put, if the offence casts a wide net, this increases the likelihood of it catching individuals whose conduct will not warrant punishment remotely close to that required by the mandatory minimum sentence.

[180] The three essential elements of child luring under s. 172.1(1) are: (a) intentional communication by means of telecommunication; (b) with an individual who is — or the accused believes is — under 18, 16, or 14 years of age (depending on the subsection at issue); (c) for the purpose of facilitating one of the enumerated secondary offences (here, invitation to sexual touching contrary to s. 152 of the *Criminal Code*) (see *R. v. Legare*, 2009 SCC 56, [2009] 3 S.C.R. 551, at para. 3).

[181] The range of conduct that constitutes an offence under this section is extremely broad. As this Court stated in *Legare*, to be convicted of child luring, the accused need not commit the secondary offence on which the child luring charge is based or even intend to meet the victim. Rather, the accused need only communicate for the purpose of *facilitating* the secondary offence — helping to bring it about or making it easier or more likely to occur (paras. 25 and 28). The impugned communications need not be sexually explicit or objectively capable of facilitating the secondary offence (paras. 29 and 42). Furthermore, there is significant variation in the nature and gravity of the designated secondary offences (see Moldaver J.'s reasons, at para. 147).

[182] As outlined above, s. 172.1(1) captures a wide variety of communications. The offence can be committed by individuals who use the Internet to target children for the purpose of physically exploiting them or, conversely, by individuals who have no intention of meeting their victims in person. Similarly, the duration of the communication may vary significantly. While, in some cases, the offender will have

qu'il existera des situations tombant sous le coup de telles dispositions législatives où la peine minimale obligatoire sera exagérément disproportionnée (voir, p. ex., *Lloyd*, par. 35; *Nur*, par. 82; *Smith*, p. 1078). En termes simples, une infraction qui ratisse large augmente la probabilité que tombent dans ses mailles des individus dont la conduite ne justifie aucunement l'infliction de la peine minimale obligatoire.

[180] Les trois éléments essentiels du leurre pour l'application du par. 172.1(1) sont : a) une communication intentionnelle par un moyen de télécommunication; b) avec une personne qui est âgée — ou dont l'accusé croit qu'elle est âgée — de moins de 18, 16 ou 14 ans (selon l'alinéa en cause); c) en vue de faciliter la perpétration de l'une des infractions sous-jacentes énumérées (en l'espèce, l'incitation à des contacts sexuels en contravention de l'art. 152 du *Code criminel*) (voir *R. c. Legare*, 2009 CSC 56, [2009] 3 R.C.S. 551, par. 3).

[181] L'éventail des comportements qui constituent une infraction pour l'application de cet article est extrêmement vaste. Comme l'a déclaré la Cour dans *Legare*, pour être reconnu coupable de leurre, le prévenu n'a pas besoin d'avoir commis l'infraction sous-jacente sur laquelle repose l'accusation de leurre ni même avoir eu l'intention de rencontrer la victime. En effet, il n'a qu'à communiquer avec la victime en vue de *faciliter* la perpétration de l'infraction sous-jacente, en aidant à provoquer la perpétration de l'infraction ou en la rendant plus facile ou plus probable (par. 25 et 28). Il n'est pas nécessaire que les communications en question soient sexuellement explicites ni objectivement susceptibles de faciliter la perpétration de l'infraction sous-jacente (par. 29 et 42). De plus, la nature et la gravité des infractions secondaires énumérées varient énormément (voir les motifs du juge Moldaver, par. 147).

[182] Comme nous l'avons vu, le par. 172.1(1) vise une grande variété de communications. L'infraction peut être commise par des personnes qui utilisent Internet pour cibler des enfants en vue de les exploiter physiquement ou, à l'inverse, par des personnes qui n'ont aucune intention de rencontrer leurs victimes en personne. De même, la durée de la communication peut considérablement varier. Alors que, dans

engaged in an extended dialogue with the victim in order to “groom” him or her, the offence can equally be made out through a short series of messages lasting only a few minutes. As my colleague points out, it can capture a single text sent by a 21-year-old adult to a 15-year-old adolescent or multiple conversations taking place over a long period between a mature adult and a 13-year-old child (Moldaver J.’s reasons, at para. 146). Finally, the communication can actually be with an underage child or, as in this case, with a police officer posing as one (see *R. v. Rafiq*, 2015 ONCA 768, 342 O.A.C. 193, at paras. 47-49). These factors may impact the level of harm caused by the offence, thereby informing what constitutes a fit and proportionate sentence (see s. 718 of the *Criminal Code*).

[183] The personal circumstances of the offender and the relationship between the offender and the victim may also vary significantly. Past cases demonstrate that child luring offences are sometimes committed by individuals who are close in age to their victims, by those who suffer from cognitive difficulties or mental illness, and by individuals who were themselves abused in the past (see, e.g., *R. v. Hood*, 2018 NSCA 18, 409 C.R.R. (2d) 70; *R. v. S. (S.)*, 2014 ONCJ 184, 307 C.R.R. (2d) 147; *R. v. Crant*, 2017 ONCJ 192). These factors may diminish the moral blameworthiness associated with the offence (see s. 718.1 of the *Criminal Code*).

[184] Given the variety of circumstances captured by the offence, it is not surprising that the s. 172.1(1) jurisprudence demonstrates that the fit and proportionate sentence can be significantly less than the one-year mandatory minimum term of imprisonment required by the *Criminal Code*. Courts applying the *Criminal Code*’s sentencing principles have determined that, in certain child luring cases, a fit and proportionate sanction included lesser penalties: a short period of institutional incarceration of 90 days or less (*Alicandro*, at paras. 2 and 49; *R. v. Read*, 2008 ONCJ 732 at para. 29 (CanLII); see also *R. v. Dehesh*, [2010] O.J. No. 2817 (S.C.J.), at

certaines affaires, le délinquant peut avoir engagé un long dialogue avec la victime pour la manipuler, dans d’autres affaires, l’infraction peut être commise en quelques minutes à peine lors d’un échange d’une série de courts messages. Comme le souligne mon collègue, il peut s’agir d’un unique message texte envoyé par un adulte de 21 ans à un adolescent de 15 ans, comme de multiples conversations qui se déroulent sur une longue période entre un adulte mûr et un enfant de 13 ans (motifs du juge Moldaver, par. 146). Enfin, la communication peut aussi avoir lieu avec un enfant qui n’a pas atteint l’âge fixé par la disposition ou, comme en l’espèce, avec un policier qui se fait passer pour un mineur de cet âge (voir *R. c. Rafiq*, 2015 ONCA 768, 342 O.A.C. 193, par. 47-49). Ces facteurs peuvent avoir une incidence sur le niveau de préjudice causé par la perpétration de l’infraction et nous éclairent donc sur ce qui constitue une peine juste et proportionnée (voir l’art. 718 du *Code criminel*).

[183] La situation personnelle du délinquant et sa relation avec la victime peuvent aussi grandement varier. Il ressort de la jurisprudence que les infractions de leurre sont parfois commises par des personnes qui n’ont pas une grande différence d’âge avec leurs victimes, qui ont des troubles cognitifs ou des maladies mentales ou encore qui ont elles-mêmes déjà été agressées (voir, p. ex., *R. c. Hood*, 2018 NSCA 18, 409 C.R.R. (2d) 70; *R. c. S. (S.)*, 2014 ONCJ 184, 307 C.R.R. (2d) 147; *R. c. Crant*, 2017 ONCJ 192). Ces facteurs peuvent atténuer la culpabilité morale associée à l’infraction (voir art. 718.1 du *Code criminel*).

[184] Vu la diversité des situations tombant sous le coup de l’infraction, il n’est pas surprenant que la jurisprudence relative au par. 172.1(1) démontre qu’une peine juste et proportionnée puisse être beaucoup moins lourde que la peine d’emprisonnement minimale obligatoire d’un an requise par le *Code criminel*. Les tribunaux qui appliquent les principes de détermination de la peine du *Code criminel* ont jugé que la peine juste et proportionnée dans certains cas de leurre devait être moins lourde; elle pourrait consister en une brève incarcération de 90 jours ou moins en établissement (*Alicandro*, par. 2 et 49; *R. c. Read*, 2008 ONCJ 732, par. 29 (CanLII); voir

para. 9; *S. (S.)*, at para. 91); a conditional sentence (*R. v. El-Jamel*, 2010 ONCA 575, 261 C.C.C. (3d) 293, at paras. 2 and 20; *Folino*, at para. 33; *R. v. B. and S.*, 2014 BCPC 94, at para. 42 (CanLII); *R. v. Danielson*, 2013 ABPC 26, at para. 89 (CanLII)); or even a conditional discharge (*R. v. Pelletier*, 2013 QCCQ 10486 at para. 73 (CanLII)). Although some of these cases (*Dehesh*; *S. (S.)*; *Danielson*) proceeded by way of summary conviction, they demonstrate that the offence can warrant such sentences. And, as the Nova Scotia Court of Appeal recently noted, in certain reasonably foreseeable cases, a suspended sentence would be appropriate (*Hood*, at para. 154).

[185] The fact that s. 172.1(1) is a hybrid offence is also an important consideration. During the period at issue, the mandatory minimum sentence for an individual guilty of child luring on summary conviction was 90 days imprisonment, while the mandatory minimum for an individual guilty on indictment was one year (s. 172.1(2)).⁵ The 90-day mandatory minimum for summary conviction offences clearly demonstrates that Parliament understood that, in certain circumstances, a sentence far below that required by the one-year mandatory minimum would be appropriate.

[186] Here, the disparity between these two mandatory minimum sentences strongly suggests that s. 172.1(2)(a) violates s. 12 of the *Charter*. The fact that the provision itself indicated that a 90-day sentence — that is, a jail sentence *one quarter* the length of the mandatory minimum under s. 172.1(2)(a) — would sometimes be appropriate strongly supports the assertion that the one-year mandatory minimum is grossly disproportionate. And, as this Court has made clear, an unconstitutional mandatory minimum

⁵ The provision was subsequently amended to change the mandatory minimum sentence on summary conviction to a term of imprisonment of six months (s. 172.1(2)).

aussi *R. c. Dehesh*, [2010] O.J. No. 2817 (C.S.J.), par. 9; *S. (S.)*, par. 91), en une peine d'emprisonnement avec sursis (*R. c. El-Jamel*, 2010 ONCA 575, 261 C.C.C. (3d) 293, par. 2 et 20; *Folino*, par. 33; *R. c. B. and S.*, 2014 BCPC 94, par. 42 (CanLII); *R. c. Danielson*, 2013 ABPC 26, par. 89 (CanLII)), voire en une absolution sous condition (*R. c. Pelletier*, 2013 QCCQ 10486, par. 73 (CanLII)). Bien que la Couronne ait procédé par voie sommaire dans certaines de ces affaires (*Dehesh*; *S. (S.)*; *Danielson*), ces décisions démontrent que l'infraction peut commander de telles peines. Comme la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse l'a récemment indiqué, dans certains cas raisonnablement prévisibles, il pourrait même être indiqué de surseoir au prononcé de la peine (*Hood*, par. 154).

[185] Le fait que le par. 172.1(1) prévoit une infraction mixte est aussi une considération importante. Lors de la période visée par le présent pourvoi, la peine minimale obligatoire pour une personne reconnue coupable de leurre sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire consistait en un emprisonnement de 90 jours, alors que la peine d'emprisonnement minimale obligatoire pour la personne reconnue coupable d'un acte criminel était d'un an (par. 172.1(2)).⁵ L'existence de la peine minimale obligatoire de 90 jours pour les infractions punissables par procédure sommaire montre clairement que le législateur comprenait que, dans certaines situations, des peines beaucoup moins lourdes que la peine d'emprisonnement minimale obligatoire d'un an seraient appropriées.

[186] En l'espèce, la disparité entre les deux peines minimales obligatoires tend fortement à indiquer que l'al. 172.1(2)a viole l'art. 12 de la *Charte*. Le fait que la disposition elle-même prévoyait qu'une peine d'emprisonnement de 90 jours, soit une peine d'emprisonnement équivalant au *quart* de la durée de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a, puisse parfois être appropriée étaye solidement l'affirmation selon laquelle la peine d'emprisonnement minimale obligatoire d'un an est exagérément

⁵ La disposition a ensuite été modifiée pour que la peine d'emprisonnement minimale obligatoire sur déclaration sommaire de culpabilité soit une peine d'emprisonnement de six mois (par. 172.1(2)).

cannot be saved by the fact that prosecutors can elect to proceed summarily, thereby preventing the grossly disproportionate effects of the provision (*Nur*, at paras. 85-98).

[187] For these reasons, I would conclude that s. 172.1(2)(a) violates s. 12 of the *Charter*. Given the broad scope and hybrid nature of the child luring provision, it encompasses situations that can vary dramatically in the moral blameworthiness of the offender and the potential harm inflicted on the victim. An examination of the scope and potential applications of the offence, as informed by lower court jurisprudence, clearly demonstrates that short periods of imprisonment — or even conditional sentences, conditional discharges or suspended sentences — are sometimes fit and proportionate in the circumstances. Further, during the period at issue, Parliament itself contemplated that a 90-day period of incarceration would sometimes be appropriate for this offence. Sentencing someone to one year in jail when the fit and proportionate sentence would be 90 days or less is intolerable and would be shocking to Canadians. It is a cruel and unusual punishment and violates s. 12 of the *Charter*.

C. *Is This Infringement Justified Under Section 1 of the Charter?*

[188] The Crown has not argued that the mandatory minimum sentence required by s. 172.1(2)(a) is demonstrably justified in a free and democratic society. Indeed, it is difficult to imagine how a mandatory minimum sentence which is found to be grossly disproportionate because it outrages our society's standards of decency could represent a justifiable infringement under s. 1 of the *Charter* (see *Nur*, at para. 111). I would therefore conclude that the mandatory minimum sentence in s. 172.1(2)(a) is unconstitutional.

disproportionnée. Par ailleurs, comme la Cour l'a clairement dit, une peine minimale obligatoire inconstitutionnelle ne peut être sauvegardée par le fait que les poursuivants peuvent opter pour la procédure sommaire et ainsi écarter les effets exagérément disproportionnés de la disposition (*Nur*, par. 85-98).

[187] Pour ces motifs, je conclurais que l'al. 172.1(2)a viole l'art. 12 de la *Charte*. Étant donné sa grande portée et sa nature mixte, la disposition relative au leurre englobe des situations qui peuvent être radicalement différentes en ce qui concerne la culpabilité morale du délinquant et le préjudice susceptible d'être causé à la victime. Il ressort clairement de l'examen de la portée de l'infraction et de ses possibles applications, effectué à la lumière de la jurisprudence élaborée par les tribunaux de juridictions inférieures, que des courtes périodes d'emprisonnement — voire des peines d'emprisonnement avec sursis, des absolutions sous condition ou des sursis au prononcé de la peine — peuvent constituer, dans certaines situations, des peines justes et proportionnées. À l'époque, le législateur a par ailleurs lui-même considéré qu'une incarcération de 90 jours serait parfois appropriée pour l'infraction. Condamner une personne à un an de prison, lorsque la peine juste et proportionnée serait un emprisonnement de 90 jours — ou une peine moins lourde encore —, est intolérable et serait choquant pour les Canadiens. Une telle peine est cruelle et inusitée et viole l'art. 12 de la *Charte*.

C. *La violation est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte?*

[188] La Couronne n'a pas soutenu que la justification de la peine minimale obligatoire requise par l'al. 172.1(2)a peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il est effectivement difficile de concevoir comment une peine minimale obligatoire qui a été jugée exagérément disproportionnée parce qu'elle est incompatible avec le principe de la dignité humaine cher à la société canadienne pourrait constituer une atteinte justifiable au regard de l'article premier de la *Charte* (voir *Nur*, par. 111). Je conclurais par conséquent que la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 172.1(2)a est inconstitutionnelle.

D. Remedy

[189] The Crown argues that instead of declaring s. 172.1(2)(a) to be of no force and effect, the Court should read into the indictable offence the mandatory minimum sentence associated with summary conviction. This, it is argued, would represent a less intrusive remedy and more closely accord with the will of Parliament.

[190] I disagree. In *Ferguson*, this Court re-iterated that the normal remedy for a mandatory sentencing provision that imposes cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter* is a declaration that the law is of no force and effect (para. 36).

[191] Here, there is no indication that Parliament would have passed a provision with an identical mandatory minimum sentence for both summary conviction and indictable offences had it known that the one-year mandatory minimum associated with the indictable offence under s. 172.1(2)(a) was unconstitutional. Indeed, Parliament has other options to address this type of constitutional infirmity. For example, Parliament could build judicial discretion into the provision to account for those cases where the mandatory minimum would not be constitutional. It is not the role of this Court to rewrite the provision to make it *Charter*-compliant. As in *Ferguson*, I would find that applying such a remedy in these circumstances would represent an inappropriate judicial incursion into the legislative role.

E. Conclusion

[192] For the reasons outlined above, I would not disturb the Court of Appeal's conclusion that s. 172.1(2)(a) is of no force and effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[193] As this Court has previously recognized, and as evidenced by this case, the wider the range

D. Réparation

[189] La Couronne fait valoir qu'au lieu de déclarer inopérant l'al. 172.1(2)a), la Cour devrait intégrer dans l'acte criminel la peine d'emprisonnement minimale associée à une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Elle ajoute qu'une telle interprétation serait une réparation moins intrusive qui se rapprocherait davantage de la volonté du législateur.

[190] Je ne suis pas d'accord. Dans l'arrêt *Ferguson*, la Cour a réitéré que, lorsqu'une disposition prévoit une peine obligatoire cruelle et inusitée en contravention de l'art. 12 de la *Charte*, la réparation consiste habituellement en un jugement déclaratoire portant que cette disposition est inopérante (par. 36).

[191] Dans le cas qui nous occupe, rien ne donne à penser que le législateur aurait adopté une disposition prévoyant la même peine d'emprisonnement minimale obligatoire pour les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et pour les actes criminels, s'il avait su que la peine d'emprisonnement minimale obligatoire d'un an associée aux actes criminels, prévue à l'al. 172.1(2)a), était inconstitutionnelle. Le législateur a en effet à sa disposition d'autres façons de remédier à ce type de vice constitutionnel. Il pourrait, par exemple, accorder un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux pour qu'ils puissent prévoir des peines adaptées dans les cas où la peine minimale obligatoire ne serait pas constitutionnelle. Il n'appartient pas à la Cour de réécrire la disposition pour qu'elle soit conforme à la *Charte*. Conformément à l'arrêt *Ferguson*, je suis d'avis de conclure que, si la Cour accordait une telle réparation, elle empiéterait de façon injustifiée sur le rôle du législateur.

E. Conclusion

[192] Pour les motifs qui précèdent, je ne modifierais pas la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle l'al. 172.1(2)a) est inopérant par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[193] Comme la Cour l'a reconnu précédemment et comme le démontre la présente affaire, plus

of conduct to which a mandatory minimum sentence applies, the more likely that it will be found to be grossly disproportionate in certain circumstances and therefore inconsistent with s. 12 of the *Charter* (*Lloyd*, at para. 35; *Nur*, at paras. 82-83).

[194] Such constitutional defects, however, are avoidable. The harms associated with unconstitutional mandatory minimum sentences stem from their rigidity. They rob judges of the flexibility necessary to avoid imposing grossly disproportionate sentences. Building a safety valve — residual discretion — into mandatory minimum provisions would remedy this by allowing judges to make an exception in cases where the mandatory minimum would prove unconstitutional. This approach would allow legislators to send a clear and unequivocal signal that minimum sentences are presumptively appropriate, while permitting judges to depart from those guidelines in cases where the mandatory minimum would constitute excessive and unacceptable punishment.

The following are the reasons delivered by

[195] ABELLA J. (dissenting in part) — This appeal concerns what the Crown must show to prove the offence of luring a child through telecommunication under s. 172.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and, more importantly, how an accused may defend against such a charge. I agree that the presumption of belief regarding age under s. 172.1(3) of the *Criminal Code* is a violation of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In my respectful view, however, the reasonable steps requirement in s. 172.1(4) provides a second path to conviction by importing an objective element into the *mens rea* of the offence when mistake of age is in issue. As a result, it too is unconstitutional.

[196] Although the offence is premised on the accused's belief that he or she was communicating

l'éventail de comportements auxquels s'applique une peine minimale obligatoire est grand, plus cette peine risque d'être jugée exagérément disproportionnée dans certaines situations, et, partant, contraire à l'art. 12 de la *Charte* (*Lloyd*, par. 35; *Nur*, par. 82-83).

[194] Il est cependant possible d'éviter de tels vices constitutionnels. Le préjudice associé aux peines minimales obligatoires inconstitutionnelles découle de la rigidité des dispositions, qui enlèvent aux juges la flexibilité nécessaire qui leur permettrait d'éviter d'infliger des peines exagérément disproportionnées. La construction d'une soupape — l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire résiduel — pour les dispositions prévoyant une peine minimale obligatoire remédierait au problème en permettant aux juges de faire une exception dans les cas où la peine minimale obligatoire s'avérerait inconstitutionnelle. Une telle approche permettrait au législateur d'envoyer le message clair et sans équivoque suivant : les peines minimales sont présumées être appropriées, mais les juges peuvent néanmoins s'écarter des balises qu'elles donnent dans les cas où la peine minimale obligatoire serait excessive et inacceptable.

Version française des motifs rendus par

[195] LA JUGE ABELLA (dissidente en partie) — Le présent pourvoi porte sur la preuve que doit faire la Couronne pour établir l'infraction de leurre par un moyen de télécommunication, prévue à l'art. 172.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et, surtout, comment un accusé peut se défendre contre une telle accusation. Je suis d'accord pour dire que la présomption de croyance à l'âge établie au par. 172.1(3) du *Code criminel* est une violation de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Toutefois, soit dit en tout respect, j'estime que l'obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) offre une deuxième voie pouvant conduire à une déclaration de culpabilité en introduisant un élément objectif dans la *mens rea* de l'infraction lorsque l'erreur sur l'âge est en cause. En conséquence, cette disposition est inconstitutionnelle elle aussi.

[196] Bien que l'infraction repose sur la croyance de l'accusé qu'il communiquait avec un enfant,

with a child, the accused is barred from relying on his or her innocent belief where no reasonable steps were taken to ascertain the communicant's age. In the context of the Internet, this obligation to take reasonable steps may prove impossible to meet, and evidence going to "reasonable steps" may in fact ensnare the accused in the web of liability created by the offence. The result is an infringement of the right to make full answer and defence and the presumption of innocence under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

[197] Internet child luring refers to the deliberate and methodical process in which a predator "aspire[s] to gain the trust of [the] targeted victims" online before attempting to "entice them into sexual activity, over the Internet or, still worse, in person" (*R. v. Legare*, [2009] 3 S.C.R. 551, at para. 2). Predators use the anonymity of the Internet to contact and interact with children in ways that would not be possible in the real world. Typically, the predatory adult will use private messaging to establish a degree of familiarity with the child before gradually sexualizing the relationship through the use of pornography, sexual conversation online, phone conversations, and, in some cases, the arrangement of a physical encounter.

[198] The goal of criminalizing child luring is to prevent predators from using these methods to lure children into situations where they can be exploited sexually. Under s. 172.1, it is an offence to communicate by means of telecommunication with someone the accused knows or believes to be under an age specified by s. 172.1 for the purpose of facilitating the commission of a listed secondary offence with respect to that person, namely, abduction or a specified sexual offence. The three essential elements are first, an online communication; second, the accused's knowledge or belief that the communicant was under the relevant age; and third, the accused's intention to facilitate a secondary offence (*Legare*, at para. 3; *R. v. Levigne*, [2010] 2 S.C.R. 3, at para. 23).

l'accusé est empêché de s'appuyer sur sa croyance de bonne foi lorsqu'aucune mesure raisonnable n'a été prise pour déterminer l'âge de l'interlocuteur. Dans le contexte d'Internet, cette obligation de prendre des mesures raisonnables peut se révéler impossible à satisfaire et la preuve concernant ces « mesures raisonnables » peut même avoir pour effet de prendre l'accusé au piège dans la toile de responsabilité créée par l'infraction. Il en résulte une atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière et au droit à la présomption d'innocence garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

[197] Le leurre par Internet désigne le processus délibéré et méthodique par lequel un prédateur « espère [e] gagner la confiance de [ses] proies » en ligne avant de tenter « de les amener, par [. . .] la ruse, à se livrer à des activités sexuelles sur Internet ou, pire encore, en personne » (*R. c. Legare*, [2009] 3 R.C.S. 551, par. 2). Les prédateurs ont recours à l'anonymat dans l'Internet pour entrer en rapport et interagir avec des enfants par des façons qui ne seraient pas possibles dans le monde réel. Généralement, l'adulte prédateur emploie une messagerie privée pour établir un degré de familiarité avec l'enfant avant de graduellement sexualiser la relation par l'utilisation de pornographie, de conversations sexuelles en ligne, de conversations téléphoniques et, dans certains cas, par l'organisation d'un rendez-vous en personne.

[198] La criminalisation du leurre a pour but d'empêcher les prédateurs d'employer ces méthodes pour attirer les enfants dans des situations où ces derniers sont susceptibles d'être exploités sexuellement. Suivant l'art. 172.1, commet une infraction quiconque communique par un moyen de télécommunication avec une personne dont l'accusé sait ou croit qu'elle n'a pas atteint l'un des âges précisés à l'art. 172.1 en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction sous-jacente énumérée, à savoir l'enlèvement ou l'une des infractions sexuelles mentionnées. Les trois éléments essentiels sont, premièrement, une communication en ligne, deuxièmement, le fait pour l'accusé de savoir ou de croire que l'interlocuteur n'avait pas atteint l'âge applicable et, troisièmement, l'intention de l'accusé de faciliter la perpétration d'une infraction sous-jacente (*Legare*, par. 3; *R. c. Levigne*, [2010] 2 R.C.S. 3, par. 23).

[199] In *Legare*, Fish J. noted that attempting to classify these elements into *actus reus* and *mens rea* may prove unhelpful in reaching an appropriate verdict (para. 39). For the purpose of assessing guilt, it is enough that the three elements set out above accurately convey the prohibited conduct that constitutes the child luring offence (paras. 40-41). But in this appeal, to fully understand whether the contours of the offence are consistent with the rights guaranteed in the *Charter*, it is necessary to go further.

[200] Beginning with the conduct element, the *actus reus* of child luring will be established where the accused communicates with another person using a method of telecommunication. This clearly implicates a wide range of legal conduct, since the vast majority of people use various means of telecommunication on a daily basis for a multitude of legitimate purposes. But the broadly defined conduct element is essential because a fundamental aspect of child luring is the predator's ability to form a relationship with the victim through ostensibly innocuous conversation about the child's home life and personal interests (*Legare*, at para. 29). Child luring is an "inchoate" or "incipient" offence which criminalizes conduct *preceding* the commission or attempted commission of a substantive sexual offence. Allowing law enforcement to intervene early and "close the cyberspace door before the predator gets in to prey" (para. 25) protects children by preventing the harms of sexual exploitation that manifest themselves when the accused has completed the substantive offence or taken actions sufficient to establish the inchoate offences of attempt or counselling (H. C. Stewart, "*Legare: Mens Rea Matters*" (2010), 70 C.R. (6th) 12, at p. 13).

[201] Online communications become criminal child luring when coupled with the requisite mental elements: the accused's *belief* that he or she is communicating with a child, and the accused's *intention* to facilitate a specified offence against that child. The further an offence is removed from the actual harms sought to be avoided, the more important the subjective component becomes in order

[199] Dans l'arrêt *Legare*, le juge Fish a souligné que tenter de classer ces éléments comme s'inscrivant soit dans l'*actus reus* soit dans la *mens rea* pouvait se révéler peu utile pour rendre le verdict qui convient (par. 39). Pour apprécier la culpabilité, il suffit que les trois éléments énoncés ci-dessus expriment fidèlement l'acte interdit qui constitue l'infraction de leurre (par. 40-41). Toutefois, dans le présent pourvoi, pour bien comprendre si les paramètres de l'infraction sont conformes aux droits garantis par la *Charte*, il faut pousser l'analyse plus loin.

[200] En ce qui concerne d'abord l'élément du comportement, l'*actus reus* du leurre sera établi si l'accusé communique avec une autre personne par un moyen de télécommunication. Ceci inclut manifestement un vaste ensemble d'actes légaux, puisque la grande majorité des gens ont recours à des moyens de télécommunication tous les jours pour une multitude de fins légitimes. Toutefois, la définition large de l'élément du comportement est essentielle, parce qu'un aspect fondamental du leurre est la capacité du prédateur d'établir une relation avec la victime par des conversations apparemment anodines sur la vie familiale et les intérêts personnels de l'enfant (*Legare*, par. 29). Le leurre est une infraction « inchoative » ou « préliminaire » qui criminalise un comportement qui *précède* la perpétration ou la tentative de perpétration d'une infraction substantielle d'ordre sexuel. Permettre aux autorités policières d'intervenir en amont et de « fermer la porte du cyberespace avant que le prédateur ne la franchisse pour traquer sa proie » (par. 25) protège les enfants en empêchant les préjudices de l'exploitation sexuelle qui se manifestent lorsque l'accusé a commis l'infraction substantielle ou a commis des actes qui suffisent à établir les infractions inchoatives de tentative ou de conseil (H. C. Stewart, « *Legare : Mens Rea Matters* » (2010), 70 C.R. (6th) 12, p. 13).

[201] Les communications en ligne deviennent un leurre criminel lorsqu'elles s'accompagnent des éléments moraux exigés : la *croyance* de l'accusé qu'il communique avec un enfant et l'*intention* de l'accusé de faciliter la perpétration d'une infraction mentionnée contre cet enfant. Plus une infraction est éloignée de l'infliction des préjudices réels que l'on veut prévenir, plus l'élément subjectif devient

to justify criminalization (*Legare*, at paras. 32-33, quoting A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (6th ed. 2009), at p. 456; Stewart (2010), at p. 15). As a result, to constitute child luring, it is essential that the communications online be done *for the purpose of facilitating* a subsequent offence and that the accused *believe* the communicant to be a child. These elements form the *mens rea* of the offence (Stewart (2010), at pp. 16-17). As a preparatory crime, child luring captures otherwise legal conduct — communications online — where it is subjectively intended to culminate in the commission of a completed crime (*Legare*, at paras. 25 and 32).

[202] A key part of this subjective intention is the accused's belief, which is expressly identified as the sufficient fault element. This means that the Crown can prove its case based on the accused's subjective understanding that the victim was under the relevant age, regardless of whether that belief is true (Stewart (2010), at p. 16; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at paras. 68-71). Specifying the fault element to be “belief” allows for sting operations, in which law enforcement officers pose as children to “identify and apprehend predatory adults” who “troll the Internet to attract and entice vulnerable children and adolescents” (*Levigne*, at paras. 24-25). These sting operations are crucial in the enforcement of child luring laws since, as Doherty J.A. cogently put it, “Children cannot be expected to police the Internet” (*R. v. Alicandro* (2009), 95 O.R. (3d) 173 (C.A.), at para. 38).

[203] It is clear then that the offence of child luring is almost entirely grounded in the accused's intention and belief. And although both must be established to make out the offence, belief will often be central to proving intention. This is because the exercise of inferring intention from the record of communications conducted online depends almost entirely on the context. Conversations between adults take on a different colour when one adult believes that he or she is communicating with a child. As a result, where

important pour que la criminalisation soit justifiée (*Legare*, par. 32-33, citant A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (6^e éd. 2009), p. 456; Stewart (2010), p. 15). En conséquence, pour constituer un leurre, il est essentiel que les communications en ligne soient faites *en vue de faciliter* la perpétration d'une infraction subséquente et que l'accusé *croie* que l'interlocuteur est un enfant. Ces éléments constituent la *mens rea* de l'infraction (Stewart (2010), p. 16-17). En tant que crime préparatoire, le leurre est constitué d'actes par ailleurs légaux — les communications en ligne — qui sont subjectivement censés mener à la perpétration d'un crime complet (*Legare*, par. 25 et 32).

[202] Un élément clé de cette intention subjective est la croyance de l'accusé, qui est expressément identifiée comme l'élément de faute suffisant. De ce fait, la Couronne peut établir sa preuve en fonction de la compréhension subjective de l'accusé que la victime n'avait pas atteint l'âge applicable, que la croyance soit conforme à la réalité ou non (Stewart (2010), p. 16; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 68-71). En précisant que l'élément de faute est la « croyance », on permet les opérations d'infiltration, dans lesquelles les policiers se font passer pour des enfants « en vue de démasquer et d'arrêter les prédateurs adultes » qui « rôdent dans l'Internet pour appâter des enfants et des adolescents vulnérables » (*Levigne*, par. 24-25). Ces opérations d'infiltration jouent un rôle essentiel dans l'application des lois relatives au leurre, car, comme l'a exprimé de façon convaincante le juge Doherty, [TRADUCTION] « [o]n ne peut s'attendre à ce que les enfants assurent le maintien de l'ordre dans Internet » (*R. c. Alicandro* (2009), 95 O.R. (3d) 173 (C.A.), par. 38).

[203] Il est donc clair que l'infraction de leurre est presque entièrement fondée sur l'intention et la croyance de l'accusé. Et, bien que les deux éléments doivent être prouvés pour établir l'infraction, il arrivera souvent que la croyance joue un rôle essentiel dans la preuve de l'intention. Il en est ainsi parce que l'exercice qui consiste à inférer l'intention à partir du dossier des communications faites en ligne dépend presque entièrement du contexte. Les conversations entre adultes prennent un ton différent lorsqu'un

it is shown that the accused believed the communicant was under the specified age, communications that can be read as cultivating a relationship of trust or that are sexual in nature will almost inevitably support an intention to facilitate a secondary offence. The accused's belief that the communicant is a child often constitutes the sole difference between innocent online discourse and criminal child luring. It is for that reason that belief is the only issue in dispute for the vast majority of child luring cases.

[204] Although belief is at the centre of the child luring offence, how this element can be proven by the Crown (and defended by the accused) is affected by two additional provisions, both of which are at issue in this appeal. The first is the presumption of age under s. 172.1(3), which states:

Presumption re age

(3) Evidence that the person referred to in paragraph (1)(a), (b) or (c) was represented to the accused as being under the age of eighteen years, sixteen years or fourteen years, as the case may be, is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the accused believed that the person was under that age.

[205] Section 172.1(3) creates a basic fact presumption which allows the Crown to discharge its burden to prove beyond a reasonable doubt that the accused believed that he or she was communicating with a child by simply proving that the communicant was represented as being under one of the specified ages in s. 172.1. In this case, for example, “Mia Andrews”, in her initial email response to Mr. Morrison, asserted that she was fourteen years old. By operation of s. 172.1(3), this assertion would constitute proof that Mr. Morrison believed he was communicating with a person who was only fourteen years of age.

[206] The presumption is rebuttable by “evidence to the contrary”. Generally, this requires “evidence that is capable of raising a reasonable doubt as to the

des adultes croit communiquer avec un enfant. En conséquence, lorsqu’il est établi que l’accusé croyait que l’interlocuteur n’avait pas atteint l’âge précisé, les communications qui peuvent être interprétées comme cultivant une relation de confiance ou qui revêtent un caractère sexuel témoigneront presque inévitablement d’une intention de faciliter la perpétration d’une infraction sous-jacente. La croyance de l’accusé selon laquelle l’interlocuteur est un enfant constitue souvent la seule différence entre une discussion anodine en ligne et le leurre criminel. C’est pour cette raison que la croyance est la seule question en litige dans la vaste majorité d’affaires de leurre.

[204] Bien que la croyance soit au cœur de l’infraction de leurre, deux autres dispositions, toutes deux en cause dans le présent pourvoi, ont une incidence sur la manière dont cet élément peut être prouvé par la Couronne (et faire l’objet d’une défense par l’accusé). La première est la présomption relative à l’âge, établie au par. 172.1(3), qui édicte ce qui suit :

Présomption

(3) La preuve que la personne visée aux alinéas (1)a, b) ou c) a été présentée à l’accusé comme ayant moins de dix-huit, seize ou quatorze ans, selon le cas, constitue, sauf preuve contraire, la preuve que l’accusé la croyait telle.

[205] Le paragraphe 172.1(3) crée une présomption fondée sur des faits établis qui permet à la Couronne de s’acquitter de son fardeau consistant à prouver hors de tout doute raisonnable que l’accusé croyait communiquer avec un enfant en prouvant simplement que l’interlocuteur avait été présenté comme n’ayant pas atteint l’un des âges précisés à l’art. 172.1. En l’espèce, par exemple, « Mia Andrews », dans sa première réponse par courriel à M. Morrison, a affirmé être âgée de quatorze ans. Par application du par. 172.1(3), cette affirmation constituerait une preuve que M. Morrison croyait communiquer avec une personne qui n’était âgée que de quatorze ans.

[206] La présomption est réfutable par une « preuve contraire ». Généralement, il faut une « preuve capable de susciter un doute raisonnable quant au

presumed fact” (*R. v. Gibson*, [2008] 1 S.C.R. 397, at para. 53; *R. v. Boucher*, [2005] 3 S.C.R. 499, at para. 15). However, this is further modified by the second provision at issue, s. 172.1(4), which states:

No defence

(4) It is not a defence to a charge under paragraph (1)(a), (b) or (c) that the accused believed that the person referred to in that paragraph was at least eighteen years of age, sixteen years or fourteen years of age, as the case may be, unless the accused took reasonable steps to ascertain the age of the person.

[207] In *Levigne*, Fish J. interpreted the combined effect of ss. 172.1(3) and (4). Where the accused communicates with someone who represents himself or herself as being under one of the specified ages, the accused is presumed under s. 172.1(3) to have believed that he or she was communicating with a person under that age. This presumption is rebuttable by evidence to the contrary, which, by the terms of s. 172.1(4), *must include* evidence that the accused took reasonable steps to ascertain the person’s age (*Levigne*, at para. 32). Where the presumption of belief is rebutted by evidence to the contrary, and the accused has taken reasonable steps, the trier of fact must consider whether, based on all the evidence, the accused believed the person to be under the stated age, and acquit if left with a reasonable doubt of the accused’s guilty belief (para. 32). If no reasonable steps were taken then, all other elements being proven, the accused will be convicted.

[208] I agree, for the reasons of the majority, that the presumption of age violates s. 11(d) of the *Charter* and cannot be saved under s. 1. With respect, I do not share the view that striking down the presumption under s. 172.1(3) eliminates a second path to conviction under s. 172.1(4), whereby a conviction is available if the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps to ascertain the communicant’s age. What makes such a conviction possible is the interplay between the wording of the provision and the way this Court

fait présumé » (*R. c. Gibson*, [2008] 1 R.C.S. 397, par. 53; *R. c. Boucher*, [2005] 3 R.C.S. 499, par. 15). Toutefois, cette réalité est modifiée par la deuxième disposition en cause, le par. 172.1(4), qui est ainsi libellé :

Moyen de défense

(4) Le fait pour l’accusé de croire que la personne visée aux alinéas (1)a), b) ou c) était âgée d’au moins dix-huit, seize ou quatorze ans, selon le cas, ne constitue un moyen de défense contre une accusation fondée sur le paragraphe (1) que s’il a pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de la personne.

[207] Dans l’arrêt *Levigne*, le juge Fish a interprété l’effet combiné des par. 172.1(3) et (4). Lorsque l’accusé communique avec une personne qui se présente comme n’ayant pas atteint l’un des âges précisés, l’accusé est présumé, en application du par. 172.1(3), avoir cru communiquer avec une personne n’ayant pas atteint cet âge. Cette présomption est réfutable par une preuve contraire qui, suivant le libellé du par. 172.1(4), *doit notamment établir* que l’accusé a pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de l’autre personne (*Levigne*, par. 32). Lorsque la présomption de croyance est réfutée par une preuve contraire et que l’accusé a pris des mesures raisonnables, le juge des faits doit se demander si, sur le fondement de l’ensemble de la preuve, l’accusé croyait que la personne n’avait pas atteint l’âge mentionné et prononcer l’acquittement s’il subsiste dans son esprit un doute raisonnable quant à la croyance coupable de l’accusé (par. 32). Si aucune mesure raisonnable n’a été prise et que tous les autres éléments ont été prouvés, l’accusé sera déclaré coupable.

[208] Je conviens, pour les motifs exposés par les juges majoritaires, que la présomption relative à l’âge viole l’al. 11d) de la *Charte* et qu’elle ne peut être sauvegardée en application de l’article premier. En toute déférence, je ne partage pas l’avis selon lequel l’invalidation de la présomption établie au par. 172.1(3) a pour effet d’éliminer une deuxième voie pouvant conduire à une déclaration de culpabilité par application du par. 172.1(4), voie suivant laquelle un accusé peut être déclaré coupable si la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable

has interpreted mistake of fact. I would, as a result, find that s. 172.1(4) is also unconstitutional.

[209] The requirement to take reasonable steps under s. 172.1(4), on its face, limits the accused's ability to rely on the defence of mistake of fact. As the Court recognized in the pre-*Charter* case of *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, however, mistake of fact is not a true "defence" but rather the absence of (or, more accurately, a reasonable doubt as to) *mens rea*. In order to raise a reasonable doubt as to *mens rea*, the contours of the mistake must parallel the fault element of the offence. This means that subjective *mens rea* may be negated by an honest mistake, while objective *mens rea* may only be negated by an honest and reasonable mistake (D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (7th ed. 2014), at pp. 311 and 317; K. Roach, *Criminal Law* (7th ed. 2018), at pp. 18-19 and 202-4; *Pappajohn*, at p. 152). Given the symbiotic relationship between *mens rea* and mistake of fact, the *mens rea* is necessarily affected where the availability of a mistake of fact "defence" is legislatively constrained by an objective aspect which, in this case, is the requirement to take reasonable steps to ascertain age.

[210] Criminal law jurisprudence has recognized the effect of reasonable steps provisions on the fault element of an offence. Offences which include such limits have been described as "subjective-objective", since the determination of whether an accused took "reasonable steps" to ascertain age is based on what steps a reasonable person would take in light of the circumstances known to the accused at the time (*R. v. George*, [2017] 1 S.C.R. 1021, at para. 9; *R. v. Saliba* (2013), 304 C.C.C. (3d) 133 (Ont. C.A.), at paras. 27-28; *R. v. Duran* (2013), 306 O.A.C. 301 (C.A.), at paras. 53-54; *R. v. P. (L.T.)* (1997), 113 C.C.C. (3d) 42 (B.C.C.A.), at para. 20; H.C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (loose-leaf), at

que l'accusé a omis de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de l'interlocuteur. Un tel verdict de culpabilité est possible en raison de l'interaction entre le libellé de la disposition et la manière dont la Cour a interprété l'erreur de fait. Je serais donc d'avis de conclure que le par. 172.1(4) est lui aussi inconstitutionnel.

[209] À première vue, l'obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) limite la capacité de l'accusé d'invoquer le moyen de défense d'erreur de fait. Toutefois, comme la Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, rendu avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, l'erreur de fait n'est pas une « défense » à proprement parler, mais plutôt l'absence de *mens rea* (ou, plus exactement, un doute raisonnable quant à la *mens rea*). Pour soulever un doute raisonnable quant à la *mens rea*, les paramètres de l'erreur doivent correspondre à l'élément de faute de l'infraction. Ceci signifie que la *mens rea* subjective peut être renversée par une erreur honnête, alors que la *mens rea* objective ne peut être renversée que par une erreur honnête et raisonnable (D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (7^e éd. 2014), p. 311 et 317; K. Roach, *Criminal Law* (7^e éd. 2018), p. 18-19 et 202-204, *Pappajohn*, p. 152). En raison de la relation symbiotique entre la *mens rea* et l'erreur de fait, la *mens rea* est nécessairement influencée lorsque la loi limite la possibilité d'invoquer la « défense » d'erreur de fait par un aspect objectif, à savoir, en l'espèce, l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge.

[210] La jurisprudence en droit criminel a reconnu l'effet des dispositions exigeant la prise de mesures raisonnables sur l'élément de faute d'une infraction. Les infractions qui présentent de telles limites ont été décrites comme étant « subjectives et objectives », puisque la réponse à la question de savoir si un accusé a pris des « mesures raisonnables » pour s'assurer de l'âge de l'autre personne repose sur les mesures que prendrait une personne raisonnable dans les circonstances dont avait alors connaissance l'accusé (*R. c. George*, [2017] 1 R.C.S. 1021, par. 9; *R. c. Saliba* (2013), 304 C.C.C. (3d) 133 (C.A. Ont.), par. 27-28; *R. c. Duran* (2013), 306 O.A.C. 301 (C.A.), par. 53-54; *R. c. P. (L.T.)*

p. 4-26.2). Although the analysis depends on the information subjectively known to the accused, it remains an objective inquiry because it is assessed from the perspective of a reasonable person: the accused is “held up to a standard of reasonable conduct” (*R. v. Sinclair*, 92 Alta. L.R. (5th) 64 (Q.B.), at para. 40; *R. v. Malcolm* (2000), 148 Man. R. (2d) 143 (C.A.), at para. 13; *R. v. Darrach* (1998), 38 O.R. (3d) 1 (C.A.), at pp. 24-25, aff’d on other grounds, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3d) 117 (C.A.), at paras. 19 and 30-34; *Duran*, at paras. 51-55; R. Cairns Way, “Bill C-49 and the Politics of Constitutionalized Fault” (1993), 42 *U.N.B.L.J.* 325, at pp. 329-30).

[211] We can see how the reasonable steps requirement adds objectivity to the *mens rea* by looking at how this “defence” works in practice. To raise an air of reality for the mistake defence when there is a reasonable steps requirement, whether the mistake is one of age or consent, there must be evidence which supports both the accused’s honest belief that the complainant was over the relevant age/consenting, and that the accused took all reasonable steps to ascertain age, or reasonable steps to ascertain consent. As a result, once mistake of fact is put in issue, the Crown can succeed by proving either that the accused believed the complainant to be under the relevant age/not consenting, or that the accused failed to take all reasonable steps to ascertain age, or reasonable steps to ascertain consent (*George*, at para. 8; Stewart (loose-leaf), at pp. 4-26.2 to 4-26.3; M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (5th ed. 2015), at p. 1113). The result is that the *mens rea* of the offence can be established solely on the accused’s failure to take reasonable steps.

[212] Acknowledging that s. 172.1(4) affects the *mens rea* of the offence aligns with the interpretation of analogous limits elsewhere in the *Criminal Code*, which also inject objectivity into the fault element

(1997), 113 C.C.C. (3d) 42 (C.A. C.-B.), par. 20; H.C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (feuilles mobiles), p. 4-26.2). Bien que l’analyse dépende de l’information dont disposait subjectivement l’accusé, l’analyse demeure objective puisqu’elle est réalisée du point de vue d’une personne raisonnable : l’accusé est [TRADUCTION] « tenu à la norme du comportement raisonnable » (*R. c. Sinclair*, 92 Alta L.R. (5th) 64 (B.R.), par. 40; *R. c. Malcolm* (2000), 148 Man. R. (2d) 143 (C.A.), par. 13; *R. c. Darrach* (1998), 38 O.R. (3d) 1 (C.A.), p. 24-25, confirmé pour d’autres motifs par [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3d) 117 (C.A.), par. 19 et 30-34; *Duran*, par. 51-55; R. Cairns Way, « Bill C-49 and the Politics of Constitutionalized Fault » (1993), 42 *U.N.B.L.J.* 325, p. 329-330).

[211] Nous pouvons voir comment l’obligation de prendre des mesures raisonnables ajoute une certaine objectivité à la *mens rea* en examinant comment cette « défense » s’applique en pratique. Pour établir la vraisemblance de la défense d’erreur de fait lorsqu’il y a une obligation de prendre des mesures raisonnables, que l’erreur porte sur l’âge ou le consentement, il doit exister une preuve qui appuie la croyance sincère de l’accusé que le plaignant avait atteint l’âge applicable/était consentant et que l’accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge ou des mesures raisonnables pour s’assurer du consentement. En conséquence, dès que l’erreur de fait est invoquée, la Couronne peut avoir gain de cause en prouvant soit que l’accusé croyait que le plaignant n’avait pas atteint l’âge applicable/n’était pas consentant, soit que l’accusé a omis de prendre toutes les mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge ou des mesures raisonnables pour s’assurer du consentement (*George*, par. 8; Stewart (feuilles mobiles), p. 4-26.2 à 4-26.3; M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (5^e éd. 2015), p. 1113). Il s’ensuit que la *mens rea* de l’infraction peut être établie sur le seul fondement du défaut pour l’accusé de prendre des mesures raisonnables.

[212] Reconnaître que le par. 172.1(4) a une incidence sur la *mens rea* de l’infraction s’accorde avec l’interprétation des limites analogues prévues ailleurs dans le *Code criminel*, qui incorporent elles

of the offence (with respect to mistake of age, see s. 150.1(4) and (5) of the *Criminal Code*; *George*, at para. 8; Roach, at pp. 233-34; Stewart (loose-leaf), at pp. 4-26.2 to 4-26.3; with respect to mistaken belief in consent, see s. 273.2(b) of the *Criminal Code*; *Malcolm*, at para. 13; *Darrach*, at pp. 24-25; *Cornejo*, at paras. 19 and 30-34).

[213] This Court recently recognized that a reasonable steps requirement adds objectivity to the fault element of the offence in its unanimous decision in *George*, which discussed how limits on mistake of age under s. 150.1(4) of the *Criminal Code* affect the available pathways to conviction in the context of general sexual offences. Gascon J., writing for the Court, said:

... [The accused's] only available defence — or, more accurately, her only available means of negating her criminal intent (*mens rea*) to have sex with a minor — was “mistake of age”, i.e. [the accused] believing that C.D. was at least 16. However, the *Criminal Code* limits the availability of the mistake of age defence by requiring that “all reasonable steps” be taken to ascertain the complainant’s age:

150.1 ...

Mistake of age

(4) It is not a defence to a charge under section 151 or 152, subsection 160(3) or 173(2), or section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant was 16 years of age or more at the time the offence is alleged to have been committed unless the accused took all reasonable steps to ascertain the age of the complainant.

At common law, “true crimes” — like those at issue here — would have a purely subjective fault element. However, through statutory intervention, Parliament has imported an objective element into the fault analysis to enhance protections for youth. As a result, to convict an

aussi une certaine objectivité dans l’élément de faute de l’infraction (pour ce qui est de l’erreur sur l’âge, voir les par. 150.1(4) et (5) du *Code criminel*; *George*, par. 8; Roach, p. 233-234; Stewart (feuilles mobiles), p. 4-26.2 à 4-26.3; pour ce qui est de la croyance erronée au consentement, voir l’al. 273.2b) du *Code criminel*; *Malcolm*, par. 13; *Darrach*, p. 24-25; *Cornejo*, par. 19 et 30-34).

[213] La Cour a récemment reconnu qu’une obligation en matière de prise de mesures raisonnables ajoute une certaine objectivité à l’élément de faute de l’infraction, dans la décision qu’elle a rendue à l’unanimité dans l’affaire *George*, qui portait sur la manière dont les limites apportées à l’erreur sur l’âge par le par. 150.1(4) du *Code criminel* ont une incidence sur les voies disponibles pouvant conduire à une déclaration de culpabilité dans le contexte des infractions sexuelles générales. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Gascon a affirmé ce qui suit :

... le seul moyen de défense [que l’accusée] pouvait invoquer — ou, pour être plus précis, le seul moyen dont elle disposait pour réfuter qu’elle avait eu l’intention criminelle (*mens rea*) d’avoir des rapports sexuels avec un mineur — était de faire valoir qu’elle avait commis une « erreur sur l’âge », c’est-à-dire qu’elle croyait que C.D. avait au moins 16 ans. Cependant, le *Code criminel* limite l’ouverture de la défense d’erreur sur l’âge en exigeant d’un accusé qu’il ait pris « toutes les mesures raisonnables » pour s’assurer de l’âge du plaignant :

150.1 ...

Inadmissibilité de l’erreur

(4) Le fait que l’accusé croyait que le plaignant était âgé de seize ans au moins au moment de la perpétration de l’infraction reprochée ne constitue un moyen de défense contre une accusation portée en vertu des articles 151 ou 152, des paragraphes 160(3) ou 173(2) ou des articles 271, 272 ou 273 que si l’accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge du plaignant.

En common law, les [TRADUCTION] « crimes véritables » — du genre de ceux en cause dans la présente affaire — comportent un élément de faute purement subjectif. Toutefois, par voie de dispositions législatives, le Parlement a importé dans l’analyse de la faute un élément

accused person who demonstrates an “air of reality” to the mistake of age defence, the Crown must prove, beyond a reasonable doubt, either that the accused person (1) did not honestly believe the complainant was at least 16 (the subjective element); or (2) did not take “all reasonable steps” to ascertain the complainant’s age (the objective element). [Emphasis added; citations omitted; paras. 7-8.]

[214] These words are clear and unambiguous, confirming that reasonable steps requirements import objectivity into the *mens rea* of criminal offences. *George*’s discussion of reasonable steps requirements applies with equal force to s. 172.1(4). When mistake of age is in issue, s. 172.1(4) allows for a conviction if the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps to ascertain age (the objective path to liability), *or* if it proves that the accused subjectively believed that the complainant was under the relevant age (the subjective path to liability). Because statutorily defining the parameters of a permissible mistake of fact also necessarily transforms the fault element of the offence, the Crown, by proving *either* the subjective or objective path to conviction beyond a reasonable doubt, will also have established the *mens rea* beyond a reasonable doubt.

[215] I see nothing constitutionally suspect about reasonable steps requirements generally. These requirements are intended to “enhance protections for youth” in the mistake of age context (*George*, at para. 8) and preclude reliance on stereotypes and assumptions in the consent context (see, e.g., *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 95, per L’Heureux-Dubé J., concurring). In the unique context of Internet child luring, however, the limitations on the accused’s ability to allege mistaken belief in age in s. 172.1(4) are, in my view, inconsistent with

objectif afin d’accorder une protection accrue aux jeunes personnes. Par conséquent, pour que soit déclaré coupable un accusé qui démontre que sa défense d’erreur sur l’âge possède une « apparence de vraisemblance », le ministère public doit alors prouver hors de tout doute raisonnable soit que l’accusé (1) ne croyait pas sincèrement que le plaignant était âgé d’au moins 16 ans (l’élément subjectif), soit que l’accusé (2) n’a pas pris « toutes les mesures raisonnables » pour s’assurer de l’âge du plaignant (l’élément objectif). [Italiques ajoutés; références omises; par. 7-8.]

[214] Ces mots sont clairs et sans équivoque, et ils confirment que les obligations en matière de prise de mesures raisonnables introduisent une certaine objectivité dans la *mens rea* des infractions criminelles. L’analyse dans l’arrêt *George* au sujet des obligations en matière de prise de mesures raisonnables s’applique avec autant de vigueur au par. 172.1(4). Lorsque l’erreur sur l’âge est en cause, le par. 172.1(4) permet le prononcé d’une déclaration de culpabilité si la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable que l’accusé a omis de prendre des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge (la voie objective vers la responsabilité) *ou* si elle prouve que l’accusé croyait subjectivement que l’interlocuteur n’avait pas atteint l’âge applicable (la voie subjective vers la responsabilité). Parce que la définition par voie législative des paramètres de l’erreur de fait acceptable a nécessairement pour effet, en outre, de transformer l’élément de faute de l’infraction, la Couronne, en prouvant hors de tout doute raisonnable *l’une ou l’autre* de ces voies pouvant conduire à une déclaration de culpabilité — objective ou subjective —, se trouvera également à avoir établi la *mens rea* hors de tout doute raisonnable.

[215] Les obligations en matière de prise de mesures raisonnables ne me paraissent pas suspectes sur le plan constitutionnel d’une manière générale. Ces obligations ont pour objectif « d’accorder une protection accrue aux jeunes personnes » dans le contexte de l’erreur sur l’âge (*George*, par. 8) et d’interdire le recours aux stéréotypes et aux suppositions dans le contexte du consentement (voir, p. ex., *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 95, la juge L’Heureux-Dubé, dans des motifs concordants). Cependant, dans le contexte particulier du lurre par

the guarantees under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, which provide:

Life, liberty and security of person

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Proceedings in criminal and penal matters

11. Any person charged with an offence has the right

...

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

[216] It is a principle of fundamental justice under s. 7 that the accused has the right to present full answer and defence to a criminal charge (*R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, at paras. 41 and 43). This depends on the accused's ability to establish a defence and challenge the case presented by the prosecution. The right to full answer and defence in turn upholds the right of the innocent not to be convicted, itself enshrined under s. 11(d) of the *Charter*. Where a provision has the effect of obstructing an accused's ability to present full answer and defence to the charge leveled against him or her, it will constitute a violation of both ss. 7 and 11(d).

[217] Under s. 172.1(4), the accused is barred from arguing that he or she did not believe that the online communicant was a child unless he or she took steps to ascertain the communicant's age that were objectively reasonable in the circumstances. In my view, any defence will be largely illusory for an accused who believed that he or she was communicating with an adult. What steps can an accused possibly take on the Internet to reasonably verify the communicant was not under the relevant age in order to escape objective liability?

Internet, les restrictions sur la capacité de l'accusé d'alléguer la croyance erronée à l'âge qui est visée au par. 172.1(4) sont, à mon avis, incompatibles avec les garanties prévues à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*, dont le texte suit :

Vie, liberté et sécurité

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Affaires criminelles et pénales

11. Tout inculpé a le droit :

...

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable.

[216] Il est un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7 selon lequel l'accusé a le droit de présenter une défense pleine et entière contre une accusation criminelle (*R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193, par. 41 et 43). Pour être en mesure de le faire, l'accusé doit pouvoir établir sa défense et contester la preuve présentée par la poursuite. À son tour, le droit à une défense pleine et entière maintient le droit de la personne innocente de ne pas être déclarée coupable, un droit qui est lui-même consacré à l'al. 11d) de la *Charte*. Lorsqu'une disposition a pour effet de nuire à la capacité d'un accusé de présenter une défense pleine et entière contre l'accusation portée contre lui, elle constituera une violation à la fois de l'art. 7 et de l'al. 11d).

[217] Le paragraphe 172.1(4) empêche l'accusé de plaider qu'il ne croyait pas que l'interlocuteur en ligne était un enfant, à moins qu'il ait pris des mesures pour s'assurer de l'âge de l'interlocuteur qui étaient objectivement raisonnables dans les circonstances. À mon avis, toute défense sera largement illusoire dans le cas où l'accusé croyait communiquer avec un adulte. Quelles mesures un accusé peut-il possiblement prendre sur Internet pour s'assurer raisonnablement que l'interlocuteur avait atteint l'âge applicable afin d'échapper à la responsabilité

The effect is a nearly insurmountable barrier to the accused's ability to raise and defend his or her innocent belief.

[218] The requirement to take "reasonable steps" to ascertain age under s. 172.1(4) has been interpreted, in my view appropriately, in a way that parallels the substantially similar requirement to take "all reasonable steps" to ascertain the complainant's age under s. 150.1(4) and (5) of the *Criminal Code* in order to rely on a mistaken belief in age defence in relation to a general sexual offence (*R. v. Thain* (2009), 243 C.C.C. (3d) 230 (Ont. C.A.), at paras. 36-37; *R. v. Dragos* (2012), 111 O.R. (3d) 481 (C.A.), at paras. 61-62; *R. v. Pengelley* (2010), 261 C.C.C. (3d) 93 (Ont. S.C.J.), at paras. 10-11). That analysis is based on what steps a reasonable person would take in the circumstances subjectively known to the accused at the time (*George*, at para. 9; *Saliba*, at paras. 27-28; *Duran*, at paras. 53-54; *P. (L.T.)*, at para. 20). The inquiry has been described as a "highly contextual, fact-specific exercise" (*George*, at para. 9; Stewart (loose-leaf), at p. 4-26.3).

[219] Under ss. 150.1(4) and (5), the trier of fact must consider whether, based on the available indicia of age known to the accused, a reasonable person would accept the complainant's age without further inquiry (*P. (L.T.)*, at paras. 20 and 27; *Duran*, at para. 52). The indicia of age include information which the accused may passively observe, such as the complainant's physical appearance, behaviour and conduct, and other outward representations (*R. v. Osborne* (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 194 (Nfld. C.A.), at para. 22). Where some compelling factor exists that obviates the need for further inquiry by the accused, the reasonable steps requirement will be met. But where these factors instead call out for further inquiry, the trier of fact must go on to consider whether the accused took reasonable steps to ascertain age, or whether more was required (*R. v. Mastel* (2011), 268 C.C.C. (3d) 224 (Sask. C.A.), at para. 22). As this Court held in *George*, "the more reasonable an accused's perception of the complainant's age, the fewer steps reasonably required of them" (para. 9). A similar analysis applies in the context of mistaken belief in consent

objective? Il en résulte un obstacle quasiment infranchissable à la capacité de l'accusé d'invoquer en défense sa croyance de bonne foi.

[218] L'obligation de prendre des « mesures raisonnables » pour s'assurer de l'âge, visée au par. 172.1(4), a été interprétée, à bon droit à mon avis, d'une manière qui rappelle l'obligation à peu près semblable de prendre « toutes les mesures raisonnables » pour s'assurer de l'âge du plaignant en application des par. 150.1(4) et (5) du *Code criminel* afin de pouvoir invoquer la défense de la croyance erronée à l'âge en lien avec une infraction sexuelle générale (*R. c. Thain* (2009), 243 C.C.C. (3d) 230 (C.A. Ont.), par. 36-37; *R. c. Dragos* (2012), 111 O.R. (3d) 481 (C.A.), par. 61-62; *R. c. Pengelley* (2010), 261 C.C.C. (3d) 93 (C.S.J. Ont.), par. 10-11). Cette analyse s'appuie sur les mesures qu'une personne raisonnable prendrait dans les circonstances dont l'accusé avait subjectivement connaissance à l'époque (*George*, par. 9; *Saliba*, par. 27-28; *Duran*, par. 53-54; *P. (L.T.)*, par. 20). Cette analyse a été qualifiée d'« éminemment contextuelle et tribunaire des faits » (*George*, par. 9; Stewart (feuilles mobiles), p. 4-26.3).

[219] Sous le régime des par. 150.1(4) et (5), le juge des faits doit se demander si, eu égard aux indices disponibles concernant l'âge et dont l'accusé avait connaissance, une personne raisonnable accepterait l'âge du plaignant sans s'informer davantage (*P. (L.T.)*, par. 20 et 27; *Duran*, par. 52). Les indices concernant l'âge comprennent les renseignements que l'accusé est susceptible d'avoir observés passivement, notamment l'apparence physique, le comportement et la conduite du plaignant et d'autres représentations externes (*R. c. Osborne* (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 194 (C.A.T.-N.), par. 22). S'il existe un facteur concluant qui rend inutile une enquête plus poussée par l'accusé, l'obligation de prendre des mesures raisonnables aura été remplie. Toutefois, lorsque ces facteurs appellent une enquête plus poussée, le juge des faits doit ensuite se demander si l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge, ou s'il devait faire davantage (*R. c. Mastel* (2011), 268 C.C.C. (3d) 224 (C.A. Sask.), par. 22). Comme a conclu la Cour dans l'arrêt *George*, « plus la perception qu'a l'accusé de l'âge du plaignant est raisonnable, moins le nombre de

under s. 273.2(b) (see *Malcolm*, at paras. 21 and 24; *Darrach*, at pp. 24-25; *Cornejo*, at paras. 19 and 30-34).

[220] But it is difficult, if not impossible, to apply such an inquiry in the context of Internet child luring. Unlike the objective indicia of age that are available in an in-person encounter, such as the complainant's appearance or behaviour, the accused is required to rely exclusively on information presented over the Internet, where deception is often undetectable. Online profiles, mannerisms, and appearances are frequently artificially constructed or exaggerated. How can a reasonable person be expected to ascertain a communicant's age when he or she cannot even confirm the communicant's identity?

[221] And even if it would be reasonable for an accused to accept that the information presented online belongs to the communicant, what steps can reasonably be taken to ascertain age? Identification documents or credit card information may be sent electronically, but an individual has no means by which to verify that information. This problem is compounded when dealing with youth who lack access to such reliable documents in the first place. How does one reasonably differentiate online between a 14-year-old and a 45-year-old, let alone between a 15, 16, or 17-year-old? The anonymous and unverifiable nature of online identities is, as the Crown acknowledges, the *very reason* that the offence is based on what the accused believed at the time of the communication, and not on whether that belief was correct.

[222] Moreover, additional communications made in an effort to ascertain age will necessarily put the accused at a heightened risk of being inculpated in the very offence intended to be avoided. Conversations about family, school, and activities designed to assess whether the communicant is of sufficient age

mesures raisonnablement requises de la part du premier sera élevé » (par. 9). Une analyse similaire s'applique dans le contexte de la croyance erronée au consentement pour l'application de l'al. 273.2b) (voir *Malcolm*, par. 21 et 24; *Darrach*, p. 24-25; *Cornejo*, par. 19 et 30-34).

[220] Toutefois, il est difficile, voire impossible, de faire une telle enquête dans le contexte du leurre par Internet. Contrairement aux indices objectifs concernant l'âge qui sont disponibles dans une rencontre en personne, par exemple, l'apparence ou le comportement du plaignant, l'accusé doit s'appuyer exclusivement sur les renseignements présentés dans Internet, où la tromperie est souvent impossible à détecter. Il arrive fréquemment que, en ligne, les profils, les manières et les apparences soient artificiellement construits ou exagérés. Comment peut-on s'attendre à ce qu'une personne raisonnable s'assure de l'âge de son interlocuteur lorsqu'elle ne peut même pas confirmer l'identité de ce dernier?

[221] Et même s'il était raisonnable qu'un accusé accepte que les renseignements présentés en ligne sont ceux de l'interlocuteur, quelles mesures peuvent être raisonnablement prises pour s'assurer de l'âge? Des documents d'identification ou des données de carte de crédit peuvent être envoyés par voie électronique, mais un individu ne dispose d'aucun moyen de vérifier ces renseignements. Ce problème est amplifié lorsque les interlocuteurs sont de jeunes personnes qui, au départ, n'ont pas accès à des documents aussi fiables. Comment fait-on la différence, en ligne, entre une personne âgée de 14 ans et une personne qui en a 45, et a fortiori entre des personnes âgées de 15, 16 ou 17 ans? Le caractère anonyme et invérifiable des identités en ligne est, comme le reconnaît la Couronne, la *raison précise* pour laquelle l'infraction est fondée sur ce que l'accusé croyait au moment de la communication, et non sur la question de savoir si cette croyance était bien fondée.

[222] Qui plus est, les communications supplémentaires faites dans le but de s'assurer de l'âge feront nécessairement courir à l'accusé un risque accru d'être inculpé de l'infraction même qu'il tentait d'éviter. Des conversations sur la famille, l'école et les activités, ayant pour but de vérifier si

are among the same techniques used by predators to identify and groom young people online (see *Legare*, at para. 29; *R. v. Adams* (2016), 45 Alta. L.R. (6th) 171 (Q.B.), at para. 90). Similarly, the accused's request for a photo or video is often associated with child luring (*Legare*, at paras. 10-11; trial decision, at para. 35; *Pengelly*, at para. 54; *R. v. Bayat* (2011), 108 O.R. (3d) 420 (C.A.), at para. 20; *R. v. Froese*, 2015 ONSC 1075, at para. 74 (CanLII)).

[223] The inherent similarity between evidence going to “reasonable steps” and evidence of child luring in the Internet context may make it impossible for an accused to escape objective liability, despite holding an honest belief that the communicant was over the specified age. This is so because attempts to ascertain age may be seen by the trier of fact as evidence that the accused believed that the communicant was a child. The result of the reasonable steps requirement in s. 172.1(4), therefore, is to render illusory the accused's ability to allege an honest but mistaken belief in age. This, in my view, constitutes an interference with the accused's fundamental right to make full answer and defence under s. 7 and the presumption of innocence under s. 11(d).

[224] As Fish J. made clear in *Legare*, what matters is “whether *the evidence as a whole* establishes beyond a reasonable doubt that the accused communicated by computer with an underage victim for the purpose of facilitating the commission of a specified secondary offence with respect to that victim” (para. 42 (emphasis in original)). The Crown must prove each element of the offence beyond a reasonable doubt, including belief, and the accused must have a full and fair opportunity to defend against the charge, whether by arguing that the Crown has failed to meet its burden, or by adducing positive evidence supporting his or her innocence. Any other state of affairs will violate the *Charter*.

l'interlocuteur est suffisamment âgé, figurent parmi les techniques qu'emploient les prédateurs pour identifier de jeunes personnes et exercer sur elles une manipulation psychologique en ligne (voir *Legare*, par. 29; *R. c. Adams* (2016), 45 Alta. L.R. (6th) 171 (B.R.), par. 90). De même, le fait pour l'accusé de demander une photo ou une vidéo, dans bien des cas, est associé au leurre (*Legare*, par. 10-11; jugement de première instance, par. 35; *Pengelly*, par. 54; *R. c. Bayat* (2011), 108 O.R. (3d) 420 (C.A.), par. 20; *R. c. Froese*, 2015 ONSC 1075, par. 74 (CanLII)).

[223] La similitude inhérente de la preuve relative à la prise de « mesures raisonnables » et de celle du leurre par Internet pourrait faire en sorte qu'il est impossible pour un accusé d'échapper à la responsabilité objective, même s'il croit honnêtement que son interlocuteur a atteint l'âge précisé. Il en est ainsi parce que les tentatives visant à s'assurer de l'âge d'une personne peuvent être perçues par le juge des faits comme une preuve selon laquelle l'accusé croyait que son interlocuteur était un enfant. L'obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) a donc pour conséquence de rendre illusoire la possibilité pour un accusé de faire valoir une croyance honnête, quoiqu'erronée, à l'âge. À mon avis, il s'agit là d'une atteinte au droit fondamental de présenter une défense pleine et entière que l'art. 7 garantit à l'accusé et à la présomption d'innocence que lui garantit l'al. 11(d).

[224] Comme l'a expliqué clairement le juge Fish dans l'arrêt *Legare*, ce qui importe, « c'est de déterminer si *la preuve dans son ensemble* établit hors de tout doute raisonnable que l'accusé a communiqué au moyen d'un ordinateur avec une victime qui n'a pas atteint l'âge fixé en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction d'ordre sexuel énumérée » (par. 42 (en italique dans l'original)). La Couronne doit prouver chaque élément de l'infraction hors de tout doute raisonnable, y compris la croyance, et l'accusé doit avoir la possibilité pleine et entière de se défendre contre l'accusation, que ce soit en plaidant que la Couronne ne s'est pas acquittée de son fardeau ou en présentant une preuve positive appuyant son innocence. Toute autre situation violera la *Charte*.

[225] Nor do I think that s. 172.1(4) can be saved under s. 1 of the *Charter*, largely for the reasons provided by the majority in relation to s. 172.1(3). I agree that preventing the accused from advancing mistake of age arguments in the absence of an objective basis is rationally connected to the pressing and substantial objective as defined in *Levigne*, namely “to foreclose exculpatory claims of ignorance or mistake that are entirely devoid of an objective evidentiary basis” (para. 31). But in my view the harmful effects of the provision outweigh its salutary effects. The reasonable steps requirement under s. 172.1(4) significantly harms the right to make full answer and defence and the presumption of innocence, rights fundamental to our criminal justice system, and erodes these rights in a manner that risks convicting the innocent. The seriousness of this harm outweighs any salutary impact. Section 172.1(4) is, as a result, unconstitutional.

[226] I would therefore set aside Mr. Morrison’s conviction and order an acquittal.

[227] Finally, I agree with Justice Karakatsanis that the mandatory minimum sentence in s. 172.1(2)(a) violates s. 12 of the *Charter*.

Appeal and cross-appeal allowed in part, ABELLA J. dissenting in part.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Rusonik, O’Connor, Robbins, Ross, Gorham & Angelini, Toronto; Caramanna, Friedberg, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

[225] Je ne crois pas non plus que le par. 172.1(4) puisse être sauvegardé en application de l’article premier de la *Charte*, essentiellement pour les motifs exposés par les juges majoritaires en lien avec le par. 172.1(3). Je reconnais que le fait d’empêcher l’accusé de présenter des arguments relatifs à l’erreur sur l’âge en l’absence de fondement objectif a un lien rationnel avec l’objectif urgent et réel, comme le définit l’arrêt *Levigne*, « de faire obstacle aux allégations disculpatoires d’ignorance ou d’erreur dénuées de tout fondement probatoire objectif » (par. 31). Cependant, à mon avis, les effets préjudiciables de la disposition l’emportent sur ses effets bénéfiques. L’obligation de prendre des mesures raisonnables visée au par. 172.1(4) porte sérieusement atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière et à la présomption d’innocence, des droits fondamentaux dans notre système de justice criminelle, et elle érode ces droits d’une manière qui risque de faire déclarer coupables des personnes innocentes. La gravité des préjudices l’emporte sur tout effet bénéfique. En conséquence, le par. 172.1(4) est inconstitutionnel.

[226] Je suis donc d’avis d’annuler la déclaration de culpabilité prononcée contre M. Morrison et d’ordonner l’acquittal.

[227] Enfin, je suis d’accord avec la juge Karakatsanis pour dire que la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 172.1(2)a viole l’art. 12 de la *Charte*.

Pourvoi principal et pourvoi incident accueillis en partie, la juge ABELLA est dissidente en partie.

Procureur de l’appelante/intimée au pourvoi incident : Procureure générale de l’Ontario, Toronto.

Procureurs de l’intimé/appellant au pourvoi incident : Rusonik, O’Connor, Robbins, Ross, Gorham & Angelini, Toronto; Caramanna, Friedberg, Toronto.

Procureur de l’intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l’intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Berkes Newton-Smith, Toronto; Daniel Brown Law, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Berkes Newton-Smith, Toronto; Daniel Brown Law, Toronto.

Carl Douglas Snelgrove *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SNELGROVE

2019 SCC 16

File No.: 38372.

2019: March 22.

Present: Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Criminal law — Charge to jury — Sexual assault — Vitiating of consent — Police officer acquitted by jury of sexual assault — Court of Appeal setting aside acquittal and ordering new trial — Trial judge erred in refusing to instruct jury on provision which provides that no consent is obtained where accused induces complainant to engage in sexual activity by abusing position of trust, power, or authority — New trial warranted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 273.1(2)(c).

Cases Cited

Referred to: *R. v. Hogg* (2000), 148 C.C.C. (3d) 86; *R. v. Lutoslawski*, 2010 ONCA 207, 258 C.C.C. (3d) 1.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(d), 273.1(2)(c).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Welsh, White and Hoegg J.J.A.), 2018 NLCA 59, 366 C.C.C. (3d) 164, 50 C.R. (7th) 133, [2018] N.J. No. 300 (QL), 2018 CarswellNfld 378 (WL Can.), setting aside the acquittal of the accused and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Randolph J. Piercey, Q.C., and *Michael Crystal*, for the appellant.

Carl Douglas Snelgrove *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. SNELGROVE

2019 CSC 16

N° du greffe : 38372.

2019 : 22 mars.

Présents : Les juges Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe et Martin.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Agression sexuelle — Viciation du consentement — Policier acquitté par le jury d'une infraction d'agression sexuelle — Acquiescement annulé et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Erreur commise par la juge du procès lorsqu'elle a refusé de donner au jury des directives sur une disposition qui précise que le consentement du plaignant ne se déduit pas dans les cas où l'accusé l'incite à l'activité sexuelle par abus de confiance ou de pouvoir — Nouveau procès justifié — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 273.1(2)(c).

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Hogg* (2000), 148 C.C.C. (3d) 86; *R. c. Lutoslawski*, 2010 ONCA 207, 258 C.C.C. (3d) 1.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 265(3)(d), 273.1(2)(c).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Welsh, White et Hoegg), 2018 NLCA 59, 366 C.C.C. (3d) 164, 50 C.R. (7th) 133, [2018] N.J. No. 300 (QL), 2018 CarswellNfld 378 (WL Can.), qui a annulé le verdict d'acquiescement prononcé en faveur de l'accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Randolph J. Piercey, c.r., et *Michael Crystal*, pour l'appelant.

Iain R. W. Hollett, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — This appeal comes to us as of right from the Court of Appeal of Newfoundland and Labrador. The issue before us is whether a majority of that court erred in setting aside the appellant’s acquittal on a charge of sexual assault following a trial by judge and jury and ordering a new trial. The particular issue at hand is whether the majority of the Court of Appeal wrongly concluded that the trial judge erred in refusing to instruct the jury on s. 273.1(2)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 — a provision which provides that no consent is obtained where an accused, by abusing a position of trust, power, or authority, induces a complainant to engage in sexual activity.

[2] We would dismiss the appeal, substantially for the reasons of the majority of the Court of Appeal.

[3] Section 273.1(2)(c) has as its aim “[t]he protection of the vulnerable and the weak and the preservation of the right to freely choose to consent to sexual activity” (*R. v. Hogg* (2000), 148 C.C.C. (3d) 86 (Ont. C.A.), at para. 17). Inducing consent by abusing the relationships set out in s. 273.1(2)(c) does not imply the same kind of coercion contemplated by s. 265(3)(d) of the *Criminal Code*, which speaks to consent obtained where the complainant submits or does not resist by reason of the “exercise of authority”. Rather, as Justice Doherty observed in *R. v. Lutoslawski*, 2010 ONCA 207, 258 C.C.C. (3d) 1: “An individual who is in a position of trust over another may use the personal feelings and confidence engendered by that relationship to secure an apparent consent to sexual activity” (para. 12).

[4] On the facts of this case, we are of the view that it would have been open to the jury to conclude that

Iain R. W. Hollett, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Le présent appel de plein droit vise un arrêt de la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador. Nous devons décider si les juges majoritaires de ce tribunal ont fait erreur en annulant l’acquittement prononcé en faveur de l’appelant à l’égard d’une accusation d’agression sexuelle au terme d’un procès devant juge et jury, et en ordonnant un nouveau procès. La question particulière qu’il faut trancher consiste à décider si les juges majoritaires de la Cour d’appel ont erronément conclu que la juge du procès avait commis une erreur en refusant de donner au jury des directives sur l’al. 273.1(2)c du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, disposition qui précise que le consentement du plaignant ne se déduit pas dans les cas où l’accusé l’incite à l’activité sexuelle par abus de confiance ou de pouvoir.

[2] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi, essentiellement pour les motifs exposés par la majorité de la Cour d’appel.

[3] L’alinéa 273.1(2)c a pour objet [TRADUCTION] « [l]a protection des personnes faibles et vulnérables ainsi que la préservation du droit de consentir librement à une activité sexuelle » (*R. c. Hogg* (2000), 148 C.C.C. (3d) 86 (C.A. Ont.), par. 17). Inciter quelqu’un à donner son consentement par abus de relations comme celles mentionnées à l’al. 273.1(2)c n’implique pas le même type de coercition que celle envisagée à l’al. 265(3)d du *Code criminel*, qui vise les cas de consentement obtenu lorsque le plaignant se soumet ou ne résiste pas en raison de l’« exercice de l’autorité ». En fait, comme l’a fait remarquer le juge Doherty dans *R. c. Lutoslawski*, 2010 ONCA 207, 258 C.C.C. (3d) 1 : [TRADUCTION] « Un individu qui est dans une situation où il a la confiance d’une autre personne peut se servir des sentiments personnels et de la confiance engendrés par cette relation pour obtenir un consentement apparent à l’activité sexuelle » (par. 12).

[4] Eu égard aux faits de la présente affaire, nous estimons qu’il aurait été loisible au jury de conclure

by virtue of abusing his position of trust and authority, the accused took advantage of the complainant, who was highly intoxicated and vulnerable, by using the personal feelings and confidence engendered by their relationship to secure her apparent consent to sexual activity. An instruction under s. 273.1(2)(c) was therefore warranted. Accordingly, we would dismiss the appeal.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Noonan Piercey, St. John's; Spiteri & Ursulak, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

que, en abusant de la confiance qui lui était accordée et du pouvoir dont il disposait, l'accusé a profité de la plaignante — qui était très ivre et vulnérable — en utilisant les sentiments personnels et la confiance engendrés par leur relation pour obtenir son consentement apparent à l'activité sexuelle. Des directives sur l'al. 273.1(2)c s'imposaient donc. Par conséquent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Noonan Piercey, St. John's; Spiteri & Ursulak, Ottawa.

Procureur de l'intimée : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Dean Daniel Kelsie *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions, Attorney
General of Ontario and Criminal Lawyers’
Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. KELSIE

2019 SCC 17

File No.: 38129.

2019: March 27.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL
FOR NOVA SCOTIA**

Criminal law — Charge to jury — Accused convicted of first degree murder and conspiracy to commit murder — Court of Appeal setting aside convictions and ordering new trial — Court of Appeal correct in finding that trial judge’s instructions on party liability for first degree murder were in error — Court of Appeal erred in finding that trial judge was required to charge jury on manslaughter as evidence did not meet air of reality test — Court of Appeal erred in interfering with conviction for conspiracy to commit murder as trial judge did not err in evidence he left for jury to consider as part of third prong of Carter test for admissibility of co-conspirator hearsay — Conspiracy conviction restored and second degree murder conviction entered.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Dean Daniel Kelsie *Intimé*

et

**Directrice des poursuites pénales, procureure
générale de l’Ontario et Criminal Lawyers’
Association** *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : R. c. KELSIE

2019 CSC 17

N° du greffe : 38129.

2019 : 27 mars.

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

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE
LA NOUVELLE-ÉCOSSE**

Droit criminel — Exposé au jury — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré et de complot en vue de commettre un meurtre — Déclarations de culpabilité annulées et nouveau procès ordonné par la Cour d’appel — Cour d’appel justifiée de conclure au caractère erroné des directives du juge du procès concernant la responsabilité des participants à l’infraction de meurtre au premier degré — Cour d’appel non justifiée de conclure que le juge du procès était tenu de donner des directives au jury au sujet de l’homicide involontaire étant donné que la preuve ne satisfaisait pas au critère de la vraisemblance — Déclaration de culpabilité pour complot en vue de commettre un meurtre modifiée à tort par la Cour d’appel vu l’absence d’erreur du juge du procès quant aux éléments de preuve qu’il a laissés à l’appréciation du jury dans le cadre du troisième volet de l’analyse établie dans l’arrêt Carter relativement à l’admissibilité du oui-dire de co-conspirateurs — Rétablissement de la déclaration de culpabilité pour complot et inscription d’une déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré.

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(i), (3).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Farrar, Bourgeois and Van den Eynden JJ.A.), 2017 NSCA 89, 358 C.C.C. (3d) 75, [2017] N.S.J. No. 467 (QL), 2017 CarswellINS 884 (WL Can.), setting aside the convictions of the accused for conspiracy to commit murder and first degree murder and ordering a new trial. Appeal allowed in part.

Jennifer A. MacLellan, Q.C., and *Mark Scott, Q.C.*, for the appellant.

R. Philip Campbell and *Matthew S. Estabrooks*, for the respondent.

Amber Pashuk and *François Lacasse*, for the intervenor the Director of Public Prosecutions.

John Neander and *Michael Bernstein*, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

Ian R. Smith, for the intervenor the Criminal Lawyers' Association.

The judgment of the Court was delivered orally by¹

[1] KARAKATSANIS J. — We agree with the conclusion of the Court of Appeal that the trial judge's instructions on party liability for first degree murder were in error. As a result, the conviction for first degree murder cannot stand.

[2] We do not, however, agree with the Court of Appeal that the trial judge was required to charge the jury on manslaughter. While not determinative, we agree with defence counsel's position at trial that there was no basis to leave it with the jury as an available verdict. In our view, the evidence was, at

¹ The judgment pronounced at the hearing was amended.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(i), (3).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Farrar, Bourgeois et Van den Eynden), 2017 NSCA 89, 358 C.C.C. (3d) 75, [2017] N.S.J. No. 467 (QL), 2017 CarswellINS 884 (WL Can.), qui a annulé les déclarations de culpabilité pour complot en vue de commettre un meurtre et meurtre au premier degré prononcées contre l'accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli en partie.

Jennifer A. MacLellan, c.r., et *Mark Scott, c.r.*, pour l'appelante.

R. Philip Campbell et *Matthew S. Estabrooks*, pour l'intimé.

Amber Pashuk et *François Lacasse*, pour l'intervenante la directrice des poursuites pénales.

John Neander et *Michael Bernstein*, pour l'intervenante la procureure générale de l'Ontario.

Ian R. Smith, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par¹

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Nous faisons nôtre la conclusion de la Cour d'appel portant que les directives du juge du procès sur la responsabilité des participants au meurtre au premier degré étaient erronées. Par conséquent, la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré ne peut être maintenue.

[2] Nous ne sommes toutefois pas d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge de première instance était tenu de formuler au jury des directives sur l'homicide involontaire coupable. Bien que ce ne soit pas déterminant, nous souscrivons à la thèse avancée au procès par l'avocat de la défense suivant

¹ Le jugement prononcé à l'audience a été modifié.

best, tenuous and speculative, and did not meet the air of reality test.

[3] With respect to the conspiracy charge, we do not agree with the Court of Appeal. In the particular circumstances of this case, we are not persuaded that the trial judge erred in the evidence he left for the jury to consider as part of the third prong of the *Carter* test for the admissibility of co-conspirator hearsay (*R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938). We note, in this regard, that the defence of the accused to the charge of conspiracy is that he did not know the nature and scope of the alleged conspiracy. Accordingly, we would not have interfered with the conviction for conspiracy to commit murder.

[4] Given our conclusions, the parties agree that it would be appropriate to substitute a verdict of second degree murder in place of the verdict for first degree murder. We are satisfied that such a verdict is appropriate in the circumstances.

[5] As a result, pursuant to s. 686(1)(b)(i) and s. 686(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, we would have dismissed the appeal and substituted a conviction for second degree murder.

[6] Therefore, the appeal is allowed in part. The conspiracy conviction is restored and a second degree murder conviction is entered.

[7] Counsel are encouraged to agree on the appropriate sentence regarding eligibility for parole. The matter is remitted to the trial court for sentencing.

Judgment accordingly.

laquelle rien ne justifiait de laisser au jury la possibilité de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable. À notre avis, la preuve était, au mieux, ténue et conjecturale, et elle ne satisfaisait pas au critère de la vraisemblance.

[3] Pour ce qui est de l'accusation de complot, nous ne partageons pas l'avis de la Cour d'appel. Eu égard aux circonstances particulières de la présente affaire, nous ne sommes pas convaincus que le juge du procès a fait erreur quant aux éléments de preuve qu'il a laissés à l'appréciation du jury dans le cadre du troisième volet de l'analyse établie dans l'arrêt *Carter* relativement à l'admissibilité du ouï-dire de co-conspirateurs (*R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938). Nous soulignons, à ce propos, que le moyen de défense invoqué par l'accusé à l'encontre de l'accusation de complot était qu'il ignorait la nature et l'ampleur du complot reproché. Nous ne serions donc pas intervenus pour modifier la déclaration de culpabilité de complot en vue de commettre un meurtre.

[4] Vu nos conclusions, les parties reconnaissent qu'il convient de substituer un verdict de meurtre au deuxième degré à celui de meurtre au premier degré. Nous sommes convaincus qu'un tel verdict est approprié dans les circonstances.

[5] Par conséquent, en vertu du sous-al. 686(1)(b)(i) et du par. 686(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, nous aurions rejeté l'appel et prononcé une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré.

[6] En conséquence, le pourvoi est accueilli en partie. La déclaration de culpabilité pour complot est rétablie et une déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré est consignée.

[7] Les avocats sont invités à s'entendre sur la peine appropriée en ce qui concerne l'admissibilité à la libération conditionnelle. L'affaire est renvoyée au tribunal de première instance pour qu'il détermine la peine.

Jugement en conséquence.

Solicitor for the appellant: Nova Scotia Public Prosecution Service, Halifax.

Procureur de l'appelante : Nova Scotia Public Prosecution Service, Halifax.

Solicitors for the respondent: Lockyer Campbell Posner, Toronto; Gowling WLG, Ottawa.

Procureurs de l'intimé : Lockyer Campbell Posner, Toronto; Gowling WLG, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions: Public Prosecution Service of Canada, Brampton.

Procureur de l'intervenante la directrice des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Brampton.

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

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Fenton, Smith, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Fenton, Smith, Toronto.

Corey Lee James Myers *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario and Canadian
Civil Liberties Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MYERS

2019 SCC 18

File No.: 37869.

2018: October 18; 2019: March 28.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT
OF BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Interim release — Detention review —
Accused denied interim release pending trial — Detention
status confirmed by judge conducting review under s. 525
of Criminal Code — Proper approach to detention review
hearing under s. 525 of Criminal Code — Criminal Code,
R.S.C. 1985, c. C-46, s. 525.*

On January 4, 2016, M was arrested and charged with several firearm offences. He sought bail for the first time in respect of these charges on November 9, 2016, but his application was dismissed, as the judge was not satisfied that any terms of release would adequately address the risk that M would, if released, commit other offences or interfere with the administration of justice. Later that month, M sought a review of his detention order under s. 520 of the *Criminal Code*, which was denied on the basis that the judge saw no significant change that would justify releasing M. In March 2017, Crown counsel asked the defence whether M wished to pursue a 90-day bail review under s. 525 of the *Criminal Code*. Given the existence of competing lines of authority, the British Columbia Supreme Court heard submissions from both parties on the correct approach to the review under s. 525. It concluded

Corey Lee James Myers *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureure générale de l'Ontario et
Association canadienne des libertés civiles**
Intervenantes

RÉPERTORIÉ : R. c. MYERS

2019 CSC 18

N° du greffe : 37869.

2018 : 18 octobre; 2019 : 28 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE
LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Examen
de la détention — Refus d'accorder à l'accusé une mise
en liberté provisoire en attendant son procès — Détention
confirmée par le juge chargé d'en examiner le bien-fondé
en application de l'art. 525 du Code criminel — Façon
adéquate de procéder à l'examen d'une détention en vertu
de l'art. 525 du Code criminel — Code criminel, L.R.C.
1985, c. C-46, art. 525.*

Le 4 janvier 2016, M a été arrêté et accusé de plusieurs infractions liées aux armes à feu. Il a demandé pour la première fois d'être libéré sous caution relativement à ces accusations le 9 novembre 2016, mais sa demande a été rejetée, car le juge n'était pas convaincu que des conditions de mise en liberté tiendraient suffisamment compte des risques que M récidive ou entrave l'administration de la justice. Plus tard ce mois-là, M a demandé la révision de l'ordonnance de détention dont il était l'objet en vertu de l'art. 520 du *Code criminel*, ce qui lui a été refusé parce que le juge n'avait constaté l'existence d'aucun changement important qui aurait justifié sa libération. En mars 2017, le procureur du ministère public a demandé à la défense si M souhaitait demander le contrôle de sa détention après 90 jours en vertu de l'art. 525 du *Code criminel*. Compte tenu de la jurisprudence contradictoire, la Cour suprême

that the correct test at a s. 525 hearing involves a two-step process: the accused must first convince the reviewing judge either that there has been an unreasonable delay in the proceedings on the Crown's part or that the passage of time has had a material impact on the initial basis for detaining the accused, and, if either of these thresholds is met, the judge must then determine whether the detention of the accused remains justified within the meaning of s. 515(10) of the *Criminal Code*. Because of the formulation of the test, M made no submissions and his detention order was confirmed.

M pled guilty on January 29, 2018 to reduced charges and was sentenced to 30 months' imprisonment. Since M is no longer in pre-trial custody, his appeal to the Court is moot; however, as guidance is needed to establish the correct approach to a detention review hearing under s. 525 of the *Criminal Code*, the Court exercised its discretion to hear the appeal on the merits.

Held: The appeal should be allowed.

In this case, the Court must apply the principles of statutory interpretation to determine the correct approach to a detention review under s. 525, and to explain the place of such a review within the larger context of pre-trial custody in Canada. In Canadian law, the pre-trial release of accused persons is the cardinal rule and detention, the exception. Yet practices vary widely in terms of when s. 525 detention review hearings happen, whether they are mandatory, what factors are considered and which test is applied.

The purpose of the s. 525 hearing is to prevent accused persons from languishing in pre-trial custody and to ensure a prompt trial. Parliament sought to achieve this purpose by subjecting lengthy pre-trial detentions to judicial oversight at set points in time, by affording an opportunity to have a judge consider whether the continued detention of an accused person is justified, and by conferring on the judge a discretion to expedite the trial of an individual in pre-trial detention. The right not to be denied reasonable bail without just cause, which is enshrined in s. 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, operates as a key organizing principle of Part XVI of the *Criminal Code*. Release is favoured at the earliest reasonable opportunity

de la Colombie-Britannique a entendu les observations des deux parties sur la façon adéquate d'aborder le contrôle prévu à l'art. 525. Elle a conclu que le critère qu'il convenait d'appliquer lors de l'audience prévue à l'art. 525 comportait une démarche en deux étapes : l'accusé doit d'abord convaincre le juge siégeant en contrôle soit qu'il y a eu un délai anormal dans les procédures par la faute du ministère public, soit que l'écoulement du temps a eu des conséquences importantes sur les raisons ayant motivé à l'origine la détention du prévenu. Si l'un ou l'autre de ces critères préliminaires est satisfait, le juge doit ensuite décider si la détention du prévenu est toujours justifiée au sens du par. 515(10) du *Code criminel*. En raison de la formulation du critère, M n'a pas présenté d'observations et son ordonnance de détention a été confirmée.

Le 29 janvier 2018, M a plaidé coupable à des accusations réduites et il a été condamné à une peine d'emprisonnement de 30 mois. Comme il n'est plus détenu avant son procès, le pourvoi qu'il a interjeté devant la Cour est théorique; cependant, puisque des balises s'imposent pour établir la façon adéquate de procéder à l'examen d'une détention en vertu de l'art. 525 du *Code criminel*, la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire et décidé d'entendre le pourvoi sur le fond.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

En l'espèce, la Cour doit appliquer les principes d'interprétation des lois pour se prononcer sur la façon adéquate d'aborder l'examen de la détention prévu à l'art. 525 et pour expliquer la place qu'il occupe dans le contexte plus large de la détention avant le procès au Canada. En droit canadien, la règle cardinale est la mise en liberté de l'accusé avant son procès et la détention, l'exception. Pourtant, l'usage varie considérablement en ce qui concerne le moment où se tient l'audience de contrôle des motifs de la détention prévue à l'art. 525, la question de savoir si cette audience est obligatoire ou non, quels facteurs doivent être pris en compte et quel critère il faut appliquer.

L'objet des audiences prévues à l'art. 525 est d'éviter que les prévenus ne croupissent en détention avant leur procès et de veiller à ce qu'ils soient jugés rapidement. Le Parlement a cherché à atteindre cet objectif en soumettant les longues détentions avant le procès à un contrôle judiciaire à certains intervalles réguliers, en donnant au juge la possibilité de vérifier si le maintien en détention d'un prévenu est justifié et en conférant au juge le pouvoir discrétionnaire d'accélérer le déroulement du procès des individus incarcérés avant leur procès. Le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable est consacré à l'al. 11(e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*

and on the least onerous grounds. The experience of pre-trial detention can have serious detrimental impacts on an accused person's ability to raise a defence. It also comes at a significant cost in terms of their loss of liberty, the impact on their mental and physical well-being and on their families, and the loss of their livelihoods. Parliament intended s. 525 to operate as a safeguard. This section imposes an independent responsibility on the reviewing judge to consider whether the continued detention of the accused is justified, and establishes a discretionary mechanism designed to prevent unreasonable delay and to expedite the trials of individuals in remand.

The correct approach to the s. 525 detention review is as follows. First, the jailer has an obligation to apply for the detention review hearing immediately upon the expiration of 90 days following the day on which the accused was initially taken before a justice under s. 503 of the *Criminal Code*. Where there is an intervening detention order under s. 520, 521 or 524 of the *Criminal Code* following the initial appearance of the accused and before the end of the 90-day period, the 90-day period begins again. Accused persons who have not had a full bail hearing are also entitled to a review under s. 525, since the fundamental purpose of s. 525 is to afford an opportunity to have a judge scrutinize the detention itself, and these individuals should not be denied that safeguard. Upon receiving the application from the jailer, the judge must fix a date and give notice for the hearing. The s. 525 hearing is an automatic procedure, and the mandatory obligations to make the application and to fix a date lie with the jailer and the judge respectively. Form letters that place the burden on the accused to pursue a s. 525 hearing are inconsistent with the law. The hearing must be held at the earliest opportunity. At the hearing, the reviewing judge may refer to the transcript, exhibits and reasons from any initial judicial interim release hearing and from any subsequent review hearings, and should show respect for any findings of fact made by the first-level decision maker if there is no cause to interfere with them. Both parties are also entitled to make submissions on the basis of any additional credible or trustworthy information which is relevant or material to the judge's analysis, and pre-existing material is subject to the criteria of due diligence and relevance.

et constitue un principe fondamental de la partie XVI du *Code criminel*. On favorise la mise en liberté à la première occasion raisonnable et aux conditions les moins sévères possible. L'expérience de la détention avant le procès peut avoir de graves répercussions négatives sur la capacité de l'accusé d'invoquer un moyen de défense. Elle a également de lourdes conséquences sur sa liberté, son bien-être psychologique et physique, sa famille et ses moyens de subsistance. Le Parlement voulait que l'art. 525 serve de disposition de garantie. Cet article impose au juge saisi de la demande de révision la responsabilité indépendante de se demander si le maintien en détention du prévenu est justifié. Il prévoit par ailleurs un mécanisme discrétionnaire visant à empêcher tout délai anormal et à accélérer le procès des individus qui se trouvent en détention provisoire.

Voici la façon adéquate de procéder à l'examen d'une détention en vertu de l'art. 525. Premièrement, le geôlier est tenu de présenter une demande d'audience d'examen de la détention dès l'expiration des 90 jours suivant la date à laquelle le prévenu a été conduit au départ devant un juge de paix en application de l'art. 503 du *Code criminel*. Lorsqu'une ordonnance de détention a, dans l'intervalle, été rendue en vertu des art. 520, 521 ou 524 du *Code criminel* à la suite de la comparution initiale de l'accusé et avant l'expiration du délai de 90 jours, le compte à rebours jusqu'à l'expiration du délai de 90 jours reprend. Le prévenu qui n'a pas bénéficié d'une audience complète sur sa mise en liberté sous caution a lui aussi droit à un contrôle selon l'art. 525, car la raison d'être de cet article est de donner au juge l'occasion d'examiner la détention elle-même et les individus en question ne devraient pas se voir privés de cette protection. Sur réception de la demande du geôlier, le juge doit fixer la date de l'audience et en donner avis. L'audience prévue à l'art. 525 a lieu de plein droit et les obligations impératives de présenter une demande et de fixer une date incombent au geôlier et au juge respectivement. Les lettres types qui font reposer sur le prévenu le fardeau de demander la tenue de l'audience prévue à l'art. 525 ne sont pas conformes à la loi. L'audience doit se tenir le plus tôt possible. À l'audience, le juge chargé du contrôle peut se reporter à la transcription, aux pièces et aux motifs de l'audience initiale de mise en liberté provisoire par voie judiciaire, ainsi qu'à toute audience de révision subséquente. En outre, il devrait faire preuve de déférence envers les conclusions de fait tirées par le juge de première instance quand il n'y a aucune raison de les modifier. Les deux parties ont aussi le droit de présenter des observations en se fondant sur tout renseignement plausible ou digne de foi qui est pertinent ou important pour l'analyse du juge, et les éléments qui existaient déjà sont assujettis aux critères de diligence raisonnable et de pertinence.

At the hearing, unreasonable delay is not a threshold that must be met before the detention of the accused is reviewed. Parliament did not intend to restrict the court's ability to review the detention of an accused at a s. 525 hearing to situations in which there has already been an unreasonable delay. The overarching question is only whether the continued detention of the accused in custody is justified within the meaning of s. 515(10), which sets out three possible grounds on which the detention of an accused in custody may be justified: where it is necessary in order to ensure the attendance of the accused in court; where it is necessary for the protection or safety of the public; and where it is necessary in order to maintain public confidence in the administration of justice. In determining whether the detention of the accused is still justified, the reviewing judge may consider any new evidence or change in the circumstances of the accused, the impact of the passage of time and any unreasonable delay on the proportionality of the detention, and the rationale offered for the original detention order, if one was made. If there was no initial bail hearing, the s. 525 judge is responsible for conducting one, taking into account the time the accused has already spent in pre-trial custody. Ultimately, s. 525 requires a reviewing judge to provide accused persons with reasons why their continued detention is — or is not — justified. Finally, the judge should make use of his or her discretion under ss. 525(9) and 526 to give directions for expediting the trial and related proceedings where it is appropriate to do so. Directions should be given with a view to mitigating the risk of unconstitutional delay and expediting the trials of accused persons who are subject to lengthy pre-trial detention.

Cases Cited

By Wagner C.J.

Referred to: *R. v. Antic*, 2017 SCC 27, [2017] 1 S.C.R. 509; *R. v. Oland*, 2017 SCC 17, [2017] 1 S.C.R. 250; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. Gill*, 2005 CanLII 22214; *R. v. Kissoon*, 2006 CanLII 40493; *R. v. Jerace*, 2012 BCSC 2007; *R. v. Whiteside*, 2016 BCSC 131; *R. v. Elmi*, 2016 BCSC 376; *R. v. Russell*, 2016 NLTD(G) 208, 34 C.R. (7th) 262; *R. v. Cheeseman*, 2017 NLTD(G) 114; *R. v. Thorsteinson*, 2006 MBQB 184, 206 Man. R. (2d) 188; *R. v. Sawrenko*, 2008 YKSC 27; *R. v. Sarkozi*, 2010 BCSC 1410; *R. v. McCormack*, 2014 ONSC 7123; *R. v. Vandewater*, 2014 BCSC 2502; *R. v. Haleta*,

À l'audience, le délai anormal n'est pas une condition préalable à satisfaire avant de pouvoir examiner la détention du prévenu. Le Parlement n'avait pas l'intention de limiter la capacité du tribunal d'examiner la détention du prévenu dans le cadre d'une audience tenue en vertu de l'art. 525 aux situations dans lesquelles un délai anormal était déjà survenu. La question primordiale consiste uniquement à savoir si le maintien en détention de l'accusé sous garde est justifié au sens du par. 515(10), lequel prévoit que la détention du prévenu sous garde n'est justifiée que dans l'un des trois cas suivants : sa détention est nécessaire pour assurer sa présence au tribunal; sa détention est nécessaire pour la protection ou la sécurité du public; sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice. Pour décider si la détention de l'accusé est toujours justifiée, le juge chargé du contrôle peut examiner toute preuve nouvelle ou tout changement de la situation du prévenu, l'incidence de l'écoulement du temps et de tout délai anormal sur la proportionnalité de la détention et la raison d'être donnée à l'appui de l'ordonnance de détention initiale rendue, le cas échéant. S'il n'y a pas eu d'enquête initiale sur la mise en liberté sous caution, le juge saisi d'une demande de révision présentée en vertu de l'art. 525 a l'obligation d'en tenir une, en prenant en considération le temps que le prévenu a déjà passé en détention avant le procès. Au bout du compte, l'art. 525 exige du juge siégeant en contrôle qu'il fournisse au prévenu les motifs pour lesquels son maintien en détention est justifié ou non. Enfin, le juge devrait utiliser le pouvoir discrétionnaire que lui confèrent le par. 525(9) et l'art. 526 pour donner des directives afin de hâter le procès et les procédures connexes lorsqu'il y a lieu de le faire. Il faudrait donner des directives en vue d'atténuer le risque de délai inconstitutionnel et de hâter le déroulement des procès des accusés détenus longtemps avant leur procès.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner

Arrêts mentionnés : *R. c. Antic*, 2017 CSC 27, [2017] 1 R.C.S. 509; *R. c. Oland*, 2017 CSC 17, [2017] 1 R.C.S. 250; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. Gill*, 2005 CanLII 22214; *R. c. Kissoon*, 2006 CanLII 40493; *R. c. Jerace*, 2012 BCSC 2007; *R. c. Whiteside*, 2016 BCSC 131; *R. c. Elmi*, 2016 BCSC 376; *R. c. Russell*, 2016 NLTD(G) 208, 34 C.R. (7th) 262; *R. c. Cheeseman*, 2017 NLTD(G) 114; *R. c. Thorsteinson*, 2006 MBQB 184, 206 Man. R. (2d) 188; *R. c. Sawrenko*, 2008 YKSC 27; *R. c. Sarkozi*, 2010 BCSC 1410; *R. c. McCormack*, 2014 ONSC 7123; *R. c. Vandewater*, 2014 BCSC

2015 BCSC 850; *R. v. Goudreau*, 2015 BCSC 1227; *R. v. Piazza*, 2015 QCCS 707; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Bray* (1983), 40 O.R. (2d) 766; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *Fraser Regional Correctional Centre v. Canada (Attorney General)*, 1993 CanLII 354; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Anoussis*, 2008 QCCQ 8100, 242 C.C.C. (3d) 113; *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309; *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857; *R. v. Acera*, 2017 ABQB 470; *R. v. Saulnier*, 2012 NSSC 45, 314 N.S.R. (2d) 203; *R. v. Bugar*, 2003 BCCA 426, 186 B.C.A.C. 15; *R. v. White*, 2010 ONSC 3164; *R. v. Whyte*, 2014 ONCA 268, 119 O.R. (3d) 305.

Statutes and Regulations Cited

Bail Reform Act, S.C. 1970-71-72, c. 37.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b), (e).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part XVI, ss. 94(1), 117.01(1), 503, 515, 517, 518, 519, 520, 521, 524, 525, 526, 679, 680.
Criminal Law Improvement Act, 1996, S.C. 1997, c. 18, s. 61(1).
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 11.

Authors Cited

Canada. Canadian Committee on Corrections. *Report of the Canadian Committee on Corrections — Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen's Printer, 1969 [Ouimet Report].
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 28th Parl., February 5, 1971, pp. 3115, 3116, 3117.
 Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Adult and youth correctional statistics in Canada, 2016/2017*, by Jamil Malakieh. Ottawa: Statistics Canada, June 2018.
 Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Trends in the use of remand in Canada, 2004/2005 to 2014/2015*, by Correctional Services Program. Ottawa: Statistics Canada, January 2017.
 Canada. Statistics Canada. *Table: 35-10-0024-01 — Adult releases from correctional services by sex and aggregate time served* (online: <https://www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/en/tv.action?pid=3510002401>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC18_1_eng.pdf).

2502; *R. c. Haleta*, 2015 BCSC 850; *R. c. Goudreau*, 2015 BCSC 1227; *R. c. Piazza*, 2015 QCCS 707; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Bray* (1983), 40 O.R. (2d) 766; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *Fraser Regional Correctional Centre c. Canada (Attorney General)*, 1993 CanLII 354; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Anoussis*, 2008 QCCQ 8100, 242 C.C.C. (3d) 113; *R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857; *R. c. Acera*, 2017 ABQB 470; *R. c. Saulnier*, 2012 NSSC 45, 314 N.S.R. (2d) 203; *R. c. Bugar*, 2003 BCCA 426, 186 B.C.A.C. 15; *R. c. White*, 2010 ONSC 3164; *R. c. Whyte*, 2014 ONCA 268, 119 O.R. (3d) 305.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(b), (e).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, partie XVI, art. 94(1), 117.01(1), 503, 515, 517, 518, 519, 520, 521, 524, 525, 526, 679, 680.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 11.
Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale, L.C. 1997, c. 18, art. 61(1).
Loi sur la réforme du cautionnement, S.C. 1970-71-72, c. 37.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3^e sess., 28^e lég., 5 février 1971, p. 3115, 3116, 3117.
 Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et correction : un lien à forger*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969 [Rapport Ouimet].
 Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Statistiques sur les services correctionnels pour les adultes et les jeunes au Canada, 2016-2017*, par Jamil Malakieh, Ottawa, Statistique Canada, juin 2018.
 Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Tendances de l'utilisation de la détention provisoire au Canada, 2004-2005 à 2014-2015*, par le Programme des services correctionnels, Ottawa, Statistique Canada, janvier 2017.
 Canada. Statistique Canada. *Tableau 35-10-0024-01 — Libérations d'établissements des adultes en détention aux programmes des services correctionnels, selon le*

Canadian Civil Liberties Association and Education Trust. *Set Up to Fail: Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, by Abby Deshman and Nicole Myers, 2014 (online: https://ccla.org/dev/v5/_doc/CCLA_set_up_to_fail.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC18_2_eng.pdf).

Friedland, Martin L. *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*. Toronto: University of Toronto Press, 1965.

Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 2010 (loose-leaf updated 2018, release 2).

APPEAL from a decision of the British Columbia Supreme Court (Riley J.), 2017 BCSC 1717, [2017] B.C.J. No. 2012 (QL), 2017 CarswellBC 2798 (WL Can.), confirming the accused's detention status. Appeal allowed.

Justin Vladimir Myers, Lawrence D. Myers, Q.C., and Zack Myers, for the appellant.

John R. W. Caldwell and Nicholas Reithmeier, for the respondent.

Joan Barrett and Jessica Smith Joy, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Christine Mainville, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Overview

[1] The right to liberty and the presumption of innocence are fundamental tenets of our criminal justice system. In the pre-trial context, release — at the earliest opportunity and in the least onerous manner — is the default presumption in Canadian criminal law. Pre-trial detention is the exception, not the rule.

sexe et la durée de la peine purgée (en ligne : https://www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/fr/tv.action?pid=3510002401&request_locale=fr; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC18_1_fra.pdf).

Canadian Civil Liberties Association and Education Trust. *Set Up to Fail : Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, by Abby Deshman and Nicole Myers, 2014 (en ligne : https://ccla.org/dev/v5/_doc/CCLA_set_up_to_fail.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC18_2_eng.pdf).

Friedland, Martin L. *Detention before Trial : A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*, Toronto, University of Toronto Press, 1965.

Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 3rd ed., Toronto, Carswell, 2010 (loose-leaf updated 2018, release 2).

POURVOI contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge Riley), 2017 BCSC 1717, [2017] B.C.J. No. 2012 (QL), 2017 CarswellBC 2798 (WL Can.), qui a confirmé la détention de l'accusé. Pourvoi accueilli.

Justin Vladimir Myers, Lawrence D. Myers, c.r., et Zack Myers, pour l'appelant.

John R. W. Caldwell et Nicholas Reithmeier, pour l'intimée.

Joan Barrett et Jessica Smith Joy, pour l'intervenante la procureure générale de l'Ontario.

Christine Mainville, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Vue d'ensemble

[1] Le droit à la liberté et la présomption d'innocence sont des préceptes fondamentaux de notre système de justice criminelle. Lors des procédures préalables au procès, la mise en liberté — à la première occasion et aux conditions les moins sévères possible — est la présomption qui s'applique par défaut en droit criminel canadien. La détention avant le procès est l'exception et non la règle.

[2] And yet there are a significant number of individuals in remand custody at any given time in Canada. In some cases, accused persons are detained in provincial jails for the entire length of the pre-trial process, which can amount to hundreds of days in custody. This appeal concerns those individuals, and their right to what has become known as the “90-day detention review” under s. 525 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”).

[3] This Court has addressed issues related to bail and detention on several occasions in recent years. In *R. v. Antic*, 2017 SCC 27, [2017] 1 S.C.R. 509, it clarified the ladder principle in the law of bail and the framework for authorizing release under s. 515 *Cr. C.* In *R. v. Oland*, 2017 SCC 17, [2017] 1 S.C.R. 250, the Court addressed the issues of release pending appeal under s. 679 *Cr. C.* and the review under s. 680 *Cr. C.* In *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328, it considered the test for detention under s. 515(10)(c) and bail review under ss. 520 and 521 *Cr. C.*

[4] In the case at bar, the Court is asked to determine the correct approach to a detention review under s. 525 *Cr. C.*, and to explain the place of such a review within the larger context of pre-trial custody in Canada. For the reasons that follow, I find that Parliament intended s. 525 to operate as a safeguard. This section imposes an independent responsibility on the reviewing judge to consider whether the continued detention of the accused is justified, and establishes a discretionary mechanism designed to prevent unreasonable delay and to expedite the trials of individuals in remand. Given that Mr. Myers’ appeal is moot, I would simply allow the appeal and make no further order.

[2] Et pourtant, chaque jour, il y a au Canada un grand nombre d’individus en détention provisoire. Dans certains cas, les prévenus sont détenus dans des prisons provinciales pour toute la durée des étapes préalables au procès, ce qui représente des centaines de jours passés en détention provisoire. Le pourvoi concerne ces individus et leur droit à ce qu’on en est venu à appeler le « contrôle des motifs de la détention après 90 jours » dont il est question à l’art. 525 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *C. cr.* »).

[3] Notre Cour s’est penchée à plusieurs reprises au cours des dernières années sur la détention et la mise en liberté sous caution. Dans l’arrêt *R. c. Antic*, 2017 CSC 27, [2017] 1 R.C.S. 509, la Cour a clarifié le « principe de l’échelle », qui fait partie des règles régissant la mise en liberté sous caution, et elle a précisé les paramètres en fonction desquels la mise en liberté peut être autorisée en vertu de l’art. 515 *C. cr.* Dans *R. c. Oland*, 2017 CSC 17, [2017] 1 R.C.S. 250, la Cour a abordé la mise en liberté en attendant la décision sur l’appel en application de l’art. 679 *C. cr.* et la révision prévue à l’art. 680 *C. cr.* Dans l’arrêt *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, la Cour a examiné le motif justifiant la détention énoncé à l’al. 515(10)c) et la révision, prévue aux art. 520 et 521 *C. cr.*, des ordonnances sur la mise en liberté sous caution.

[4] Dans le cas qui nous occupe, la Cour est appelée à se prononcer sur la bonne façon d’aborder l’examen de la détention prévu à l’art. 525 *C. cr.*, et à expliquer la place qu’il occupe dans le contexte plus large de la détention avant le procès au Canada. Pour les motifs qui suivent, j’estime que le Parlement voulait que l’art. 525 *C. cr.* serve de disposition de garantie. Cet article impose au juge saisi de la demande de révision la responsabilité indépendante de se demander si le maintien en détention du prévenu est justifié. Il prévoit par ailleurs un mécanisme discrétionnaire visant à empêcher tout délai anormal et à accélérer le procès des individus qui se trouvent en détention provisoire. Comme le pourvoi de M. Myers est théorique, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de ne rendre aucune autre ordonnance.

II. Background

A. *Arrest and Prior Charges*

[5] On January 4, 2016, Mr. Myers was arrested following a high-speed car chase involving gunfire in Surrey and Delta, British Columbia. He was charged with a number of offences, including intentionally discharging a restricted or prohibited firearm; occupying a motor vehicle knowing that there was a firearm in the vehicle; using a firearm in committing an indictable offence; possessing a restricted or prohibited firearm; and possessing a weapon and/or ammunition contrary to a lifetime firearms ban.

[6] Mr. Myers was already on bail for unrelated break and enter charges when he was arrested. He had various prior convictions, was on probation, and was under multiple court-ordered prohibitions against possessing firearms and ammunition. He was also the subject of a Canada-wide warrant for charges that had been laid in Alberta in 2015.

[7] At the time of his arrest, Mr. Myers consented to detention without a bail hearing. About four months later, he pled guilty to the outstanding break and enter charges and was sentenced to 14 months incarceration. His release date in relation to those offences would have been in October 2016, taking time served into account. As of October 2016, Mr. Myers was no longer detained on any matter other than the new charges related to his arrest on January 4.

B. *Ruling on the Judicial Interim Release Application (Sudeyko Prov. Ct. J.)*

[8] Mr. Myers sought bail for the first time in respect of those charges on November 9, 2016. He

II. Contexte

A. *L'arrestation et les accusations antérieures*

[5] Le 4 janvier 2016, M. Myers a été arrêté à la suite d'une poursuite à haute vitesse en voiture au cours de laquelle des coups de feu ont été échangés dans les rues de Surrey et de Delta (Colombie-Britannique). Il a été accusé de plusieurs infractions, notamment d'avoir délibérément déchargé une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, d'avoir occupé un véhicule automobile tout en sachant qu'une arme à feu se trouvait à bord, d'avoir utilisé une arme à feu pour commettre un acte criminel, d'avoir eu en sa possession une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte et d'avoir eu en sa possession une arme et/ou des munitions en violation d'une interdiction perpétuelle d'avoir des armes à feu en sa possession.

[6] Lorsqu'il a été arrêté, M. Myers était déjà en liberté sous caution par suite d'accusations d'introduction par effraction non liées à celles qui nous intéressent en l'espèce. Il faisait l'objet de plusieurs condamnations antérieures, était en probation et était sous le coup de nombreuses interdictions judiciaires de possession d'armes à feu et de munitions. Il faisait également l'objet d'un mandat d'arrestation pan-canadien pour des accusations portées contre lui en Alberta en 2015.

[7] Au moment de son arrestation, M. Myers avait accepté d'être détenu sans enquête sur sa remise en liberté sous caution. Environ quatre mois plus tard, il a reconnu sa culpabilité aux accusations d'introduction par effraction et a été condamné à 14 mois d'emprisonnement. La date de mise en liberté de M. Myers pour les infractions susmentionnées aurait été en octobre 2016, compte tenu du temps qu'il avait déjà purgé. En octobre 2016, M. Myers n'était plus détenu pour d'autres faits, hormis les nouvelles accusations liées à son arrestation du 4 janvier.

B. *Décision sur la demande de mise en liberté provisoire par voie judiciaire (le juge Sudeyko, de la Cour provinciale)*

[8] Le 9 novembre 2016, M. Myers a demandé pour la première fois d'être libéré sous caution

was in a reverse onus position at the bail hearing: s. 515(6) *Cr. C.* The judge considered the relative strength of the Crown's case, Mr. Myers' criminal record and, to a lesser extent, his other outstanding charges. The judge noted that Mr. Myers had a history of failing to follow court orders, and of then committing other offences. Defence counsel had submitted that Mr. Myers, who was only 26, had an opiate addiction and that it was the root cause of his criminal history. The defence proposed that Mr. Myers therefore be released into a residential drug treatment facility, and suggested cash bail, a daily reporting requirement, an ankle bracelet and electronic monitoring as additional conditions. However, the judge was not satisfied that any terms of release would adequately address the risk that Mr. Myers would, if released, commit other offences or interfere with the administration of justice. He therefore dismissed the application and ordered that Mr. Myers be detained on the basis of the ground set out in s. 515(10)(b).

C. *Ruling on the Section 520 Detention Review (Sudeyko Prov. Ct. J.)*

[9] At the preliminary inquiry on November 24, 2016, it was revealed that the Crown's key witness was no longer willing to testify and that the Crown would need to seek admission of his police statement at trial instead. Counsel for Mr. Myers immediately sought a review of Mr. Myers' detention under s. 520 on the basis of this new weakness in the Crown's case. That review application was denied on the basis that the judge saw no significant change that would justify releasing Mr. Myers at that time.

relativement aux accusations précitées. C'était lui qui devait démontrer que sa détention sous garde n'était pas justifiée lors de l'enquête sur sa remise en liberté sous caution : par. 515(6) *C. cr.* Le juge a examiné la solidité relative de la preuve du ministère public, les antécédents criminels de M. Myers et, dans une moindre mesure, les autres accusations en instance contre lui. Il a fait observer que M. Myers avait l'habitude de ne pas se conformer aux ordonnances judiciaires et de récidiver. L'avocat de la défense a fait valoir que M. Myers, qui n'avait que 26 ans, était aux prises avec une dépendance aux opiacés, ce qui était la cause profonde de ses antécédents criminels. En conséquence, la défense a proposé que M. Myers soit mis en liberté et qu'il soit envoyé dans un centre de désintoxication en thérapie fermée, en plus de suggérer, à titre de conditions supplémentaires, le versement d'une caution en argent, l'obligation de se présenter chaque jour à des agents et de porter un bracelet émetteur et un mécanisme de surveillance électronique. Toutefois, le juge n'était pas convaincu que des conditions de mise en liberté tiendraient suffisamment compte des risques que M. Myers récidive ou entrave l'administration de la justice. En conséquence, il a rejeté la demande et ordonné la détention de M. Myers pour le motif énoncé à l'al. 515(10)b).

C. *Décision sur la demande de révision présentée en vertu de l'art. 520 (le juge Sudeyko, de la Cour provinciale)*

[9] Lors de l'enquête préliminaire du 24 novembre 2016, il a été révélé que le témoin clé du ministère public n'était plus disposé à témoigner et qu'il faudrait donc que le ministère public sollicite plutôt l'admission en preuve au procès de la déclaration faite par ce témoin aux policiers. L'avocat de M. Myers a demandé sur-le-champ la révision de la détention de ce dernier en vertu de l'art. 520 en invoquant cette nouvelle faille dans la preuve du ministère public. Cette demande de révision a été rejetée car le juge n'avait constaté l'existence d'aucun changement important qui aurait justifié la libération de M. Myers à ce moment-là.

D. *Decision of the Supreme Court of British Columbia (Riley J.), 2017 BCSC 1717*

[10] In a letter dated March 14, 2017, Crown counsel asked the defence whether Mr. Myers wished to pursue a bail review under s. 525. In the resulting hearing on July 21 of that year, given the existence of competing lines of authority, Riley J. of the British Columbia Supreme Court heard submissions from both parties on the correct approach to take under s. 525. His reasons for judgment were released on September 27, 2017.

[11] Riley J. concluded that the correct test at a s. 525 hearing involves a two-step process. He found that the accused must first convince the reviewing judge either that there has been an unreasonable delay in the proceedings on the Crown's part *or* that the passage of time has had a material impact on the initial basis for detaining the accused. If either of these thresholds is met, the judge must then determine whether the detention of the accused remains justified within the meaning of s. 515(10).

[12] The review proceeded on October 5, 2017. Because of the formulation of the test, Mr. Myers made no submissions and his detention order was confirmed.

E. *Mootness*

[13] Mr. Myers filed his application for leave to appeal while he was still in pre-trial custody. However, he pled guilty on January 29, 2018 to one count of occupying a motor vehicle knowing there was a firearm in it under s. 94(1) *Cr. C.*, and one count of possessing ammunition contrary to a prohibition under s. 117.01(1) *Cr. C.* The Crown entered a stay of proceedings on all the remaining counts on the indictment, and Mr. Myers was sentenced to 30 months' imprisonment. As he is no longer in pre-trial custody, the appeal is moot.

D. *Décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge Riley), 2017 BCSC 1717*

[10] Dans une lettre datée du 14 mars 2017, le procureur du ministère public a demandé à la défense si M. Myers souhaitait demander le contrôle de sa détention en vertu de l'art. 525. Compte tenu de la jurisprudence contradictoire à ce sujet, le juge Riley, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a entendu, au cours de l'audience tenue le 21 juillet 2017 qui en a découlé, les observations des deux parties sur la bonne façon d'aborder l'art. 525. Ses motifs de jugement ont été rendus publics le 27 septembre 2017.

[11] Le juge Riley a conclu que le critère qu'il convenait d'appliquer lors de l'audience prévue à l'art. 525 comportait une démarche en deux étapes. Il a conclu que l'accusé doit d'abord convaincre le juge siégeant en contrôle *soit* qu'il y a eu un délai anormal dans les procédures par la faute du ministère public, *soit* que l'écoulement du temps a eu des conséquences importantes sur les raisons ayant motivé à l'origine la détention du prévenu. Si l'un ou l'autre de ces critères préliminaires est satisfait, le juge doit ensuite décider si la détention du prévenu est toujours justifiée au sens du par. 515(10).

[12] Le contrôle de la détention a eu lieu le 5 octobre 2017. En raison de la formulation du critère, M. Myers n'a pas présenté d'observations et son ordonnance de détention a été confirmée.

E. *Caractère théorique*

[13] M. Myers a présenté une demande d'autorisation d'appel alors qu'il était toujours en détention avant son procès. Toutefois, le 29 janvier 2018, il a plaidé coupable à l'accusation d'avoir occupé un véhicule automobile tout en sachant qu'une arme à feu s'y trouvait, infraction prévue au par. 94(1) *C. cr.* et il a reconnu sa culpabilité à un chef de possession de munitions, infraction prévue au par. 117.01(1) *C. cr.* Le ministère public a demandé l'arrêt des procédures sur tous les autres chefs de l'acte d'accusation et M. Myers a été condamné à une peine d'emprisonnement de 30 mois. Comme il n'est plus détenu avant son procès, le pourvoi est théorique.

[14] This Court recognized in *Oland* that bail-related matters are inherently “evasive of appellate review” owing to their temporary nature: para. 17. Despite the fact that pre-trial detention is governed by federal law, there has been a widespread, and systemic, divergence in the approaches taken to 90-day detention reviews by courts across Canada. All the parties have made submissions to the effect that guidance from this Court is needed in order to determine which of these competing approaches should apply and to establish clarity in the law. The Court has therefore exercised its discretion to hear the appeal on the merits: see *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at pp. 358-63.

III. Issue

[15] This appeal raises a single question: What is the correct approach to a detention review hearing under s. 525 of the *Cr. C.*?

IV. Analysis

A. *Two Competing Approaches to Section 525*

[16] The parties suggest that the choice before this Court is between two competing approaches to s. 525 hearings. According to the first approach, unreasonable delay in getting the case to trial is a threshold condition. In the absence of an unreasonable delay, the judge at a s. 525 hearing cannot ask whether the detention remains necessary on the basis of the grounds set out in s. 515(10): see, e.g., *R. v. Gill*, 2005 CanLII 22214 (Ont. S.C.J.); *R. v. Kisson*, 2006 CanLII 40493 (Ont. S.C.J.); *R. v. Jerace*, 2012 BCSC 2007; *R. v. Whiteside*, 2016 BCSC 131; *R. v. Elmi*, 2016 BCSC 376; *R. v. Russell*, 2016 NLTD(G) 208, 34 C.R. (7th) 262; *R. v. Cheeseman*, 2017 NLTD(G) 114.

[17] Under the alternative approach, unreasonable delay is not a threshold condition. Instead, the judge at a s. 525 hearing simply considers whether the continued detention of the accused is necessary on the basis of s. 515(10), and unreasonable delay is one possible factor in that analysis: see, e.g.,

[14] Comme notre Cour l’a reconnu dans l’arrêt *Oland*, du fait de sa nature temporaire, la mise en liberté sous caution « ne peut être révisée en appel » : par. 17. Même si la détention avant le procès est régie par le droit fédéral, il existe une divergence de vues généralisée et systémique en ce qui concerne l’approche adoptée par les tribunaux canadiens en matière de contrôle de la détention après 90 jours. Toutes les parties ont fait valoir qu’il était nécessaire que notre Cour jette des balises pour résoudre ces approches divergentes et clarifier le droit. La Cour a donc exercé son pouvoir discrétionnaire et décidé d’entendre le pourvoi sur le fond : voir *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 358-363.

III. Question en litige

[15] Le pourvoi soulève une seule question : Quelle est la façon adéquate de procéder à l’examen d’une détention en vertu de l’art. 525 du *C. cr.*?

IV. Analyse

A. *Les deux façons divergentes d’aborder l’art. 525*

[16] Selon les parties, la Cour doit choisir entre deux façons divergentes d’aborder l’audience prévue à l’art. 525. Selon la première approche, l’existence d’un délai anormal avant que l’affaire n’aboutisse au procès constitue une condition préalable. Sans délai anormal, le juge qui préside l’audience prévue à l’art. 525 ne peut se demander si la détention elle-même demeure nécessaire pour les motifs énoncés au par. 515(10) : voir, p. ex., *R. c. Gill*, 2005 CanLII 22214 (C.S.J. Ont.); *R. c. Kisson*, 2006 CanLII 40493 (C.S.J. Ont.); *R. c. Jerace*, 2012 BCSC 2007; *R. c. Whiteside*, 2016 BCSC 131; *R. c. Elmi*, 2016 BCSC 376; *R. c. Russell*, 2016 NLTD(G) 208, 34 C.R. (7th) 262; *R. c. Cheeseman*, 2017 NLTD(G) 114.

[17] L’autre approche ne considère pas l’existence d’un délai anormal comme une condition préalable. Le juge qui préside l’audience prévue à l’art. 525 se demande simplement si le maintien en détention du prévenu est nécessaire suivant le par. 515(10), en considérant le délai anormal comme un facteur potentiel

R. v. Thorsteinson, 2006 MBQB 184, 206 Man. R. (2d) 188; *R. v. Sawrenko*, 2008 YKSC 27; *R. v. Sarkozy*, 2010 BCSC 1410; *R. v. McCormack*, 2014 ONSC 7123; *R. v. Vandewater*, 2014 BCSC 2502; *R. v. Haleta*, 2015 BCSC 850; *R. v. Goudreau*, 2015 BCSC 1227; *R. v. Piazza*, 2015 QCCS 707.

[18] Whether or not unreasonable delay operates as a threshold condition is clearly of fundamental importance to this appeal. However, this case requires the Court to do more than simply choose one approach or the other. Like *Antic*, it concerns a provision of federal law that has been applied inconsistently across the country: paras. 6 and 65-66. Practices vary widely from place to place in terms of when s. 525 hearings happen, whether they are mandatory, what factors are considered and which test is applied. It is up to this Court to apply the principles of statutory interpretation in order to resolve this issue.

[19] The modern approach to statutory interpretation requires the Court to read the words of s. 525, “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, both quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. When Parliament adopted s. 525, its purpose was clear and unambiguous. A straightforward reading of the provision, viewed properly in its legislative context, is the one which best supports that purpose.

[20] For reference purposes, s. 525 is reproduced in its entirety in the attached Appendix together with ss. 515(10) and 526. While I will generally be referring to the “90-day” review, these reasons apply with equal force, and with any necessary modifications, to the “30-day review”, that is, they apply regardless of whether the accused is being prosecuted in

dans cette analyse : voir, p. ex., *R. c. Thorsteinson*, 2006 MBQB 184, 206 Man. R. (2d) 188; *R. c. Sawrenko*, 2008 YKSC 27; *R. c. Sarkozy*, 2010 BCSC 1410; *R. c. McCormack*, 2014 ONSC 7123; *R. c. Vandewater*, 2014 BCSC 2502; *R. c. Haleta*, 2015 BCSC 850; *R. c. Goudreau*, 2015 BCSC 1227; *R. c. Piazza*, 2015 QCCS 707.

[18] La question de savoir si le délai anormal constitue ou non une condition préalable revêt de toute évidence une importance fondamentale dans le présent pourvoi. Toutefois, la présente affaire exige que la Cour ne se contente pas de choisir entre l’une de ces deux approches. Tout comme dans l’affaire *Antic*, il s’agit d’un cas où les règles de droit fédérales ne sont pas appliquées de façon uniforme partout au Canada : par. 6, 65 et 66. L’usage local varie considérablement en ce qui concerne le moment où se tient l’audience prévue à l’art. 525, la question de savoir si cette audience est obligatoire ou non, quels facteurs doivent être pris en compte et quel critère il faut appliquer. Il revient à notre Cour de trancher la question en appliquant les principes d’interprétation des lois.

[19] La méthode moderne d’interprétation des lois oblige la Cour à lire les termes de l’art. 525 « “dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur” » : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, citant tous deux E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87. Lorsque le législateur a adopté l’art. 525, son objectif était clair et sans équivoque. Une lecture simple de cette disposition, située dans son contexte législatif, est celle qui favorise le mieux l’atteinte de cet objectif.

[20] Le texte complet de l’art. 525 ainsi que le par. 515(10) et l’art. 526 sont reproduits à l’annexe ci-jointe aux fins de référence. Les présents motifs parlent généralement du contrôle des motifs de la détention « après 90 jours », mais ils concernent tout autant (avec les adaptations nécessaires) le contrôle de ces motifs « après 30 jours », donc autant le

proceedings by way of indictment or by way of summary conviction: s. 525(1).

B. *Parliament's Intent and the Bail Reform Act*

[21] Section 525 *Cr. C.* was first introduced in the 1972 *Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37. In a speech at second reading in the House of Commons, then Justice Minister John N. Turner summarized the purposes of the Act as follows:

The objectives of this bill are fourfold: First, to avoid unnecessary pre-trial arrest and detention; second, to ensure that in cases where arrest with or without warrant has taken place, the person accused, whatever his means, is not unnecessarily held in custody until his trial; third, to ensure an early trial for those who have been detained in custody pending trial; fourth, to provide statutory guidelines for decision making in this part of the criminal law process relating to arrest and bail and thereby preclude the possibility of “discretionary injustice”.

(*House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 28th Parl., February 5, 1971, at p. 3116)

[22] This Court has recognized that Parliament's overarching vision of the *Bail Reform Act* was the creation of “a liberal and enlightened system of pre-trial release” in which accused individuals would normally be granted bail: *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, at p. 725, quoting *R. v. Bray* (1983), 40 O.R. (2d) 766 (C.A.), at p. 769; *Antic*, at para. 29. The purpose of that Act, which was influenced by both the academic work of Professor Martin L. Friedland and the findings of the Ouimet Report, as delivered by the Canadian Committee on Corrections examining the law on bail, was to reform a system that many experts saw as punitive, arbitrary, and inconsistent with the presumption of innocence: M. L. Friedland, *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts* (1965); *Report of the Canadian Committee on Corrections — Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (1969). There was also particular concern regarding the relationship between prolonged

prévenu poursuivi par mise en accusation que celui poursuivi par procédure sommaire : par. 525(1).

B. *L'intention du Parlement et la Loi sur la réforme du cautionnement*

[21] L'article 525 *C. cr.* a été introduit dans le cadre de la *Loi sur la réforme du cautionnement* de 1972, S.C. 1970-71-72, c. 37. Dans un discours prononcé à l'étape de la deuxième lecture devant la Chambre des communes, le ministre de la Justice de l'époque, John N. Turner, résume ainsi les objectifs de la Loi :

Ce bill comporte un quadruple objectif. Premièrement, éviter les arrestations et détentions préventives non nécessaires. Deuxièmement, faire en sorte que dans les cas où quelqu'un est arrêté avec ou sans mandat, le prévenu, quelle que soit sa situation financière, ne soit pas détenu sans nécessité jusqu'à son procès. Troisièmement, faire en sorte que ceux qui sont détenus en attendant leur procès soient jugés le plus tôt possible. Quatrièmement, établir des principes légaux servant à guider les jugements dans ce domaine de la procédure criminelle relatif aux arrestations et aux cautionnements, et prévenir ainsi les « injustices discrétionnaires ».

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3^e sess., 28^e lég., 5 février 1971, p. 3116)

[22] Notre Cour a reconnu que la vision globale qu'avait le Parlement en adoptant la *Loi sur la réforme du cautionnement* était de créer « “un système libéral et éclairé de mise en liberté avant le procès” » dans le cadre duquel la mise en liberté sous caution est normalement accordée : *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, p. 725, citant *R. c. Bray* (1983), 40 O.R. (2d) 766 (C.A.), p. 769; *Antic*, par. 29. La Loi, qui était influencée tant par les travaux universitaires du professeur Martin L. Friedland que par les conclusions du rapport Ouimet qui ont été présentées par le Comité canadien sur les services correctionnels ayant examiné la loi relative à la mise en liberté sous caution, visait à réformer un système que de nombreux experts percevaient comme répressif, arbitraire et incompatible avec la présomption d'innocence : M. L. Friedland, *Detention before Trial : A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts* (1965); *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle— Justice pénale et*

pre-trial detentions and induced guilty pleas. In Minister Turner's words:

... there is an indication that those who are held under pre-trial detention will have, on the basis of statistics, a lesser opportunity for an acquittal and, certainly, they will have less of an opportunity to present a reasonable defence and assemble the evidence necessary for that defence. I think that we cannot ignore, either, Mr. Speaker, the high incidence of guilty pleas by persons who are detained and kept in custody under pre-trial detention. [p. 3115]

[23] The third purpose of the *Bail Reform Act* as articulated by Minister Turner — to ensure an early trial for those who have been detained in custody — is of specific relevance to this appeal. It is a long-standing principle of our criminal justice system that individuals in pre-trial custody should be given a certain priority in scheduling trials. This general guiding premise has not been displaced by *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631. Sections 525(9) and 526, which confer on the reviewing judge a discretion to give directions for expediting the trial of and any proceedings in relation to an accused, continue to operate as a reflection of that principle. In discussing these provisions, Minister Turner stated specifically:

[T]here are important new proposals in the bill which provide that where an accused does not achieve bail after an arrest, there are methods for expediting his trial The provisions of the bill also ensure that where an accused is being held in custody pending his trial, or pending an appeal of his conviction, the situation must be reviewed by the courts within set periods of time, and directions may be given by the courts for getting the case on to trial. ... [p. 3117]

[24] Regardless of which test is applied, courts across Canada share an overarching consensus that the purpose of the s. 525 hearing is to prevent accused persons from languishing in pre-trial custody and to ensure a prompt trial: see, e.g., *Fraser Regional Correctional Centre v. Canada (Attorney General)*,

correction : un lien à forger (1969). On s'inquiétait en particulier des liens entre une détention avant le procès prolongée et l'incitation à plaider coupable. Pour reprendre les propos du ministre Turner :

... les statistiques semblent indiquer que ceux qui sont détenus avant leur procès ont moins de chances d'être acquittés et certainement moins de chance de présenter une juste défense et de rassembler les preuves nécessaires. Nous ne pouvons pas oublier non plus, monsieur l'Orateur, la forte incidence de personnes qui plaident coupables parmi celles qui sont détenues en attendant leur procès. [p. 3115]

[23] Le troisième objectif de la *Loi sur la réforme du cautionnement* énoncé par M. Turner — faire en sorte que ceux qui sont détenus en attendant leur procès soient jugés le plus tôt possible — nous intéresse particulièrement en l'espèce. Selon un principe de longue date de notre système de justice criminelle, les personnes détenues avant leur procès devraient bénéficier d'un certain traitement prioritaire afin d'être jugées rapidement. Ce grand principe demeure valable même après l'arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631. D'ailleurs, le par. 525(9) et l'art. 526, qui confèrent au juge saisi d'une demande de révision le pouvoir discrétionnaire de hâter le déroulement du procès et des procédures concernant le prévenu, continuent de s'appliquer et d'exprimer ce principe. En parlant de ces dispositions, le ministre Turner a déclaré expressément ce qui suit :

Le bill contient en outre des propositions nouvelles et importantes qui prévoient des méthodes permettant d'accélérer le procès d'un accusé auquel la liberté sous caution a été refusée [. . .] Les dispositions du bill prévoient également, lorsqu'un accusé est détenu en attendant son procès ou pendant l'appel de sa condamnation, qu'il est nécessaire que la situation soit examinée par les tribunaux dans les délais prévus, et il est possible à ceux-ci de faire procéder au jugement. . . [p. 3117]

[24] Peu importe le critère appliqué, les tribunaux de partout au Canada s'entendent pour dire que l'objet des audiences prévues à l'art. 525 est d'éviter que les prévenus ne croupissent en détention avant leur procès et de veiller à ce qu'ils soient jugés rapidement : voir, p. ex., *Fraser Regional Correctional*

1993 CanLII 354 (B.C.S.C.), at pp. 2-3; *Gill*, at para. 3; *Sawrenko*, at para. 26 (CanLII); *Sarkozi*, at paras. 8-11 (CanLII); *Haleta*, at paras. 8-10. It is, moreover, clear that Parliament sought to achieve this purpose by subjecting lengthy pre-trial detentions to judicial oversight at set points in time, by affording an opportunity to have a judge consider whether the continued detention of an accused person is justified, and by conferring on the judge a discretion to expedite the trial of an individual in pre-trial detention.

C. *Current Context of Pre-trial Detention in Canada*

[25] Today, the right not to be denied reasonable bail without just cause, which is enshrined in s. 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, operates as a key organizing principle of Part XVI of the *Cr. C.: R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at p. 691. This right has also been affirmed repeatedly by this Court, most recently in *St-Cloud*, in which the Court held that “in Canadian law, the release of accused persons is the cardinal rule and detention, the exception” (para. 70 (emphasis added)), and in *Antic*, in which it stated that “release is favoured at the earliest reasonable opportunity and . . . on the least onerous grounds”: para. 29, quoting *R. v. Anoussis*, 2008 QCCQ 8100, 242 C.C.C. (3d) 113, at para. 23.

[26] Nonetheless, on any given day in Canada, nearly half of the individuals in provincial jails are accused persons in pre-trial custody: Statistics Canada, *Adult and youth correctional statistics in Canada, 2016/2017* (June 2018), at p. 7; Statistics Canada, *Trends in the use of remand in Canada, 2004/2005 to 2014/2015* (January 2017). In 2016-2017, approximately 7 percent of those in remand were still in custody after three months, and some spent upwards of 12 or even 24 months awaiting trial in detention: Statistics Canada, *Table 35-10-0024-01 — Adult releases from correctional services by sex and aggregate time served* (online). It must be said that the conditions faced by such individuals are often dire. Overcrowding and lockdowns are frequent features of this environment, as is limited access to

Centre c. Canada (Attorney General), 1993 CanLII 354 (C.S. C.-B.), p. 2-3; *Gill*, par. 3; *Sawrenko*, par. 26 (CanLII); *Sarkozi*, par. 8-11 (CanLII); *Haleta*, par. 8-10. Il est par ailleurs clair que le Parlement a cherché à atteindre cet objectif en soumettant les longues détentions avant le procès à un contrôle judiciaire à certains intervalles réguliers, en donnant au juge la possibilité de vérifier si le maintien en détention d’un prévenu est justifié et en conférant au juge le pouvoir discrétionnaire d’accélérer le déroulement du procès des individus incarcérés avant leur procès.

C. *Contexte actuel de la détention avant le procès au Canada*

[25] De nos jours, le droit de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable est consacré à l’al. 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et constitue un principe fondamental de la partie XVI du *C. cr. : R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, p. 691. Ce principe a été confirmé par notre Cour à maintes reprises, tout récemment dans l’arrêt *St-Cloud*, où elle écrit qu’« en droit canadien, la règle cardinale est la mise en liberté de l’accusé et la détention, l’exception » (par. 70 (je souligne)), et dans l’arrêt *Antic*, dans lequel notre Cour a mentionné qu’« on favorise la mise en liberté à la première occasion raisonnable et [. . .] aux conditions les moins sévères possible » : par. 29, citant *R. c. Anoussis*, 2008 QCCQ 8100, 242 C.C.C. (3d) 113, par. 23.

[26] Néanmoins, chaque jour au Canada, près de la moitié des individus incarcérés dans les prisons provinciales sont des prévenus qui sont incarcérés avant leur procès : Statistique Canada, *Statistiques sur les services correctionnels pour les adultes et les jeunes au Canada, 2016-2017* (juin 2018), p. 7; Statistique Canada, *Tendances de l’utilisation de la détention provisoire au Canada, 2004-2005 à 2014-2015* (janvier 2017). En 2016-2017, environ 7 p. 100 des personnes en détention provisoire étaient toujours détenues après trois mois, et pouvaient être maintenues sous garde dans l’attente de leur procès jusqu’à 12 mois ou même 24 mois : Statistique Canada, *Tableau 35-10-0024-01 — Libérations d’établissements des adultes en détention aux programmes des services correctionnels, selon le sexe et*

recreation, health care and basic programming: *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575, at paras. 2 and 28; Canadian Civil Liberties Association and Education Trust, *Set Up to Fail: Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, by A. Deshman and N. Myers (2014) (online). Moreover, as is the case elsewhere in our criminal justice system, Indigenous individuals are overrepresented in the remand population, accounting for approximately one quarter of all adult admissions: Statistics Canada, *Trends in the use of remand in Canada, 2004/2005 to 2014/2015*.

[27] As this Court has recognized, the experience of pre-trial detention can have serious detrimental impacts on an accused person's ability to raise a defence: see *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, at para. 59. It also comes at a significant cost in terms of their loss of liberty, the impact on their mental and physical well-being and on their families, and the loss of their livelihoods: Friedland, at p. 172; *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857, at para. 24; *Antic*, at para. 66. The high cost of pre-trial detention was recognized at the time the *Bail Reform Act* was before Parliament: *House of Commons Debates*, at p. 3115. The issue remains just as relevant today.

D. *Correct Approach to the Section 525 Detention Review*

[28] In the sections that follow, I will outline the correct approach to the s. 525 detention review, beginning with the application for the hearing. However, it is necessary to first dispose of the argument that a threshold condition of unreasonable delay must be met in order for the judge to review the detention itself.

la durée de la peine purgée (en ligne). Il importe de signaler que les conditions de détention de ces individus sont souvent pénibles. Le surpeuplement et le confinement dans les cellules sont monnaie courante dans ce milieu, tout comme l'accès limité aux loisirs, aux soins de santé et aux programmes de base : *R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575, par. 2 et 28; Association canadienne des libertés civiles et Fidéicommissaire canadien d'éducation en libertés civiles, *Set Up to Fail : Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, par A. Deshman et N. Myers (2014) (en ligne). Comme dans le cas d'autres aspects de notre système de justice criminelle, les Autochtones sont surreprésentés parmi la population en détention provisoire et ils représentent environ le quart de tous les adultes se trouvant dans cette situation : Statistique Canada, *Tendances de l'utilisation de la détention provisoire au Canada, 2004-2005 à 2014-2015*.

[27] Comme notre Cour l'a reconnu, l'expérience de la détention avant le procès peut avoir de graves répercussions négatives sur la capacité de l'accusé d'invoquer un moyen de défense : voir *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, par. 59. Elle a également de lourdes conséquences sur sa liberté, son bien-être psychologique et physique, sa famille et ses moyens de subsistance : Friedland, p. 172; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857, par. 24; *Antic*, par. 66. Le coût élevé de la détention avant le procès avait été reconnu au moment où le Parlement étudiait la *Loi sur la réforme du cautionnement* : *Débats de la Chambre des communes*, p. 3115. La question est tout aussi pertinente de nos jours.

D. *La bonne façon d'aborder l'examen de la détention prévu à l'art. 525*

[28] Dans les sections qui suivent, je vais exposer la bonne façon d'aborder l'examen de la détention prévu à l'art. 525, en commençant par la demande d'audience. Toutefois, il faut d'abord trancher l'argument selon lequel l'existence d'un délai anormal doit avoir été constatée pour que le juge puisse contrôler la détention elle-même.

(1) Unreasonable Delay Is Not a Threshold Requirement for Reviewing the Detention

[29] Parliament did not intend to restrict the court's ability to review the detention of an accused at a s. 525 hearing to situations in which there has been an unreasonable delay. In this case, the Crown relies almost exclusively on the heading under which s. 525 appears ("Review of Detention where Trial Delayed") to support an argument that Parliament did intend to do so. In the Crown's view, although the passage of 90 days might have been synonymous with "unreasonable delay" in 1972, this is no longer the case. The Crown suggests that Parliament has simply failed to amend the legislation in order to reflect the modern life cycle of a trial, and that s. 525 hearings were only ever intended to be held in exceptional circumstances involving unreasonable delay.

[30] In line with this view, some courts have developed a test to the effect that unreasonable delay is a precondition to reviewing the detention of the accused at a s. 525 hearing: see, e.g., *Jerace*, at paras. 8-12 (CanLII). The Crown submits that the result of this interpretation of s. 525 is that the detention of the accused should rarely be scrutinized, because there will rarely have been an unreasonable delay when the 90-day mark is reached. The Attorney General of Ontario argues that the correct approach is one according to which the judge does not schedule a hearing at all unless he or she is satisfied that there has been an unreasonable delay.

[31] With respect, the view that the judge *must* consider unreasonable delay but that the operative word for reviewing the detention of the accused is only "*may*" represents precisely the opposite of what the provision says:

525 (1) . . . the person having the custody of the accused shall, forthwith on the expiration of those ninety or thirty days, as the case may be, apply to a judge having jurisdiction in the place in which the accused is in custody to fix a

(1) Le délai anormal n'est pas une condition préalable à l'examen de la détention

[29] Le Parlement n'avait pas l'intention de limiter la capacité du tribunal d'examiner la détention du prévenu dans le cadre d'une audience tenue en vertu de l'art. 525 aux situations dans lesquelles un délai anormal était déjà survenu. En l'espèce, le ministère public se fonde presque exclusivement sur l'intertitre de l'art. 525 (« Examen de la détention quand le procès est retardé ») à l'appui de l'argument selon lequel le Parlement avait cette intention. D'après le ministère public, même si l'écoulement de 90 jours aurait pu être considéré comme un « délai anormal » en 1972, ce n'est plus le cas aujourd'hui. Selon le ministère public, le Parlement a tout simplement omis de modifier la loi pour suivre l'évolution du cycle de vie moderne d'un procès, ajoutant que l'audience prévue à l'art. 525 n'est censée avoir lieu que dans des circonstances exceptionnelles mettant en jeu un délai anormal.

[30] Dans le droit fil de ce raisonnement, certains tribunaux ont élaboré un critère qui considère l'existence d'un délai anormal comme une condition préalable à l'examen de la détention du prévenu dans le cadre de l'audience prévue à l'art. 525 : voir, p. ex., *Jerace*, par. 8-12 (CanLII). Le ministère public affirme que, selon cette interprétation de l'art. 525, la détention du prévenu devrait rarement faire l'objet d'un contrôle, parce qu'il est rare qu'un délai anormal survienne avant l'expiration des 90 jours. La procureure générale de l'Ontario soutient que la bonne approche consiste pour le juge à ne pas fixer de date d'audience tant qu'il n'est pas convaincu de l'existence d'un délai anormal.

[31] Soit dit en tout respect, l'idée suivant laquelle le juge *doit* tenir compte de l'existence d'un délai anormal, mais « peut » contrôler la détention du prévenu sans en avoir l'obligation contredit carrément le libellé de l'article applicable :

525 (1) . . . la personne ayant la garde du prévenu doit, dès l'expiration de ces quatre-vingt-dix jours ou trente jours, selon le cas, demander à un juge ayant juridiction à l'endroit où le prévenu est sous garde de fixer une date

date for a hearing to determine whether or not the accused should be released from custody.

...

(3) On the hearing described in subsection (1), the judge may, in deciding whether or not the accused should be released from custody, take into consideration whether the prosecutor or the accused has been responsible for any unreasonable delay in the trial of the charge.

(4) If, following the hearing described in subsection (1), the judge is not satisfied that the continued detention of the accused in custody is justified within the meaning of subsection 515(10), the judge shall order that the accused be released

[32] In short, it is perfectly clear from the section that at the hearing, the judge *must* consider whether the continued detention of the accused is justified, and *may* consider whether there has been an unreasonable delay: s. 525(1) and s. 525(3) *Cr. C.; Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 11. Notably, the heading itself refers only to the trial being “delayed”, and *not* to an “unreasonable delay”, which suggests that Parliament simply intended the word “delayed” to refer to situations in which “the trial has not commenced” before the prescribed time. As well, the use of the word “any” in s. 525(3) makes it clear that there may or may *not* have been an unreasonable delay before the s. 525 hearing. Simply put, it is an error of law to treat unreasonable delay as a precondition for a review of the continued detention of the accused.

[33] There is no principled basis for this Court to “read in” a more restrictive test. It does not frustrate Parliament’s purpose to take the provision at face value, nor does it result in absurdity, waste or redundancy to do so. As the intervener Canadian Civil Liberties Association reminds us, “today, as before, three months is a long time for a person who is presumed innocent to be held in jail awaiting trial”: I.F., at para. 1. The Crown argues that this timeline is no longer realistic given the increased length and complexity of modern criminal trials. But even if that were true, the appropriate solution would be for Parliament to modify these clearly expressed

pour une audition aux fins de déterminer si le prévenu devrait être mis en liberté ou non.

...

(3) Lors de l’audition visée au paragraphe (1), le juge peut, pour décider si le prévenu devrait être mis en liberté ou non, prendre en considération le fait que le poursuivant ou le prévenu a été responsable ou non de tout délai anormal dans le procès sur l’inculpation.

(4) Si, à la suite de l’audition visée au paragraphe (1), le juge n’est pas convaincu que la continuation de la détention du prévenu sous garde est justifiée au sens du paragraphe 515(10), il ordonne que le prévenu soit mis en liberté

[32] Bref, cet article dispose dans les termes les plus nets qu’à l’audience, le juge *doit* décider si la continuation de la détention du prévenu est justifiée et il *peut* se demander s’il y a eu un délai anormal : par. 525(1) et 525(3) *C. cr.; Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 11. Il convient de signaler que l’intertitre lui-même ne parle que du procès « retardé » et *non* de « délai anormal », ce qui donne à penser que le Parlement voulait simplement que le mot « retardé » vise les situations dans lesquelles « le procès n’est pas commencé » avant le délai prescrit. L’emploi du mot « tout » au par. 525(3) précise encore davantage qu’il peut *ou non* survenir un délai anormal avant l’audience prévue à l’art. 525. En résumé, on commet une erreur de droit en considérant l’existence d’un délai anormal comme une condition préalable qui doit être satisfaite avant que l’on puisse se pencher sur le maintien en détention du prévenu.

[33] Il n’y a pas de raison de principe qui justifie que notre Cour « intègre » un critère plus restrictif. On n’ignore pas l’intention du Parlement lorsqu’on prend cette disposition au pied de la lettre, et une telle interprétation ne crée pas d’aberration, de gaspillage ou de redondance. Comme l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles nous le rappelle, [TRADUCTION] « de nos jours, comme jadis, un délai de trois mois est une longue période à passer en prison dans l’attente de son procès quand on est présumé innocent » : m.i., par. 1. Le ministère public fait valoir que ce délai n’est plus pratique vu la longueur et la complexité accrues des procès criminels

requirements, not for this Court to read in a threshold that was never intended and that the words of the provision do not support. Circumstances that favour the release of the accused, issues related to unreasonable delay, or the need for a court to intervene to expedite the trial will not always have arisen when the 90-day mark is reached. Instead, 90 days following the last detention order against the accused is simply the point at which Parliament has specified that a judge must determine whether the continued detention of the accused is justified. The impact of the passage of time generally (and of unreasonable delay specifically) may be properly considered in the judge's analysis at that time.

(2) Jailer's Obligation to Apply for a Hearing

[34] Subsection 525(1) makes it clear that the obligation to apply to a judge for a hearing lies with the person having the custody of the accused. In some provinces, this obligation is fulfilled by the prosecution rather than the correctional facility (“the jailer”) itself.

[35] In proceedings by way of summary conviction, the obligation to make an application is triggered at the 30-day mark: s. 525(1)(b) *Cr. C.* For indictable offences, as in Mr. Myers' case, the relevant time is 90 days: s. 525(1)(a) *Cr. C.* The precise timing is made somewhat unclear by the use of the word “forthwith” in s. 525(1), which provides that the application must be made “forthwith on the expiration of those ninety . . . days”. The French version of the same passage connotes immediacy — “*dès l'expiration de ces quatre-vingt-dix jours*” — and indicates more clearly that the obligation to make the application arises as soon as the 90-day period has expired. I would therefore take the provision to mean that the application must be made immediately upon the expiration of 90 days following (i) the date on which the accused was taken before a justice under s. 503, or (ii) the later of the date on which

modernes. Même si ce délai n'était plus pratique, la solution indiquée serait que le Parlement modifie ces exigences clairement énoncées, et non que notre Cour intègre un seuil qui n'a jamais été souhaité et que le texte de la disposition n'appuie pas. Les circonstances qui militent en faveur de la mise en liberté du prévenu, les problèmes liés au délai anormal et la nécessité d'une intervention judiciaire pour hâter le déroulement du procès n'interviennent pas nécessairement avant l'expiration du délai de 90 jours. La période de 90 jours écoulée depuis la dernière ordonnance de détention rendue contre le prévenu constitue simplement le délai retenu par le Parlement dans lequel un juge doit examiner si le maintien en détention de cet individu est justifié. C'est à ce moment-là que le juge peut, dans le cadre de son analyse, tenir dûment compte des répercussions de l'écoulement du temps en général (et de tout délai anormal en particulier).

(2) L'obligation du geôlier de présenter une demande d'audience

[34] Le paragraphe 525(1) indique clairement que c'est à la personne qui a la garde du prévenu qu'il incombe de présenter la demande d'audience au juge. Dans certaines provinces, c'est la poursuite plutôt que l'établissement carcéral (« le geôlier ») lui-même qui s'acquitte de cette tâche.

[35] Lorsque le prévenu est poursuivi par procédure sommaire, l'obligation de présenter une demande naît à l'expiration du délai de 30 jours : al. 525(1)b) *C. cr.* Pour ce qui est des actes criminels, comme dans le cas de M. Myers, l'obligation naît à l'expiration d'un délai de 90 jours : al. 525(1)a) *C. cr.* Le délai précis est quelque peu flou à cause de l'emploi du mot « *forthwith* » dans la version anglaise du par. 525(1), lequel prévoit que la demande doit être présentée « *forthwith on the expiration of those ninety [. . .] days* ». La version française de la même disposition dénote l'immédiateté — « *dès l'expiration de ces quatre-vingt-dix jours* » — et indique plus clairement que l'obligation de présenter la demande prend naissance dès que la période de 90 jours expire. À mon sens, donc, cette disposition signifie que la demande doit être présentée immédiatement après l'expiration des 90 jours suivant (i) la

the accused was taken into custody and the date of a detention order under s. 520, 521 or 524.

[36] I would pause to note that it has been suggested that an accused person could apply for a s. 520 review at some point before the end of the 90-day period only to have a s. 525 hearing held just weeks or days later, which would be wasteful or redundant: G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), at pp. 8-51 to 8-55. While this may have been an issue before amendments made to s. 525 in 1997 introduced a reference to s. 520 into s. 525(1)(a)(ii), it is no longer of concern: *Criminal Law Improvement Act, 1996*, S.C. 1997, c. 18, s. 61(1). Section 525(1)(a)(ii) now indicates that the 90-day period is determined in relation to any order made pursuant to s. 521, 524 or 520.

[37] The rule is therefore as follows: the person having custody of the accused must ordinarily apply to the judge immediately upon the expiration of 90 days following the day on which the accused was initially taken before a justice under s. 503: s. 525(1)(a)(i) *Cr. C.* Where, however, a new detention order is made against the accused — or a decision is made to continue an existing order — under s. 520, 521 or 524 after the initial appearance of the accused under s. 503, the result of s. 525(1)(a)(ii) is that the 90-day period will effectively begin again. By way of example, if an accused person is taken before a justice under s. 503 and detained in custody on day 1, then applies to a judge for a review of that decision under s. 520 on day 50 and the detention is confirmed, the jailer's obligation to make the application will not arise until 140 days following the day on which the accused person was first detained in custody. In addition to conforming to the words of s. 525(1), this interpretation minimizes the risk of redundancy, addresses any concerns related to the scarcity of judicial resources and limits the applicability of s. 525 to situations in which the accused has

date à laquelle le prévenu a été conduit devant un juge de paix en vertu de l'art. 503, ou (ii) la date de mise sous garde ou, si elle est postérieure, celle de l'ordonnance de détention rendue en vertu des art. 520, 521 ou 524.

[36] J'ouvre une parenthèse pour signaler que certains ont avancé l'idée que le prévenu pouvait demander une révision au titre de l'art. 520 avant l'expiration des 90 jours, auquel cas il ferait l'objet de l'audience prévue à l'art. 525 à peine quelques semaines ou quelques jours plus tard, ce qui entraînerait du gaspillage ou des dédoublements : G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (3^e éd. (feuilles mobiles)), p. 8-51 à 8-55. Bien que cette situation ait pu être problématique avant les modifications apportées en 1997 à l'art. 525, qui ont ajouté une mention de l'art. 520 au sous-al. 525(1)a(ii), le problème ne se pose plus : *Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale*, L.C. 1997, c. 18, par. 61(1). Le sous-alinéa 525(1)a(ii) précise désormais que le délai de 90 jours est calculé en fonction de toute ordonnance prononcée en vertu des art. 521, 524 ou 520.

[37] La règle est donc la suivante : la personne qui a la garde du prévenu doit normalement présenter la demande au juge dès l'expiration du délai de 90 jours suivant la date à laquelle l'accusé a été conduit à l'origine devant un juge de paix en vertu de l'art. 503 : sous-al. 525(1)a(i) *C. cr.* Toutefois, lorsqu'une nouvelle ordonnance de détention ou une ordonnance de maintien en détention a été rendue contre le prévenu en vertu des art. 520, 521 ou 524 après sa comparution initiale selon l'art. 503, le compte à rebours de 90 jours recommence à zéro par application du sous-al. 525(1)a(ii). À titre d'exemple, si le prévenu est conduit devant un juge de paix en vertu de l'art. 503 et qu'il est placé en détention le premier jour, puis comparaît devant un juge pour demander la révision de cette décision en vertu de l'art. 520 le cinquantième jour de sa détention (et que sa détention est confirmée), l'obligation du geôlier de présenter la demande ne prend naissance que 140 jours après la date à laquelle l'accusé a été placé en détention au départ. En plus d'être conforme au libellé du par. 525(1), cette interprétation minimise le risque de dédoublements, répond

actually been in custody for a long period without judicial oversight.

[38] In *R. v. Acera*, 2017 ABQB 470, Veit J. suggested that at least one correctional facility appeared to be systematically failing to meet its obligation under the *Cr. C.* to apply for s. 525 hearings, sometimes by a margin of several months: paras. 10-17 and Appendix A (CanLII). The deadlines imposed by Parliament for an application under s. 525 are known to and foreseeable by all involved, including the correctional facility, the Crown and the court. It may well be that administrative reforms are required in order to ensure that s. 525 applications are made on time every time, for every eligible accused person. Delays in routine bail and detention matters are a manifestation of the culture of complacency denounced by this Court in *Jordan*, and must be addressed.

(3) Judge's Obligation to Fix a Date and Hold the Hearing

[39] Upon receiving the application from the jailer, the judge must fix a date and give notice for the hearing: s. 525(2) *Cr. C.* How much time the judge has after receiving the application before the date must be fixed is not specified. In fixing a date, the judge does not have a statutory discretion to refrain from holding the hearing until there has been an unreasonable delay or until she or he believes that the test for the release of the accused will be met. For a judge to do so would have the effect of creating a threshold condition for the hearing where it is plain that none exists in the language of s. 525. Moreover, such a practice could easily result in longer periods of unnecessary pre-trial detention than there would have been had the accused simply appeared before the judge at a properly conducted review hearing at the time Parliament intended. Thus, in order for the s. 525 hearing to fulfill its purpose of meaningfully

aux préoccupations exprimées au sujet de la rareté des ressources judiciaires et limite l'applicabilité de l'art. 525 aux situations dans lesquelles le prévenu a effectivement été détenu pendant de longues périodes sans bénéficier d'un contrôle judiciaire.

[38] Dans le jugement *R. c. Acera*, 2017 ABQB 470, la juge Veit a laissé entendre qu'au moins un établissement correctionnel semblait systématiquement manquer à l'obligation que lui impose le *C. cr.* en ce qui concerne les demandes visant à obtenir une audience en vertu de l'art. 525, en laissant parfois s'écouler plusieurs mois avant de présenter une demande : par. 10-17 et annexe A (CanLII). Les délais fixés par le Parlement pour la présentation de la demande prévue à l'art. 525 sont prévisibles et bien connus de tous les intéressés, y compris de l'établissement correctionnel, du ministère public et du tribunal. Il se peut fort bien qu'une réforme administrative s'impose pour garantir que les demandes fondées sur l'art. 525 sont toujours présentées à temps pour tous les accusés qui y ont droit. Les retards dans les affaires ordinaires de détention et de mise en liberté sous caution sont une manifestation de la culture de complaisance que notre Cour a dénoncée dans l'arrêt *Jordan* et il faut y remédier.

(3) L'obligation du juge de fixer une date et de tenir l'audience

[39] Sur réception de la demande du geôlier, le juge doit fixer une date d'audience et en donner avis : par. 525(2) *C. cr.* Le *C. cr.* ne précise pas de délai entre la réception de la demande et la date à laquelle le juge doit fixer une date d'audience. Lorsqu'il fixe une date, le juge n'a pas de pouvoir discrétionnaire qui lui permettrait, en vertu de la loi, de retarder l'audience jusqu'à ce qu'il constate l'existence d'un délai anormal ou qu'il estime que le critère permettant de libérer l'accusé a été respecté. Si le juge avait ce pouvoir, on créerait en fait une condition préalable à la tenue de l'audience alors qu'il est évident que l'art. 525 n'en prévoit aucune. De plus, cette pratique pourrait aisément se traduire par des périodes de détention avant le procès qui seraient inutiles et plus longues que si l'accusé avait simplement comparu devant le juge lors d'un contrôle de sa détention effectué en bonne et due forme à la

safeguarding the accused person's liberty, the jailer must make the application within the appropriate time limit, and the court must fix the date of the hearing without delay. And upon receiving the application from the jailer, the judge must schedule the hearing for the first available date.

[40] On the hearing date, the Crown and the accused must appear before the judge. In oral argument in this Court, it was suggested that the judge could then routinely exercise his or her discretion to adjourn the s. 525 hearing until a later time. With respect, I disagree with this position. I am prepared to accept that occasionally, and in limited circumstances, an adjournment could be compatible with the purpose of s. 525 and with Parliament's intent. However, as with the process of fixing a date for the hearing, it would be improper to adjourn merely because the judge does not believe that a full review of the detention would result in the release of the accused or because an unreasonable delay has not yet occurred.

[41] That being said, an adjournment should not be precluded where it clearly serves the interests of justice and the underlying purposes of the provision. For example — without limiting the foregoing — where a key piece of information is missing or a key event is pending, it would be entirely appropriate for the judge to adjourn the hearing until such time as the detention of the accused can be meaningfully assessed. The reviewing judge's exercise of this supervisory authority must ultimately be guided by the overarching purpose of the provision, which is to prevent an accused person from languishing in pre-trial custody and to ensure a prompt trial by subjecting lengthy detentions to judicial oversight. As a result, adjournments must always be used in a manner that safeguards and is consistent with the right of the accused to a prompt and thorough review of his or her detention when the 90-day mark is reached. Reviewing judges must rely on good sense and experience in order to ensure that adjournments enhance rather

date prévue par le Parlement. Pour que l'audience prévue à l'art. 525 réalise son objectif de protéger véritablement la liberté du prévenu, le geôlier doit présenter cette demande dans le délai prescrit, et le tribunal doit fixer sans délai la date d'audience correspondante. Sur réception de la demande du geôlier, le juge doit, en conséquence, fixer l'audience à la première date disponible.

[40] À la date d'audience, le ministère public et l'accusé doivent comparaître devant le juge. Lors des plaidoiries devant notre Cour, on a laissé entendre que le juge pouvait alors exercer couramment son pouvoir discrétionnaire pour ajourner ou remettre l'audience prévue par l'art. 525 à une date ultérieure. Soit dit en tout respect, je suis en désaccord avec cette position. Je suis disposé à accepter qu'à l'occasion et dans certains cas précis, un ajournement peut être compatible avec l'objectif de l'art. 525 et l'intention du Parlement. Or, et comme dans le cas du processus de fixation de la date de l'audience, il ne serait pas acceptable d'ajourner une audience pour la simple raison que le juge ne croit pas qu'un contrôle complet de la détention se solderait par la mise en liberté du prévenu ou parce qu'il n'y a pas encore eu de délai anormal.

[41] Cela dit, il ne convient pas d'écartier un ajournement s'il sert manifestement l'intérêt de la justice et favorise la réalisation des objets sous-jacents de la disposition. À titre d'exemple — sans limiter la portée de ce qui précède —, lorsqu'il manque un renseignement clé ou qu'un événement clé est en cours d'instance, il serait tout à fait opportun pour le juge d'ajourner l'audience jusqu'à ce que la détention du prévenu puisse être évaluée utilement. Dans l'exercice de ce pouvoir de surveillance, le juge chargé du contrôle de la détention doit se laisser guider en fin de compte par l'objectif général de la disposition : empêcher le prévenu de croupir en détention avant son procès et assurer la tenue rapide du procès en assujettissant les longues incarcérations à la surveillance des tribunaux. En conséquence, il faut toujours recourir aux ajournements d'une façon qui protège et respecte le droit de l'accusé à un contrôle rapide et sérieux de sa détention à la suite de l'expiration des 90 jours. Le juge siégeant en contrôle doit se fier au bon sens et à son expérience pour veiller à ce

than undermine the purpose of the s. 525 detention review.

(a) *Application of Section 525 Where There Has Been No Initial Hearing*

[42] There may be some instances in which an accused person has not had a full provincial court bail hearing that resulted in a detention order, but remains in custody after 90 days. This would primarily be the case for individuals in a reverse onus position who have consented to remand, but it could also arise in other narrow circumstances. There is some disagreement over whether such an individual is entitled to a s. 525 hearing: see, e.g., *Sarkozi*, at para. 32; *R. v. Saulnier*, 2012 NSSC 45, 314 N.S.R. (2d) 203, at paras. 10-11; *R. v. Burgar*, 2003 BCCA 426, 186 B.C.A.C. 15, at para. 10.

[43] In my view, there is no principled basis for holding that individuals in this situation are not entitled to a hearing under s. 525. In theory, every accused person in custody will have been “taken before a justice under section 503” within the meaning of s. 525(1) and is therefore entitled to a hearing under s. 525. More to the point, the fundamental purpose of s. 525 is to afford an opportunity to have a judge scrutinize the detention itself, and individuals who find themselves in these exceptional circumstances should not be denied that safeguard. I would echo the view that those who, for whatever reason, do not contest their initial detention “should not be punished for doing so, by depriving them of the potential benefits of s. 525 hearings, especially where their liberty and constitutional right to a trial within ‘a reasonable time’ is implicated”: *Saulnier*, at para. 10.

(b) *No Request Is Required for the Hearing to Take Place*

[44] It is clear from the *Cr. C.* that the s. 525 hearing is an automatic procedure. The mandatory obligations

que l’ajournement favorise au lieu de contrecarrer l’objectif visé par l’examen de la détention prévu à l’art. 525.

a) *Application de l’art. 525 à défaut d’audience initiale*

[42] Il peut exister certaines situations où le prévenu n’a pas fait l’objet devant une cour provinciale d’une enquête en bonne et due forme sur sa mise en liberté sous caution se soldant par une ordonnance de détention, mais est toujours détenu après 90 jours. Cette situation se présente surtout dans le cas des individus aux prises avec l’inversion du fardeau de la preuve qui ont accepté d’être détenus provisoirement, mais elle pourrait également se présenter dans certaines circonstances bien précises. La question de savoir si ces individus ont droit à l’audience prévue à l’art. 525 fait l’objet d’un certain débat : voir, p. ex., *Sarkozi*, par. 32; *R. c. Saulnier*, 2012 NSSC 45, 314 N.S.R. (2d) 203, par. 10-11; *R. c. Burgar*, 2003 BCCA 426, 186 B.C.A.C. 15, par. 10.

[43] À mon avis, il n’y a aucune raison de principe de conclure que les individus se trouvant dans cette situation n’ont pas droit à l’audience prévue à l’art. 525. En théorie, tout prévenu qui est détenu aura été « conduit devant le juge de paix en vertu de l’article 503 » aux termes du par. 525(1) et a donc droit à une audience au titre de cette disposition. Plus précisément, la raison d’être de l’art. 525 est de donner au juge l’occasion d’examiner la détention elle-même et les individus qui se trouvent dans de telles situations exceptionnelles ne devraient pas se voir privés de cette protection. Je reprends à mon compte l’idée selon laquelle ceux qui, pour une raison ou pour une autre, ne contestent pas leur détention initiale [TRADUCTION] « ne devraient pas être punis pour autant en se voyant refuser les avantages potentiels de l’audience prévue à l’art. 525, surtout lorsque leur liberté et leur droit constitutionnel d’être jugés “dans un délai raisonnable” sont en jeu » : *Saulnier*, par. 10.

b) *La tenue de l’audience ne dépend pas de la présentation d’une demande*

[44] Le *C. cr.* est clair : l’audience prévue à l’art. 525 a lieu de plein droit. Les obligations impératives de

to make the application and to fix a date lie with the jailer and the judge, respectively. In this case, the Crown sent defence counsel a letter in which it invited him to reply in order “to advise whether [Mr. Myers] wishes to pursue a bail review at this time, and if so, to arrange a mutually convenient date”: Appellant’s Condensed Book, Tab 8. Form letters which place the burden on the accused to pursue a s. 525 hearing are inconsistent with the law. Such letters may disproportionately confuse or discourage unrepresented individuals, who are in particular need of the judicial oversight Parliament intended to ensure when it enacted s. 525. There may be circumstances in which an accused person, fully informed of his or her rights and the purpose of the provision, will decline what is intended to be an automatic hearing under s. 525. However, the words, the context and the purpose of the provision do not support an interpretation to the effect that s. 525 hearings are an “opt-in” affair.

(4) Overarching Question at the Hearing

[45] The overarching question at the s. 525 hearing is clear from the words of the provision. Section 525(1) explicitly states that the judge’s role is “to determine whether or not the accused should be released from custody”. Section 525(3) provides that the judge may, “in deciding whether or not the accused should be released from custody”, take any unreasonable delay into consideration. Section 525(4) instructs the judge to order the accused person’s release if the judge “is not satisfied that the continued detention of the accused in custody is justified within the meaning of subsection 515(10)”.

[46] The question that the judge must answer at a s. 525 hearing is therefore as follows: *Is the continued detention of the accused in custody justified within the meaning of s. 515(10)?* Section 515(10) sets out three possible grounds on which the detention of an accused in custody may be justified: where it is necessary in order to ensure the attendance of the accused in court; where it is necessary for the

présenter une demande et de fixer une date incombent au geôlier et au juge respectivement. Dans le cas qui nous occupe, l’avocat de la défense a reçu une lettre dans laquelle le ministère public lui demandait si M. Myers [TRADUCTION] « souhaite demander la révision de l’ordonnance de détention à ce moment-ci et, dans l’affirmative, fixer une date qui conviendra aux deux parties » : recueil condensé de l’appelant, onglet 8. Les lettres types qui font reposer sur le prévenu le fardeau de demander la tenue de l’audience prévue à l’art. 525 ne sont pas conformes à la loi. Ces lettres risquent de confondre ou de décourager de façon disproportionnée les individus qui ne sont pas représentés par un avocat et qui ont particulièrement besoin de la surveillance judiciaire que souhaitait le Parlement lorsqu’il a adopté l’art. 525. Il peut exister des situations dans lesquelles le prévenu, pleinement conscient de ses droits et de l’objet de cette disposition, refuse l’audience à laquelle il a automatiquement droit en vertu de l’art. 525. Cependant, le texte, le contexte et l’objet de la disposition n’appuient pas l’interprétation suivant laquelle l’audience prévue à l’art. 525 est purement facultative.

(4) La question primordiale à l’audience

[45] La question primordiale posée lors de l’audience prévue à l’art. 525 ressort du libellé de la disposition. Le paragraphe 525(1) énonce explicitement que le rôle du juge consiste à « déterminer si le prévenu devrait être mis en liberté ou non ». Le paragraphe 525(3) précise que le juge peut tenir compte de tout délai anormal « pour décider si le prévenu devrait être mis en liberté ou non ». Le paragraphe 525(4) donne pour instruction au juge d’ordonner que le prévenu soit mis en liberté « s[’il] n’est pas convaincu que la continuation de la détention du prévenu sous garde est justifiée au sens du paragraphe 515(10) ».

[46] En conséquence, la question que doit trancher le juge lors d’une audience prévue à l’art. 525 est la suivante : *Le maintien en détention du prévenu sous garde est-il justifié au sens du par. 515(10)?* Le paragraphe 515(10) prévoit que la détention du prévenu sous garde n’est justifiée que dans l’un des trois cas suivants : sa détention est nécessaire pour assurer sa présence au tribunal; sa détention est nécessaire pour

protection or safety of the public; and where it is necessary in order to maintain public confidence in the administration of justice.

(5) Nature of the Detention Review

[47] The question in the s. 525 review — whether the continued detention of the accused is justified — is somewhat different in nature than the question at the initial bail hearing or in a review under s. 520 or 521. While ss. 520 and 521 exist for the purpose of reviewing a prior order, a review under s. 525 is more properly characterized as a review of the detention itself. Yet there is no indication that Parliament intended the judge presiding a s. 525 detention review hearing to reconduct the original bail hearing in its entirety simply because 90 days have elapsed. Mr. Myers himself concedes as much: he argues only that a s. 525 hearing requires a “multi-factorial analysis”: A.F., at para. 89. This means that the judge at the s. 525 hearing should in his or her analysis show respect for any findings of fact made by the first-level decision maker if there is no cause to interfere with them. Similarly, any balancing exercise or weighing of factors conducted by the initial bail judge must be reviewed in light of the time that has already elapsed and any other relevant considerations, as will be discussed below.

(6) Material Available to the Judge

[48] Section 525 offers little guidance on the record available to the judge at the hearing. However, as Veale J. pointed out in *Sawrenko*, at para. 31, s. 525(8) serves to incorporate ss. 517 to 519, with any necessary modifications. Under s. 518(1), the prosecutor may show the circumstances of the alleged offence and the judge has a wide discretion to make inquiries, as well as to receive and consider any evidence “considered credible or trustworthy” in the circumstances of the case. The judge at the s. 525 hearing is therefore free to make inquiries about the case, as well as to rely upon the transcript,

la protection ou la sécurité du public; sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice.

(5) La nature du contrôle de la détention

[47] La question à trancher lors du contrôle prévu à l’art. 525 — à savoir si le maintien en détention du prévenu est justifié — est de nature quelque peu différente de celle qui se pose durant l’audience initiale de mise en liberté sous caution ou à l’occasion d’un contrôle exercé en vertu des art. 520 et 521. Bien que la révision d’une ordonnance antérieure soit la raison d’être de ces deux articles, il est plus juste de considérer que l’examen prévu à l’art. 525 porte sur la détention elle-même. Pourtant, rien n’indique que le Parlement voulait que le juge chargé du contrôle de la détention selon l’art. 525 reprenne dans son intégralité l’audience initiale sur la mise en liberté sous caution tout simplement parce que les 90 jours se sont écoulés. M. Myers l’admet lui-même et a seulement fait valoir que l’audience prévue à l’art. 525 requiert une [TRADUCTION] « analyse multifactorielle » : m.a., par. 89. Il est donc logique que le juge présidant une audience prévue à l’art. 525 effectue son analyse avec déférence envers les conclusions de fait tirées par le juge de première instance quand il n’y a aucune raison de les modifier. Dans le même ordre d’idée, toute pondération ou mise en balance des facteurs par le juge saisi au départ d’une demande de mise en liberté sous caution doit être examinée compte tenu du temps déjà écoulé et de toutes les autres considérations pertinentes analysées plus loin.

(6) Éléments mis à la disposition du juge

[48] L’article 525 donne peu d’indications sur le dossier dont dispose le juge à l’audience. Toutefois, comme l’a fait observer le juge Veale dans *Sawrenko*, par. 31, le par. 525(8) sert à incorporer les art. 517 à 519, avec les modifications nécessaires. Le paragraphe 518(1) permet au poursuivant de faire la preuve des faits de l’infraction reprochée et confère au juge un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de faire les enquêtes qu’il estime opportunes et de recevoir toute preuve « qu’il considère plausible ou digne de foi » dans les circonstances de l’espèce. Lors de l’examen prévu à l’art. 525, il est donc loisible au

exhibits and reasons from any initial judicial interim release hearing and from any subsequent review.

[49] Furthermore, both parties are entitled to make submissions on the basis of any additional “credible or trustworthy” information which is relevant or material to the judge’s analysis. The admissibility of any material that existed at the time of the initial bail hearing but was not presented at that point should also be governed by the criteria of due diligence and relevance discussed in *St-Cloud*, at paras. 130-35. In the context of a s. 525 review, the judge must be particularly attentive to any new evidence or material change in the circumstances of the accused and to its impact on the question whether his or her continued detention in custody is justified. For example, the period of pre-trial detention may have afforded the accused person time to make arrangements for a suitable surety, develop a comprehensive release plan or take other steps that would negate the initial basis for his or her detention under s. 515(10).

(7) Impact of the Passage of Time and Unreasonable Delay

[50] In determining whether the detention remains justified under s. 515(10), the judge should also consider whether the time that has already elapsed has had — or the anticipated passage of time will have — an impact on the appropriateness or proportionality of the detention. In particular, it is necessary to be sensitive to whether the continued detention of the accused person could erode public confidence in the administration of justice: see, e.g., *McCormack*, at para. 29 (CanLII).

[51] This is ultimately a question of proportionality. In some cases, the passage of time will have no impact on the necessity of continued detention. In other cases, it may be a very strong indicator that the accused should be released, with or without conditions. Reviewing judges must be particularly

juge de se renseigner sur l’affaire et de se fier à la transcription, aux pièces et aux motifs de toute audience initiale de mise en liberté provisoire par voie judiciaire, ainsi que sur tout examen ultérieur.

[49] En outre, les deux parties ont le droit de présenter des observations fondées sur tous les renseignements « plausibles ou dignes de foi » supplémentaires qui sont pertinents ou importants pour l’analyse du juge. L’admissibilité de tout élément qui existait au moment de l’enquête initiale sur la mise en liberté sous caution mais qui n’a pas été présenté à ce moment-là devrait elle aussi être régie par les critères de diligence et de pertinence expliqués dans l’arrêt *St-Cloud*, par. 130-135. Dans le contexte d’un examen de la détention tenu en application de l’art. 525, le juge doit porter une attention particulière à toute preuve nouvelle ou à tout changement important de la situation du prévenu de même qu’à l’incidence correspondante que cela a sur la question de savoir si le maintien en détention de l’individu est justifié. À titre d’exemple, la période de détention avant le procès peut avoir donné au prévenu le temps de prendre des dispositions pour obtenir une caution adéquate, d’élaborer un plan de mise en liberté complet ou de prendre d’autres mesures qui rendraient caduque la raison d’être initiale de sa détention en application du par. 515(10).

(7) L’incidence de l’écoulement du temps et du délai anormal

[50] Pour décider si la détention est toujours justifiée au sens du par. 515(10), le juge doit aussi examiner si le temps déjà écoulé ou prévu influe sur la pertinence ou la proportionnalité de la détention. Plus particulièrement, il doit se demander si le maintien en détention du prévenu risque de miner la confiance du public dans l’administration de la justice : voir, p. ex., *McCormack*, par. 29 (CanLII).

[51] Il s’agit, en définitive, d’une question de proportionnalité. Dans certains cas, l’écoulement du temps n’aura aucune incidence sur le besoin de maintenir ou non le détenu en détention. Dans d’autres cas, le retard pourrait être un très bon indice que l’accusé devrait être mis en liberté avec ou sans conditions.

alert to the possibility that the amount of time spent by an accused in detention has approximated or even exceeded the sentence he or she would realistically serve if convicted: see, e.g., *Sawrenko*, at para. 43. The assessment must be informed by the need to reduce the risk of induced guilty pleas, which are profoundly detrimental to the integrity of the criminal justice system. As was noted in *R. v. White*, 2010 ONSC 3164, “public confidence in the administration of justice, and in particular in the judicial interim release regime, would be substantially eroded by pre-trial incarceration of presumptively innocent individuals to the equivalency or beyond the term of what would be a fit sentence if [they were] convicted”: para. 10 (CanLII).

[52] Determining, for the purposes of this analysis, the sentence the accused would potentially receive is not an exact science, nor does it require an exhaustive inquiry. However, the judge’s analysis should account for the circumstances of the case that were known at the time of the hearing and reflect the relevant sentencing principles: *St-Cloud*, at para. 65.

[53] In other circumstances, accounting for the elapsed time or anticipated passage of time may require a more nuanced analysis of its impact on the three grounds which justify detention under s. 515(10). In *St-Cloud*, the Court indicated that a lengthy delay between the hearing and the eventual trial may be considered in determining whether detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice, which is the tertiary ground: para. 71. In this sense, the analysis is not only retrospective, but also forward-looking. For example, let us consider a scenario in which an individual is detained on the basis of s. 515(10)(c), and at the time of the first detention order his trial is only two months away. If the trial date is then rescheduled for a date two years later and remains many months away at the time of s. 525 hearing, the continued detention of the accused may no longer be proportionate, or necessary, for the purposes of this third ground: see also

Le juge chargé du contrôle doit être particulièrement conscient du risque que le temps passé par l’accusé en détention corresponde à peu près ou soit même supérieur à la peine qu’il purgerait de façon réaliste s’il était reconnu coupable : voir, p. ex., *Sawrenko*, par. 43. Cette évaluation doit tenir compte de la nécessité d’atténuer le risque que la détention incite l’accusé à inscrire un plaidoyer de culpabilité, ce qui compromettrait gravement l’intégrité du système de justice criminelle. Comme le tribunal l’a fait observer dans le jugement *R. c. White*, 2010 ONSC 3164, [TRADUCTION] « la confiance du public envers l’administration de la justice, et en particulier à l’égard du régime de mise en liberté provisoire par voie judiciaire, serait considérablement ébranlée par l’incarcération avant le procès de personnes présumées innocentes pour une durée équivalente ou supérieure à celle de la peine qu’elles devraient purger si elles étaient reconnues coupables » : par. 10 (CanLII).

[52] La détermination de la peine qui pourrait être infligée à l’accusé dans le cadre de cette réflexion n’est ni une science exacte ni un examen exhaustif. Toutefois, le juge doit tenir compte dans son analyse des circonstances de l’espèce qui étaient connues au moment de l’audience, ainsi que des principes de la détermination de la peine applicables : *St-Cloud*, par. 65.

[53] Dans d’autres situations, la prise en compte du temps écoulé ou prévu peut nécessiter une analyse plus nuancée de son incidence sur les trois motifs qui justifient la détention en application du par. 515(10). Dans l’arrêt *St-Cloud*, la Cour a indiqué qu’il est nécessaire que le juge puisse tenir compte du fait que le procès de l’accusé aura lieu à une date très éloignée pour décider si sa détention est nécessaire afin de ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice au regard du troisième motif : par. 71. En ce sens, l’analyse est non seulement rétrospective, mais aussi prospective. À titre d’exemple, prenons le scénario de l’individu qui est détenu en vertu de l’al. 515(10)c) et pour qui il ne reste que deux mois avant son procès au moment du prononcé de la première ordonnance de détention. Si la date du procès est ensuite repoussée de deux ans et qu’au moment de l’audience tenue en vertu de l’art. 525, il reste de nombreux mois avant le procès, son maintien en

R. v. Whyte, 2014 ONCA 268, 119 O.R. (3d) 305, at paras. 39-43; *Piazza*, at paras. 71-81 (CanLII). In an appropriate case, it may also be possible for the judge to conclude that a hypothetical risk in relation to the primary or secondary ground is simply outweighed by the certain cost of the accused person's loss of liberty or of a loss of public confidence in the administration of justice.

[54] As part of this analysis, the judge may consider whether either party has been responsible for any *unreasonable* delay in the trial of the charge: s. 525(3) *Cr. C.* If an unreasonable delay in getting the case to trial can be attributed to one of the parties, that factor will be relevant in determining whether the continued detention of the accused is proportionate or appropriate. Thus, if the accused appears to have engineered an unreasonable delay in his or her own trial, the basis for making a release order will clearly be weaker, but if the Crown is responsible for an unreasonable delay, this will weigh in favour of release. While the term “unreasonable delay” in s. 525 clearly cannot have the same meaning as it does in the context of s. 11(b) of the *Charter*, the two can be seen to be conceptually related. That being said, not every delay in getting a matter to trial will be unreasonable, and the accused does not have a right to be at any particular point in the process when the 90-day mark is reached. The judge must therefore rely on his or her judgment and experience in determining what impact, if any, the passage of time and an unreasonable delay should have on the continued detention of the accused.

(8) Other Matters Properly Considered in a Section 525 Detention Review

[55] Finally, there may be cases in which it is necessary for the reviewing judge to scrutinize the rationale offered for the original detention order against the accused. While any previous bail decisions will be relevant and will likely inform the proceedings, reviewing judges must be careful not to simply “rubber-stamp” such decisions. As I noted

détention n'est peut-être plus proportionnel ou nécessaire pour l'application du troisième motif : voir aussi *R. c. Whyte*, 2014 ONCA 268, 119 O.R. (3d) 305, par. 39-43; *Piazza*, par. 71-81 (CanLII). Dans un cas qui s'y prête, le juge peut aussi conclure que le risque hypothétique visé par le premier ou le second motif est tout bonnement supplanté par ce qu'il en coûtera assurément à la liberté de l'accusé ou à la confiance du public dans l'administration de la justice.

[54] Dans le cadre de cette analyse, il est loisible au juge de se demander si l'une ou l'autre partie est responsable de tout délai *anormal* dans le procès sur l'inculpation : par. 525(3) *C. cr.* Si le délai anormal de renvoi de l'affaire à procès est imputable à l'une des parties, ce facteur sera utile pour décider si le maintien en détention du prévenu est proportionnel ou approprié. À titre d'exemple, si le prévenu semble être responsable du délai anormal dans son propre procès, il disposera alors d'arguments moins solides pour réclamer sa mise en liberté, et lorsque le ministère public est responsable du délai anormal, cela militera en faveur de la mise en liberté. Bien que l'expression « délai anormal » figurant à l'art. 525 n'ait de toute évidence pas le même sens que le terme « délai raisonnable » à l'al. 11b) de la *Charte*, on peut constater que ces deux termes sont liés sur le plan conceptuel. Cela dit, ce ne sont pas tous les retards dans le renvoi d'une affaire à procès qui sont anormaux, et le prévenu ne peut revendiquer le droit de se trouver à un moment précis du processus à l'expiration des 90 jours. En conséquence, le juge doit faire appel à son jugement et à son expérience pour déterminer quelle incidence, le cas échéant, l'écoulement du temps et la question du délai anormal devraient avoir sur le maintien en détention du prévenu.

(8) Autres questions pouvant valablement être étudiées lors de l'examen de la détention prévu à l'art. 525

[55] Enfin, dans certains cas, le juge chargé du contrôle de la détention doit examiner attentivement la raison d'être de l'ordonnance initiale de détention visant l'accusé. Toute décision antérieure sur la mise en liberté sous caution s'avérera pertinente et aura vraisemblablement des retombées sur la procédure, mais le juge chargé du contrôle doit faire preuve de

above, s. 525 creates an independent safeguard function that is particularly important for unrepresented individuals, who may not have had the means, the capacity or the awareness to apply for a s. 520 review but are now appearing before a judge at a s. 525 hearing. For example, if when the accused appears at the s. 525 hearing it becomes clear that the initial bail judge made an error of law — perhaps by failing to apply the bail principles enunciated by this Court in *Antic*, at para. 67, — and that this resulted in an unnecessary detention, it would be wasteful to tell the accused at that point to make a separate application for a different review process under s. 520. The need to revisit an initial detention order will not arise in every case, and in the absence of a basis for judicial intervention, there is no need for a s. 525 hearing to become a protracted or formal proceeding. However, the judge must be alive to these issues when they arise, and must be prepared to respond to them appropriately.

(9) Hearing Where There Has Been No Initial Bail Decision

[56] Since s. 525 calls upon the judge to review the detention itself, the existence of an initial decision is not required in order to achieve the core objective of a s. 525 review. As I mentioned above, there may be certain anomalous situations in which an accused person who appears before a judge under s. 525 did not undergo a full initial bail hearing at the time of his or her arrest. To give proper effect to s. 525 in such situations, the judge is required to conduct the full bail hearing “from the ground up” in accordance with the ladder principle articulated in *Antic*, taking into account the time the accused has already spent in pre-trial custody. I wish to mention here that it has been suggested that allowing a full bail hearing to proceed before a superior court judge at the s. 525 stage would encourage “judge shopping” or would afford the accused some kind of procedural

prudence en ne se contentant pas d’approuver machinalement les décisions. En effet, comme nous l’avons vu, l’art. 525 crée une fonction de sauvegarde indépendante qui revêt une importance particulière pour les individus qui ne sont pas représentés et qui n’ont peut-être pas les moyens, la capacité ou les connaissances nécessaires pour présenter une demande en vertu de l’art. 520, mais qui comparaitront néanmoins devant un juge lors de l’audience prévue à l’art. 525. À titre d’exemple, si, lors de la comparution de l’accusé à l’audience prévue par l’art. 525, il devient évident que le juge saisi au départ de la demande de mise en liberté sous caution a commis une erreur de droit à l’origine d’une détention inutile — comme l’omission d’appliquer les principes en matière de mise en liberté sous caution confirmés par notre Cour dans *Antic*, par. 67, — ce serait une perte de temps d’inviter alors l’accusé à présenter une demande distincte pour obtenir un processus d’examen différent en vertu de l’art. 520. Il n’est pas toujours nécessaire de réexaminer une ordonnance initiale de détention et, faute d’un motif d’intervention judiciaire, point n’est besoin que l’audience prévue à l’art. 525 s’éternise ou devienne trop formelle. Toutefois, le juge doit être attentif à ces questions lorsqu’elles se présentent et être prêt à y répondre comme il se doit.

(9) Tenue d’une audience sans qu’il n’ait été statué au départ sur la mise en liberté sous caution

[56] Puisque l’art. 525 confie au juge la tâche de contrôler la détention elle-même, l’existence d’une décision initiale n’est pas nécessaire pour atteindre l’objectif fondamental du contrôle prévu à cet article. Rappelons qu’il peut y avoir certaines situations inusitées dans lesquelles le prévenu comparait devant un juge en vertu de l’art. 525 sans avoir fait l’objet d’une enquête initiale complète sur sa mise en liberté sous caution à l’époque de son arrestation. Pour appliquer comme il se doit l’art. 525 en pareil cas, le juge est tenu de mener une enquête complète sur la mise en liberté provisoire « à partir du début » conformément au principe de l’échelle énoncé dans l’arrêt *Antic*, en tenant compte du temps que le prévenu a déjà purgé en détention avant le procès. J’ouvre ici une parenthèse pour souligner qu’on a suggéré que le fait de permettre la tenue d’une enquête complète sur la mise en liberté

advantage that would for him or her justify spending three months in custody. In my view, this argument strains credulity. To quote O’Neill J. in *McCormack*, “I am not at all sure that many jailed accused would ever resort to paying the 90 day price for that strategy”: para. 26.

(10) Discretion to Give Directions for Expediting the Trial and Proceedings

[57] Section 525(9) affords the judge a discretion to give directions for expediting the trial of the accused at a s. 525 hearing, and s. 526 confers a more general authority on judges and justices acting under Part XVI of the *Criminal Code* to give directions for expediting any proceedings in respect of the accused. For these provisions to operate as meaningful safeguards against unreasonable delay and excessively long pre-trial detention, all stakeholders — including the prosecution, defence counsel and the courts — must take an active role in ensuring the timely progress of the trial.

[58] First, s. 525 hearings take on a heightened importance in the post-*Jordan* era, because they afford an opportunity to have a reviewing judge evaluate the progress of the trial at an early stage. If the judge believes that the case is at a point at which an unreasonable delay prohibited by s. 11(b) of the *Charter* is likely to result, he or she should consider giving directions for expediting the trial under ss. 525(9) and 526 as a preventative measure.

[59] However, s. 525 must be understood as more than just a “*Jordan* check-up”. Individuals in pre-trial detention, who are presumed innocent, bear a particularly high cost in terms of loss of liberty while awaiting their day in court. The judge should always determine whether the case presents an appropriate occasion to exercise his or her discretion

sous caution devant le juge d’une cour supérieure à l’étape de l’art. 525 encouragerait la « recherche du juge le plus accommodant » ou donnerait au prévenu un avantage procédural suffisant pour justifier qu’il passe trois mois en détention. À mon avis, cet argument défie la raison. Pour citer les propos du juge O’Neill dans l’affaire *McCormack*, [TRADUCTION] « je suis loin d’être certain qu’il y aurait beaucoup d’accusés emprisonnés qui seraient prêts à passer 90 jours de plus en prison pour cette stratégie » : par. 26.

(10) Le pouvoir discrétionnaire de donner des directives pour hâter le déroulement du procès et des procédures

[57] Le paragraphe 525(9) confère au juge le pouvoir discrétionnaire de donner des directives pour hâter le procès du prévenu lors de l’audience prévue à l’art. 525. L’article 526 confère au juge et au juge de paix agissant en vertu de la partie XVI du *C. cr.* un pouvoir plus général de donner des instructions pour hâter les procédures qui concernent le prévenu. Pour que ces dispositions constituent des garanties utiles contre les délais anormaux et le prolongement de la détention avant le procès, tous les intervenants — y compris la poursuite, les avocats de la défense et les tribunaux — doivent jouer un rôle actif pour veiller au bon déroulement du procès.

[58] Premièrement, l’audience prévue à l’art. 525 revêt une plus grande importance dans la foulée de l’arrêt *Jordan* parce qu’elle donne au juge saisi de la demande de révision l’occasion de constater l’état d’avancement du procès à un stade plus précoce. Lorsque le juge estime que l’état d’avancement du procès est tel qu’un délai déraisonnable interdit par l’al. 11b) de la *Charte* est susceptible de se produire, il devrait envisager la possibilité de donner des directives en vertu du par. 525(9) ou de l’art. 526 pour hâter le procès à titre de mesure préventive.

[59] Toutefois, l’art. 525 ne peut se résumer à une simple « vérification de la conformité avec l’arrêt *Jordan* ». Les individus détenus avant leur procès qui sont présumés innocents paient un prix particulièrement élevé sur le plan de leur liberté alors qu’ils attendent d’avoir la possibilité de se faire entendre devant le tribunal. Dans tous les cas, le juge devrait

to give directions for expediting the trial and related proceedings under ss. 525(9) and 526. Also, a judge who finds that the continued detention of the accused is justified on the basis of the grounds set out in s. 515(10) must look ahead to ensure that the accused will not be in a “time served” position before the prospective trial date.

[60] In deciding whether to give directions under s. 525(9) or 526, the reviewing judge must consider all the circumstances of the case and any relevant submissions by the parties. Relevant factors could include the relative complexity of the case, the involvement of co-accused individuals, the completeness of disclosure, problems related to evidence, the presence of any exceptional circumstances and the typical delay in getting comparable matters to trial in the jurisdiction in question. The analysis should be forward-looking. It should also be realistic, as the purpose of s. 525 is not to provide a pretext for judicial micro-management. Usually, the case will be proceeding at an acceptable pace and no directions from the court will be required. However, there may sometimes be a need, for example, to review the state of the Crown’s disclosure to the defence, resolve an outstanding procedural issue or inquire into whether an earlier trial date can be secured. In these circumstances, a considered, principled and proactive intervention of a reviewing judge can have a real impact on the fairness and efficiency of the criminal justice process, and meaningfully safeguard the liberty interests of the accused.

(11) Right of the Accused to Know the Case to Meet

[61] Finally, I would note that in oral argument, the Attorney General of Ontario remarked that at s. 525 hearings in that province, “[m]ost of the time the accused do not understand why they are there, most of the time they are unrepresented and it simply gets dismissed”: transcript, at p. 92. This can hardly be what Parliament intended in enacting s. 525.

évaluer s’il y a lieu d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour hâter le procès et les procédures connexes en vertu du par. 525(9) et de l’art. 526. Dans les cas où le juge estime que le maintien en détention du prévenu est justifié pour les motifs énoncés au par. 515(10), il doit faire un examen prospectif pour s’assurer que le prévenu ne se retrouve pas dans une situation où il aura purgé l’entièreté de sa peine avant la date prévue de son procès.

[60] Pour décider s’il y a lieu de donner des directives en vertu du par. 525(9) ou de l’art. 526, le juge saisi de la demande de révision doit tenir compte de toutes les circonstances de l’espèce, ainsi que des observations pertinentes des parties. Parmi les facteurs pertinents, mentionnons, à titre d’exemple, la complexité relative de l’affaire, la participation de coaccusés, l’exhaustivité de la divulgation, les problèmes liés à la preuve, l’existence de circonstances exceptionnelles et le temps habituellement écoulé avant que des affaires comparables ne parviennent au stade de l’instruction dans le même ressort. L’analyse doit être à la fois prospective et réaliste : l’art. 525 n’a pas pour but de servir de prétexte à une microgestion judiciaire. Dans la plupart des cas, le déroulement de l’affaire se fera à un rythme acceptable et aucune directive du tribunal ne sera nécessaire. Cependant, il faudra parfois, par exemple, vérifier ce que le ministère public a communiqué à la défense, régler une question de procédure en suspens ou déterminer s’il est possible de fixer une date de procès plus rapprochée. Dans ces circonstances, l’intervention réfléchie, fondée sur des principes et proactive du juge saisi de la demande de révision est susceptible d’avoir une incidence réelle sur l’équité et l’efficacité du système de justice criminelle et de protéger efficacement le droit à la liberté du prévenu.

(11) Le droit de l’accusé de connaître la preuve à charge

[61] Enfin, je tiens à signaler que, durant les plaidoiries, la procureure générale de l’Ontario a souligné que, lors des audiences tenues dans cette province en vertu de l’art. 525, [TRADUCTION] « [l]a plupart du temps, les accusés ne comprennent pas pourquoi ils sont là, le plus souvent ils ne sont pas représentés et les audiences sont simplement rejetées » : transcription,

There is no question that accused persons have a right to understand the purpose of the hearing, regardless of whether they are represented by counsel. All participants in our criminal justice system bear a fundamental responsibility for ensuring that this is the case. In reality, the individuals who are at the greatest risk of languishing in custody are those who are unrepresented. Where an accused is fully informed and supported by counsel, a s. 525 hearing may be a brief formality or may be waived altogether. However where the state has not provided for some form of legal assistance and the rights of an unrepresented individual are concerned, the judge must take even greater care to safeguard the liberty of the accused in order to maintain public confidence in the justice system.

(12) Summary of the Correct Approach

[62] I would summarize the correct approach to a detention review under s. 525 as follows. First, the jailer has an obligation to apply for the hearing immediately upon the expiration of 90 days following the day on which the accused was initially taken before a justice under s. 503. Where there is an intervening detention order under s. 520, 521 or 524 following the initial appearance of the accused and before the end of the 90-day period, the 90-day period begins again. Accused persons who have not had a full bail hearing are nonetheless entitled to one under s. 525. Upon receiving the application from the jailer, the judge must fix a date and give notice for the hearing. The hearing must be held at the earliest opportunity. In his or her analysis, the judge may refer to the transcript, exhibits and reasons from any initial judicial interim release hearing and from any subsequent review hearings. Both parties are also entitled to make submissions on the basis of any additional “credible or trustworthy” information which is relevant or material to the judge’s analysis, and pre-existing material is subject to the criteria of due diligence and relevance discussed in *St-Cloud*, at paras. 130-35.

p. 92. On est loin de ce que le Parlement avait en tête quand il a édicté l’art. 525. Il ne fait aucun doute que les accusés ont le droit de comprendre à quoi sert l’audience, qu’ils soient représentés ou non par un avocat. Tous les acteurs de notre système de justice criminelle ont l’obligation et la responsabilité de s’en assurer. En réalité, les personnes qui risquent le plus de croupir en prison sont celles qui ne sont pas représentées par un avocat. Dans le cas des individus qui sont bien informés et qui bénéficient de l’assistance d’un avocat, l’audience prévue à l’art. 525 peut n’être qu’une brève formalité. Certains y renoncent carrément. Toutefois, lorsque l’État n’a pas prévu une certaine forme d’assistance juridique et que les droits du prévenu non représenté sont en jeu, le juge doit veiller encore davantage à protéger sa liberté et à assurer la confiance du public envers le système de justice.

(12) Résumé de la bonne façon d’aborder le contrôle

[62] Je résumerais comme suit la bonne façon d’aborder le contrôle des motifs de la détention prévu à l’art. 525. Premièrement, le geôlier est tenu de présenter une demande d’audience dès l’expiration des 90 jours suivant la date à laquelle le prévenu a été conduit au départ devant un juge de paix en application de l’art. 503. Lorsqu’une ordonnance de détention a, dans l’intervalle, été rendue en vertu des art. 520, 521 ou 524 à la suite de la comparution initiale de l’accusé et avant l’expiration du délai de 90 jours, le compte à rebours jusqu’à l’expiration du délai de 90 jours reprend. Le prévenu qui n’a pas bénéficié d’une audience complète sur sa mise en liberté sous caution y a néanmoins droit selon l’art. 525. Sur réception de la demande du geôlier, le juge doit fixer la date de l’audience et en donner avis. L’audience doit se tenir le plus tôt possible. Dans son analyse, le juge peut se reporter à la transcription, aux pièces et aux motifs de l’audience initiale de mise en liberté provisoire par voie judiciaire, ainsi qu’à toute audience de révision subséquente. Les deux parties ont aussi le droit de présenter des observations en se fondant sur tout renseignement « plausible ou digne de foi » qui est pertinent ou important pour l’analyse du juge, et les éléments qui existaient déjà sont assujettis aux critères de diligence raisonnable et de pertinence expliqués dans *St-Cloud*, par. 130-135.

[63] At the hearing, unreasonable delay is not a threshold that must be met before reviewing the detention of the accused. The overarching question is only whether the continued detention of the accused in custody is justified within the meaning of s. 515(10). In determining whether the detention of the accused is still justified, the reviewing judge may consider any new evidence or change in the circumstances of the accused, the impact of the passage of time and any unreasonable delay on the proportionality of the detention, and the rationale offered for the original detention order, if one was made. If there was no initial bail hearing, the s. 525 judge is responsible for conducting one, taking into account the time the accused has already spent in pre-trial custody. Ultimately, s. 525 requires a reviewing judge to provide accused persons with reasons why their continued detention is — or is not — justified. Finally, the judge should make use of his or her discretion under ss. 525(9) and 526 to give directions for expediting the trial and related proceedings where it is appropriate to do so. Directions should be given with a view to mitigating the risk of unconstitutional delay and expediting the trials of accused persons who are subject to lengthy pre-trial detention.

V. Application

[64] I will not carry out the full exercise of applying the foregoing principles to the facts of this case, given that the appeal is moot and the accused has pled guilty. I will, however, make three brief observations.

[65] First, the 90-day period applicable to Mr. Myers' s. 525 hearing should have begun on November 24, 2016, which was the date of his s. 520 review. At that point, his sentence for the unrelated break and enter charges had been served, and he was not detained on any other matter: ruling on judicial interim release application, at para. 34. However, counsel for Mr. Myers was not contacted with regard to a s. 525 hearing until 110 days later (on March 14, 2017): Appellant's Condensed Book, Tab 8. The hearing itself did not take place until October 5, 2017, over 300 days after Mr. Myers' s. 520 review.

[63] À l'audience, le délai anormal n'est pas une condition préalable à satisfaire avant de pouvoir examiner la détention du prévenu. La question primordiale consiste uniquement à savoir si le maintien en détention de l'accusé sous garde est justifié au sens du par. 515(10). Pour en décider, le juge chargé du contrôle peut examiner toute preuve nouvelle ou tout changement de la situation du prévenu, l'incidence de l'écoulement du temps et de tout délai anormal sur la proportionnalité de la détention et la raison d'être donnée à l'appui de l'ordonnance de détention initiale rendue, le cas échéant. S'il n'y a pas eu d'enquête initiale sur la mise en liberté sous caution, le juge saisi d'une demande de révision présentée en vertu de l'art. 525 a l'obligation d'en tenir une, en prenant en considération le temps que le prévenu a déjà passé en détention avant le procès. Au bout du compte, l'art. 525 exige du juge siégeant en contrôle qu'il fournisse au prévenu les motifs pour lesquels son maintien en détention est justifié ou non. Enfin, le juge devrait utiliser le pouvoir discrétionnaire que lui confèrent le par. 525(9) et l'art. 526 pour donner des directives afin de hâter le procès et les procédures connexes lorsqu'il y a lieu de le faire. Il faudrait donner des directives en vue d'atténuer le risque de délai inconstitutionnel et de hâter le déroulement des procès des accusés détenus longtemps avant leur procès.

V. Application

[64] Je ne procéderai pas à une application de cette analyse aux faits de la présente affaire, étant donné que le pourvoi est théorique et que l'accusé a reconnu sa culpabilité. Je tiens toutefois à formuler trois brèves observations.

[65] Premièrement, le délai de 90 jours applicable à l'audience prévue par l'art. 525 aurait dû, dans le cas de M. Myers, commencer à courir le 24 novembre 2016, c'est-à-dire à la date de la révision de son ordonnance en vertu de l'art. 520. À ce moment-là, il avait déjà purgé sa peine pour les accusations d'introduction par effraction et il n'était pas détenu relativement à d'autres faits : décision sur la demande de mise en liberté provisoire par voie judiciaire, par. 34. Toutefois, son avocat n'a été joint au sujet de l'audience prévue à l'art. 525 que 110 jours plus tard (le 14 mars 2017) : recueil condensé de l'appelant, onglet 8. L'audience

While it is true that this case is exceptional in that Riley J. was asked to give a preliminary ruling on s. 525, the fact remains that Mr. Myers waited a very long time for the hearing to occur. I would reiterate that when an accused is not required to be detained in custody in respect of any other matter for 90 days following a review under s. 520, the application for the hearing must be made immediately upon the expiration of 90 days, and the judge has an obligation to schedule that hearing without delay.

[66] Second, I would note that the parties faced various barriers in fixing a date for trial. Dates were offered in March, June, October and November 2017. Counsel for Mr. Myers submits that he offered to rearrange his caseload to accommodate more dates and proposed to make considerable admissions based on the preliminary inquiry evidence in order to shorten the trial. He also applied unsuccessfully for severance of Mr. Myers from his co-accused, Mr. Richardson. Despite these efforts, a trial that was initially scheduled for late 2016 was ultimately set for March 2018, four months before the presumptive 30-month ceiling; *Jordan*, at para. 5. While this type of scheduling challenge is not uncommon, the delays were, as the Crown concedes, unfortunate. Nevertheless, scheduling issues caused by the fact that the Crown was proceeding jointly against Mr. Myers and Mr. Richardson appeared to have been a more significant factor in the delays than unreasonable behaviour on the part of either the Crown or the accused. It is possible that directions given under s. 525(9) or 526 could have prevented or mitigated the delays.

[67] Third, Mr. Myers was detained exclusively on the basis of the second ground under s. 515(10), despite the fact that he had a release plan involving a closely supervised treatment facility to address his substance abuse problems and multiple proposals

elle-même n'a eu lieu que le 5 octobre 2017, soit plus de 300 jours après l'examen demandé par M. Myers en vertu de l'art. 520. Même s'il s'agit sans aucun doute d'un cas exceptionnel en raison du fait que l'on a demandé au juge Riley de rendre une décision préliminaire au sujet de l'art. 525, M. Myers a néanmoins dû attendre très longtemps avant que cette audience n'ait lieu. Je tiens à répéter que lorsqu'il n'est pas nécessaire que l'accusé soit détenu sous garde relativement à d'autres faits pendant 90 jours à la suite de la révision prévue à l'art. 520, la demande d'audience doit être présentée dès l'expiration des 90 jours et le juge a l'obligation de fixer la date de cette audience sans délai.

[66] Deuxièmement, je tiens à signaler que les parties se sont heurtées à divers obstacles dans la fixation d'une date de procès. Des dates ont été proposées pour mars, juin, octobre et novembre 2017. L'avocat de M. Myers a fait valoir qu'il avait proposé de réorganiser sa charge de travail pour être disponible à un plus grand nombre de dates et qu'il avait offert de faire un nombre considérable d'admissions en fonction des éléments de preuve présentés lors de l'enquête préliminaire pour abrégier le procès. Il a également demandé sans succès de faire juger séparément M. Myers de son coaccusé M. Richardson. Malgré ces démarches, le procès a d'abord été prévu pour la fin de 2016, pour être finalement fixé en mars 2018, quatre mois avant le plafond de 30 mois au-delà duquel le délai est présumé déraisonnable : *Jordan*, par. 5. Bien que ce genre de difficulté à fixer une date de procès ne soit pas rare, les retards qui se sont produits en l'espèce étaient regrettables, comme l'a admis le ministère public. Il semble toutefois que les conflits d'horaires imputables au fait que le ministère public poursuivait conjointement MM. Myers et Richardson aient contribué davantage au retard que tout agissement déraisonnable de la part du ministère public ou de l'accusé. Des directives données en vertu du par. 525(9) ou de l'art. 526 auraient peut-être permis de prévenir ou de raccourcir ces délais.

[67] Troisièmement, M. Myers a été détenu exclusivement sur la base du second motif énoncé au par. 515(10), même s'il avait soumis un plan de mise en liberté prévoyant son admission dans un centre étroitement surveillé pour traiter ses problèmes de

to address the concern that he posed a risk to the public. It was within the bail judge's discretion to determine whether the release strategies presented by counsel addressed the risk that if released from custody, Mr. Myers would commit a criminal offence or interfere with the administration of justice within the meaning of s. 515(10)(b). That being said, judges and justices presiding over bail hearings should always give very careful consideration to release plans that involve supervised treatment for individuals with substance abuse and mental health issues. Release into treatment with appropriate conditions will often adequately address any risk raised under s. 515(10), and such a strategy is a less onerous alternative than provincial remand. It may also substantially address the root causes of the accused person's alleged criminal behaviour and reduce the likelihood of future criminal conduct. In accordance with the principles articulated in *Antic*, we must not lose sight of the fact that pre-trial detention is a measure of last resort.

VI. Disposition

[68] As the case is moot, I would simply allow the appeal and make no further order.

APPENDIX

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

Justification for detention in custody

515 (10) For the purposes of this section, the detention of an accused in custody is justified only on one or more of the following grounds:

- (a) where the detention is necessary to ensure his or her attendance in court in order to be dealt with according to law;

toxicomanie et de nombreuses propositions visant à dissiper la crainte qu'il présente un risque pour le public. Le juge saisi de la demande de mise en liberté sous caution avait toute latitude pour déterminer si les scénarios de mise en liberté présentés par l'avocat de M. Myers contraient le risque que son client, s'il était mis en liberté, puisse commettre une infraction criminelle ou puisse nuire à l'administration de la justice au sens de l'al. 515(10)b). Cela dit, les juges et les juges de paix qui président les enquêtes sur la mise en liberté sous caution devraient toujours examiner très attentivement les plans de mise en liberté qui prévoient un traitement supervisé pour les personnes aux prises avec des problèmes de toxicomanie et de santé mentale. La mise en liberté prévoyant l'admission dans un centre de traitement assortie de conditions appropriées permettra souvent de bien répondre à tout risque soulevé en application du par. 515(10) et constitue une solution de rechange moins onéreuse que la détention dans un établissement provincial. Elle peut aussi répondre en bonne partie aux causes profondes du comportement criminel reproché à l'accusé et réduire ainsi la probabilité de récidive. Conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Antic*, nous ne devons pas perdre de vue que la détention avant le procès est une mesure de dernier recours.

VI. Dispositif

[68] Comme l'affaire est théorique, je suis d'avis de simplement accueillir le pourvoi et de ne rendre aucune autre ordonnance.

ANNEXE

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

Motifs justifiant la détention

515 (10) Pour l'application du présent article, la détention d'un prévenu sous garde n'est justifiée que dans l'un des cas suivants :

- a) sa détention est nécessaire pour assurer sa présence au tribunal afin qu'il soit traité selon la loi;

(b) where the detention is necessary for the protection or safety of the public, including any victim of or witness to the offence, or any person under the age of 18 years, having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that the accused will, if released from custody, commit a criminal offence or interfere with the administration of justice; and

(c) if the detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice, having regard to all the circumstances, including

(i) the apparent strength of the prosecution's case,

(ii) the gravity of the offence,

(iii) the circumstances surrounding the commission of the offence, including whether a firearm was used, and

(iv) the fact that the accused is liable, on conviction, for a potentially lengthy term of imprisonment or, in the case of an offence that involves, or whose subject-matter is, a firearm, a minimum punishment of imprisonment for a term of three years or more.

Review of Detention where Trial Delayed

Time for application to judge

525 (1) Where an accused who has been charged with an offence other than an offence listed in section 469 and who is not required to be detained in custody in respect of any other matter is being detained in custody pending his trial for that offence and the trial has not commenced

(a) in the case of an indictable offence, within ninety days from

(i) the day on which the accused was taken before a justice under section 503, or

(ii) where an order that the accused be detained in custody has been made under section 521 or 524, or a decision has been made with respect to a review under section 520, the later of the day on which the accused was taken into custody under that order and the day of the decision, or

(b) sa détention est nécessaire pour la protection ou la sécurité du public, notamment celle des victimes et des témoins de l'infraction ou celle des personnes âgées de moins de dix-huit ans, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice;

(c) sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, notamment les suivantes :

(i) le fait que l'accusation paraît fondée,

(ii) la gravité de l'infraction,

(iii) les circonstances entourant sa perpétration, y compris l'usage d'une arme à feu,

(iv) le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement ou, s'agissant d'une infraction mettant en jeu une arme à feu, une peine minimale d'emprisonnement d'au moins trois ans.

Examen de la détention quand le procès est retardé

Délai de présentation d'une demande à un juge

525 (1) Lorsqu'un prévenu qui a été inculpé d'une infraction autre qu'une infraction mentionnée à l'article 469 et dont la détention sous garde n'est pas requise relativement à une autre affaire est détenu sous garde en attendant son procès pour cette infraction et que le procès n'est pas commencé :

a) dans le cas d'un acte criminel, dans les quatre-vingt-dix jours :

(i) à partir du jour où le prévenu a été conduit devant un juge de paix en vertu de l'article 503,

(ii) lorsqu'une ordonnance enjoignant de détenir le prévenu sous garde a été rendue en vertu des articles 521 ou 524 ou qu'il a été statué sur la demande de révision visée à l'article 520, à partir de la date de mise sous garde ou, si elle est postérieure, de celle de la décision;

(b) in the case of an offence for which the accused is being prosecuted in proceedings by way of summary conviction, within thirty days from

(i) the day on which the accused was taken before a justice under subsection 503(1), or

(ii) where an order that the accused be detained in custody has been made under section 521 or 524, or a decision has been made with respect to a review under section 520, the later of the day on which the accused was taken into custody under that order and the day of the decision,

the person having the custody of the accused shall, forthwith on the expiration of those ninety or thirty days, as the case may be, apply to a judge having jurisdiction in the place in which the accused is in custody to fix a date for a hearing to determine whether or not the accused should be released from custody.

Notice of hearing

(2) On receiving an application under subsection (1), the judge shall

(a) fix a date for the hearing described in subsection (1) to be held in the jurisdiction

(i) where the accused is in custody, or

(ii) where the trial is to take place; and

(b) direct that notice of the hearing be given to such persons, including the prosecutor and the accused, and in such manner as the judge may specify.

Matters to be considered on hearing

(3) On the hearing described in subsection (1), the judge may, in deciding whether or not the accused should be released from custody, take into consideration whether the prosecutor or the accused has been responsible for any unreasonable delay in the trial of the charge.

Order

(4) If, following the hearing described in subsection (1), the judge is not satisfied that the continued detention of the accused in custody is justified within the meaning of subsection 515(10), the judge shall order that the accused

b) dans le cas d'une infraction pour laquelle le prévenu est poursuivi par procédure sommaire, dans les trente jours :

(i) à partir du jour où le prévenu a été conduit devant un juge de paix en vertu du paragraphe 503(1),

(ii) lorsqu'une ordonnance enjoignant de détenir le prévenu sous garde a été rendue en vertu des articles 521 ou 524 ou qu'il a été statué sur la demande de révision visée à l'article 520, à partir de la date de mise sous garde ou, si elle est postérieure, de celle de la décision;

la personne ayant la garde du prévenu doit, dès l'expiration de ces quatre-vingt-dix jours ou trente jours, selon le cas, demander à un juge ayant juridiction à l'endroit où le prévenu est sous garde de fixer une date pour une audition aux fins de déterminer si le prévenu devrait être mis en liberté ou non.

Avis d'audition

(2) Sur réception d'une demande en vertu du paragraphe (1), le juge doit :

a) fixer une date pour l'audition visée au paragraphe (1), qui aura lieu dans la juridiction, selon le cas :

(i) où le prévenu est gardé sous garde,

(ii) où le procès doit avoir lieu;

b) ordonner qu'avis de l'audition soit donné à telles personnes, y compris le poursuivant et le prévenu, et de telle manière que le juge peut préciser.

Questions à examiner lors de l'audition

(3) Lors de l'audition visée au paragraphe (1), le juge peut, pour décider si le prévenu devrait être mis en liberté ou non, prendre en considération le fait que le poursuivant ou le prévenu a été responsable ou non de tout délai anormal dans le procès sur l'inculpation.

Ordonnance

(4) Si, à la suite de l'audition visée au paragraphe (1), le juge n'est pas convaincu que la continuation de la détention du prévenu sous garde est justifiée au sens du paragraphe 515(10), il ordonne que le prévenu soit mis

be released from custody pending the trial of the charge on his giving an undertaking or entering into a recognizance described in any of paragraphs 515(2)(a) to (e) with such conditions described in subsection 515(4) as the judge considers desirable.

Warrant of judge for arrest

(5) Where a judge having jurisdiction in the province where an order under subsection (4) for the release of an accused has been made is satisfied that there are reasonable grounds to believe that the accused

(a) has contravened or is about to contravene the undertaking or recognizance on which he has been released, or

(b) has, after his release from custody on his undertaking or recognizance, committed an indictable offence,

he may issue a warrant for the arrest of the accused.

Arrest without warrant by peace officer

(6) Notwithstanding anything in this Act, a peace officer who believes on reasonable grounds that an accused who has been released from custody under subsection (4)

(a) has contravened or is about to contravene the undertaking or recognizance on which he has been released, or

(b) has, after his release from custody on his undertaking or recognizance, committed an indictable offence,

may arrest the accused without warrant and take him or cause him to be taken before a judge having jurisdiction in the province where the order for his release was made.

Hearing and order

(7) A judge before whom an accused is taken pursuant to a warrant issued under subsection (5) or pursuant to subsection (6) may, where the accused shows cause why his detention in custody is not justified within the meaning of subsection 515(10), order that the accused be released on his giving an undertaking or entering into a recognizance described in any of paragraphs 515(2)(a) to (e) with such conditions, described in subsection 515(4), as the judge considers desirable.

en liberté en attendant le procès sur l'inculpation pourvu qu'il remette une promesse ou contracte un engagement visés aux alinéas 515(2)a) à e) et assortis des conditions que prévoit le paragraphe 515(4) et que le juge estime souhaitables.

Mandat d'arrestation décerné par un juge

(5) Lorsqu'un juge ayant juridiction dans la province où a été rendue une ordonnance de mise en liberté d'un prévenu prévue par le paragraphe (4) est convaincu qu'il y a des motifs raisonnables de croire que le prévenu, selon le cas :

a) a violé ou est sur le point de violer la promesse ou l'engagement en raison duquel ou de laquelle il a été mis en liberté;

b) a, après sa mise en liberté sur sa promesse ou son engagement, commis un acte criminel,

il peut décerner un mandat pour l'arrestation du prévenu.

Arrestation sans mandat par un agent de la paix

(6) Nonobstant toute autre disposition de la présente loi, un agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'un prévenu qui a été mis en liberté en vertu du paragraphe (4) :

a) soit a violé ou est sur le point de violer la promesse ou l'engagement en raison duquel ou de laquelle il a été mis en liberté;

b) soit, après sa mise en liberté sur sa promesse ou son engagement, a commis un acte criminel,

peut arrêter le prévenu sans mandat et le conduire ou le faire conduire devant un juge ayant juridiction dans la province où a été rendue l'ordonnance de mise en liberté du prévenu.

Audition et ordonnance

(7) Un juge devant lequel un prévenu est conduit en application d'un mandat décerné en vertu du paragraphe (5) ou en application du paragraphe (6) peut, lorsque le prévenu fait valoir que sa détention sous garde n'est pas justifiée au sens du paragraphe 515(10), ordonner sa mise en liberté sur remise de la promesse ou de l'engagement visés à l'un des alinéas 515(2)a) à e) et assortis des conditions visées au paragraphe 515(4) qu'il estime souhaitables.

Provisions applicable to proceedings

(8) The provisions of sections 517, 518 and 519 apply with such modifications as the circumstances require in respect of any proceedings under this section.

Directions for expediting trial

(9) Where an accused is before a judge under any of the provisions of this section, the judge may give directions for expediting the trial of the accused.

Directions for expediting proceedings

526 Subject to subsection 525(9), a court, judge or justice before which or whom an accused appears pursuant to this Part may give directions for expediting any proceedings in respect of the accused.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Myers Karp Patey & Allingham, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Henein Hutchison, Toronto.

Dispositions applicables aux procédures

(8) Les articles 517, 518 et 519 s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, relativement à toutes procédures engagées en vertu du présent article.

Instructions visant à hâter le procès

(9) Lorsqu'un prévenu se trouve devant un juge en vertu d'une disposition du présent article, le juge peut donner des instructions pour hâter le déroulement du procès du prévenu.

Instructions visant à hâter le déroulement des procédures

526 Sous réserve du paragraphe 525(9), un tribunal, un juge ou un juge de paix devant lequel comparaît un prévenu en conformité avec la présente partie peut donner des instructions pour hâter le déroulement des procédures qui concernent le prévenu.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Myers Karp Patey & Allingham, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Henein Hutchison, Toronto.

TELUS Communications Inc. *Appellant*

v.

Avraham Wellman *Respondent*

and

**Attorney General of British Columbia,
ADR Chambers Inc.,
Canadian Chamber of Commerce,
Public Interest Advocacy Centre,
Consumers Council of Canada,
Canadian Federation of Independent
Business, Samuelson-Glushko Canadian
Internet Policy and Public Interest Clinic
and Consumers' Association of Canada**
Interveners

**INDEXED AS: TELUS COMMUNICATIONS INC. v.
WELLMAN**

2019 SCC 19

File No.: 37722.

2018: November 6; 2019: April 4.

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

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

Civil procedure — Stay — Class actions — Consumer and non-consumer claims — Arbitration clause — Customer filing class action for damages alleging cell phone service provider engaged in deceptive practices — Class consisting of both consumers and non-consumers — Cell phone service provider's standard terms and conditions containing mandatory arbitration clause — Arbitration clause invalidated by provincial consumer protection legislation with respect to claims by consumers — Cell phone service provider relying on arbitration clause to seek stay of proceedings with respect to non-consumers' claims — Whether provincial statute governing arbitration grants court discretion to refuse to stay non-consumers' claims — Arbitration Act, 1991, S.O. 1991,

TELUS Communications Inc. *Appelante*

c.

Avraham Wellman *Intimé*

et

**Procureur général de la Colombie-
Britannique, ADR Chambers Inc.,
Chambre de commerce du Canada,
Centre pour la défense de l'intérêt public,
Consumers Council of Canada,
Fédération canadienne de
l'entreprise indépendante,
Clinique d'intérêt public et de politique
d'internet du Canada Samuelson-Glushko et
Association des consommateurs du Canada**
Intervenants

**RÉPERTORIÉ : TELUS COMMUNICATIONS INC.
c. WELLMAN**

2019 CSC 19

N° du greffe : 37722.

2018 : 6 novembre; 2019 : 4 avril.

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

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

Procédure civile — Sursis — Recours collectifs — Réclamations de consommateurs et de non-consommateurs — Clause d'arbitrage — Dépôt par un consommateur d'un recours collectif en dommages-intérêts pour pratiques trompeuses alléguées de la part d'un fournisseur de services de téléphonie cellulaire — Groupe formé à la fois de consommateurs et de non-consommateurs — Clause d'arbitrage obligatoire parmi les conditions types du contrat du fournisseur de services de téléphonie cellulaire — Clause d'arbitrage invalidée par une loi provinciale de protection des consommateurs en ce qui a trait aux réclamations des consommateurs — Clause d'arbitrage invoquée par le fournisseur de services de téléphonie cellulaire pour obtenir le sursis des procédures en ce qui

c. 17, s. 7 — Consumer Protection Act, 2002, S.O. 2002, c. 30, Sch. A.

W filed a proposed class action for damages against TELUS on behalf of about two million Ontario residents who entered into mobile phone service contracts with TELUS during a specified timeframe. The class consists of both consumers and non-consumers (business customers). W alleges that TELUS engaged in an undisclosed practice of rounding up calls to the next minute such that customers were overcharged and were not provided the number of minutes to which they were entitled. The standard terms and conditions of the service contracts included an arbitration clause stipulating that all claims arising out of or in relation to the contract, apart from the collection of accounts, must be determined through mediation and, failing that, arbitration. This clause was invalidated by the *Consumer Protection Act* to the extent that it would otherwise prevent class members who qualify as consumers from pursuing their claims in court. However, since the business customers do not benefit from this protection, TELUS sought to have the proceeding stayed with respect to the business customer claims, relying on the arbitration clause. The motions judge dismissed TELUS's motion for a stay and certified the action. She held that s. 7(5) of the *Arbitration Act, 1991* grants the courts discretion to refuse a stay where it would not be reasonable to separate the matters dealt with in the arbitration agreement from the other matters, thereby allowing all of the matters to proceed in court. She was of the view that this discretion may be exercised to allow non-consumer claims that are otherwise subject to an arbitration clause to participate in a class action, where it is reasonable to do so. The Court of Appeal dismissed TELUS's appeal.

Held (Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis and Martin J.J. dissenting): The appeal should be allowed and the claims of the business customers stayed.

a trait aux réclamations des non-consommateurs — La loi provinciale régissant l'arbitrage confère-t-elle au tribunal le pouvoir discrétionnaire de refuser d'ordonner le sursis relativement aux réclamations des non-consommateurs? — Loi de 1991 sur l'arbitrage, L.O. 1991, c. 17, art. 7 — Loi de 2002 sur la protection des consommateurs, L.O. 2002, c. 30, ann. A.

W a déposé un recours collectif projeté en dommages-intérêts contre TELUS au nom d'environ deux millions de résidents ontariens ayant conclu un contrat de services de téléphonie cellulaire avec TELUS pendant une période donnée. Le groupe en cause est composé de consommateurs et de non-consommateurs (soit des clients commerciaux). W allègue que TELUS s'est livrée à une pratique non divulguée consistant à arrondir la durée des appels à la minute suivante, de sorte que les services étaient surfacturés aux consommateurs et que ceux-ci ne recevaient pas le nombre de minutes auquel ils avaient droit. Les contrats de service renfermaient des conditions types, dont une clause d'arbitrage qui stipulait que toutes les réclamations découlant du contrat ou s'y rapportant, sauf en ce qui concerne le recouvrement de créances, doivent faire l'objet d'une médiation ou, à défaut de règlement, d'un arbitrage. Aux termes de la *Loi sur la protection du consommateur*, cette clause d'arbitrage est invalide dans la mesure où elle empêche les membres du groupe qui sont des consommateurs de faire valoir leurs réclamations devant un tribunal. Toutefois, comme les clients commerciaux ne bénéficient pas de ces mesures de protection, TELUS a présenté une motion en sursis de l'instance relativement aux réclamations de ces derniers, invoquant la clause d'arbitrage. Le juge des motions a refusé d'ordonner le sursis des réclamations comme TELUS lui demandait de le faire et a certifié le recours. Elle a affirmé que le par. 7(5) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* confère aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de refuser d'ordonner un sursis dans les cas où il ne serait pas raisonnable de dissocier les questions traitées dans la convention d'arbitrage des autres questions, de manière à ce que toutes les questions puissent être soumises au tribunal. Elle était d'avis que ce pouvoir discrétionnaire peut être exercé pour que les réclamations des non-consommateurs qui sont autrement visées par une clause d'arbitrage puissent être présentées dans le cadre d'un recours collectif, lorsqu'il est raisonnable de le faire. La Cour d'appel a rejeté l'appel de TELUS.

Arrêt (le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis et Martin sont dissidents) : L'appel est accueilli et le sursis des réclamations des clients commerciaux est ordonné.

Per Moldaver, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.: Section 7(5) of the *Arbitration Act, 1991* does not grant the court discretion to refuse to stay claims that are dealt with in an arbitration agreement. The protections afforded by the *Consumer Protection Act* allow the consumers to pursue their claims in court, but the business customers remain bound by the arbitration agreements into which they entered. Accordingly, the latter are exposed to a stay under s. 7(1) of the *Arbitration Act, 1991*. Since the only potential exception to the general rule under s. 7(1) relied on by W does not apply, the business customer claims should be stayed.

In keeping with 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, s. 6 of the *Arbitration Act, 1991* signals that courts are generally to take a hands off approach to matters governed by that statute. Section 7(1) of the *Arbitration Act, 1991* establishes the general rule that where a party to an arbitration agreement commences a proceeding in respect of a matter dealt with in the agreement, the court shall, on the motion of another party to the agreement, stay the court proceeding in favour of arbitration. This general rule reaffirms the concept of party autonomy and upholds the policy underlying the *Arbitration Act, 1991* that parties to a valid arbitration agreement should abide by their agreement. Section 7(2) lists five exceptions to the general rule under s. 7(1) where it would be either unfair or impractical to refer the matter to arbitration. Section 7(5) provides a further exception to the general rule under s. 7(1) and consists of two main components. First, s. 7(5)(a) and (b) set out two preconditions. The first precondition is met if the agreement deals with only some of the matters in respect of which the proceeding was commenced. That is, the proceeding must involve at least one matter that is dealt with in the arbitration agreement and at least one matter that is not dealt with in the arbitration agreement. The second precondition is met if it is reasonable to separate the matters dealt with in the agreement from the other matters. Second, if both preconditions are satisfied, then instead of ordering a full stay, the court may allow the matters that are not dealt with in the arbitration agreement to proceed in court, though it must nonetheless stay the court proceeding in respect of the matters that are dealt with in the agreement. If the preconditions are not met, then the discretionary exception under s. 7(5) is not triggered as s. 7(5) can have effect only if the two preconditions are satisfied. At that point, unless one of the exceptions listed

Les juges Moldaver, Gascon, Côté, Brown et Rowe : Le paragraphe 7(5) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* ne confère pas aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de refuser d'ordonner le sursis des réclamations qui sont visées par une convention d'arbitrage. Les mesures de protection prévues par la *Loi sur la protection du consommateur* permettent aux consommateurs de présenter leurs réclamations devant les tribunaux, mais les clients commerciaux restent liés par les conventions d'arbitrage dont ils ont convenu. Ils sont donc exposés au sursis prévu au par. 7(1) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*. Puisque la seule exception potentielle à la règle générale énoncée au par. 7(1) sur laquelle s'est fondé W ne s'applique pas, il y a lieu de surseoir aux réclamations des clients commerciaux.

Conformément 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, l'art. 6 de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* indique que les tribunaux doivent généralement adopter une politique de non-intervention à l'égard des questions régies par cette loi. Le paragraphe 7(1) de cette dernière établit la règle générale selon laquelle, si une partie à une convention d'arbitrage introduit une instance à l'égard d'une question traitée dans la convention, le tribunal doit, sur la motion d'une autre partie à la convention, surseoir à l'instance au profit de l'arbitrage. Cette règle générale confirme le concept de l'autonomie des parties et la politique sous-jacente de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* selon laquelle les parties à une convention d'arbitrage valide devraient respecter l'entente qu'elles ont conclue. Le paragraphe 7(2) énumère cinq exceptions à la règle générale prévue au par. 7(1), soit des cas où il serait injuste ou peu pratique de renvoyer l'affaire à l'arbitrage. Le paragraphe 7(5) prévoit une autre exception à la règle générale prévue au par. 7(1), une exception qui comprend deux éléments principaux. Premièrement, les al. 7(5)a) et b) énoncent deux conditions préalables. Il est satisfait à la première si la convention ne traite que de certaines des questions à l'égard desquelles l'instance a été introduite. Autrement dit, l'instance doit porter sur au moins une question qui est traitée dans la convention d'arbitrage et une question qui n'est pas traitée dans la convention d'arbitrage. Il est satisfait à la deuxième condition préalable s'il est raisonnable de dissocier les questions traitées dans la convention des autres questions. Deuxièmement, s'il est satisfait aux deux conditions préalables, au lieu d'ordonner un sursis complet, le tribunal peut autoriser que les questions qui ne sont pas traitées dans la convention d'arbitrage soient soumises au tribunal. Il est toutefois tenu de surseoir à l'instance malgré tout en ce qui touche les questions qui sont traitées dans la convention d'arbitrage.

in s. 7(2) applies, the general rule under s. 7(1) would apply, meaning that the proceeding must be stayed.

Policy considerations cannot be permitted to distort the actual words of the statute, read harmoniously with the scheme of the statute, its object, and the intention of the legislature, so as to make s. 7(5) say something it does not. While policy analysis has a legitimate role in the interpretive process, the responsibility for setting policy in a parliamentary democracy rests with the legislature, not with the courts. This is particularly so given that the Ontario legislature has already spoken to some of these policy concerns by shielding consumers from the potentially harsh results of enforcing arbitration agreements contained in consumer agreements, which often take the form of standard form contracts, through the *Consumer Protection Act*. The legislature made a careful policy choice to exempt consumers — and only consumers — from the ordinary enforcement of arbitration agreements. That choice must be respected, not undermined by reading s. 7(5) in a way that permits courts to treat consumers and non-consumers as one and the same.

While there can be no doubt as to the importance of promoting access to justice, this objective cannot, absent express direction from the legislature, be permitted to overwhelm the other important objectives pursued by the *Arbitration Act, 1991*. To do so would undermine the legislature's stated objective of ensuring parties to a valid arbitration agreement abide by their agreement, reduce the degree of certainty and predictability associated with arbitration agreements, and weaken the concept of party autonomy in the commercial setting. It would expand the opportunities for parties to a valid arbitration agreement to avoid their agreement and seek relief in court. Furthermore, this case is not about debating the merits and demerits of enforcing arbitration clauses contained in standard from contracts. Rather, it is about the proper interpretation of s. 7(5) of the *Arbitration Act, 1991*. And, while distinguishing between consumers and non-consumers may be a difficult exercise in certain cases, that difficulty does not bear on the proper interpretation of s. 7(5). Sorting between consumers and non-consumers may be cumbersome in certain cases, but this inconvenience does not permit the

S'il n'est pas satisfait aux conditions préalables, l'exception discrétionnaire prévue au par. 7(5) n'entre pas en jeu, puisque celui-ci ne prend effet que si les deux conditions préalables sont remplies. Dans ce cas, à moins qu'une des exceptions énumérées au par. 7(2) ne s'applique, c'est la règle générale prévue au par. 7(1) qui prévaut et le tribunal doit ordonner le sursis de l'instance.

Des considérations de nature politique ne doivent pas servir à déformer le libellé de la loi, interprété d'une façon qui s'harmonise avec l'économie et l'objet du texte législatif en cause ainsi qu'avec l'intention du législateur, pour donner au par. 7(5) un sens qu'il n'a pas. L'analyse des considérations de politique générale joue un rôle légitime dans le processus d'interprétation des lois, mais le choix des politiques dans une démocratie parlementaire demeure la responsabilité du législateur et non celle des tribunaux. Il en est particulièrement ainsi du fait que, en adoptant la *Loi sur la protection du consommateur*, la législature de l'Ontario a déjà traité de certaines de ces préoccupations de nature politique en protégeant les consommateurs des conséquences possiblement sévères de l'application des conventions d'arbitrage prévues dans les conventions de consommation, qui prennent souvent la forme de contrats types. Le législateur a pris avec soin la décision politique d'exempter les consommateurs — et seulement les consommateurs — de l'application ordinaire des conventions d'arbitrage. Il faut respecter ce choix, et non pas le miner en interprétant le par. 7(5) comme permettant aux tribunaux de traiter les consommateurs et les non-consommateurs sur un pied d'égalité.

L'importance de promouvoir l'accès à la justice ne fait aucun doute. On ne saurait pour autant permettre, à moins d'une directive du législateur, que cet objectif prenne le dessus sur les autres objectifs importants visés par la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*. Adopter cette approche minerait l'objectif déclaré du législateur de s'assurer que les parties à une convention d'arbitrage valide la respectent et réduirait le degré de certitude et de prévisibilité associé aux conventions d'arbitrage en plus d'affaiblir le concept d'autonomie des parties dans le contexte commercial. Cela augmenterait les occasions pour les parties à une convention d'arbitrage valide de se soustraire aux obligations qui y sont prévues et d'exiger réparation devant les tribunaux. En outre, cette affaire n'a pas pour but de débattre des avantages et des inconvénients de l'application de clauses d'arbitrage contenues dans des contrats types. Elle concerne plutôt l'interprétation qu'il convient de donner au par. 7(5) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*. Bien que différencier les consommateurs et les non-consommateurs puisse s'avérer difficile dans certains cas, cette difficulté n'a aucune incidence sur l'interprétation qu'il convient de

court to recast the legislation as it sees fit in order to avoid such difficulties. Permitting non-consumers to tag along with consumers on the basis that it would be cumbersome to sort between the two would also allow commercial entities to find the inside of a courtroom despite having agreed to arbitration, even where the arbitration agreement was fully negotiated. This would reduce the degree of certainty and predictability associated with arbitration agreements and permit parties to those agreements to piggyback onto the claims of others. Lastly, where the application of an Ontario statute, properly interpreted, leads to a multiplicity of proceedings, the court must give effect to the will of the legislature. Section 7(5) of the *Arbitration Act, 1991* expressly contemplates bifurcation of proceedings, as it permits the court to order a partial stay, thereby potentially resulting in concurrent arbitration and court adjudication.

The sole matter at issue in the proceeding commenced by W is alleged overbilling. This matter is dealt with in the arbitration agreements into which the consumers and business customers entered. Therefore, because there is at least one matter in the proceeding that is dealt with in the arbitration agreements, the general rule under s. 7(1) of the *Arbitration Act, 1991* would ordinarily require a stay of the proceeding as a whole, leaving both consumers and business customers locked out of court. But, s. 7(5) of the *Consumer Protection Act* renders the arbitration agreements entered into by the consumers invalid to the extent that they would otherwise prevent the consumers from commencing or joining a class action of the kind commenced by W. The business customers, however, do not qualify as consumers and as such they cannot invoke the protections that the consumers enjoy.

The only potential exception to s. 7(1) of the *Arbitration Act, 1991* sought to be invoked on behalf of the business customers in this case, the partial stay provision under s. 7(5), offers no assistance. This is because the sole matter at issue in the proceeding is dealt with in the arbitration agreements into which the consumers and business customers entered, such that the first precondition set out in s. 7(5)(a) is not met. Consequently, the general rule under s. 7(1) is left intact insofar as the business customers are concerned and the proceeding must be stayed. However,

donner au par. 7(5). De plus, même s'il peut s'avérer encombrant dans certains cas de procéder à cette distinction, cet inconvénient n'autorise pas le tribunal à reformuler la loi comme bon lui semble pour éviter de telles difficultés. Permettre aux non-consommateurs de se joindre aux consommateurs parce qu'il serait encombrant de les distinguer les uns des autres permettrait aussi aux entités commerciales de se retrouver devant les tribunaux judiciaires en dépit de leur consentement à recourir à l'arbitrage, même lorsque la convention d'arbitrage est le fruit d'une négociation en bonne et due forme. Cela réduirait le degré de certitude et de prévisibilité associé aux conventions d'arbitrage et permettrait aux parties à ces conventions de greffer leurs réclamations à celles d'autres parties. Enfin, si l'application d'une loi ontarienne, interprétée correctement, mène à la multiplicité des instances, les tribunaux doivent donner effet à l'intention du législateur. Le paragraphe 7(5) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* prévoit expressément la tenue possible de recours parallèles, car il permet au tribunal d'ordonner un sursis partiel — ce qui pourrait donner lieu à deux procédures concurrentes, soit une procédure d'arbitrage et une procédure judiciaire.

La seule question en litige dans le recours intenté par W est celle de la surfacturation alléguée. Or, les conventions d'arbitrage qu'ont signé les consommateurs et les clients commerciaux traitent de cette question. Comme l'instance porte sur au moins une question qui est traitée dans les conventions d'arbitrage, la règle générale prévue au par. 7(1) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* exigerait normalement qu'il soit sursis aux procédures dans leur ensemble, ce qui empêcherait tant les consommateurs que les clients commerciaux de recourir aux tribunaux. Or, le par. 7(5) de la *Loi sur la protection au consommateur* invalide les conventions d'arbitrage dont ont convenu les consommateurs, dans la mesure où elles empêchent par ailleurs ces derniers d'exercer leur droit d'introduire un recours collectif du type de celui déposé par W, ou de se joindre à un tel recours. Les clients commerciaux, par contre, ne sont pas des consommateurs, et ils ne peuvent donc pas se prévaloir des mesures de protection dont profitent ces derniers.

La seule exception potentielle au par. 7(1) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* qu'on cherche à invoquer au nom des clients commerciaux en l'espèce, soit la disposition relative au sursis partiel prévue au par. 7(5), ne leur est d'aucun secours. Il en est ainsi parce que la seule question en litige dans le recours est visée par les conventions d'arbitrage qu'ont signées tant les consommateurs que les clients commerciaux, de sorte qu'il n'est pas satisfait à la première condition préalable énoncée à l'al. 7(5)a). La règle générale prévue au par. 7(1) reste donc intacte en

this stay must be restricted to the parties who are legally bound by an arbitration agreement — namely, TELUS and the business customers. In sum, the motions judge and the Court of Appeal erred in law by interpreting s. 7(5) of the *Arbitration Act, 1991* incorrectly and refusing to order a stay that, under s. 7(1), was mandatory. Section 7(5) of the *Arbitration Act, 1991* does not permit the court to ignore a valid and binding arbitration agreement.

Per Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis and Martin J.J. (dissenting): The appeal should be dismissed. Where a proceeding includes matters covered by an arbitration agreement and other matters that are not, s. 7(5) of the *Arbitration Act, 1991* gives a judge discretion to allow the entire proceeding to continue in court, even if some parties would otherwise be subject to an arbitration clause.

Section 7(5) of the *Arbitration Act, 1991* reflects an explicit legislative intention to override an otherwise applicable arbitration clause. The words of the provision state that “the court may stay the proceeding with respect to the matters dealt with in the arbitration agreement and allow it to continue with respect to other matters”. This means that the court can either stay the arbitrable matters before it or allow them to proceed. Logically, a discretionary ability to grant a partial stay also includes the power to refuse a partial stay. The only interpretation that gives meaningful effect to the discretionary language of s. 7(5) is one that confers on judges the ability to allow both arbitrable and non-arbitrable disputes to proceed in court. An assertion that a court can never stay arbitrable matters under s. 7(5) renders the opening phrase — “may stay the proceeding with respect to the matters dealt with in the arbitration agreement” — superfluous. By interpreting the provision to apply only to non-arbitrable matters, s. 7(5) adds nothing to a judge’s existing discretion.

Ontario’s *Arbitration Act, 1991* was enacted to allow parties to design their own settlement processes and resolve their disputes outside the courts. It anticipated two or more parties freely negotiating their arbitral process. To ensure expedient resolution and lower litigation costs, the *Arbitration Act, 1991* limited court intervention in

ce qui a trait aux clients commerciaux et il faut surseoir à l’instance. Toutefois, ce sursis doit être limité aux parties qui sont liées légalement par une convention d’arbitrage — à savoir TELUS et les clients commerciaux. En somme, la juge des motions et la Cour d’appel ont commis une erreur de droit en interprétant incorrectement le par. 7(5) de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* et en refusant d’ordonner un sursis qui, suivant le par. 7(1), était obligatoire. Le paragraphe 7(5) de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* ne permet pas au tribunal d’écarter une convention d’arbitrage valide et exécutoire.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis et Martin (dissidents) : Le pourvoi devrait être rejeté. Lorsque l’instance porte à la fois sur des questions visées par une convention d’arbitrage et d’autres questions qui ne le sont pas, le par. 7(5) de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* investit le juge du pouvoir discrétionnaire de permettre que toute l’instance se poursuive devant le tribunal, même si certaines parties sont par ailleurs assujetties à une clause d’arbitrage.

Le paragraphe 7(5) de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* révèle l’intention explicite du législateur d’écarter la clause d’arbitrage par ailleurs applicable. La disposition prévoit que « [l]e tribunal judiciaire peut surseoir à l’instance en ce qui touche les questions traitées dans la convention d’arbitrage et permettre qu’elle se poursuive en ce qui touche les autres questions », ce qui signifie que le tribunal peut surseoir à l’instance en ce qui touche les questions arbitrables qui lui sont soumises ou permettre qu’elle se poursuive. Logiquement, le pouvoir discrétionnaire d’accorder un sursis partiel comprend également le pouvoir de refuser d’accorder un sursis partiel. La seule interprétation qui donne véritablement effet au libellé discrétionnaire du par. 7(5) est celle qui confère aux juges le pouvoir de permettre que les différends arbitrables ainsi que les différends non arbitrables soient portés devant le tribunal. L’affirmation selon laquelle le tribunal ne peut jamais surseoir aux questions arbitrables en vertu du par. 7(5) rend superflue la première phrase de cette disposition — « peut surseoir à l’instance en ce qui touche les questions traitées dans la convention d’arbitrage ». Si on interprète la disposition comme s’appliquant seulement aux questions non arbitrables, le par. 7(5) n’ajoute rien au pouvoir discrétionnaire existant du juge.

La *Loi de 1991 sur l’arbitrage* de l’Ontario a été adoptée afin de permettre aux parties d’élaborer leurs propres processus de règlement et de résoudre leurs différends à l’extérieur des tribunaux. Elle prévoyait que deux ou plusieurs parties peuvent négocier librement leur processus d’arbitrage. Afin d’assurer le règlement opportun

arbitrable disputes. But it also gave judges discretion to permit court proceedings in certain limited circumstances, such as where the arbitration agreement was manifestly unfair. Where a proceeding includes both matters covered by an arbitration agreement and other matters that are not, s. 7(5) gives a judge discretion to allow the entire proceeding to continue in court, even if some parties would otherwise be subject to an arbitration clause. Since 2002, the Ontario Court of Appeal has interpreted s. 7(5) as granting the discretion to stay matters that would otherwise be subject to arbitration. Similarly, for nearly a decade, the Ontario Court of Appeal has interpreted s. 7(5) as permitting otherwise arbitrable matters to be joined with class actions in the public interests of avoiding duplicative proceedings, increased costs, and the risk of inconsistent results. This interpretation aligns with the text and scheme of the provisions and is consistent not only with the purposes motivating the enactment of the *Arbitration Act, 1991* but also with the purpose of s. 7(5) itself.

The overall purpose of the *Arbitration Act, 1991* was to promote access to justice. Its chosen means of achieving that goal was to promote accessibility by giving parties the choice of resolving disputes outside the court system. The reason for creating this option was a recognition that the court system could be costly and slow. The courts' discretion to intervene in arbitrable matters was therefore narrowed to further the goals of expedient dispute resolution.

Arbitration was intended to be a means by which parties on a relatively equal bargaining footing chose to design an alternative dispute mechanism. One cannot talk about "equal bargaining power" and "party autonomy" if the very nature of the contract reveals that one party has exclusive contractual authority. Parties to mandatory individual arbitration clauses cannot reasonably be said to have "come to the table" and bargained, since there is no bargaining table. That individuals and companies sign these contracts is a function not of bargaining choices, but of an *absence* of choice. All of TELUS's clients — both business and consumer — signed the same, non-negotiable standard form agreement. TELUS's individualized arbitration clause effectively precludes access to justice for business clients when a low-value claim does not justify

des différends et de diminuer les frais de justice, la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* a limité l'intervention judiciaire à l'égard des différends arbitrables. Mais elle a aussi investi les juges du pouvoir discrétionnaire d'autoriser les instances judiciaires dans certaines circonstances précises, par exemple lorsque la convention d'arbitrage était manifestement inéquitable. Lorsque l'instance porte à la fois sur des questions visées par une convention d'arbitrage et d'autres questions qui ne le sont pas, le par. 7(5) investit le juge du pouvoir discrétionnaire de permettre que toute l'instance se poursuive devant le tribunal, même si certaines parties sont par ailleurs assujetties à une clause d'arbitrage. Depuis 2002, la Cour d'appel de l'Ontario a interprété le par. 7(5) comme conférant aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de surseoir aux questions qui seraient par ailleurs soumises à l'arbitrage. De même, depuis une dizaine d'années, la Cour d'appel de l'Ontario a interprété le par. 7(5) comme permettant que des questions par ailleurs arbitrables soient jointes aux recours collectifs afin d'éviter, dans l'intérêt public, le dédoublement des instances, des coûts plus élevés et le risque de résultats incohérents. Cette interprétation s'accorde avec le texte des dispositions et le régime créé par celles-ci et est conforme non seulement aux objets ayant motivé l'adoption de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, mais aussi à l'objet du par. 7(5) lui-même.

L'objet général de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* était de promouvoir l'accès à la justice. Le moyen choisi pour atteindre cet objectif consistait à favoriser l'accessibilité en donnant aux parties le choix de régler leurs différends en dehors du système judiciaire. Cette possibilité a été offerte en reconnaissance du fait que le système judiciaire peut être lent et coûteux. Le pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'intervenir dans les affaires arbitrables a donc été restreint afin de favoriser la réalisation des objectifs du règlement opportun des différends.

L'arbitrage se voulait un moyen permettant à des parties relativement égales en situation de négociation de choisir de créer un mécanisme extrajudiciaire de règlement des différends. On ne peut pas parler de « pouvoir de négociation égal » et d'« autonomie des parties » si la nature même du contrat révèle qu'une partie possède le pouvoir exclusif de décider du contenu du contrat. On ne saurait donc raisonnablement affirmer que les parties aux conventions d'arbitrage individuel obligatoire ont « pris place à la table » et négocié, car il n'y a pas de table de négociation. La signature de ces contrats par les particuliers et les sociétés est fonction non pas de choix négociés, mais d'une *absence* de choix. Tous les clients de TELUS — tant les clients commerciaux que les clients consommateurs — ont signé le même contrat type non

the expense. And its mandatory nature illustrates that the animating rationales of party autonomy and freedom of contract are nowhere to be seen.

By inserting the reasonableness requirement in s. 7(5)(b) of the *Arbitration Act, 1991*, the provincial legislature clearly contemplated that in certain circumstances, it would be unreasonable to separate the matters dealt with in the arbitration agreement from the other matters. The availability of judicial discretion in s. 7(5) does not require judges to allow a class action including arbitrable claims to proceed: it simply lets them decide when it is reasonable to do so. Eliminating judicial discretion, on the other hand, effectively eliminates access to justice. In this light, s. 7(5) must be interpreted to give judges the discretion to refuse to stay arbitrable claims if it is unreasonable to separate them from non-arbitrable claims. This interpretation applies with equal force whether the proceeding is between two or more named parties, or is a class action. An interpretation of s. 7(5) of the *Arbitration Act, 1991* which permits otherwise arbitrable matters to be joined with class actions in the public interest of avoiding duplicative proceedings, increased costs, and the risk of inconsistent results aligns with the text and scheme of the provisions and is consistent not only with the purposes motivating the enactment of the *Arbitration Act, 1991* but also with the purpose of s. 7(5) itself.

TELUS's interpretation would result in costly and time-consuming factual inquiries on how to divide the arbitrable and non-arbitrable claims even where the substance of both claims is identical, as in this case. Both parties acknowledged the potential difficulties associated with drawing the line between a "consumer" as defined by the *Consumer Protection Act*, who is exempt from arbitration, and a business customer, who is not. This distinction may be especially difficult to determine for those individuals who use their cell phone for both personal and business purposes. For these individuals, determining whether they fall within the scope of the exception in the *Consumer Protection Act* adds unnecessary complexity.

négociable. La clause d'arbitrage individuel de TELUS empêche en fait les clients commerciaux d'avoir accès à la justice lorsqu'une réclamation de faible valeur ne justifie pas la dépense. Son caractère obligatoire, en outre, indique que les principes sous-jacents de l'autonomie des parties et de la liberté contractuelle brillent par leur absence.

En insérant l'exigence du caractère raisonnable dans l'al. 7(5)b) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, le législateur provincial a manifestement prévu que, dans certains cas, il ne serait pas raisonnable de dissocier les questions traitées dans la convention d'arbitrage des autres questions. La possibilité d'avoir recours au pouvoir discrétionnaire prévu au par. 7(5) n'a pas pour effet d'obliger les juges à permettre que l'instance relative à un recours collectif comportant des réclamations arbitrables se poursuive : ils peuvent simplement décider quand il est raisonnable de le faire. L'élimination de ce pouvoir discrétionnaire, par contre, réduit à néant l'accès à la justice. Dans ce contexte, le par. 7(5) doit être interprété de façon à conférer aux juges le pouvoir discrétionnaire de refuser de surseoir aux réclamations arbitrables s'il n'est pas raisonnable de les dissocier des réclamations non arbitrables. Cette interprétation s'applique tout autant lorsque l'instance oppose deux parties désignées ou plus que lorsqu'il s'agit d'un recours collectif. Une interprétation du par. 7(5) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* qui permet que des questions par ailleurs arbitrables soient jointes aux recours collectifs afin d'éviter, dans l'intérêt public, le dédoublement des instances, des coûts plus élevés et le risque de résultats incohérents s'accorde avec le texte des dispositions et le régime créé par celles-ci et est conforme non seulement aux objets ayant motivé l'adoption de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, mais aussi à l'objet du par. 7(5) lui-même.

L'interprétation préconisée par TELUS donnerait lieu à des examens des faits longs et coûteux quant à la façon dont les réclamations arbitrables seraient dissociées de celles qui ne le sont pas, même lorsque le fond des réclamations est identique, comme en l'espèce. Les deux parties ont reconnu les difficultés éventuelles que peut susciter le fait d'établir une distinction entre le « consommateur » au sens de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui échappe à l'arbitrage, et le client commercial, qui n'y échappe pas. Cette distinction pourrait être particulièrement difficile à établir pour les personnes qui utilisent leur téléphone cellulaire tant à des fins personnelles que dans le cadre de leur entreprise. Établir si ces personnes tombent sous le coup de l'exception prévue dans la *Loi sur la protection du consommateur* rendrait l'analyse inutilement plus complexe.

The purpose of the *Arbitration Act, 1991*, was to facilitate the ability of parties to negotiate their own process for resolving disputes outside of the courts, on the premise that access to justice had as much to do with access to a result as with access to a judge. To impose arbitration on unwilling parties violates the spirit of the *Arbitration Act, 1991* and the arbitral process. This operates as an invisible but formidable barrier to a remedy and presumptively immunizes wrongdoing from accountability contrary to our most fundamental notions of civil justice. Section 7(5)(b) of the *Arbitration Act, 1991* gave the motions judge discretion to consider whether it was reasonable to separate the matters dealt with in the agreement (claims of business customers) from the other matters (the consumer claims). The discretion was properly exercised in this case to allow the business claims to be joined with the consumer class action dealing with the same issues.

Cases Cited

By Moldaver J.

Considered: *Griffin v. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481; *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531; **referred to:** *Corless v. Bell Mobility Inc.*, 2015 ONSC 7682; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Radewych v. Brookfield Homes (Ontario) Ltd.*, 2007 CanLII 23358, aff'd 2007 ONCA 721; *Johnston v. Goudie* (2006), 212 O.A.C. 79; *Penn-Co Construction Canada (2003) Ltd. v. Constance Lake First Nation* (2007), 66 C.L.R. (3d) 78, aff'd 2008 ONCA 768, 76 C.L.R. (3d) 1; *Frambordeaux Developments Inc. v. Romandale Farms Ltd.*, 2007 CanLII 55364; *New Era Nutrition Inc. v. Balance Bar Co.*, 2004 ABCA 280, 357 A.R. 184; *Griffin v. Dell Canada Inc.* (2009), 72 C.P.C. (6th) 158; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, 2007 SCC 35, [2007] 2 S.C.R. 921; *GreCon Dimiter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Re Rootes Motors (Canada) Ltd. and Wm. Halliday Contracting Co.*, [1952] 4 D.L.R. 300; *Ontario Hydro v. Denison Mines Ltd.*, 1992 CarswellOnt

L'objet de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* était d'accroître la capacité des parties de négocier leur propre processus de règlement extrajudiciaire des différends, en partant du principe que l'accès à la justice avait autant à voir avec l'accès à un résultat qu'avec l'accès à un juge. Imposer l'arbitrage à des parties qui n'en veulent pas va à l'encontre de l'esprit de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* et du processus arbitral. Cela tient lieu de barrière invisible, mais énorme, à la réparation et fait en sorte que les auteurs d'actes répréhensibles sont présumés soustraits à leur responsabilité, contrairement à nos notions les plus fondamentales de justice civile. L'alinéa 7(5)b de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* confèrait à la juge des requêtes le pouvoir discrétionnaire de décider s'il était raisonnable de dissocier les questions traitées dans la convention (les réclamations des clients commerciaux) des autres questions (les réclamations des consommateurs). Le pouvoir discrétionnaire dans la présente affaire a été correctement exercé pour permettre la jonction des réclamations des clients commerciaux au recours collectif intenté par des consommateurs et traitant des mêmes questions.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts examinés : *Griffin c. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481; *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531; **arrêts mentionnés :** *Corless c. Bell Mobility Inc.*, 2015 ONSC 7682; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Radewych c. Brookfield Homes (Ontario) Ltd.*, 2007 CanLII 23358, conf. par 2007 ONCA 721; *Johnston c. Goudie* (2006), 212 O.A.C. 79; *Penn-Co Construction Canada (2003) Ltd. c. Constance Lake First Nation* (2007), 66 C.L.R. (3d) 78, conf. par 2008 ONCA 768, 76 C.L.R. (3d) 1; *Frambordeaux Developments Inc. c. Romandale Farms Ltd.*, 2007 CanLII 55364; *New Era Nutrition Inc. c. Balance Bar Co.*, 2004 ABCA 280, 357 A.R. 184; *Griffin c. Dell Canada Inc.* (2009), 72 C.P.C. (6th) 158; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921; *GreCon Dimiter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Re Rootes Motors (Canada) Ltd. and Wm. Halliday Contracting Co.*, [1952] 4 D.L.R. 300; *Ontario Hydro*

3497; *Astoria Medical Group v. Health Insurance Plan of Greater New York*, 182 N.E.2d 85 (1962); *Re Arbitration Act* (1964), 47 W.W.R. 544; *Haas v. Gunasekaram*, 2016 ONCA 744, 62 B.L.R. (5th) 1; *Inforica Inc. v. CGI Information Systems and Management Consultants Inc.*, 2009 ONCA 642, 97 O.R. (3d) 161; *Alberici Western Constructors Ltd. v. Saskatchewan Power Corp.*, 2016 SKCA 46, 476 Sask. R. 255; *Briones v. National Money Mart Co.*, 2013 MBQB 168, 295 Man. R. (2d) 101, aff'd 2014 MBCA 57, 306 Man. R. (2d) 129; *MDG Kingston Inc. v. MDG Computers Canada Inc.*, 2008 ONCA 656, 92 O.R. (3d) 4; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Heller v. Uber Technologies Inc.*, 2019 ONCA 1.

By Abella and Karakatsanis JJ. (dissenting)

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27; *Griffin v. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481; *Griffin v. Dell Canada Inc.* (2009), 72 C.P.C. (6th) 158; *Radewych v. Brookfield Homes (Ontario) Ltd.*, 2007 CanLII 23358, aff'd 2007 ONCA 721; *Johnston v. Goudie* (2006), 212 O.A.C. 79; *Penn-Co Construction Canada (2003) Ltd. v. Constance Lake First Nation* (2007), 66 C.L.R. (3d) 78, aff'd 2008 ONCA 768, 76 C.L.R. (3d) 1; *Frambordeaux Developments Inc. v. Romandale Farms Ltd.*, 2007 CanLII 55364; *New Era Nutrition Inc. v. Balance Bar Co.*, 2004 ABCA 280, 245 D.L.R. (4th) 107; *R. v. Alex*, 2017 SCC 37, [2017] 1 S.C.R. 967; *Rosedale Motors Inc. v. Petro-Canada Inc.* (1998), 42 O.R. (3d) 776; *Brown v. Murphy* (2002), 59 O.R. (3d) 404; *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531.

Statutes and Regulations Cited

Arbitration Act, 1991, S.O. 1991, c. 17, ss. 1 “arbitration agreement”, 6, 7.
Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6.
Consumer Protection Act, 2002, S.O. 2002, c. 30, Sch. A, ss. 1 “consumer”, “consumer agreement”, “supplier”, 7, 8.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 106, 138.
Interpretation Act, R.S.O. 1990, c. I.11, s. 10.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 1.03(1) “proceeding”.

Authors Cited

Alberta. Institute of Law Research and Reform. Report No. 51. *Proposals for a New Alberta Arbitration Act*. Edmonton: Institute of Law Research and Reform, 1988.

c. Denison Mines Ltd., 1992 CarswellOnt 3497; *Astoria Medical Group c. Health Insurance Plan of Greater New York*, 182 N.E.2d 85 (1962); *Re Arbitration Act* (1964), 47 W.W.R. 544; *Haas c. Gunasekaram*, 2016 ONCA 744, 62 B.L.R. (5th) 1; *Inforica Inc. c. CGI Information Systems and Management Consultants Inc.*, 2009 ONCA 642, 97 O.R. (3d) 161; *Alberici Western Constructors Ltd. c. Saskatchewan Power Corp.*, 2016 SKCA 46, 476 Sask. R. 255; *Briones c. National Money Mart Co.*, 2013 MBQB 168, 295 Man. R. (2d) 101, conf. par 2014 MBCA 57, 306 Man. R. (2d) 129; *MDG Kingston Inc. c. MDG Computers Canada Inc.*, 2008 ONCA 656, 92 O.R. (3d) 4; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Heller c. Uber Technologies Inc.*, 2019 ONCA 1.

Citée par les juges Abella et Karakatsanis (dissidentes)

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27; *Griffin c. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481; *Griffin c. Dell Canada Inc.* (2009), 72 C.P.C. (6th) 158; *Radewych c. Brookfield Homes (Ontario) Ltd.*, 2007 CanLII 23358, conf. par 2007 ONCA 721; *Johnston c. Goudie* (2006), 212 O.A.C. 79; *Penn-Co Construction Canada (2003) Ltd. c. Constance Lake First Nation* (2007), 66 C.L.R. (3d) 78, conf. par 2008 ONCA 768, 76 C.L.R. (3d) 1; *Frambordeaux Developments Inc. c. Romandale Farms Ltd.*, 2007 CanLII 55364; *New Era Nutrition Inc. c. Balance Bar Co.*, 2004 ABCA 280, 245 D.L.R. (4th) 107; *R. c. Alex*, 2017 CSC 37, [2017] 1 R.C.S. 967; *Rosedale Motors Inc. c. Petro-Canada Inc.* (1998), 42 O.R. (3d) 776; *Brown c. Murphy* (2002), 59 O.R. (3d) 404; *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531.

Lois et règlements cités

Loi d'interprétation, L.R.O. 1990, c. I.11, art. 10.
Loi de 1991 sur l'arbitrage, L.O. 1991, c. 17, art. 1 « convention d'arbitrage », 6, 7.
Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, c. 6.
Loi de 2002 sur la protection du consommateur, L.O. 2002, c. 30, ann. A, art. 1 « consommateur », « convention de consommation », « fournisseur », 7, 8.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, c. C.43, art. 106, 138.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 1.03(1) « instance ».

Doctrine et autres documents cités

Alberta. Institute of Law Research and Reform. Report No. 51. *Proposals for a New Alberta Arbitration Act*. Edmonton, Institute of Law Research and Reform, 1988.

- Alberta Law Reform Institute. Final Report No. 103. *Arbitration Act: Stay and Appeal Issues*. Edmonton: Alberta Law Reform Institute, 2013.
- Casey, J. Brian. *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure*, 3rd ed. Huntington, N.Y.: Juris, 2017.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Estlund, Cynthia. “The Black Hole of Mandatory Arbitration” (2018), 96 *N.C. L. Rev.* 679.
- McEwan, J. Kenneth, and Ludmila B. Herbst. *Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated December 2018, release 16).
- McGill, Shelley. “The Conflict Between Consumer Class Actions and Contractual Arbitration Clauses” (2006), 43 *Can. Bus. L.J.* 359.
- Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates (Hansard)*, 1st Sess., 35th Parl., March 27, 1991, pp. 245, 256.
- Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates (Hansard)*, 1st Sess., 35th Parl., November 5, 1991, p. 3384.
- Pavlović, Marina, and Anthony Daimsis. “Arbitration”, in John C. Kleefeld et al., eds., *Dispute Resolution: Readings and Case Studies*, 4th ed. Toronto: Emond Montgomery, 2016.
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Uniform Law Conference of Canada. *Arbitration Amendment Act (2002)* (online: <https://www.ulcc.ca/en/uniform-acts-new-order/drafting-conventions/117-josetta-1-en-gb/uniform-actsa/arbitration-act/1108-arbitration-act-amendment>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC19_2_eng.pdf).
- 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/2019SCC-CSC19_1_eng.pdf).
- Alberta Law Reform Institute. Final Report No. 103. *Arbitration Act : Stay and Appeal Issues*, Edmonton, Alberta Law Reform Institute, 2013.
- Casey, J. Brian. *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure*, 3rd ed., Huntington (N.Y.), Juris, 2017.
- Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada. *Loi de 2002 modifiant la loi sur l’arbitrage* (en ligne : <https://www.ulcc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-moins-courantes/118-josetta-1-fr-fr/lois-uniformes/loi-sur-larbitrage/1109-larbitrage-loi-modifiant>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC19_2_fra.pdf).
- Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada. *Loi uniforme sur l’arbitrage (1990)* (en ligne : https://www.ulcc.ca/images/stories/Uniform_Acts_FR/Arbitrat_Fr.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC19_1_fra.pdf).
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.
- Estlund, Cynthia. « The Black Hole of Mandatory Arbitration » (2018), 96 *N.C. L. Rev.* 679.
- McEwan, J. Kenneth, and Ludmila B. Herbst. *Commercial Arbitration in Canada : A Guide to Domestic and International Arbitrations*, Aurora (Ont.) : Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated December 2018, release 16).
- McGill, Shelley. « The Conflict Between Consumer Class Actions and Contractual Arbitration Clauses » (2006), 43 *Rev. can. dr. comm.* 359.
- Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats (Hansard)*, 1^{re} sess., 35^e lég., 27 mars 1991, p. 245, 256.
- Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats (Hansard)*, 1^{re} sess., 35^e lég., 5 novembre 1991, p. 3384.
- Pavlović, Marina, and Anthony Daimsis. « Arbitration », in John C. Kleefeld et al., eds., *Dispute Resolution : Readings and Case Studies*, 4th ed., Toronto, Emond Montgomery, 2016.
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Blair and van Rensburg JJ.A.), 2017 ONCA 433, 138 O.R. (3d) 413, 413 D.L.R. (4th) 684, 100 C.P.C. (7th) 1, [2017] O.J. No. 2800 (QL), 2017 CarswellOnt 8100 (WL Can.), [2017] AZ-51397363, affirming a decision of Conway J., 2014 ONSC 3318, 63 C.P.C. (7th) 50, [2014] O.J. No. 5613 (QL), 2014 CarswellOnt 16562 (WL Can.).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Weiler, Blair et van Rensburg), 2017 ONCA 433, 138 O.R. (3d) 413, 413 D.L.R. (4th) 684, 100 C.P.C. (7th) 1, [2017] O.J. No. 2800 (QL), 2017 CarswellOnt 8100 (WL Can.), [2017] AZ-51397363, qui a confirmé une décision de la juge Conway, 2014 ONSC 3318, 63 C.P.C. (7th) 50, [2014] O.J. No. 5613 (QL), 2014 CarswellOnt

Appeal allowed, Wagner C.J., Abella, Karakatsanis and Martin J.J. dissenting.

D. Geoffrey G. Cowper, Q.C., Andrew D. Borrell, Alexandra Mitretodis and Alan Dabb, for the appellant.

Joel P. Rochon, Peter R. Jervis, Golnaz Nayerahmadi and Eli Karp, for the respondent.

Jonathan Eades and James L. Maxwell, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Michael Eizenga, Andrew Little, Ranjan Agarwal and Charlotte Harman, for the intervener ADR Chambers Inc.

Brandon Kain, Adam Goldenberg and Ljiljana Stanić, for the intervener the Canadian Chamber of Commerce.

Mohsen Seddigh and Daniel Hamson, for the interveners the Public Interest Advocacy Centre and the Consumers Council of Canada.

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

Marina Pavlović and Cynthia Khoo, for the intervener Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Daniel E. H. Bach, Tyler J. Planeta and Michael Sobkin, for the intervener the Consumers' Association of Canada.

The judgment of Moldaver, Gascon, Côté, Brown and Rowe J.J. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] This appeal requires the Court to decide what happens when a series of arbitration agreements, the Ontario *Arbitration Act, 1991*, S.O. 1991, c. 17

16562 (WL Can.). Pourvoi accueilli, le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis et Martin sont dissidents.

D. Geoffrey G. Cowper, c.r., Andrew D. Borrell, Alexandra Mitretodis et Alan Dabb, pour l'appelante.

Joel P. Rochon, Peter R. Jervis, Golnaz Nayerahmadi et Eli Karp, pour l'intimé.

Jonathan Eades et James L. Maxwell, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Michael Eizenga, Andrew Little, Ranjan Agarwal et Charlotte Harman, pour l'intervenante ADR Chambers Inc.

Brandon Kain, Adam Goldenberg et Ljiljana Stanić, pour l'intervenante la Chambre de commerce du Canada.

Mohsen Seddigh et Daniel Hamson, pour les intervenants le Centre pour la défense de l'intérêt public et Consumers Council of Canada.

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

Marina Pavlović et Cynthia Khoo, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Daniel E. H. Bach, Tyler J. Planeta et Michael Sobkin, pour l'intervenante l'Association des consommateurs du Canada.

Version française du jugement des juges Moldaver, Gascon, Côté, Brown et Rowe rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] La Cour est appelée à déterminer ce qui arrive lorsqu'une série de conventions d'arbitrage, la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, L.O. 1991, c. 17 (« *Loi sur*

(“*Arbitration Act*”),¹ the *Consumer Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 30, Sch. A (“*Consumer Protection Act*”), and a consumer/non-consumer class action collide.

[2] This collision occurred when the respondent, Avraham Wellman, filed a proposed class action in Ontario against the appellant, TELUS Communications Inc. (“TELUS”), on behalf of about two million Ontario residents who entered into mobile phone service contracts with the company during a specified timeframe. The class consists of both consumers and non-consumers, the latter being business customers. The action centres on the allegation that TELUS engaged in an undisclosed practice of “rounding up” calls to the next minute such that customers were overcharged and were not provided the number of minutes to which they were entitled.

[3] The contracts in question, which were not negotiated, contain standard terms and conditions drafted by TELUS, including an arbitration clause which, broadly speaking, stipulates that all claims arising out of or in relation to the contract, apart from the collection of accounts by TELUS, shall be determined through mediation and, failing that, arbitration.

[4] By virtue of the *Consumer Protection Act*, however, this arbitration clause is invalid to the extent that it would otherwise prevent class members who qualify as “consumers” from commencing or joining a class action of the kind commenced by Mr. Wellman. Indeed, as we shall see, the *Consumer Protection Act* expressly shields consumers from a stay of proceedings under the *Arbitration Act*. Consequently, they are free to pursue their claims in court. The business customers, however, do not benefit from these protections. So where does this leave them?

l’arbitrage »)¹, la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, c. 30, ann. A (« *Loi sur la protection du consommateur* »), et un recours collectif visant à la fois des consommateurs et des non-consommateurs entrent en conflit.

[2] C’est ce qui est survenu lorsque l’intimé, Avraham Wellman, a déposé un recours collectif projeté en Ontario contre l’appelante, TELUS Communications Inc. (« TELUS »), au nom d’environ deux millions de résidents ontariens ayant conclu un contrat de service de téléphonie cellulaire avec la société pendant une période donnée. Le groupe en cause est composé de consommateurs et de non-consommateurs, ces derniers étant des clients commerciaux. L’action porte sur l’allégation selon laquelle TELUS s’est livrée à une pratique non divulguée consistant à « arrondir » la durée des appels à la minute suivante, de sorte que les services étaient surfacturés aux clients et que ceux-ci ne recevaient pas le nombre de minutes auquel ils avaient droit.

[3] Les contrats en question, qui n’ont pas été négociés, renferment des conditions types rédigées par TELUS, dont une clause d’arbitrage qui stipule, en gros, que toutes les réclamations découlant du contrat ou s’y rapportant, sauf en ce qui concerne le recouvrement de créances par TELUS, doivent faire l’objet d’une médiation ou, à défaut de règlement, d’un arbitrage.

[4] Aux termes de la *Loi sur la protection du consommateur*, cette clause d’arbitrage est toutefois invalide dans la mesure où elle empêche les membres du groupe qui sont des « consommateurs » d’introduire un recours collectif ou de participer à un tel recours comme celui qu’a intenté M. Wellman. En effet, comme nous le verrons, la *Loi sur la protection du consommateur* protège expressément les consommateurs contre le sursis de l’instance qui serait prononcé en application de la *Loi sur l’arbitrage*. Ces membres du groupe peuvent donc présenter leurs réclamations devant les tribunaux. Par contre, les clients commerciaux ne bénéficient pas de ces mesures de protection. Dans quelle situation cela les place-t-il?

¹ Unless indicated otherwise, all section number references are to the *Arbitration Act*.

¹ Sauf indication contraire, tous les renvois à des dispositions législatives se rapportent à la *Loi sur l’arbitrage*.

[5] The answer, Mr. Wellman says, lies in s. 7(5) of the *Arbitration Act* which, read alongside s. 7(1), provides as follows:

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.

...

Agreement covering part of dispute

(5) The court may stay the proceeding with respect to the matters dealt with in the arbitration agreement and allow it to continue with respect to other matters if it finds that,

(a) the agreement deals with only some of the matters in respect of which the proceeding was commenced; and

(b) it is reasonable to separate the matters dealt with in the agreement from the other matters.

[6] In Mr. Wellman's submission, s. 7(5) grants the court discretion to allow *all* of the class members, consumers and business customers alike, to pursue their claims together in court, provided it would not be reasonable to separate their claims. This is so, Mr. Wellman maintains, despite the fact that the business customers contracted to resolve their claims through arbitration and would otherwise be bound by that agreement. The courts below, following *Griffin v. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481, leave to appeal refused, [2010] 1 S.C.R. viii, agreed with Mr. Wellman.

[7] TELUS sees things differently. It contends that under s. 7(5), a court has no authority to refuse to

[5] Selon M. Wellman, la réponse se trouve au par. 7(5) de la *Loi sur l'arbitrage* qui, lu conjointement avec le par. 7(1), prévoit :

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.

...

Convention s'appliquant à une partie du différend

(5) Le tribunal judiciaire peut surseoir à l'instance en ce qui touche les questions traitées dans la convention d'arbitrage et permettre qu'elle se poursuive en ce qui touche les autres questions, s'il constate :

a) d'une part, que la convention ne traite que de certaines des questions à l'égard desquelles l'instance a été introduite;

b) d'autre part, qu'il est raisonnable de dissocier les questions traitées dans la convention des autres questions.

[6] Dans ses observations, M. Wellman fait valoir que le par. 7(5) confère aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de permettre à *tous* les membres du groupe, qu'il s'agisse de consommateurs ou de clients commerciaux, de présenter ensemble leurs réclamations devant les tribunaux, pourvu qu'il ne soit pas raisonnable de dissocier leurs réclamations. Selon M. Wellman, il en est ainsi en dépit du fait que les clients commerciaux ont convenu par contrat de soumettre leurs réclamations à l'arbitrage et qu'ils sont par ailleurs liés par ce contrat. Les tribunaux d'instances inférieures ont souscrit à l'argument de M. Wellman, sur le fondement de la décision *Griffin c. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481, demande d'autorisation de pourvoi refusée, [2010] 1 R.C.S. viii.

[7] TELUS n'est pas du même avis. Selon elle, le par. 7(5) ne confère pas aux tribunaux le pouvoir

stay claims that are subject to an otherwise valid and enforceable arbitration agreement. Rather, it says that the only exceptions to the general stay provision under s. 7(1) are found in s. 7(2), and unless one of those exceptions applies, claims that are subject to arbitration *must* be stayed — full stop. It submits that since none of these exceptions applies, the business customer claims must be stayed.

[8] For reasons that follow, I am of the view that s. 7(5) of the *Arbitration Act* does not grant the court discretion to refuse to stay claims that are dealt with in an arbitration agreement. To borrow the language from this Court’s decision in *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531, it is not “a legislative override of the parties’ freedom to choose arbitration” (para. 40). Instead, as I will develop, when the s. 7 framework is considered along with the protections afforded by the *Consumer Protection Act*, it becomes clear that while the consumers remain free to pursue their claims in court, the business customers do not. Rather, they remain bound by the arbitration agreements into which they entered, thereby leaving them exposed to a stay under s. 7(1) of the *Arbitration Act*. The only potential exception to s. 7(1) sought to be invoked on behalf of the business customers in this case, the partial stay provision under s. 7(5), offers no assistance. This is because the sole “matter” at issue in the proceeding — alleged overbilling — is dealt with in the arbitration agreements into which the consumers and business customers entered, such that the first precondition set out in s. 7(5)(a) is not met. Consequently, the general rule under s. 7(1) is left intact insofar as the business customers are concerned.

[9] I would therefore allow the appeal and stay the business customer claims accordingly.

de refuser d’ordonner le sursis des réclamations qui sont visées par une convention d’arbitrage par ailleurs valide et exécutoire. Elle est plutôt d’avis que les seules exceptions possibles à la règle générale relative au sursis prévue au par. 7(1) sont énoncées au par. 7(2) et que, si aucune de ces exceptions ne s’applique, les réclamations qui sont assujetties à l’arbitrage *doivent* être suspendues, point. Toujours selon TELUS, comme ni l’une ni l’autre de ces exceptions ne s’appliquent, le tribunal doit ordonner le sursis des réclamations des clients commerciaux.

[8] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que le par. 7(5) de la *Loi sur l’arbitrage* ne confère pas aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de refuser d’ordonner le sursis des réclamations qui sont visées par une convention d’arbitrage. Pour reprendre les propos de la Cour dans l’arrêt *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531, il ne s’agit pas d’une « dérogation législative à la liberté des parties de choisir l’arbitrage » (par. 40). Comme je l’expliquerai plus en détail ultérieurement, lorsque l’art. 7 est envisagé conjointement avec les protections conférées par la *Loi sur la protection du consommateur*, il devient évident que si les consommateurs sont libres de présenter leurs réclamations devant les tribunaux, les clients commerciaux ne le sont pas. Ces derniers restent plutôt liés par les conventions d’arbitrage dont ils ont convenu, ce qui les expose au sursis prévu au par. 7(1) de la *Loi sur l’arbitrage*. La seule exception potentielle à cette disposition, qu’on cherche à invoquer au nom des clients commerciaux en l’espèce, soit la disposition relative au sursis partiel prévue au par. 7(5), ne leur est d’aucun secours. Il en est ainsi parce que la seule « question » en litige dans la présente affaire — soit la prétendue surfacturation — est visée par les conventions d’arbitrage qu’ont signées tant les consommateurs que les clients commerciaux, de sorte qu’il n’est pas satisfait à la première condition préalable énoncée à l’al. 7(5)a). La règle générale prévue au par. 7(1) reste donc intacte en ce qui a trait aux clients commerciaux.

[9] Je suis donc d’avis d’accueillir l’appel et d’ordonner le sursis des réclamations des clients commerciaux.

II. Background

A. *TELUS Mobile Phone Service Contracts*

[10] Mobile phone services arrived in Canada in the mid-1980s. For about a decade, the main service providers, including TELUS, billed customers on a per-minute basis. TELUS then started offering per-second billing but returned to per-minute billing in 2002.

[11] Throughout the relevant period, TELUS's monthly plans included a fixed number of minutes for a set fee, with additional charges for excess usage. For example, TELUS offered a plan giving customers 50 minutes of service plus 50 local minutes for \$30, with a charge of 30 cents for each additional local minute. Usage was calculated by rounding up call length to the next minute. So, for example, a call lasting one minute and one second was rounded up to two minutes.

[12] Each customer who signed up for a per-minute plan entered into a written contract incorporating TELUS's standard terms and conditions, including an arbitration clause which, broadly speaking, stipulates that all claims arising out of or in relation to the contract, apart from the collection of accounts by TELUS, must be determined by private and confidential mediation and, failing that, private, confidential, and binding arbitration.

B. *Mr. Wellman's Class Action*

[13] In 2006, Mr. Wellman entered into a per-minute plan with TELUS. Years later, he filed a proposed class action in Ontario against TELUS² alleging that between 2002 and 2010, TELUS's standard terms

² Mr. Wellman in fact sued three defendants — TELUS, TELUS Communications Company, and Tele-Mobile Company — but TELUS is the only remaining defendant, as the other two have ceased to exist and their assets and liabilities have been transferred to TELUS.

II. Le contexte

A. *Les contrats de service de téléphonie cellulaire de TELUS*

[10] Des services de téléphonie cellulaire sont offerts au Canada depuis le milieu des années 1980. Pendant environ une dizaine d'années, les principaux fournisseurs de services, dont TELUS, facturaient les services aux clients à la minute. TELUS a ensuite commencé à facturer à la seconde, mais elle est revenue à la facturation à la minute en 2002.

[11] Tout au long de la période en cause, les plans mensuels de TELUS offraient un nombre fixe de minutes pour un prix donné, et prévoyaient des frais additionnels pour toute utilisation excédentaire. Par exemple, TELUS offrait un plan qui donnait aux clients 50 minutes de service plus 50 minutes d'appels locaux pour 30 \$, et des frais de 30 cents s'appliquaient pour chaque minute locale additionnelle. L'utilisation était calculée en arrondissant la durée de chaque appel à la minute suivante. Par exemple, la durée d'un appel d'une minute et une seconde était arrondie à deux minutes.

[12] Tous les clients qui ont souscrit à un plan de service de téléphonie à la minute ont conclu un contrat écrit comprenant les conditions types de TELUS, dont une clause d'arbitrage. Celle-ci prévoit, en gros, que toute réclamation découlant du contrat ou s'y rapportant, sauf en ce qui concerne le recouvrement de créances par TELUS, doit faire l'objet d'une médiation privée et confidentielle ou, à défaut de règlement, d'un arbitrage privé, confidentiel et final.

B. *Le recours collectif introduit par M. Wellman*

[13] En 2006, M. Wellman a souscrit à un plan à la minute avec TELUS. Des années plus tard, il a déposé un recours collectif projeté en Ontario contre TELUS², alléguant que, entre 2002 et 2010,

² En fait, M. Wellman a nommé trois défenderesses — TELUS, TELUS Communications Company et Tele-Mobile Company — mais TELUS est la seule demanderesse qui reste, car les deux autres ont cessé leurs activités; leurs actifs et leurs passifs ont été transférés à TELUS.

and conditions made no mention of the practice of rounding up. The action consists of some two million Ontario residents who entered into per-minute plans with TELUS between August 2006 and July 2010. Seventy percent of the class members (about 1,400,000) are consumers who purchased plans for personal use, while 30 percent (about 600,000) are non-consumers who purchased plans for business use.

[14] Mr. Wellman, who pleads that he qualifies as a consumer, alleges that TELUS's undisclosed practice of rounding up accelerated the depletion of the fixed number of minutes class members purchased and prematurely subjected them to excess usage charges. Consequently, he says, class members were overcharged and were not provided the number of minutes to which they were entitled. On this basis, he asserts three causes of action: breach of contract, breach of the *Consumer Protection Act*, and unjust enrichment. He claims \$500 million in damages and \$20 million in punitive damages on behalf of the class.

[15] Mr. Wellman brought a motion to have the action certified as a class action under the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6 (“*Class Proceedings Act*”).³ In response, TELUS brought a motion to have the proceeding stayed with respect to the non-consumer claims, relying on the arbitration clause contained in its standard terms and conditions.

III. Statutory Provisions

[16] Two statutes lie at the heart of this appeal: the *Arbitration Act* and the *Consumer Protection*

³ Another proposed class action, commenced by Jason Corless, advances substantially similar allegations against Bell Mobility Inc., and the certification application in that action was heard together with the application in the TELUS litigation. This appeal does not concern the Bell action.

les conditions types de TELUS ne mentionnaient pas la pratique consistant à arrondir la durée des appels. L'action vise quelque deux millions de résidents ontariens qui ont souscrit à un plan à la minute avec TELUS entre août 2006 et juillet 2010. Soixante-dix pour cent des membres du groupe (soit environ 1 400 000 membres) sont des consommateurs qui ont acheté des plans pour leur usage personnel, et 30 pour 100 des membres (soit environ 600 000 membres) sont des non-consommateurs qui ont acheté des plans pour un usage commercial.

[14] M. Wellman, qui soutient être un consommateur, allègue que la pratique non divulguée de TELUS consistant à arrondir la durée des appels a fait en sorte que les membres du groupe ont épuisé plus rapidement le nombre fixe de minutes qu'ils avaient acheté et que des frais d'utilisation excédentaire leur ont été facturés de façon prématurément. Il affirme que les membres du groupe ont donc fait l'objet d'une surfacturation et n'ont pas reçu le nombre de minutes auquel ils avaient droit. Sur ce fondement, il fait valoir trois causes d'action : la rupture de contrat, la violation de la *Loi sur la protection du consommateur* et l'enrichissement injustifié. Il réclame des dommages-intérêts de 500 millions de dollars et des dommages-intérêts punitifs de 20 millions de dollars au nom du groupe.

[15] M. Wellman a présenté une motion en vue de faire certifier le recours collectif sous le régime de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6 (« *Loi sur les recours collectifs* »).³ En réponse, TELUS a présenté une motion en sursis de l'instance relativement aux réclamations des non-consommateurs, invoquant la clause d'arbitrage énoncée dans les conditions types de ses contrats.

III. Les dispositions législatives applicables

[16] Deux lois sont au cœur du présent appel : la *Loi sur l'arbitrage* et la *Loi sur la protection du*

³ Des allégations similaires ont été faites contre Bell Mobilité Inc. dans le cadre d'un autre recours collectif projeté, introduit par Jason Corless. La demande de certification dans cette affaire a été entendue en même temps que la demande présentée dans l'affaire TELUS. Le présent pourvoi ne concerne pas l'action contre Bell.

Act. The key sections of these two pieces of legislation are set out below. As it happens, there is some overlap in terms of section numbers, so care must be taken to keep in mind which statute is being discussed when a section number is referred to in these reasons.

Arbitration Act, 1991, S.O. 1991, c. 17

Definitions

1 In this Act,

“arbitration agreement” means an agreement by which two or more persons agree to submit to arbitration a dispute that has arisen or may arise between them;

...

COURT INTERVENTION

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.

consommateur. Les articles clés de ces deux textes législatifs sont reproduits ci-après. Il se trouve que les numéros des dispositions en cause sont partiellement les mêmes; lorsque je réfère à un article dans les présents motifs, il importe donc de garder à l'esprit de quelle loi il est question.

Loi de 1991 sur l'arbitrage, L.O. 1991, c. 17

Définitions

1 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

...

« convention d'arbitrage » Convention par laquelle plusieurs personnes conviennent de soumettre à l'arbitrage un différend survenu ou susceptible de survenir entre elles.

...

INTERVENTION DU TRIBUNAL JUDICIAIRE

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) 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.

Arbitration may continue

(3) An arbitration of the dispute may be commenced and continued while the motion is before the court.

Effect of refusal to stay

- (4) If the court refuses to stay the proceeding,
- (a) no arbitration of the dispute shall be commenced; and
 - (b) an arbitration that has been commenced shall not be continued, and anything done in connection with the arbitration before the court made its decision is without effect.

Agreement covering part of dispute

(5) The court may stay the proceeding with respect to the matters dealt with in the arbitration agreement and allow it to continue with respect to other matters if it finds that,

- (a) the agreement deals with only some of the matters in respect of which the proceeding was commenced; and
- (b) it is reasonable to separate the matters dealt with in the agreement from the other matters.

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.

Poursuite de l'arbitrage

(3) L'arbitrage du différend peut être engagé et poursuivi pendant que la motion est devant le tribunal judiciaire.

Conséquences du refus de surseoir

- (4) Si le tribunal judiciaire refuse de surseoir à l'instance :
- a) d'une part, aucun arbitrage du différend ne peut être engagé;
 - b) d'autre part, l'arbitrage qui a été engagé ne peut être poursuivi, et tout ce qui a été fait dans le cadre de l'arbitrage avant que le tribunal judiciaire ne rende sa décision est sans effet.

Convention s'appliquant à une partie du différend

(5) Le tribunal judiciaire peut surseoir à l'instance en ce qui touche les questions traitées dans la convention d'arbitrage et permettre qu'elle se poursuive en ce qui touche les autres questions, s'il constate :

- a) d'une part, que la convention ne traite que de certaines des questions à l'égard desquelles l'instance a été introduite;
- b) d'autre part, qu'il est raisonnable de dissocier les questions traitées dans la convention des autres questions.

No appeal

(6) There is no appeal from the court's decision.

Consumer Protection Act, 2002, S.O. 2002, c. 30, Sch. A

No waiver of substantive and procedural rights

7 (1) The substantive and procedural rights given under this Act apply despite any agreement or waiver to the contrary.

Limitation on effect of term requiring arbitration

(2) Without limiting the generality of subsection (1), any term or acknowledgment in a consumer agreement or a related agreement that requires or has the effect of requiring that disputes arising out of the consumer agreement be submitted to arbitration is invalid insofar as it prevents a consumer from exercising a right to commence an action in the Superior Court of Justice given under this Act.

...

Non-application of *Arbitration Act, 1991*

(5) Subsection 7 (1) of the *Arbitration Act, 1991* does not apply in respect of any proceeding to which subsection (2) applies unless, after the dispute arises, the consumer agrees to submit the dispute to arbitration.

Class proceedings

8 (1) A consumer may commence a proceeding on behalf of members of a class under the *Class Proceedings Act, 1992* or may become a member of a class in such a proceeding in respect of a dispute arising out of a consumer agreement despite any term or acknowledgment in the consumer agreement or a related agreement that purports to prevent or has the effect of preventing the consumer from commencing or becoming a member of a class proceeding.

Décision sans appel

(6) La décision du tribunal judiciaire n'est pas susceptible d'appel.

Loi de 2002 sur la protection des consommateurs, L.O. 2002, c. 30, ann. A

Aucune renonciation aux droits substantiels et procéduraux

7 (1) Les droits substantiels et procéduraux accordés en application de la présente loi s'appliquent malgré toute convention ou renonciation à l'effet contraire.

Restriction de l'effet d'une condition exigeant l'arbitrage

(2) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), est invalide, dans la mesure où elle empêche le consommateur d'exercer son droit d'introduire une action devant la Cour supérieure de justice en vertu de la présente loi, la condition ou la reconnaissance, énoncée dans une convention de consommation ou une convention connexe, qui exige ou a pour effet d'exiger que les différends relatifs à la convention de consommation soient soumis à l'arbitrage.

...

Non-application de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*

(5) Le paragraphe 7(1) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* ne s'applique pas à l'instance visée au paragraphe (2), sauf si, après la naissance du différend, le consommateur consent à le soumettre à l'arbitrage.

Recours collectif

8 (1) Le consommateur peut, en vertu de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, introduire une instance au nom des membres d'un groupe ou devenir membre d'un groupe dans une telle instance à l'égard d'un différend relatif à une convention de consommation malgré toute condition ou reconnaissance, énoncée dans la convention de consommation ou une convention connexe, qui aurait ou a pour effet de l'empêcher d'introduire un recours collectif ou de devenir membre d'un tel groupe.

IV. Decisions Below

A. *Ontario Superior Court (Conway J.), 2014 ONSC 3318, 63 C.P.C. (7th) 50*

[17] Before the motions judge, Conway J., TELUS conceded that s. 7(2) of the *Consumer Protection Act* shielded the consumers from the effect of the arbitration clause. It maintained, however, that the claims of the business customers, who enjoy no protection under the *Consumer Protection Act*, had to be stayed because they were subject to a valid and binding arbitration agreement.

[18] The motions judge disagreed. Relying on the Ontario Court of Appeal's decision in *Griffin*, she held that s. 7(5) of the *Arbitration Act* grants the courts discretion to refuse a stay where it would not be reasonable to separate the matters dealt with in the arbitration agreement from the other matters, thereby allowing *all* of the matters to proceed in court. She added that pursuant to *Griffin*, "this discretion may be exercised to allow non-consumer claims (that are otherwise subject to an arbitration clause) to participate in a class action, where it is reasonable to do so" (para. 89). She rejected TELUS's contention that *Griffin* had been overruled by this Court's decision in *Seidel*.

[19] She then turned to the application of s. 7(5) of the *Arbitration Act*. She found that it would not be reasonable to separate the consumer claims from the business customer claims, observing that:

- the consumer claims represented 70 percent of all claims;
- the liability and damage issues for both consumers and business customers were the same;

IV. Les décisions des juridictions d'instances inférieures

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (la juge Conway), 2014 ONSC 3318, 63 C.P.C. (7th) 50*

[17] Devant la juge des motions, à savoir la juge Conway, TELUS a admis que le par. 7(2) de la *Loi sur la protection du consommateur* protégeait les consommateurs contre les effets de la clause d'arbitrage. Elle a toutefois fait valoir qu'il fallait surseoir aux réclamations des clients commerciaux, qui ne bénéficient d'aucune protection sous le régime de la *Loi sur la protection du consommateur*, parce qu'elles étaient visées par une convention d'arbitrage valide et exécutoire.

[18] La juge des motions n'était pas d'accord. Sur le fondement de la décision *Griffin* de la Cour d'appel de l'Ontario, elle a affirmé que le par. 7(5) de la *Loi sur l'arbitrage* confère aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder un sursis dans les cas où il ne serait pas raisonnable de dissocier les questions traitées dans la convention d'arbitrage des autres questions, de manière à ce que *toutes* les questions puissent être soumises au tribunal. Elle a ajouté que, suivant la décision *Griffin*, [TRADUCTION] « ce pouvoir discrétionnaire peut être exercé pour que les réclamations des non-consommateurs (qui sont autrement visées par une clause d'arbitrage) puissent être présentées dans le cadre d'un recours collectif, lorsqu'il est raisonnable de le faire » (par. 89). Elle a rejeté la prétention de TELUS selon laquelle la décision *Griffin* aurait été supplantée par l'arrêt *Seidel*, rendu par la Cour.

[19] La juge des motions s'est ensuite penchée sur l'application du par. 7(5) de la *Loi sur l'arbitrage*. Elle a conclu qu'il ne serait pas raisonnable de dissocier les réclamations des consommateurs de celles des clients commerciaux. Elle a souligné que :

- les réclamations des consommateurs représentaient 70 pour 100 de l'ensemble des réclamations;
- les questions de la responsabilité et des dommages étaient les mêmes pour les consommateurs et les clients commerciaux;

- group arbitration was not permitted for the business customer claims; and
- separating the two proceedings could lead to inefficiency, risk inconsistent results, and create a multiplicity of proceedings.

[20] Given her finding that it would not be reasonable to separate the consumer claims from the business customer claims, the motions judge declined to stay the business customer claims. Further, she applied the five-part test for certification and concluded that it had been met, certifying the action accordingly. TELUS appealed her dismissal of the stay application.⁴

B. *Ontario Court of Appeal (Weiler, Blair and van Rensburg J.J.A.), 2017 ONCA 433, 138 O.R. (3d) 413*

- (1) Majority Reasons (van Rensburg J.A., Weiler J.A. Concurring)

[21] Justice van Rensburg, writing for herself and Justice Weiler, stated that the “sole issue” on appeal was whether *Griffin* had been overtaken by *Seidel* (para. 97). She answered “no”. She considered that *Griffin* was “consistent in principle with *Seidel* but was decided in a different legislative context” (para. 59), adding that “[t]he outcomes in the two cases were driven, not by competing attitudes toward arbitration as a dispute resolution mechanism, but by the specific legislative framework in each jurisdiction respecting arbitration and consumer protection” (para. 60). She reasoned that while *Seidel* recognizes the value and importance of private arbitration and affirms that arbitration clauses will generally be upheld, *Griffin* “does not contradict the general principle that contractual

⁴ TELUS also sought leave to appeal the certification order to the Divisional Court. That motion was dismissed (see *Corless v. Bell Mobility Inc.*, 2015 ONSC 7682). The Divisional Court’s decision is not challenged in this appeal, nor are the merits of Mr. Wellman’s allegations in the underlying class action.

- les réclamations des clients commerciaux ne pouvaient pas être soumises à un arbitrage collectif;
- la dissociation des deux instances pourrait créer de l’inefficacité, mener à des résultats incohérents et entraîner la multiplicité des instances.

[20] Vu sa conclusion selon laquelle il ne serait pas raisonnable de dissocier les réclamations des consommateurs de celles des clients commerciaux, la juge des motions a refusé d’ordonner le sursis des réclamations des clients commerciaux. De plus, elle a appliqué le critère à cinq volets en vue de la certification et a conclu qu’il y était satisfait. Elle a donc certifié le recours. TELUS a interjeté appel de ce rejet de la demande de sursis⁴.

B. *Cour d’appel de l’Ontario (les juges Weiler, Blair et van Rensburg), 2017 ONCA 433, 138 O.R. (3d) 413*

- (1) Les motifs des juges majoritaires (la juge van Rensburg, avec l’accord de la juge Weiler)

[21] S’exprimant en son nom et en celui de la juge Weiler, la juge van Rensburg a affirmé que la [TRADUCTION] « seule question » en appel était celle de savoir si la décision *Griffin* avait été supplantée par l’arrêt *Seidel* (par. 97). Elle y a répondu par la négative. Selon elle, la décision *Griffin* est « compatible sur le plan des principes avec l’arrêt *Seidel*, mais a été rendue dans un contexte législatif différent » (par. 59). Elle a ajouté que « [l]’issue de ces deux affaires a été dictée non pas par des points de vue divergents à l’égard de l’arbitrage en tant que mécanisme de résolution des différends, mais plutôt par le cadre législatif propre à chaque juridiction en matière d’arbitrage et de protection des consommateurs » (par. 60). Selon la juge van Rensburg, l’arrêt *Seidel* reconnaît bel et bien l’utilité

⁴ TELUS a aussi demandé l’autorisation d’interjeter appel de l’ordonnance de certification devant la Cour divisionnaire. Cette motion a été rejetée (voir *Corless c. Bell Mobility Inc.*, 2015 ONSC 7682). La décision rendue par la Cour divisionnaire n’est pas contestée dans le cadre du présent pourvoi — le bien-fondé des allégations de M. Wellman dans le recours collectif sous-jacent ne l’est pas non plus.

arbitration clauses presumptively will be enforced” (para. 62).

[22] Having determined that *Griffin* remained good law, she described the s. 7 regime as follows:

While s. 7(1) of Ontario’s *Arbitration Act* provides that a court “shall” stay a court proceeding commenced by a party to an arbitration agreement on the motion of another party to the agreement, this is subject to the exceptions set out in s. 7(2). The exceptions confer a discretion on the court to intervene (1) where a party entered into the agreement while under a legal incapacity, (2) where the arbitration agreement is invalid, (3) where the subject matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under Ontario law, (4) where the motion was brought with undue delay and (5) where the matter is a proper one for default or summary judgment

Section 7(5) of the *Arbitration Act* is an extension of the court’s discretion and operates where an action has been commenced and the arbitration agreement covers some, but not all, claims. In such a case, the court may grant a partial stay, but only where it is “reasonable to separate the matters dealt with in the agreement from the other matters”. Section 7(5) anticipates that when an action contains claims that are subject to an arbitration agreement and claims that are not, bifurcated proceedings will result when it is reasonable to impose a partial stay. When a partial stay is not reasonable, the proceedings will not be bifurcated.

In Ontario, accordingly, courts have the discretion to refuse to enforce an arbitration clause that covers some claims in an action when other claims are not subject to domestic arbitration. It is this legislative choice that drives the analysis. [paras. 71-73]

[23] She went on to consider two further arguments advanced by TELUS. First, relying on this Court’s decision in *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666, TELUS maintained

et l’importance de l’arbitrage privé et confirme que les clauses d’arbitrage sont généralement maintenues, mais la décision *Griffin* « ne contredit pas le principe général selon lequel il faut présumer que les clauses d’arbitrage contractuelles seront appliquées » (par. 62).

[22] Ayant jugé que la décision *Griffin* demeurait un précédent valable, la juge van Rensburg a décrit ainsi le régime prescrit par l’art. 7 :

[TRADUCTION] Bien que le paragraphe 7(1) de la *Loi sur l’arbitrage* de l’Ontario prévoit qu’un tribunal « doit » surseoir à l’instance introduite par une partie à une convention d’arbitrage, sur la motion d’une autre partie à la convention, cette règle est assujettie aux exceptions énoncées au par. 7(2). Ces exceptions confèrent au tribunal le pouvoir discrétionnaire d’intervenir dans les cas où : (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, et (5) la question est propre à un jugement par défaut ou à un jugement sommaire

Le paragraphe 7(5) de la *Loi sur l’arbitrage* élargit le pouvoir discrétionnaire du tribunal. Il s’applique lorsqu’une action a été introduite et que la convention d’arbitrage ne traite que de certaines des réclamations. Dans ce cas, le tribunal peut accorder un sursis partiel, mais seulement s’il est « raisonnable de dissocier les questions traitées dans la convention des autres questions ». Le paragraphe 7(5) prévoit que lorsqu’une action concerne des réclamations visées par une convention d’arbitrage et des réclamations qui ne le sont pas, l’instance est scindée s’il est raisonnable d’accorder un sursis partiel et vice versa.

Par conséquent, en Ontario, les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire de refuser d’appliquer une clause d’arbitrage qui vise certaines des réclamations à l’égard desquelles l’action a été introduite lorsque certaines autres réclamations ne sont pas soumises à un arbitrage interne. C’est ce choix législatif qui dicte l’analyse. [par. 71-73]

[23] La juge van Rensburg a ensuite examiné deux autres arguments avancés par TELUS. Premièrement, en s’appuyant sur l’arrêt de la Cour dans *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S.

that the procedural device of a class action proceeding does not alter the parties' substantive right to choose arbitration. Second, TELUS claimed that s. 7(5) cannot be read as conferring jurisdiction over claims that the parties have agreed to submit to arbitration and that such claims are subject to the mandatory stay under s. 7(1).

[24] Justice van Rensburg rejected both of these arguments. She stated that TELUS had misinterpreted *Seidel* and ignored its main teaching: "... the enforceability of an arbitration clause depends on the legislative context and whether the legislature intended to limit the freedom to arbitrate" (para. 81). She added that *Seidel* did not characterize the issue as one of jurisdiction, nor did it speak in terms of procedural versus substantive rights. Instead, the issue was one of statutory interpretation. She also saw nothing in the *Arbitration Act* suggesting that an arbitration clause removes or ousts the court's jurisdiction over a dispute, adding that "injecting the question of jurisdiction into the discussion of whether a partial stay of proceedings can be granted under Ontario's *Arbitration Act* is both unnecessary and misleading" (para. 86).

[25] In the result, the Court of Appeal dismissed the appeal and upheld the motions judge's decision to refuse a stay.

(2) Concurring Reasons (Blair J.A.)

[26] In brief concurring reasons, Blair J.A. agreed in the result but arrived at this outcome "on a more restricted basis" (para. 100). He agreed that *Griffin* had not been overtaken by *Seidel* and that *Griffin* was dispositive of the issue before the court. However, he expressed "reservations about the correctness of the decision in *Griffin* as it relates to a partial stay of the non-consumer claims" (para. 101). In particular, he raised two questions which he said were not

666, TELUS a soutenu que le mécanisme procédural du recours collectif ne modifie pas le droit substantiel des parties de choisir d'avoir recours à l'arbitrage. Deuxièmement, elle a fait valoir que le par. 7(5) ne doit pas être interprété comme attribuant aux tribunaux la compétence de statuer sur des réclamations que les parties ont convenu de soumettre à l'arbitrage et que ces réclamations sont donc visées par le sursis obligatoire prévu au par. 7(1).

[24] La juge van Rensburg a rejeté ces deux arguments. À son avis, TELUS avait mal interprété l'arrêt *Seidel* et n'avait pas tenu compte du principe le plus important qui découle de cet arrêt, soit que : [TRADUCTION] « . . . l'applicabilité d'une clause d'arbitrage dépend du contexte législatif et de la question de savoir si le législateur avait eu l'intention de limiter la liberté des parties d'avoir recours à l'arbitrage » (par. 81). Elle a ajouté que l'arrêt *Seidel* ne qualifie pas le sujet de question de compétence et qu'il ne parle pas non plus de droits procéduraux ou substantiels qu'il faudrait traiter distinctement. Selon elle, cet arrêt porte plutôt sur une question d'interprétation législative. La juge van Rensburg a par ailleurs ajouté que rien dans la *Loi sur l'arbitrage* ne donne à penser qu'une clause d'arbitrage retire ou écarte la compétence du tribunal à l'égard d'un différend, ajoutant que « l'introduction de la notion de compétence dans l'analyse de la question de savoir si un sursis partiel peut être accordé en application de la *Loi sur l'arbitrage* de l'Ontario est inutile et trompeuse » (par. 86).

[25] En conséquence, la Cour d'appel a rejeté l'appel et confirmé la décision de la juge des motions de refuser de surseoir à l'instance.

(2) Les motifs concordants (le juge Blair)

[26] Dans ses brefs motifs concordants, le juge Blair est parvenu au même résultat, mais [TRADUCTION] « de façon plus restrictive » (par. 100). Il a convenu que la décision *Griffin* n'avait pas été supplantée par l'arrêt *Seidel* et qu'elle était déterminante en ce qui concerne la question en litige dont la cour était saisie. Cependant, il a indiqué avoir des « réserves quant à la justesse de la décision *Griffin* en ce qui a trait au sursis partiel des réclamations

addressed in *Griffin* but which “may warrant further consideration” (para. 103).

[27] First, he asked, “as a matter of statutory interpretation, may the words ‘other matters’ in s. 7(5) of the *Arbitration Act, 1991* — when considered in the context of s. 7 as a whole and the purposes of that Act — be read in a way that cross-pollinates the partial-refusal-to-stay power from a single arbitration agreement context to other arbitration agreements involving different parties and containing arbitration clauses that are otherwise valid and enforceable? Or do ‘other matters’ refer to other matters arising between the same contracting parties but that are not covered by the arbitration agreement between them?” (para. 104). He observed that s. 7 of the *Arbitration Act* “appears to address circumstances relating to a single arbitration agreement, and not the interconnection between a number of such agreements involving different parties” (para. 104).

[28] Second, he asked, “more generally, ought litigants be entitled to sidestep what would otherwise be substantive and statutory impediments to proceeding in court with an arbitral claim by the simple expedient of adding consumer claims (which cannot be stayed, by virtue of the *Consumer Protection Act*), to non-consumer claims (which generally are subject to a mandatory stay) and wrapping all claims in the cloak of a class proceeding? Put another way, may the *Class Proceedings Act* (a procedural rights statute) be used to override the provisions of the *Arbitration Act, 1991* affording contractual parties the right to agree to binding arbitration (a substantive right)?” (para. 105).

présentées par les non-consommateurs » (par. 101). Il a traité plus particulièrement de deux questions qui, selon lui, n’ont pas été abordées dans la décision *Griffin*, mais qui « mériteraient peut-être qu’on s’y attarde davantage » (par. 103).

[27] Il a d’abord posé la question suivante : [TRADUCTION] « compte tenu des principes d’interprétation législative, l’expression “autres questions” employée au par. 7(5) de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* — dans le contexte de l’art. 7 dans son ensemble et de l’objet de la Loi — peut-elle être interprétée comme signifiant que le pouvoir d’accorder un sursis partiel dans le contexte d’une convention d’arbitrage s’applique aussi dans le contexte d’autres conventions d’arbitrage conclues par des parties différentes et contenant des clauses d’arbitrage par ailleurs valides et exécutoires, ou renvoie-t-elle plutôt à d’autres questions visant les mêmes parties contractantes, mais non traitées dans la convention d’arbitrage conclue par elles? » (par. 104). À son avis, l’art. 7 de la *Loi sur l’arbitrage* « semble traiter de circonstances se rapportant à une convention d’arbitrage particulière et non de liens entre différentes conventions conclues par des parties différentes » (par. 104).

[28] Le juge Blair a aussi posé la question suivante : [TRADUCTION] « de façon plus générale, les parties à un litige devraient-elles avoir le droit de contourner les obstacles par ailleurs substantiels et législatifs liés à la présentation devant le tribunal d’une réclamation devant être soumise à l’arbitrage en ajoutant tout simplement les réclamations de consommateurs (qui ne peuvent faire l’objet d’un sursis, en application de la *Loi sur la protection du consommateur*) aux réclamations des non-consommateurs (qui font généralement l’objet d’un sursis obligatoire) et en regroupant toutes les réclamations dans un seul recours collectif? Autrement dit, la *Loi sur les recours collectifs* (une loi portant sur un droit procédural) peut-elle être invoquée pour déroger aux dispositions de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* qui accordent aux parties contractantes le droit de convenir du recours à l’arbitrage exécutoire (un droit substantiel)? » (par. 105).

V. Issue

[29] In the context of a proposed consumer/non-consumer class action where only the non-consumer claims are subject to an otherwise valid and binding arbitration agreement, does s. 7(5) of the *Arbitration Act* grant the court discretion to refuse to stay the non-consumer claims?

VI. Analysis

A. *Standard of Review*

[30] The issue on appeal is one of statutory interpretation and is therefore properly characterized as a question of law (see *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at para. 33). As such, the standard of review is correctness (see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 8).

B. *Key Precedents*

[31] The two main jurisprudential pillars on which the parties' arguments rest are *Griffin* and *Seidel*. The relationship between these two decisions was at the heart of the courts' decisions below. Accordingly, as a preliminary matter, it will be useful to provide a brief overview of these two key decisions.

(1) Griffin

[32] *Griffin* involved a proposed class action brought in Ontario on behalf of purchasers — both consumers and non-consumers⁵ — of allegedly defective Dell computers. Dell's standard form agreement contained a mandatory arbitration clause. The plaintiff brought a motion to certify the action as a class proceeding, to which Dell responded with a

⁵ The representative plaintiff who qualified as a "consumer" was added only after certification was granted (see *Griffin*, at para. 2).

V. La question en litige

[29] Dans le contexte d'un recours collectif projeté mettant en jeu des consommateurs et des non-consommateurs, lorsque seules les réclamations présentées par les non-consommateurs sont visées par une convention d'arbitrage par ailleurs valide et exécutoire, le par. 7(5) de la *Loi sur l'arbitrage* confère-t-il au tribunal le pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder un sursis à l'égard des réclamations de ces derniers?

VI. Analyse

A. *La norme de contrôle*

[30] La question en appel est une question d'interprétation législative et est par conséquent proprement qualifiée de question de droit (voir *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, par. 33). Ainsi, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte (voir *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8).

B. *Les précédents clés*

[31] Les deux piliers jurisprudentiels sur lesquels reposent les arguments des parties sont la décision *Griffin* et l'arrêt *Seidel*. Le lien entre ces deux jugements a été au cœur des décisions rendues par les tribunaux d'instances inférieures. Il est donc utile, à titre préliminaire, de donner un aperçu de ces deux décisions clés.

(1) La décision Griffin

[32] L'affaire *Griffin* portait sur un recours collectif projeté intenté en Ontario au nom d'acheteurs — consommateurs et non-consommateurs⁵ — ayant acheté des ordinateurs Dell qui auraient été défectueux. Le contrat d'adhésion type de Dell contenait une clause d'arbitrage obligatoire. Le demandeur a présenté une motion en vue de faire certifier le

⁵ Le représentant demandeur, qui était un « consommateur », avait été ajouté seulement après que l'instance a été certifiée (voir *Griffin*, par. 2).

motion for a stay under s. 7 of the *Arbitration Act*. The motions judge refused Dell's request for a stay and granted certification. Dell appealed.

[33] Justice Sharpe, writing for a unanimous five-member panel, dismissed the appeal. First, he held that s. 7(2) of the *Consumer Protection Act* applied such that the arbitration clause did not bar the consumer claims from proceeding in court. He then considered whether a stay of the non-consumer claims should be granted. He set out the general approach to the enforceability of arbitration agreements as follows:

Contracting parties often specify that any disputes arising from their relationship are to be arbitrated rather than litigated in the courts. When they do, they are ordinarily entitled to have their chosen method of dispute resolution respected by the courts. The modern approach, reflected by [*Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801], is to require parties to adhere to their choice and to view arbitration as an autonomous, self-contained and self-sufficient process, presumptively immune from judicial intervention: [*Inforica Inc. v. CGI Information Systems and Management Consultants Inc.*, 2009 ONCA 642, 97 O.R. (3d) 161], at para. 14. [para. 28]

[34] Turning to the relevant statutory provisions, Sharpe J.A. interpreted s. 7(5) of the *Arbitration Act* as “confer[ring] a discretion to grant a partial stay where an action involves some claims that are subject to an arbitration and some claims that are not” (para. 45). He stated that such an order may be made where it would be reasonable to separate the matters dealt with in the arbitration agreement from the other matters. He also referred to a line of cases in which courts refused a stay and allowed the action to proceed on the basis that only some of the litigants were bound by an arbitration clause and the claims were so closely related that it would be unreasonable to separate them (see *Radewych v. Brookfield Homes (Ontario) Ltd.*, 2007 CanLII 23358 (S.C.J.), aff'd 2007 ONCA 721; *Johnston v. Goudie* (2006), 212 O.A.C. 79; *Penn-Co Construction Canada (2003) Ltd. v.*

recours collectif. En réponse, Dell a présenté une motion en sursis en application de l'art. 7 de la *Loi sur l'arbitrage*. La juge des motions a rejeté la demande de sursis et certifié l'action comme recours collectif. Dell a interjeté appel.

[33] S'exprimant au nom d'une formation de cinq juges unanimes, le juge Sharpe a rejeté l'appel. Il a tout d'abord statué que le par. 7(2) de la *Loi sur la protection du consommateur* s'appliquait, de sorte que la clause d'arbitrage n'empêchait pas que les réclamations des consommateurs soient portées devant le tribunal. Il s'est ensuite demandé s'il convenait d'ordonner le sursis des réclamations des non-consommateurs et énoncé comme suit l'approche générale relative au caractère exécutoire des conventions d'arbitrage :

[TRADUCTION] Les parties contractantes précisent souvent que tout différend qui pourrait découler de leur relation doit être soumis à un arbitrage, plutôt qu'à un examen par les tribunaux. Dans ce cas, elles ont normalement droit à ce que les tribunaux respectent le mode de règlement des différends qu'elles ont choisi. L'approche moderne, énoncée dans [*Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801], consiste à exiger que les parties respectent leur choix et à considérer l'arbitrage comme un processus autonome, qu'il faut présumer à l'abri du contrôle judiciaire : [*Inforica Inc. c. CGI Information Systems and Management Consultants Inc.*, 2009 ONCA 642, 97 O.R. (3d) 161], par. 14. [par. 28]

[34] Le juge Sharpe a par ailleurs interprété le par. 7(5) de la *Loi sur l'arbitrage* comme [TRADUCTION] « conférant aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'accorder un sursis partiel lorsqu'une action porte sur des réclamations qui doivent être soumises à l'arbitrage et des réclamations qui n'ont pas à l'être » (par. 45). Il a affirmé qu'une ordonnance peut être rendue en ce sens lorsqu'il est raisonnable de dissocier les questions traitées dans la convention d'arbitrage des autres questions. Il a également mentionné une série de décisions dans lesquelles les tribunaux ont refusé d'accorder un sursis et autorisé que l'action se poursuive, parce que seules certaines parties au litige étaient liées par une clause d'arbitrage et parce que les réclamations étaient à ce point semblables qu'il n'aurait pas été raisonnable de les dissocier (voir

Constance Lake First Nation (2007), 66 C.L.R. (3d) 78 (S.C.J.), aff'd 2008 ONCA 768, 76 C.L.R. (3d) 1; *Frambordeaux Developments Inc. v. Romandale Farms Ltd.*, 2007 CanLII 55364 (Ont. S.C.J.); *New Era Nutrition Inc. v. Balance Bar Co.*, 2004 ABCA 280, 357 A.R. 184 (involving a provision in the corresponding Alberta legislation that is equivalent to s. 7(5) of the *Arbitration Act*)).

[35] On the facts, he concluded that it would not be reasonable to separate the consumer claims from the non-consumer claims, noting (among other things) that: (1) 70 percent of the claims were consumer claims and would be litigated in the class proceeding; (2) the liability and damages issues were the same for consumers and non-consumers; and (3) group arbitration was not permitted, so the non-consumer claims would have to be arbitrated on an individual basis. He considered that granting a stay would lead to inefficiency, a potential multiplicity of proceedings, and added cost and delay. He also stressed that it was clear on the record that staying any claims would not result in those claims being arbitrated because, as the motions judge put it, it was “fanciful to think that any claimant could pursue an individual claim in a complex products liability case” (para. 1, citing *Griffin v. Dell Canada Inc.* (2009), 72 C.P.C. (6th) 158 (Ont. S.C.J.), at para. 92). Thus, he stated, “[t]he choice is not between arbitration and class proceeding; the real choice is between clothing Dell with immunity from liability for defective goods sold to non-consumers and giving those purchasers the same day in court afforded to consumers by way of the class proceeding” (para. 57).

Radewych c. Brookfield Homes (Ontario) Ltd., 2007 CanLII 23358 (C.S.J.), conf. par 2007 ONCA 721; *Johnston c. Goudie* (2006), 212 O.A.C. 79; *Penn-Co Construction Canada (2003) Ltd. c. Constance Lake First Nation* (2007), 66 C.L.R. (3d) 78 (C.S.J.), conf. par 2008 ONCA 768, 76 C.L.R. (3d) 1; *Frambordeaux Developments Inc. c. Romandale Farms Ltd.*, 2007 CanLII 55364 (C.S.J. Ont.); *New Era Nutrition Inc. c. Balance Bar Co.*, 2004 ABCA 280, 357 A.R. 184 (qui portait sur la disposition équivalente de la loi albertaine au par. 7(5) de la *Loi sur l'arbitrage*)).

[35] Compte tenu des faits, le juge Sharpe a conclu qu'il ne serait pas raisonnable de dissocier les réclamations des consommateurs de celles des non-consommateurs. Il a fait remarquer (entre autres) que : (1) 70 pour 100 des réclamations avaient été présentées par des consommateurs et seraient examinées dans le cadre du recours collectif; (2) les questions de la responsabilité et des dommages étaient les mêmes pour les consommateurs que pour les non-consommateurs; et (3) l'arbitrage collectif n'était pas permis, de sorte que les réclamations des non-consommateurs devaient être soumises à l'arbitrage de façon individuelle. Il était d'avis que l'octroi d'un sursis créerait de l'inefficacité, pourrait entraîner la multiplicité des instances et accroîtrait les coûts et les retards. À son avis, le dossier illustre aussi clairement que le fait de surseoir aux réclamations ne signifiait pas que celles-ci seraient soumises à l'arbitrage, puisque, comme l'avait précisé la juge des motions, il était [TRADUCTION] « illusoire de penser qu'un demandeur pourrait présenter une réclamation individuelle dans une affaire complexe de responsabilité du fabricant » (par. 1, citant *Griffin c. Dell Canada Inc.* (2009), 72 C.P.C. (6th) 158 (C.S.J. Ont.), par. 92). Le juge Sharpe a donc affirmé que [TRADUCTION] « [l]e choix qui s'offre à nous n'est pas un choix entre l'arbitrage et le recours collectif. En réalité, il s'agit d'un choix entre exonérer Dell de toute responsabilité à l'égard des produits défectueux vendus à des non-consommateurs ou accorder à ces acheteurs la même possibilité qu'aux consommateurs de se faire entendre devant le tribunal par la voie d'un recours collectif » (par. 57).

[36] In the result, the Court of Appeal dismissed the appeal. This Court denied Dell's application for leave to appeal.

(2) *Seidel*

[37] *Seidel*, which came not long after *Griffin*, involved a proposed class action filed in British Columbia against TELUS. As in the present case, the dispute arose out of mobile phone service contracts containing an arbitration clause. The representative plaintiff, a consumer, asserted a variety of claims, including (but not limited to) statutory causes of action under the B.C. *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2 ("*BPCPA*"), alleging that TELUS falsely represented to her and other consumers how it calculates air time for billing purposes. Section 172 of the *BPCPA* contains a remedy whereby a person other than a supplier may bring an action to enforce the statute's consumer protection standards, while s. 3 stipulates that any agreement between the parties that would waive or release the protections afforded by the *BPCPA* is void.

[38] The plaintiff brought an application to have the action certified as a class proceeding. In response, TELUS applied for a stay, relying on the arbitration clause and s. 15 of the B.C. *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55 (now the *Arbitration Act*), which provides that if a party to an arbitration agreement commences proceedings against another party to the agreement in respect of a matter to be submitted to arbitration, then a party to the proceeding may apply for a stay, and the court must grant that stay unless the agreement is void, inoperative, or incapable of being performed.

[39] The application judge denied TELUS's application for a stay, holding that it would be premature to determine whether the action should be stayed before dealing with the certification application. The B.C. Court of Appeal allowed TELUS's

[36] Par conséquent, la Cour d'appel a rejeté l'appel. Notre Cour a ensuite rejeté la demande d'autorisation de pourvoi présentée par Dell.

(2) *L'arrêt Seidel*

[37] L'arrêt *Seidel*, qui a été rendu peu de temps après la décision *Griffin*, portait sur un recours collectif projeté déposé en Colombie-Britannique contre TELUS. Comme en l'espèce, le différend découlait de contrats de service de téléphonie cellulaire contenant une clause d'arbitrage. La demanderesse-représentante, une consommatrice, a invoqué diverses causes d'action, notamment un recours prévu par la *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2, de la Colombie-Britannique (« *BPCPA* »), prétendant que TELUS lui avait fausement indiqué, ainsi qu'à d'autres consommateurs, la façon dont elle calculait le temps d'antenne à des fins de facturation. L'article 172 de la *BPCPA* prévoit un recours suivant lequel une personne autre qu'un fournisseur peut intenter une action en vue de faire respecter les normes relatives à la protection des consommateurs prévues par la loi. L'article 3 consacre par ailleurs la nullité de toute entente entre les parties qui comporte une renonciation aux protections prévues par la *BPCPA*.

[38] La demanderesse a présenté une demande en vue de faire certifier l'action comme recours collectif. En réponse, TELUS a cherché à obtenir le sursis de l'instance, en invoquant la clause d'arbitrage, mais aussi l'art. 15 de la *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55, de la Colombie-Britannique (aujourd'hui intitulée *Arbitration Act*), qui prévoit que si une partie à une convention d'arbitrage intente contre une autre partie à la convention une action relative à une question qui devait être soumise à l'arbitrage, une partie à l'instance peut demander le sursis de cette dernière, et le tribunal doit accueillir cette demande à moins que la convention d'arbitrage soit nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

[39] Le juge des motions a rejeté la demande de sursis de TELUS. Selon lui, il était prématuré de décider s'il fallait surseoir à l'action tant qu'il n'avait pas été statué sur la demande de certification. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli

appeal, staying the action in its entirety. The plaintiff appealed.

[40] Justice Binnie, writing for a five-justice majority, allowed the appeal in part and lifted the stay in relation to the plaintiff's claims under s. 172 of the *BPCPA*. At the outset of his reasons, he described the proper approach to determining the validity and enforceability of arbitration clauses contained in commercial contracts:

The choice to restrict or not to restrict arbitration clauses in consumer contracts is a matter for the legislature. Absent 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. The important question raised by this appeal, however, is whether the *BPCPA* manifests a legislative intent to intervene in the marketplace to relieve consumers of their contractual commitment to "private and confidential" mediation/arbitration and, if so, under what circumstances.

... Respectfully, I believe the Court's job is neither to promote nor detract from private and confidential arbitration. The Court's job is to give effect to the intent of the legislature as manifested in the provisions of its statutes. [paras. 2-3]

[41] Justice Binnie acknowledged that "[t]he virtues of commercial arbitration have been recognized and indeed welcomed by our Court" (para. 23, citing *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, 2007 SCC 35, [2007] 2 S.C.R. 921; *Bisaillon*; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178). He noted, however, that from the perspective of the *BPCPA*, private, confidential, and binding arbitration would "almost certainly inhibit rather than promote wide publicity (and thus deterrence) of deceptive and/or unconscionable commercial conduct" (para. 24), and several provincial legislatures had intervened by placing limitations on arbitration clauses contained in consumer contracts.

l'appel de TELUS et ordonné le sursis de l'action dans sa totalité. La demanderesse a interjeté appel.

[40] Le juge Binnie, s'exprimant au nom des cinq juges majoritaires, a accueilli le pourvoi en partie et levé le sursis relativement aux réclamations de la demanderesse fondées sur l'art. 172 de la *BPCPA*. Au début de ses motifs, le juge Binnie a décrit l'approche qu'il convient d'appliquer pour juger de la validité et du caractère exécutoire des clauses d'arbitrage figurant dans les contrats commerciaux :

La décision de restreindre ou non les clauses d'arbitrage dans les contrats de consommation revient à la législature. En l'absence d'intervention de la législature, 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 d'adhésion. Le présent pourvoi soulève la question importante de savoir si la législature a exprimé, dans la *BPCPA*, la volonté d'intervenir dans les rapports commerciaux pour libérer les consommateurs de leur engagement contractuel de soumettre leur éventuel litige à une médiation ou à un arbitrage « priv[é] et confidenti[el] » et, si oui, dans quelles circonstances.

... Avec égards, j'estime qu'il ne revient pas à la Cour de promouvoir ou de critiquer l'arbitrage privé et confidentiel; il revient à la Cour de donner effet à l'intention exprimée par la législature dans les dispositions de ses lois. [par. 2-3]

[41] Le juge Binnie a reconnu que « [l]es avantages de l'arbitrage commercial ont été reconnus et accueillis favorablement par notre Cour » (para. 23, citant *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921; *Bisaillon*; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178). Il a toutefois fait remarquer que, du point de vue de la *BPCPA*, « il ne fait guère de doute que » l'arbitrage privé, confidentiel et final « freinera au lieu de favoriser la publicité à grande échelle visant les pratiques de commerce trompeuses ou abusives (et, par conséquent, la prévention de celles-ci) » (para. 24). Il a ajouté que plusieurs provinces sont intervenues en assujettissant les clauses d'arbitrage

Accordingly, he stated, the substantive question on appeal was “whether, as a matter of statutory interpretation, s. 172 of the *BPCPA* contains such a limitation and, if so, its extent and effect on Ms. Seidel’s action” (para. 26).

[42] After performing a textual, contextual, and purposive interpretation of s. 172 of the *BPCPA*, Binnie J. concluded that the provision “constitutes a legislative override of the parties’ freedom to choose arbitration” (para. 40), emphasizing that it “stands out as a public interest remedy” (para. 36). He observed, however, that this “legislative override” was incomplete — unlike in certain other provinces, “the B.C. legislature sought to ensure only that certain claims proceed to the court system, leaving others to be resolved according to the agreement of the parties” (para. 40). He stressed that it was “incumbent on the courts to give effect to that legislative choice” (para. 40).

[43] He further clarified that this result was not inconsistent with *Dell* and *Rogers*, where the Court denied an attempt by consumers in Quebec to pursue class actions arising out of product supply contracts in the face of arbitration clauses. In those cases, he said, “[t]he outcome turned on the terms of the Quebec legislation” (para. 41); the B.C. legislation was different and supported a different result. In this regard, he stated that “the relevant teaching of *Dell* and *Rogers Wireless* is simply that whether and to what extent the parties’ freedom to arbitrate is limited or curtailed by legislation will depend on a close examination of the law of the forum where the irate consumers have commenced their court case. *Dell* and *Rogers Wireless* stand . . . for the enforcement of arbitration clauses *absent legislative language to the contrary*” (para. 42 (emphasis in original)).

[44] In the result, the majority allowed the appeal in part, permitting the plaintiff to pursue her claims under s. 172 of the *BPCPA* but upholding the stay of her other claims pursuant to s. 15 of the *Commercial*

figurant dans les contrats de consommation à des restrictions. Ainsi, comme le juge Binnie l’a indiqué, la question de fond dans cet appel consistait à savoir « si, selon les règles d’interprétation législative, l’art. 172 de la *BPCPA* contient une restriction de cette nature et, dans l’affirmative, quelle en est la portée et l’effet sur l’action de M^{me} Seidel » (par. 26).

[42] Après avoir interprété l’art. 172 de la *BPCPA* de manière textuelle, contextuelle et téléologique, le juge Binnie a conclu que cette disposition « constitue une dérogation législative à la liberté des parties de choisir l’arbitrage » (par. 40), et il a précisé qu’il s’agit d’une « mesure d’intérêt public » (par. 36). Il a toutefois fait remarquer que cette « dérogation législative » était incomplète. En effet, contrairement à ceux d’autres provinces, « le législateur de la C.-B. a choisi de faire en sorte que seuls certains types de réclamations soient réservés aux tribunaux, et de laisser les parties s’entendre sur la manière de régler les autres » (par. 40). Il a souligné que « les tribunaux sont tenus de donner effet à ce choix législatif » (par. 40).

[43] Le juge Binnie a précisé que ce résultat n’était pas incompatible avec les arrêts *Dell* et *Rogers*, où la Cour avait rejeté, en raison de clauses d’arbitrage, la tentative de certains consommateurs d’engager des recours collectifs au Québec dans des litiges relatifs à des contrats de fourniture de produits. Il a expliqué que « [l]’issue de ces arrêts se fonde sur la législation québécoise » (par. 41); or, celle de la Colombie-Britannique était différente et justifiait un résultat différent. À son avis il « [fallait] simplement retenir de *Dell* et de *Rogers Sans-fil* que, pour déterminer si et dans quelle mesure la liberté des parties de soumettre un litige à l’arbitrage est restreinte par la loi, il faut procéder à un examen attentif de la loi de l’instance où les consommateurs mécontents ont intenté leur action. *Dell* et *Rogers Sans-fil* posent le principe [. . .] selon lequel il y a lieu d’appliquer la clause d’arbitrage *en l’absence de disposition contraire de la loi* » (par. 42 (en italique dans l’original)).

[44] En définitive, les juges majoritaires ont accueilli l’appel en partie et permis à la demanderesse de poursuivre l’instance en ce qui concerne ses réclamations fondées sur l’art. 172 de la *BPCPA*. Ils

Arbitration Act. While Binnie J. recognized that this could lead to bifurcated proceedings in the event the claims falling outside the scope of s. 172 proceed to arbitration, he noted that “[s]uch an outcome . . . is consistent with the legislative choice made by British Columbia in drawing the boundaries of s. 172 as narrowly as it did” (para. 50).

[45] Justices LeBel and Deschamps, writing on behalf of four dissenting justices, were not persuaded that s. 172 of the *BPCPA* constituted a legislative override of the parties’ freedom to choose arbitration (para. 161).

[46] The central theme emerging from *Seidel*, consistent with its predecessors *Dell* and *Rogers*, is that arbitration clauses, even those contained in adhesion contracts (at para. 2), will generally be enforced “absent legislative language to the contrary” (para. 42 (emphasis deleted)). Accordingly, this Court’s task is to apply the relevant principles of statutory interpretation and determine whether s. 7(5) of the *Arbitration Act*, which has no equivalent in the B.C. legislation at issue in *Seidel*, contains language overriding the principle that arbitration clauses will generally be enforced.

C. Interpretation of Section 7 of the Arbitration Act

[47] The proper interpretation of s. 7 of the *Arbitration Act* falls to be determined by applying the modern approach to statutory interpretation: “. . . the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of the Parliament” (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26). To be clear, while my colleagues Abella and Karakatsanis JJ. maintain that the following analysis “represents the return of textualism” (para. 109), I respectfully disagree. Rather, the approach set out below starts with the

ont toutefois confirmé le sursis en ce qui concerne ses autres réclamations fondées sur l’art. 15 de la *Commercial Arbitration Act*. Le juge Binnie a reconnu que, certes, ce dispositif pourrait donner lieu à des recours parallèles si les réclamations non fondées sur l’art. 172 étaient soumises à l’arbitrage. Il a toutefois fait remarquer qu’une « telle issue s’accorde avec le choix du législateur de la Colombie-Britannique d’assortir l’art. 172 de limites aussi étroites » (par. 50).

[45] Les juges LeBel et Deschamps, s’exprimant au nom des quatre juges dissidents, n’étaient pas convaincus que l’art. 172 de la *BPCPA* constituait une dérogation législative à la liberté des parties de choisir l’arbitrage (par. 161).

[46] Ce qui ressort de l’arrêt *Seidel*, comme des arrêts *Dell* et *Rogers* qui l’ont précédé, c’est que les clauses d’arbitrage, même celles qui figurent dans un contrat d’adhésion (par. 2), sont généralement appliquées « en l’absence de disposition contraire de la loi » (par. 42 (italique omis)). La Cour a donc pour tâche d’appliquer les principes d’interprétation législative pertinents et de décider si le libellé du par. 7(5) de la *Loi sur l’arbitrage*, qui n’a pas d’équivalent dans la loi de la Colombie-Britannique en jeu dans l’arrêt *Seidel*, permet de déroger au principe selon lequel les clauses d’arbitrage sont généralement appliquées.

C. L’interprétation de l’art. 7 de la Loi sur l’arbitrage

[47] Pour interpréter l’art. 7 de la *Loi sur l’arbitrage* correctement, il faut appliquer la méthode moderne d’interprétation législative, soit en : « . . . lire les termes [. . .] dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26). Je précise que je m’inscris en faux contre le point de vue de mes collègues les juges Abella et Karakatsanis selon lesquelles l’analyse qui suit « représente en réalité le retour du textualisme » (par. 109). L’approche décrite plus loin préconise de

purpose and scheme of the *Arbitration Act* and reads the text of s. 7 in light of its full context, in a way that is both conscious of and consistent with the policy choices made by the legislature in the *Arbitration Act* itself and in other relevant statutes such as the *Consumer Protection Act* and the *Class Proceedings Act*. This is no “return to textualism”; instead, it is a careful reading of the statute, considered in its full context. With that in mind, I turn to the purpose and scheme of the Act.

(1) Purpose and Scheme of the *Arbitration Act*

[48] Throughout the better part of the 20th century, Canadian courts displayed “overt hostility” to arbitration, treating it as a “second-class method of dispute resolution” (*Seidel*, at para. 89, per LeBel and Deschamps JJ., dissenting (but not on this point)). Courts guarded their jurisdiction jealously and “did not look with favour upon efforts of the parties to oust it by agreement” (*Seidel*, at para. 93, citing *Re Rootes Motors (Canada) Ltd. and Wm. Halliday Contracting Co.*, [1952] 4 D.L.R. 300 (Ont. H.C.J.), at p. 304). The prevailing view was that only the courts were capable of granting remedies for legal disputes and that, as a result, any agreement by the parties to oust the courts’ jurisdiction was contrary to public policy, regardless of the nature of the substantive legal issues (see *Seidel*, at para. 96). This judicial hostility, coupled with a lack of modern legislation supporting arbitration, inhibited the growth of arbitration in Canada (see *Seidel*, at para. 89, citing J. B. Casey and J. Mills, *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure* (2005), at pp. 2-3).

[49] It was against this backdrop that, in 1991, the Ontario legislature enacted the *Arbitration Act*, which was based on the *Uniform Arbitration Act* adopted by the Uniform Law Conference of Canada a year earlier (online) (see J. K. McEwan and

commencer l’analyse par l’examen de l’objet et de l’économie de la *Loi sur l’arbitrage* et interprète le libellé de l’art. 7 à la lumière de l’ensemble de son contexte, d’une manière qui à la fois tient compte des choix de politique du législateur que reflètent tant la *Loi sur l’arbitrage* elle-même que d’autres lois pertinentes comme la *Loi sur la protection du consommateur* et la *Loi sur les recours collectifs* et est compatible avec eux. Il ne s’agit pas d’un « retour au textualisme »; il s’agit plutôt d’une interprétation minutieuse de la loi, envisagée dans son contexte global. Gardant cela à l’esprit, je vais maintenant examiner l’objet et l’économie de la Loi.

(1) L’objet et l’économie de la *Loi sur l’arbitrage*

[48] Pendant la majeure partie du 20^e siècle, les tribunaux canadiens se sont montrés « ouvertement hostiles » à l’arbitrage, qu’ils considéraient comme « un mécanisme de résolution des différends de deuxième ordre » (*Seidel*, par. 89, les juges LeBel et Deschamps, dissidents (mais non sur ce point)). Les tribunaux protégeaient jalousement leur compétence et « n’accueillaient pas [TRADUCTION] “favorablement les efforts des parties visant à l’écarter par contrat” » (voir *Seidel*, par. 93, citant *Re Rootes Motors (Canada) Ltd. and Wm. Halliday Contracting Co.*, [1952] 4 D.L.R. 300 (H.C.J. Ont.), p. 304). Selon l’opinion prépondérante, seuls les tribunaux judiciaires pouvaient prononcer les ordonnances requises pour régler des litiges d’ordre juridique. En conséquence, ils estimaient que tout contrat conclu par les parties pour écarter leur compétence violait l’ordre public, sans égard à la nature des questions de droit substantiel en jeu (voir *Seidel*, par. 96). Cette hostilité judiciaire ainsi que l’absence de législation moderne favorisant l’arbitrage ont freiné l’évolution de ce dernier au Canada (voir *Seidel*, par. 89, citant J. B. Casey et J. Mills, *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure* (2005), p. 2-3).

[49] C’est dans ce contexte que le législateur ontarien a adopté la *Loi sur l’arbitrage* en 1991, en se basant sur la *Loi uniforme sur l’arbitrage* adoptée un an plus tôt par la Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada (en ligne) (voir J. K. McEwan et

L. B. Herbst, *Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations* (loose-leaf), at pp. 1-9 to 1-15). The purpose and underlying philosophy of the *Arbitration Act* was discussed by Blair J. (as he then was) in *Ontario Hydro v. Denison Mines Ltd.*, 1992 CarswellOnt 3497 (WL Can.) (Gen. Div.):

The *Arbitration Act, 1991* came into effect on January 1, 1992. It repealed the former *Arbitrations Act*, R.S.O. 1980 c. 25, and enacted a new regime for the conduct of arbitrations in Ontario . . . It is designed, in my view, to encourage parties to resort to arbitration as a method of resolving their disputes in commercial and other matters, and to require them to hold to that course once they have agreed to do so.

In this latter respect, the new *Act* entrenches the primacy of arbitration proceedings over judicial proceedings, once the parties have entered into an arbitration agreement, by directing the court, generally, not to intervene, and by establishing a “presumptive” stay of court proceedings in favour of arbitration. [paras. 8-9]

[50] During legislative debate on the bill that later became the *Arbitration Act*, the Attorney General of Ontario stated that one of the “guiding principles” of the *Arbitration Act* is that “the parties to a valid arbitration agreement should abide by their agreements” (Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates (Hansard)*, 1st Sess., 35th Parl., March 27, 1991, at p. 256). He later emphasized that under the new legislation, “the law and the courts will ensure that the parties stick to their agreement to arbitrate” (Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates (Hansard)*, 1st Sess., 35th Parl., November 5, 1991, at p. 3384).

[51] Issuing a stay of court proceedings is one of the ways in which courts may give effect to the policy that the parties to a valid arbitration agreement should abide by their agreement. As the authors of *Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations* explain, a stay of court proceedings is simply “an indirect

L. B. Herbst, *Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations* (feuilles mobiles), p. 1-9 à 1-15). L’objet et la philosophie qui sous-tend la *Loi sur l’arbitrage* ont été examinés par le juge Blair (alors juge puîné) dans la décision *Ontario Hydro c. Denison Mines Ltd.*, 1992 Carswell Ont 3497 (WL Can.) (Div. gén.) :

[TRADUCTION] La *Loi de 1991 sur l’arbitrage* est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992. Elle a remplacé la loi intitulée *Loi sur l’arbitrage*, L.R.O. 1980, c. 25, et promulgué un nouveau régime relatif à la conduite de l’arbitrage en Ontario. [. . .] Ce nouveau régime est conçu, à mon avis, en vue d’encourager les parties à recourir à l’arbitrage pour régler les différends liés à des questions commerciales et autres, et pour les obliger à respecter leurs engagements, une fois qu’ils ont convenu de procéder par arbitrage.

À cet égard, la nouvelle *Loi* consacre la primauté de la procédure d’arbitrage par rapport à la procédure judiciaire dans le cas où les parties ont conclu une convention d’arbitrage, en enjoignant aux tribunaux de ne pas intervenir, en général, et en prévoyant le sursis « présumé » de l’instance judiciaire pour favoriser l’arbitrage. [par. 8-9]

[50] Lors des débats législatifs sur le projet de loi qui ont précédé l’adoption de la *Loi sur l’arbitrage*, le procureur général de l’Ontario a affirmé que l’un des [TRADUCTION] « principes directeurs » de ce texte législatif est que « les parties à une convention d’arbitrage valide doivent respecter l’entente qu’elles ont conclue » (Assemblée législative de l’Ontario, *Journal des débats (Hansard)*, 1^{re} sess., 35^e lég., 27 mars 1991, p. 256). Il a plus tard souligné que [TRADUCTION] « la [nouvelle] loi et les tribunaux permettront de veiller à ce que les parties respectent la convention d’arbitrage qu’elles ont conclue » (Assemblée législative de l’Ontario, *Journal des débats (Hansard)*, 1^{re} sess., 35^e lég., 5 novembre 1991, p. 3384).

[51] Ordonner le sursis de l’instance judiciaire est un des moyens dont disposent les tribunaux pour donner effet à la politique portant que les parties à une convention d’arbitrage valide devraient respecter l’entente qu’elles ont conclue. Comme les auteurs de l’ouvrage *Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations*

method of enforcing an arbitration agreement” (McEwan and Herbst, at p. 3-29). They continue:

Traditionally it has been said that the courts will not order specific performance of arbitration agreements, in the sense that they will not order parties to proceed to arbitration. Courts do not compel arbitration; enforcement is negative in that they stay the court proceedings in specified circumstances A party is refused the alternative of having the disputes settled by a court of law, *i.e.*, that party is left in the position of having no remedy other than to proceed by arbitration. [Footnotes omitted; p. 3-29.]

[52] The policy that parties to a valid arbitration agreement should abide by their agreement gives effect to the concept of party autonomy — which, in the arbitration context, stands for the principle that parties should generally be allowed to craft their own dispute resolution mechanism through consensual agreement (see J. B. Casey, *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure* (3rd ed. 2017), at pp. 49, 51 and 195; Alberta Law Reform Institute, Final Report No. 103, *Arbitration Act: Stay and Appeal Issues* (2013), at para. 10). Consensual arbitration and party autonomy are inseparable — an arbitration agreement is “a product of party autonomy . . . [and] crystallizes the parties’ consent” to private dispute resolution (M. Pavlović and A. Daimsis, “Arbitration”, in J. C. Kleefeld et al., eds., *Dispute Resolution: Readings and Case Studies* (4th ed. 2016), at p. 485). It “is essentially a creature of contract, a contract in which the parties themselves charter a private 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, as quoted in *Re Arbitration Act* (1964), 47 W.W.R. 544 (Alta. S.C.), at p. 555).

[53] Of course, the concept of party autonomy, which is always engaged to at least some extent where arbitration agreements are involved, may speak more or less forcefully depending on the context. For example, party autonomy has weaker force in the context of non-negotiated, “take it or leave

l’ont expliqué, le sursis de l’instance est tout simplement [TRADUCTION] « un moyen indirect d’appliquer une convention d’arbitrage » (McEwan et Herbst, p. 3-29). Ils ont ajouté :

Traditionnellement, il a été dit que les tribunaux n’ordonneront pas l’exécution en nature des conventions d’arbitrage, en ce sens qu’ils n’ordonneront pas aux parties de recourir à l’arbitrage. Les tribunaux n’imposent pas l’arbitrage, ils sursoient plutôt à l’instance judiciaire dans certaines circonstances. [. . .] On enlève à une partie l’option de soumettre le différend à un tribunal judiciaire, c.-à-d. que cette partie n’a d’autre choix que de soumettre l’affaire à l’arbitrage. [Notes en bas de page omises; p. 3-29.]

[52] La politique selon laquelle les parties à une convention d’arbitrage valide devraient respecter l’entente qu’elles ont conclue donne effet au concept de l’autonomie des parties — ce qui, dans le contexte de l’arbitrage, signifie qu’elles devraient généralement avoir le droit de choisir comment régler leurs différends au moyen d’un accord consensuel (voir J. B. Casey, *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure* (3^e éd. 2017), p. 49, 51 et 195; Alberta Law Reform Institute, Final Report No. 103, *Arbitration Act : Stay and Appeal Issues* (2013), par. 10). L’arbitrage consensuel et l’autonomie des parties sont indissociables — la convention d’arbitrage est [TRADUCTION] « le produit de l’autonomie des parties [. . .] [et] cristallise leur consentement » à l’égard du règlement privé de différends (M. Pavlović et A. Daimsis, « Arbitration », dans J. C. Kleefeld et autres, dir., *Dispute Resolution : Readings and Case Studies* (4^e éd. 2016), p. 485). Elle [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 *Re Arbitration Act* (1964), 47 W.W.R. 544 (C.S. Alb.), p. 555).

[53] Bien entendu, le concept d’autonomie des parties, qui est toujours en jeu — à tout le moins dans une certaine mesure — lorsqu’il est question de conventions d’arbitrage, a plus ou moins de poids selon le contexte. Par exemple, il en a moins dans le contexte des contrats non négociés, « à prendre

it” contracts than it does in the context of fully negotiated agreements. It is not surprising, therefore, that legislatures across Canada have put in place various statutes shielding consumers — the weakest and most vulnerable contracting parties (*Dell*, at para. 90) — from the potentially harsh results of enforcing arbitration agreements contained in consumer agreements, which often take the form of standard form contracts.

[54] That said, in the years since the *Arbitration Act* was passed, the jurisprudence — both from this Court and from the courts of Ontario — has consistently reaffirmed that courts must show due respect for arbitration agreements and arbitration more broadly, particularly in the commercial setting. For example, in *Desputeaux*, LeBel J. observed “the trend in the case law and legislation . . . to accept and even encourage the use of civil and commercial arbitration” (para. 38). In *Seidel*, Binnie J. noted that “[t]he virtues of commercial arbitration have been recognized and indeed welcomed by our Court” (para. 23), and he stated that “absent legislative language to the contrary” (para. 42 (emphasis deleted)), “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” (para. 2). More recently, the Ontario Court of Appeal observed that “[t]he law favours giving effect to arbitration agreements. This is evident in both legislation and in jurisprudence” (*Haas v. Gunasekaram*, 2016 ONCA 744, 62 B.L.R. (5th) 1, at para. 10).

[55] The policy that parties to a valid arbitration agreement should abide by their agreement goes hand in hand with the principle of limited court intervention in arbitration matters. This latter principle finds expression throughout modern Canadian arbitration legislation (see McEwan and Herbst, at pp. 10-7 to 10-11; Casey, at p. 319) and has been described as a “fundamental principle underlying modern arbitration law” (Alberta Law Reform Institute, at para. 19). This principle is embedded most visibly in ss. 6 and 7 of the *Arbitration Act*, which are

ou à laisser », que dans le contexte des accords entièrement négociés. Il n’est donc pas surprenant que les législatures canadiennes aient adopté diverses lois de protection des consommateurs — les parties contractantes les plus faibles et les plus vulnérables (*Dell*, par. 90) — contre les résultats potentiellement sévères de l’application des conventions d’arbitrage contenues dans les conventions de consommation, qui prennent souvent la forme de contrats types.

[54] Cela dit, depuis l’adoption de la *Loi sur l’arbitrage*, la jurisprudence — tant celle de la Cour que celle des cours ontariennes — a établi de façon constante 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. Par exemple, dans l’arrêt *Desputeaux*, le juge LeBel a noté l’existence d’un « mouvement jurisprudentiel et législatif qui [. . .] accepte et même favorise le recours à l’arbitrage civil et commercial » (par. 38). Dans l’arrêt *Seidel*, le juge Binnie a affirmé que « [l]es avantages de l’arbitrage commercial ont été reconnus et accueillis favorablement par notre Cour » (par. 23) et que, « en l’absence de disposition contraire de la loi » (par. 42 (italique omis)), « 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 d’adhésion » (par. 2). Plus récemment, la Cour d’appel de l’Ontario a fait remarquer que [TRADUCTION] « [l]e droit préconise qu’il soit donné effet aux conventions d’arbitrage. Cela ressort clairement tant de la loi que de la jurisprudence » (*Haas c. Gunasekaram*, 2016 ONCA 744, 62 B.L.R. (5th) 1, par. 10).

[55] La politique selon laquelle les parties à une convention d’arbitrage valide devraient respecter l’entente qu’elles ont conclue va de pair avec le principe de l’intervention limitée des tribunaux dans le contexte de l’arbitrage. Ce principe est exprimé à maintes reprises dans la législation canadienne moderne en matière d’arbitrage (voir McEwan et Herbst, p. 10-7 à 10-11; Casey, p. 319) et a été décrit comme étant un [TRADUCTION] « principe fondamental qui sous-tend la législation en matière d’arbitrage » (Alberta Law Reform Institute, par. 19).

both contained in the part of the Act labelled “Court Intervention”. Section 6 reads:

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.

[56] Stated succinctly, s. 6 signals that courts are generally to take a “hands off” approach to matters governed by the *Arbitration Act*. This is “in keeping with 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” (*Inforica Inc. v. CGI Information Systems and Management Consultants Inc.*, 2009 ONCA 642, 97 O.R. (3d) 161, at para. 14).

[57] This brings us to the focal point of this appeal: s. 7 of the *Arbitration Act*.

(2) Section 7 of the *Arbitration Act*

(a) *Text*

[58] The text of s. 7 of the *Arbitration Act*, which governs stays, is reproduced above in the “Statutory Provisions” section of these reasons. It is also worth noting that the term “arbitration agreement” is defined in s. 1 as “an agreement by which two or more persons agree to submit to arbitration a dispute that has arisen or may arise between them”. The words “matter” and “proceeding” are left undefined, though

Il est consacré le plus visiblement aux art. 6 et 7 de la *Loi sur l'arbitrage*, qui se trouvent tous les deux dans la section intitulée « Intervention du tribunal judiciaire ». L'article 6 est ainsi libellé :

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 les parties aux conventions d'arbitrage soient traitées autrement que sur un pied d'égalité et avec équité.
4. Exécuter les sentences.

[56] En résumé, l'art. 6 indique que les tribunaux doivent généralement adopter une politique de « non-intervention » à l'égard des questions régies par la *Loi sur l'arbitrage*. Cette façon de faire est [TRADUCTION] « conforme 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 » (*Inforica Inc. c. CGI Information Systems and Management Consultants Inc.*, 2009 ONCA 642, 97 O.R. (3d) 161, par. 14).

[57] Cela nous amène au cœur du présent appel : l'art. 7 de la *Loi sur l'arbitrage*.

(2) L'article 7 de la *Loi sur l'arbitrage*

a) *Le libellé*

[58] Le libellé de l'art. 7 de la *Loi sur l'arbitrage*, qui régit le sursis, a été reproduit précédemment sous la rubrique « dispositions législatives » des présents motifs. Il vaut également la peine de noter que le terme « convention d'arbitrage » est défini ainsi à l'article premier : « [c]onvention par laquelle plusieurs personnes conviennent de soumettre à l'arbitrage un différend survenu ou susceptible de survenir

“proceeding” is defined in r. 1.03(1) of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, as “an action or application”.

(b) *Parties’ Positions*

[59] TELUS takes the position that s. 7(1) establishes a general rule: if a party to an arbitration agreement commences a proceeding, and one or more of the matters in respect of which the proceeding was commenced is dealt with in the arbitration agreement, then the court shall, on the motion of another party to the agreement, stay the proceeding. TELUS further submits that while s. 7(5) permits the court to allow matters that are *not* dealt with in the arbitration agreement to proceed in court, it does not grant the court discretion to refuse to stay matters that *are* dealt with in the agreement — those matters *must* be stayed. In support of its proposed interpretation, TELUS relies primarily (though not exclusively) on *Seidel and Alberici Western Constructors Ltd v. Saskatchewan Power Corp.*, 2016 SKCA 46, 476 Sask. R. 255 (interpreting an equivalent provision in the corresponding Saskatchewan legislation).

[60] By contrast, Mr. Wellman contends that if the arbitration agreement in question deals with only some of the matters in respect of which the proceeding was commenced, and it would not be reasonable to separate the matters dealt with in the arbitration agreement from the other matters, then s. 7(5) grants the court an independent, freestanding discretion that is entirely separate from s. 7(1) and (2) to refuse to stay the matters dealt with in the arbitration agreement. In a nutshell, Mr. Wellman submits that s. 7(5) offers a choice between staying *some* of the matters (i.e., ordering a partial stay) and staying *none* of the matters (i.e., refusing to order any stay). In support of his proposed interpretation, he relies primarily (though not exclusively) on *Griffin, New Era Nutrition* (interpreting an equivalent provision in the corresponding Alberta legislation), and *Briones v. National Money Mart Co.*, 2013 MBQB 168, 295 Man R. (2d) 101, aff’d 2014 MBCA 57, 306 Man.

entre elles ». Les termes « question » et « instance » ne sont pas définis dans la *Loi sur l’arbitrage*, mais le second est défini au par. 1.03(1) des *Règles de procédure civile* de l’Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, comme une « [a]ction ou requête ».

b) *La position des parties*

[59] TELUS fait valoir que le par. 7(1) établit une règle générale : si une partie à une convention d’arbitrage introduit une instance à l’égard d’une ou de plusieurs questions qui sont traitées dans la convention d’arbitrage, le tribunal doit, sur la motion d’une autre partie à la convention d’arbitrage, surseoir à l’instance. TELUS fait également valoir que, bien que le par. 7(5) autorise le tribunal à permettre que des questions qui *ne* sont *pas* traitées dans la convention d’arbitrage soient soumises au tribunal, il ne lui confère pas le pouvoir discrétionnaire de refuser de surseoir aux questions qui *sont* traitées dans la convention — le sursis est *obligatoire* dans ce cas. À l’appui de son interprétation, TELUS se fonde principalement (mais non exclusivement) sur l’arrêt *Seidel* et sur la décision *Alberici Western Constructors Ltd. c. Saskatchewan Power Corp.*, 2016 SKCA 46, 476 Sask. R. 255 (qui porte sur l’interprétation d’une disposition équivalente de la loi de la Saskatchewan).

[60] En revanche, M. Wellman fait valoir que si la convention d’arbitrage en cause ne traite que de certaines des questions à l’égard desquelles l’instance a été introduite et qu’il ne serait pas raisonnable de dissocier les questions traitées dans la convention des autres questions, le par. 7(5) accorde au tribunal le pouvoir discrétionnaire indépendant, totalement distinct des par. 7(1) et (2), de refuser d’ordonner le sursis des questions qui sont traitées dans la convention d’arbitrage. En un mot, M. Wellman soutient que le par. 7(5) permet d’ordonner le sursis de *certaines* des questions (c.-à-d. d’ordonner un sursis partiel) ou de ne l’ordonner pour *aucune* des questions (c.-à-d. de refuser d’ordonner un sursis). À l’appui de son interprétation, il se fonde principalement (mais non exclusivement) sur les décisions *Griffin, New Era Nutrition* (cette dernière portant sur l’interprétation d’une disposition équivalente dans la loi de l’Alberta) et *Briones c. National Money Mart Co.*, 2013

R. (2d) 129, leave to appeal refused, [2014] 3 S.C.R. ix (interpreting an equivalent provision in the corresponding Manitoba legislation).

[61] Although the parties lock horns over whether s. 7(5) of the *Arbitration Act* grants the court discretion to refuse to stay claims that are otherwise subject to a valid and binding arbitration agreement, they agree on several key points, including the following:

- (1) arbitration clauses contained in commercial agreements will generally be enforced absent legislative override;
- (2) the business customer claims are dealt with in an arbitration agreement;
- (3) by virtue of the *Consumer Protection Act*, the consumers are entitled to pursue their claims in court; and
- (4) if the two conditions identified in s. 7(5) of the *Arbitration Act* are satisfied, then the court may stay the proceeding with respect to the matters dealt with in the arbitration agreement and allow it to continue with respect to other matters.

[62] These points of agreement narrow the focus of this appeal, placing it squarely on the following issue: Does s. 7(5) of the *Arbitration Act* grant the court discretion to refuse to stay the business customer claims? With that in mind, I would interpret s. 7 as follows.

(c) *Section 7 Framework*

(i) Section 7(1) — General Rule

[63] First, s. 7(1) establishes a general rule: where a party to an arbitration agreement commences a proceeding in respect of a matter dealt with in the agreement — that is, at least one matter in the proceeding is dealt with in the arbitration agreement — the court

MBQB 168, 295 Man. R. (2d) 101, conf. par 2014 MBCA 57, 306 Man. R. (2d) 129, demande d'auto-risation de pourvoi refusée, [2014] 3 R.C.S. ix (qui porte sur l'interprétation d'une disposition équivalente de la loi du Manitoba).

[61] Bien que les parties ne s'entendent pas quant à la question de savoir si le par. 7(5) de la *Loi sur l'arbitrage* confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire de refuser de surseoir aux réclamations qui sont par ailleurs assujetties à une convention d'arbitrage valide et exécutoire, elles s'entendent sur plusieurs autres points importants, notamment sur ce qui suit :

- (1) les clauses d'arbitrage contenues dans les ententes commerciales sont généralement appliquées en l'absence de dérogation législative;
- (2) les réclamations des clients commerciaux sont traitées dans une convention d'arbitrage;
- (3) en application de la *Loi sur la protection du consommateur*, les consommateurs ont le droit de présenter leurs réclamations devant les tribunaux;
- (4) s'il est satisfait aux deux conditions énoncées au par. 7(5) de la *Loi sur l'arbitrage*, le tribunal peut surseoir à l'instance en ce qui touche les questions traitées dans la convention d'arbitrage et permettre qu'elle se poursuive en ce qui touche les autres questions.

[62] Ce terrain d'entente permet de mieux délimiter le présent pourvoi, qui porte entièrement sur la question suivante : le par. 7(5) de la *Loi sur l'arbitrage* confère-t-il au tribunal le pouvoir discrétionnaire de refuser de surseoir aux réclamations des clients commerciaux? Dans cette optique, voici comment j'interpréterais l'art. 7.

(c) *Le cadre de l'analyse relative à l'art. 7*

(i) Le paragraphe 7(1) — la règle générale

[63] Tout d'abord, le par. 7(1) établit une règle générale : si une partie à une convention d'arbitrage introduit une instance à l'égard d'une question traitée dans la convention — autrement dit, si la convention d'arbitrage traite d'au moins une des

“shall”, on the motion of another party to the agreement, stay the court proceeding in favour of arbitration. The use of the word “shall” in s. 7(1) indicates a mandatory obligation (see *Haas*, at paras. 10-12; see also R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3rd ed. 2016), at p. 90). This general rule reaffirms the concept of party autonomy and upholds the policy underlying the *Arbitration Act* that parties to a valid arbitration agreement should abide by their agreement.

[64] However, as I will explain, this general rule is not absolute.

(ii) Section 7(2) — List of Five Exceptions

[65] Section 7(2) lists five exceptions to the general rule under s. 7(1). Where any of the following conditions are met, the court “may” refuse to stay the proceeding: (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; or (5) the matter is a proper one for default or summary judgment. These are “all cases where it would be either unfair or impractical to refer the matter to arbitration” (*MDG Kingston Inc. v. MDG Computers Canada Inc.*, 2008 ONCA 656, 92 O.R. (3d) 4, at para. 36).

(iii) Section 7(5) — Partial Stay Provision

[66] Section 7(5) provides a further exception to the general rule under s. 7(1). Structurally, s. 7(5) consists of two main components:

- (1) **Preconditions** — Section 7(5)(a) and (b) set out two preconditions: (a) “the agreement deals with only some of the matters in respect of which the proceeding was commenced” and (b) “it is reasonable to separate the matters dealt with in the agreement from the other matters”.

questions soulevées dans le cadre de l’instance — le tribunal « doit », sur la motion d’une autre partie à la convention, surseoir à l’instance au profit de l’arbitrage. L’impératif « doit » au par. 7(1) indique qu’il s’agit d’une obligation (voir *Haas*, par. 10-12; voir également R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3^e éd. 2016), p. 90). Cette règle générale confirme le concept de l’autonomie des parties et la politique sous-jacente de la *Loi sur l’arbitrage*, selon laquelle les parties à une convention d’arbitrage valide devraient respecter l’entente qu’elles ont conclue.

[64] Toutefois, comme je l’expliquerai, cette règle générale n’est pas absolue.

(ii) Le paragraphe 7(2) — les cinq exceptions

[65] Le paragraphe 7(2) énumère cinq exceptions à la règle générale prévue au par. 7(1). Le tribunal « peut » refuser de surseoir à l’instance si l’une des situations suivantes s’applique : (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. Il s’agit [TRADUCTION] « dans tous les cas de situations dans lesquelles il serait injuste ou peu pratique de renvoyer l’affaire à l’arbitrage » (*MDG Kingston Inc. c. MDG Computers Canada Inc.*, 2008 ONCA 656, 92 O.R. (3d) 4, par. 36).

(iii) Le paragraphe 7(5) — Disposition relative à un sursis partiel

[66] Le paragraphe 7(5) prévoit une autre exception à la règle générale prévue au par. 7(1). Sur le plan structural, le par. 7(5) comprend deux éléments principaux :

- (1) **Des conditions préalables** — Les alinéas 7(5)a) et b) énoncent deux conditions préalables : a) « la convention ne traite que de certaines des questions à l’égard desquelles l’instance a été introduite » et b) « il est raisonnable de dissocier les questions traitées dans la convention des autres questions ».

(2) **Discretionary exception** — If both of these preconditions are satisfied, then the court “may stay the proceeding with respect to the matters dealt with in the arbitration agreement and allow it to continue with respect to other matters”.

[67] Starting with the two preconditions, the first precondition is met if “the agreement deals with only some of the matters in respect of which the proceeding was commenced”. Put differently, the proceeding must involve both (1) at least one matter that *is* dealt with in the arbitration agreement and (2) at least one matter that *is not* dealt with in the arbitration agreement.

[68] The second precondition is met if “it is reasonable to separate the matters dealt with in the agreement from the other matters”. Naturally, the “other matters” to which this precondition refers are the matters that *are not* dealt with in the arbitration agreement, as there are only two categories of “matters” contemplated by s. 7(5): those that *are* dealt with in the arbitration agreement, and those that *are not*.

[69] If both preconditions are satisfied, then instead of ordering a full stay, the court “may” allow the matters that are *not* dealt with in the arbitration agreement to proceed in court, though it must nonetheless stay the court proceeding in respect of the matters that *are* dealt with in the agreement. To illustrate, where the parties to an arbitration agreement have chosen to include “A” but not “B” in their agreement, s. 7(5) allows the court, where the two preconditions are met, to hear a court proceeding in respect of “B”, despite the fact that the proceeding must be stayed in respect of “A”. Because it gives effect to the parties’ agreement to submit only certain types of disputes to arbitration, this interpretation reaffirms the concept of party autonomy and upholds the policy underlying the *Arbitration Act* that parties to a valid arbitration agreement should abide by their agreement.

(2) **Une exception discrétionnaire** — S’il est satisfait à ces deux conditions préalables, le tribunal « peut surseoir à l’instance en ce qui touche les questions traitées dans la convention d’arbitrage et permettre qu’elle se poursuive en ce qui touche les autres questions ».

[67] Examinons dans un premier temps les deux conditions préalables. Il est satisfait à la première si « la convention ne traite que de certaines des questions à l’égard desquelles l’instance a été introduite ». Autrement dit, l’instance doit porter sur (1) au moins une question qui *est* traitée dans la convention d’arbitrage et (2) au moins une question qui *n’est pas* traitée dans la convention d’arbitrage.

[68] La deuxième condition préalable est remplie s’il « est raisonnable de dissocier les questions traitées dans la convention des autres questions ». Naturellement, les « autres questions » sont celles qui *ne sont pas* traitées dans la convention d’arbitrage, car le par. 7(5) ne prévoit que deux catégories de « questions » : celles qui *sont* traitées dans la convention d’arbitrage et celles qui *ne le sont pas*.

[69] S’il est satisfait aux deux conditions préalables, au lieu d’ordonner un sursis complet, le tribunal « peut » autoriser que les questions qui *ne sont pas* traitées dans la convention d’arbitrage soient soumises au tribunal. Il doit toutefois surseoir à l’instance malgré tout en ce qui touche les questions qui *sont* traitées dans la convention d’arbitrage. Par exemple, si les parties à une convention d’arbitrage ont choisi d’inclure « A », mais non « B », dans la convention, le par. 7(5) permet au tribunal, lorsqu’il est satisfait aux deux conditions préalables, d’instruire une instance à l’égard de « B », même s’il doit surseoir à l’instance à l’égard de « A ». Puisqu’elle donne effet à l’entente que les parties ont conclue de soumettre seulement certains types de différends à l’arbitrage, cette interprétation confirme le concept de l’autonomie des parties ainsi que la politique sous-jacente de la *Loi sur l’arbitrage* selon laquelle les parties à une convention d’arbitrage valide devraient respecter l’entente qu’elles ont conclue.

[70] However, if the preconditions are *not* met, then the discretionary exception under s. 7(5) is not triggered. This follows as a matter of logic: s. 7(5) can have effect only “if” the two preconditions are satisfied, so if those preconditions are not met, then s. 7(5) has nothing to say. In those circumstances, unless one of the five exceptions listed in s. 7(2) applies, the general rule under s. 7(1) would apply, meaning that the proceeding must be stayed.

[71] This interpretation finds support in the academic/practitioner commentary. In *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure*, J. B. Casey, commenting on equivalent provisions in the relevant Alberta statute, writes:

Section 7(1) sets out the basic provision that if a party proceeds with the court action with respect to matters governed by an arbitration agreement the court “shall” stay the proceeding. Section 7(5) then grants a partial exception to this general provision by providing that the court may allow proceedings to continue with respect to matters not covered by the arbitration agreement provided it is reasonable to separate those matters from the matters that are covered by the arbitration agreement. Nothing in the words of section 7(5) appears to give the court jurisdiction to allow the entire action to proceed where it is not reasonable to separate the matters in dispute and then say section 7(4) permits a stay of the arbitration.

Section 7(5) provides that the court may permit those matters not covered by the arbitration agreement to continue to be litigated if it is reasonable to separate those matters from those which are being arbitrated. It does not deal with the reverse situation; that is where the court finds that the matters cannot reasonably be separated. In such a case, it is submitted, the court would stay its own proceedings to await the outcome of the arbitration, and then determine if the court action needed to proceed. [pp. 349-50]

[72] The author goes on to state that “[s]ection 7(5) does not permit a court action to proceed and allow a valid arbitration to be stayed simply because the court claims appear to overlap with the arbitration claims and cannot reasonably be separated”, adding that “[s]ection 7(5) deals with whether or not to permit separate claims not covered by the arbitration

[70] Cependant, s’il *n’est pas* satisfait aux conditions préalables, l’exception discrétionnaire prévue au par. 7(5) n’entre pas en jeu. Cela est logique : le par. 7(5) ne prend effet que « si » les deux conditions préalables sont remplies; si elles ne le sont pas, le par. 7(5) ne s’applique pas. Dans ce cas, à moins qu’une des cinq exceptions énumérées au par. 7(2) s’applique, c’est la règle générale prévue au par. 7(1) qui prévaut et le tribunal doit ordonner le sursis de l’instance.

[71] Cette interprétation est étayée par la doctrine. Dans l’ouvrage *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure*, J. B. Casey a formulé les commentaires suivants au sujet des dispositions équivalentes de la loi de l’Alberta :

[TRADUCTION] Le paragraphe 7(1) énonce la règle générale selon laquelle, si une partie introduit une action en justice à l’égard de questions régies par une convention d’arbitrage, le tribunal « doit » surseoir à l’instance. Le paragraphe 7(5) énonce ensuite une exception partielle à cette règle générale. Il prévoit que le tribunal peut autoriser la poursuite d’une instance à l’égard de questions qui ne sont pas visées par la convention d’arbitrage, pourvu qu’il soit raisonnable de les dissocier de celles qui sont visées par la convention en question. Rien dans le libellé du paragraphe 7(5) ne semble conférer au tribunal la compétence d’autoriser que toute l’action soit instruite lorsqu’il n’est pas raisonnable de dissocier les questions en litige, et d’affirmer que le paragraphe 7(4) permet de surseoir à la procédure d’arbitrage.

Le paragraphe 7(5) prévoit que le tribunal peut autoriser la poursuite de l’instance à l’égard des questions qui ne sont pas visées par la convention d’arbitrage s’il est raisonnable de les dissocier des questions qui sont soumises à l’arbitrage. Il ne traite pas de la situation inverse, c’est-à-dire de celle où le tribunal conclut qu’il n’est pas raisonnable de dissocier les questions. Dans ce cas, à notre avis, le tribunal suspendrait l’instance en attendant l’issue de l’arbitrage, puis déciderait s’il est nécessaire de poursuivre l’action en justice. [p. 349-350]

[72] L’auteur affirme par la suite que [TRADUCTION] « [l]e paragraphe 7(5) ne permet pas d’autoriser l’instruction d’une action et la suspension d’une convention d’arbitrage valide simplement parce qu’il semble y avoir un chevauchement entre les réclamations soumises au tribunal et celles soumises à l’arbitrage et qu’il n’est pas raisonnable de

agreement to proceed by court action. It does not deal with whether or not the claims covered by the arbitration agreement should be stayed” (pp. 352-53).

[73] Mr. Wellman resists this logic. In effect, he submits that s. 7(5) must be read as meaning “may stay, [or may refuse to stay,] the proceeding with respect to the matters dealt with in the arbitration agreement and allow it to continue with respect to other matters”, and s. 7(5)(b) must be understood as authorizing this refusal where “it is [not] reasonable to separate the matters dealt with in the agreement from the other matters”. Respectfully, I cannot accede to this submission. Mr. Wellman’s interpretation reads language into s. 7(5) that simply is not there. Not only that, it reads language into s. 7(5) that is contained elsewhere in the statute — namely, in s. 7(2), which provides that “the court may refuse to stay the proceeding in any of the following cases”. Section 7(2) thus demonstrates that where the legislature intended to authorize the court to refuse a stay, it did so through the words “may refuse to stay”.

[74] In addition, I am respectfully of the view that Mr. Wellman’s contention that s. 7(5) is an independent, standalone provision to be read and applied in isolation from s. 7(1) and (2) cannot be sustained. Grammatically, s. 7(5) uses the definite article “the” in referring to “the proceeding”, “the matters”, and “the arbitration agreement”. The only way of identifying “the proceeding”, “the matters”, and “the arbitration agreement” referred to in s. 7(5) is to look to s. 7(1), which uses indefinite articles in referring to “a proceeding”, “a matter”, and “an arbitration agreement”. Hence, there is a logical and necessary link between the two provisions, which belies the argument that s. 7(5) stands on its own.

[75] Furthermore, while I agree that s. 7(5) should be read in the context of the statutory scheme as a

les dissocier ». Il ajoute que « [l]e paragraphe 7(5) porte sur la question de savoir si le tribunal peut autoriser ou non que des réclamations distinctes qui ne sont pas visées par la convention d’arbitrage soient soumises au tribunal par voie d’action. Il ne porte pas sur la question de savoir si les réclamations visées par la convention d’arbitrage devraient ou non être suspendues » (p. 352-353).

[73] M. Wellman n’est pas d’accord. Essentiellement, il fait valoir que le par. 7(5) doit être interprété comme signifiant que le tribunal « peut surseoir[, ou refuser de surseoir,] à l’instance en ce qui touche les questions traitées dans la convention d’arbitrage et permettre qu’elle se poursuive en ce qui touche les autres questions », et que l’al. 7(5)(b) doit être interprété comme autorisant le tribunal à refuser de surseoir à l’instance lorsqu’il « [n’est pas] raisonnable de dissocier les questions traitées dans la convention des autres questions ». Avec égards, je ne peux pas accepter cette prétention. L’interprétation du par. 7(5) proposée par M. Wellman se fonde sur des termes qui ne figurent tout simplement pas dans la disposition. Qui plus est, ces termes *figurent* ailleurs dans la loi, à savoir au par. 7(2), qui prévoit que « le tribunal peut refuser de surseoir à l’instance dans l’un ou l’autre des cas suivants ». Le paragraphe 7(2) illustre donc que, dans les cas où le législateur a voulu autoriser le tribunal à refuser d’accorder un sursis, il a utilisé l’expression « peut refuser de surseoir ».

[74] En outre, soit dit en tout respect, je suis d’avis que l’argument de M. Wellman selon lequel le par. 7(5) est une disposition autonome qui doit être interprétée indépendamment des par. 7(1) et (2) ne peut pas être retenu. Le paragraphe 7(5) emploie l’article défini devant les termes « instance », « questions » et « convention d’arbitrage ». La seule façon de définir « l’instance », « les questions » et « la convention d’arbitrage » visées au par. 7(5) est par renvoi au par. 7(1), qui emploie l’article indéfini devant ces mêmes termes. Il y a donc un lien logique et nécessaire entre les deux dispositions, ce qui contredit l’argument selon lequel le par. 7(5) est une disposition indépendante.

[75] Par ailleurs, bien que je convienne que le par. 7(5) devrait être lu dans le contexte du régime

whole and that s. 6-3 permits the court to intervene “[t]o prevent unequal or unfair treatment of parties to arbitration agreements”, I also note that s. 6 allows such intervention only “in accordance with this Act”. Therefore, even though Mr. Wellman’s interpretation of s. 7(5) would ostensibly give the court greater scope to intervene in an effort to prevent perceived unequal or unfair treatment of parties to arbitration agreements, the words “in accordance with this Act” indicate that s. 6 was not intended to override or change the meaning of other sections of the *Arbitration Act*.

[76] More fundamentally, Mr. Wellman’s interpretation sits at odds with the policy underlying the *Arbitration Act* that parties to a valid arbitration agreement should abide by their agreement. If accepted, Mr. Wellman’s interpretation would reduce the degree of certainty and predictability associated with arbitration agreements and permit persons who are party to an arbitration agreement to “piggyback” onto the claims of others. Ultimately, this would reduce confidence in the enforcement of arbitration agreements and potentially discourage parties from using arbitration as an efficient, cost-effective means of resolving disputes. Clearly, this was not what the legislature had in mind when it passed the *Arbitration Act*.

[77] Mr. Wellman and various interveners also raise a number of policy concerns that, they say, support their proposed interpretation, including the following:

- **Access to justice and the courts** — *Griffin* improves access to justice by removing barriers to seeking relief in court.
- **Abuse of arbitration clauses in adhesion contracts** — Large companies with overwhelming bargaining power should not be permitted to include unfair arbitration clauses in their standard form customer contracts and thereby shield themselves from liability by requiring private, individual arbitration for all disputes, even

législatif dans son ensemble et que l’art. 6-3 permet au tribunal d’intervenir pour « [e]mpêcher que des parties aux conventions d’arbitrage soient traitées autrement que sur un pied d’égalité et avec équité », je constate aussi que l’art. 6 limite l’intervention du tribunal aux « cas prévus par [la Loi] ». Ainsi, même si l’interprétation que donne M. Wellman au par. 7(5) donnerait manifestement au tribunal une plus grande marge de manœuvre pour intervenir afin d’empêcher la perception que des parties à des conventions d’arbitrage sont traitées autrement que sur un pied d’égalité et avec équité, l’expression « dans les cas prévus par [la Loi] » indique que l’art. 6 ne vise pas à écarter ou à modifier le sens des autres dispositions de la *Loi sur l’arbitrage*.

[76] Plus fondamentalement, l’interprétation proposée par M. Wellman va à l’encontre de la politique qui sous-tend la *Loi sur l’arbitrage* selon laquelle les parties à une convention d’arbitrage valide devraient respecter l’entente qu’elles ont conclue. Si elle était acceptée, cette interprétation réduirait le degré de certitude et de prévisibilité associé aux conventions d’arbitrage, et permettrait à des personnes qui sont parties à une entente de ce type de « se greffer » aux réclamations présentées par d’autres. Au bout du compte, cela minerait la confiance dans le fait que les conventions d’arbitrage seront appliquées et pourrait décourager les parties d’utiliser l’arbitrage comme moyen efficace et économique pour régler leurs différends. Manifestement, ce n’est pas ce que le législateur avait à l’esprit quand il a adopté la *Loi sur l’arbitrage*.

[77] M. Wellman et divers intervenants soulèvent également un certain nombre de considérations de nature politique énoncées ci-après qui, selon eux, appuient l’interprétation qu’ils proposent :

- **Accès à la justice et aux tribunaux** — La décision *Griffin* facilite l’accès à la justice en éliminant les obstacles liés à l’obtention d’une réparation devant les tribunaux.
- **Abus des clauses d’arbitrage dans les contrats d’adhésion** — Les grandes entreprises dotées d’un important pouvoir de négociation ne devraient pas avoir le droit d’inclure des clauses d’arbitrage injustes dans les contrats types qu’ils font signer à leurs clients et de se dégager ainsi de toute responsabilité en exigeant que tout

low-value claims that would be uneconomical to pursue through arbitration.

- **Shrinking class sizes** — The interpretation of s. 7(5) outlined above would cut non-consumers out of consumer/non-consumer class actions where an arbitration agreement is present. Consequently, these class actions will shrink in size, making them less economically viable and decreasing the likelihood that they will be brought in the first place.
- **Multiplicity of proceedings** — *Griffin* enhances the courts' ability to avoid a multiplicity of proceedings, which raises the risk of inconsistent results, decreases efficiency, and increases overall costs. Further, s. 138 of the Ontario *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43 stipulates that courts shall, as far as possible, avoid a multiplicity of proceedings.
- **Difficulty distinguishing between consumers and non-consumers** — Distinguishing between consumers and non-consumers can be challenging, particularly given the rise of “hybrid consumers” and “near consumers”, making it preferable to treat consumers and non-consumers alike.

[78] In their interpretation of s. 7(5), my colleagues Abella and Karakatsanis JJ. rely on many of these policy considerations, placing particular emphasis on the importance of promoting access to justice, the difficulty of distinguishing between consumers and non-consumers, and the potential unfairness caused by enforcing arbitration clauses contained in standard form contracts.

[79] While I appreciate these concerns, I am respectfully of the view that they cannot be permitted to distort the actual words of the statute, read harmoniously with the scheme of the statute, its object, and the intention of the legislature, so as to make the provision say something it does not. While policy

différend soit soumis à un arbitrage privé et individuel, même les réclamations de faible valeur qu'il ne serait pas économique de soumettre à une procédure d'arbitrage.

- **Réduction du groupe** — Selon l'interprétation du par. 7(5) énoncée précédemment, les non-consommateurs seraient exclus des recours collectifs mettant en jeu à la fois des consommateurs et des non-consommateurs dans les cas où les parties ont conclu une convention d'arbitrage. Le groupe visé serait donc réduit, ce qui rendrait les recours collectifs moins viables sur le plan économique et diminuerait la probabilité qu'ils soient introduits.
- **Multiplicité des instances** — La décision *Griffin* renforce la capacité des tribunaux d'éviter la multiplicité des instances, laquelle augmente le risque de résultats contradictoires, réduit l'efficacité et augmente les coûts globaux. En outre, l'art. 138 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. C.43, prévoit que les tribunaux doivent éviter, dans la mesure du possible, la multiplicité des instances.
- **Difficulté à distinguer les consommateurs des non-consommateurs** — La distinction entre les consommateurs et les non-consommateurs peut être difficile à faire, en particulier compte tenu de l'apparition de « consommateurs hybrides » et de « quasi-consommateurs », de sorte qu'il est préférable de traiter les consommateurs et les non-consommateurs de la même façon.

[78] Dans leur interprétation du par. 7(5), mes collègues les juges Abella et Karakatsanis se fondent sur plusieurs de ces considérations de nature politique, en insistant particulièrement sur l'importance de promouvoir l'accès à la justice, sur la difficulté d'établir une distinction entre les consommateurs et les non-consommateurs et sur l'injustice que risquerait d'entraîner l'application des clauses d'arbitrage qui figurent dans des contrats types.

[79] Je suis conscient de ces considérations. Soit dit avec respect, je suis toutefois d'avis qu'elles ne doivent pas servir à déformer le libellé de la loi, interprété d'une façon qui s'harmonise avec l'économie et l'objet du texte législatif en question ainsi qu'avec l'intention du législateur, pour donner à la disposition un sens qu'elle

analysis has a legitimate role in the interpretative process (see Sullivan, at pp. 223-50), the responsibility for setting policy in a parliamentary democracy rests with the legislature, not with the courts. The primary role of the courts, in my view, is to interpret and apply those laws according to their terms, provided they are lawfully enacted. It is not the role of this Court to rewrite the legislation.

[80] This is particularly so given that the Ontario legislature has already spoken to some of these policy concerns by shielding consumers from the potentially harsh results of enforcing arbitration agreements contained in consumer agreements, which often take the form of standard form contracts. The legislature made a careful policy choice to exempt consumers — and *only* consumers — from the ordinary enforcement of arbitration agreements. That choice must be respected, not undermined by reading s. 7(5) in a way that permits courts to treat consumers and non-consumers as one and the same.

[81] Moreover, as I will develop, I respectfully cannot agree with a number of specific points raised by my colleagues relating to the policy considerations outlined above.

[82] First, while my colleagues characterize the “overall purpose” of the *Arbitration Act* as being to “promote access to justice” (para. 137), it is worth reiterating that this policy objective was by no means the legislature’s sole objective in adopting the Act. As indicated, a number of “guiding principles” inform the *Arbitration Act*, one of which is that “the parties to a valid arbitration agreement should abide by their agreements” (Legislative Assembly of Ontario, March 27, 1991, at p. 256). Similarly, as Blair J. stated in *Denison Mines*, the *Arbitration Act* was designed “to encourage parties to resort to arbitration as a method of resolving their disputes in commercial and other matters, and to require them to hold to that course once they have agreed to do so” (para. 8).

n’a pas. L’analyse des considérations de politique générale joue un rôle légitime dans le processus d’interprétation des lois (voir Sullivan, p. 223-250), mais le choix des politiques dans une démocratie parlementaire demeure la responsabilité du législateur et non celle des tribunaux. Selon moi, le rôle principal des tribunaux consiste à interpréter et à appliquer ces lois en fonction de leur libellé, pourvu qu’elles aient été édictées légalement. La Cour n’a pas pour rôle de récrire la loi.

[80] Il en est particulièrement ainsi du fait que la législature de l’Ontario a déjà traité de certaines de ces préoccupations de nature politique en protégeant les consommateurs des conséquences possiblement sévères de l’application des conventions d’arbitrage prévues dans les conventions de consommation, qui prennent souvent la forme de contrats types. Le législateur a pris avec soin la décision politique d’exempter les consommateurs — et *seulement* les consommateurs — de l’application ordinaire des conventions d’arbitrage. Il faut respecter ce choix, et non pas le miner en interprétant le par. 7(5) comme permettant aux tribunaux de traiter les consommateurs et les non-consommateurs sur un pied d’égalité.

[81] Qui plus est, comme je l’expliquerai, je ne saurais souscrire à plusieurs des points précis soulevés par mes collègues en ce qui concerne les considérations de nature politique énoncées précédemment.

[82] Premièrement, bien que mes collègues considèrent que l’« objet général » de la *Loi sur l’arbitrage* est de « promouvoir l’accès à la justice » (par. 137), il convient de réitérer que cet objectif était loin d’être le seul que poursuivait le législateur lorsqu’il a adopté cette Loi. Comme je l’ai déjà dit, un certain nombre de « principes directeurs » servent de base à la *Loi sur l’arbitrage*, dont l’un prévoit que [TRADUCTION] « les parties à une convention d’arbitrage valide doivent respecter l’entente qu’elles ont conclue » (Assemblée législative de l’Ontario, 27 mars 1991, p. 256). De même, comme l’a affirmé le juge Blair dans la décision *Denison Mines*, la *Loi sur l’arbitrage* a été conçue [TRADUCTION] « en vue d’encourager les parties à recourir à l’arbitrage pour régler les différends liés à des questions commerciales et autres, et pour les obliger à respecter leurs engagements une fois qu’ils ont convenu de procéder par arbitrage » (par. 8).

[83] Hence, while there can be no doubt as to the importance of promoting access to justice (see *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, at para. 1), this objective cannot, absent express direction from the legislature, be permitted to overwhelm the other important objectives pursued by the *Arbitration Act*, including ensuring that parties to a valid arbitration agreement abide by their agreement. Respectfully, my colleagues' approach would undermine the legislature's stated objective of ensuring parties to a valid arbitration agreement abide by their agreement, reduce the degree of certainty and predictability associated with arbitration agreements, and weaken the concept of party autonomy in the commercial setting. It would expand the opportunities for parties to a valid arbitration agreement — even a heavily negotiated one between sophisticated commercial entities — to avoid their agreement and seek relief in court. This would in turn steer parties away from 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” (Legislative Assembly of Ontario, March 27, 1991, at p. 245).

[84] Second, my colleagues stress that the *Arbitration Act* was designed with a “freely negotiat[ed]” arbitration agreement in mind (at para. 131), that TELUS's “standard form contract hardly represents a bargain freely entered into” (para. 160), and that “[t]o impose arbitration on unwilling parties violates the spirit of the *Arbitration Act, 1991* and the arbitral process” (para. 167). But with respect, my colleagues lose sight of the issue actually before this Court. This case is not about debating the merits and demerits of enforcing arbitration clauses contained in standard form contracts. Rather, it is about the proper interpretation of s. 7(5) of the *Arbitration Act*. Moreover, while my colleagues maintain that the Act was designed with “freely negotiat[ed]” arbitration agreements in mind, 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

[83] Certes, l'importance de promouvoir l'accès à la justice ne fait aucun doute (voir *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, par. 1). On ne saurait pour autant permettre, à moins d'une directive du législateur, que cet objectif prenne le dessus sur les autres objectifs importants visés par la *Loi sur l'arbitrage*, y compris celui de veiller à ce que les parties à une convention d'arbitrage valide respectent l'entente qu'elles ont conclue. Soit dit avec respect, l'approche adoptée par mes collègues minerait l'objectif déclaré du législateur de s'assurer que les parties à une convention d'arbitrage valide la respectent et réduirait le degré de certitude et de prévisibilité associé aux conventions de ce type en plus d'affaiblir le concept d'autonomie des parties dans le contexte commercial. Cette approche augmenterait les occasions pour les parties à une convention d'arbitrage valide — même une convention durement négociée entre des entités commerciales averties — de se soustraire aux obligations qui y sont prévues et d'exiger réparation devant les tribunaux. En retour, cela éloignerait les parties d'une [TRADUCTION] « 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 » (Assemblée législative de l'Ontario, 27 mars 1991, p. 245).

[84] Deuxièmement, mes collègues insistent sur le fait que la *Loi sur l'arbitrage* a été conçue dans une optique de convention d'arbitrage « négoci[ée] librement » (par. 131), que le « contrat type [de TELUS] ne représente guère un accord librement conclu » (par. 160), et qu'« [i]mposer l'arbitrage à des parties qui n'en veulent pas va à l'encontre de l'esprit de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* et du processus arbitral » (par. 167). Or, à mon avis, mes collègues perdent de vue la question dont est réellement saisie la Cour. En effet, la présente espèce n'a pas pour but de débattre des avantages et des inconvénients de l'application de clauses d'arbitrage contenues dans des contrats types. Elle concerne plutôt l'interprétation qu'il convient de donner au par. 7(5) de la *Loi sur l'arbitrage*. De plus, tandis que mes collègues affirment que la Loi a été conçue dans une optique de convention d'arbitrage « négoci[ée] librement », rien dans la *Loi sur l'arbitrage* ne donne à penser que les conventions d'arbitrage types, qui se caractérisent par une absence

predecessors *Dell, Rogers, and Desputeaux* — confirms that the starting presumption is the opposite.

[85] Furthermore, Mr. Wellman has not argued, either before this Court or the courts below, that the standard form arbitration agreement in question was unconscionable, which if proven would render it invalid and thereby provide a basis for refusing a stay pursuant to s. 7(2)2 of the *Arbitration Act*. In my view, 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, which was the approach taken in *Heller v. Uber Technologies Inc.*, 2019 ONCA 1, rather than indirectly by attempting to stretch the language of s. 7(5) to address a perceived problem it was never designed to address.

[86] Third, my colleagues underscore the difficulty in distinguishing between consumers and non-consumers, insisting that TELUS’s interpretation of s. 7(5) would render the class certification process “cumbersome” and potentially turn the certification stage into “a search by the defendant of the precise status of each member of the class” (para. 158).

[87] While distinguishing between consumers and non-consumers may be a difficult exercise in certain cases, that difficulty does not, in my view, bear on the proper interpretation of s. 7(5). The challenge identified by my colleagues is a product of two factors: (1) the requirement under the *Class Proceedings Act* that any person seeking to join a class action must pass through an objective class definition; and (2) the legislature’s decision to accord enhanced protections only to “consumers”, which it chose to define in a particular way under the *Consumer Protection Act* — namely, as “an individual acting for personal, family or household purposes” but not including “a person who is acting for business purposes” (s. 1). While sorting between consumers and non-consumers may be “cumbersome” in

de négociation véritable, sont en soi inexécutoires. 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.

[85] Qui plus est, M. Wellman n’a pas invoqué, ni devant la Cour ni devant les tribunaux de juridictions inférieures, que le contrat d’arbitrage type en question était inéquitable. Cet argument, s’il s’avérait fondé, rendrait le contrat invalide et permettrait au tribunal de refuser de surseoir à l’instance en application de l’al. 7(2)2 de la *Loi sur l’arbitrage*. À mon sens, les arguments relatifs à l’injustice que risquerait d’entraîner l’application des clauses d’arbitrage qui figurent dans des contrats types devraient plutôt être tranchés directement par application du principe de l’iniquité, soit l’approche adoptée dans la décision *Heller c. Uber Technologies Inc.*, 2019 ONCA 1, plutôt qu’indirectement en tentant d’élargir la portée du par. 7(5) en vue de régler un problème perçu qu’il n’a jamais eu pour but de régler.

[86] Troisièmement, mes collègues insistent sur la difficulté d’établir une distinction entre les consommateurs et les non-consommateurs, insistant sur le fait que l’interprétation que donne TELUS au par. 7(5) rendrait la procédure d’autorisation des recours collectifs « encombrant » et risquerait de faire de l’étape de l’autorisation « une recherche par le défendeur du statut précis de chaque membre du groupe » (par. 158).

[87] Bien que différencier les consommateurs et les non-consommateurs puisse s’avérer difficile dans certains cas, cette difficulté, à mon sens, n’a aucune incidence sur l’interprétation qu’il convient de donner au par. 7(5). La difficulté relevée par mes collègues résulte de deux facteurs : (1) l’exigence prévue dans la *Loi sur les recours collectifs* voulant que toute personne souhaitant participer à un recours collectif doit correspondre à une définition objective du groupe; et (2) la décision du législateur d’accorder des protections supplémentaires uniquement aux « consommateurs », qu’il a choisi de définir de façon particulière dans la *Loi sur la protection du consommateur* — comme étant un « [p]articulier qui agit à des fins personnelles, familiales ou domestiques, mais non commerciales »

certain cases, this inconvenience does not permit the court to recast the legislation as it sees fit in order to avoid such difficulties. Instead, the courts must work within the framework established by the legislature, including at the class certification stage.

[88] Furthermore, reading s. 7(5) of the *Arbitration Act* in a way that permits non-consumers to “tag along” with consumers on the basis that it would be “cumbersome” to sort between the two would also allow commercial entities to find the inside of a courtroom despite having agreed to arbitration, even where the arbitration agreement was fully negotiated. Again, this would reduce the degree of certainty and predictability associated with arbitration agreements and permit parties to those agreements to “piggy-back” onto the claims of others.

[89] It would, of course, be open to the Ontario legislature to respond to the policy concerns outlined above, should it see fit to do so. While I make no comment on the wisdom of any particular reform, a range of responses are theoretically available. To offer just one example, it could amend the *Arbitration Act* to grant the courts discretion to refuse to stay the proceeding where the arbitration agreement deals with some but not all of the matters in dispute. In this regard, I note that in 2002, the *Uniform Arbitration Act* (1990),⁶ the model legislation on which the *Arbitration Act* was based, was amended to provide as follows:

7(1) If a party to an arbitration agreement commences a proceeding in respect of a matter that another party to the

⁶ As the Alberta Law Reform Institute observes, “the [Uniform Law Conference of Canada] materials do not discuss or even mention section 7(5)’s intended purpose, meaning or effect” (para. 34, citing Uniform Law Conference of Canada, *Proceedings of the Seventy-first Annual Meeting* (August 1989), at pp. 77-78 and Appendix B; Uniform Law Conference of Canada, *Proceedings of the Seventy-second Annual Meeting* (August 1990), at p. 36 and Appendix A).

(art. 1). Bien que différencier les consommateurs et les non-consommateurs puisse s’avérer « encombrant » dans certains cas, cet inconvénient n’autorise pas le tribunal à reformuler la loi comme bon lui semble pour contourner de telles difficultés. Les tribunaux doivent plutôt respecter le cadre établi par le législateur, y compris à l’étape de la certification du recours collectif.

[88] En outre, interpréter le par. 7(5) de la *Loi sur l’arbitrage* comme autorisant les non-consommateurs à « se joindre » aux consommateurs parce qu’il serait « encombrant » de les distinguer les uns des autres permettrait aux entités commerciales de se retrouver devant les tribunaux judiciaires en dépit de leur consentement à recourir à l’arbitrage, même lorsque la convention d’arbitrage est le fruit d’une négociation en bonne et due forme. Je le répète, cela réduirait le degré de certitude et de prévisibilité associé aux conventions d’arbitrage et permettrait aux parties à ces conventions de « greffer » leurs réclamations à celles d’autres parties.

[89] Bien entendu, le législateur ontarien pourrait répondre aux préoccupations de nature politique énoncées précédemment s’il jugeait qu’il est indiqué de le faire. Bien que je ne formule aucun commentaire sur la pertinence de quelque réforme que ce soit, je note que, en théorie, diverses réponses sont possibles. Pour ne donner qu’un exemple, le législateur pourrait modifier la *Loi sur l’arbitrage* pour accorder aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de refuser de surseoir à l’instance lorsque la convention d’arbitrage ne traite que de certaines des questions en litige. À cet égard, je fais remarquer que la loi type sur laquelle la *Loi sur l’arbitrage* est basée, à savoir la *Loi uniforme sur l’arbitrage* de 1990⁶, a été modifiée comme suit en 2002 :

7(1) Si une partie à une convention d’arbitrage introduit une instance à l’égard d’une question que la convention

⁶ Comme l’Alberta Law Reform Institute l’a fait remarquer, [TRA-DUCTION] « les documents de la [Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada] ne comportent aucune analyse de l’objet, du sens et de l’effet prévus du paragraphe 7(5); ils n’en font même pas mention » (par. 34, citant la Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada, *Proceedings of the Seventy-first Annual Meeting* (août 1989), p. 77-78 et annexe B; Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada, *Proceedings of the Seventy-second Annual Meeting* (août 1990), p. 36 et annexe A).

arbitration agreement is entitled to submit to arbitration under the agreement, the court in which the proceeding is commenced shall, on the motion of the other party, stay the proceeding.

...

(3) Despite subsection (1), where an arbitration agreement deals with one or more but not all of the matters in dispute in respect of which the proceeding was commenced, the court may

- (a) refuse to stay the proceeding, or
- (b) stay the proceeding with respect to the matters in dispute dealt with in the arbitration agreement and allow the proceeding to continue with respect to the other matters in dispute.

(4) In making a decision under subsection (3), the court shall have regard to

- (a) the importance of enforcing arbitration agreements, and
- (b) whether it is reasonable to separate the matters in dispute dealt with in the arbitration agreement from the other matters in dispute. [Emphasis added.]

(Uniform Law Conference of Canada, *Arbitration Amendment Act* (2002) (online))

[90] Lastly, while s. 138 of the *Courts of Justice Act* stipulates that courts “shall” avoid a multiplicity of proceedings, it tempers this language by indicating that the court must do so only “as far as possible”. Accordingly, where the application of an Ontario statute, properly interpreted, leads to a multiplicity of proceedings, the court must give effect to the will of the legislature, even if the consequence is to potentially create a multiplicity of proceedings. This is consistent with *Seidel*, where the Court recognized that even where a multiplicity of proceedings could result, the court must nonetheless give effect to the “legislative choice” embodied in the legislation in question (para. 50). Indeed, here, s. 7(5) of the *Arbitration Act* expressly contemplates bifurcation of proceedings, as it permits the court to order a *partial* stay, thereby potentially resulting in concurrent arbitration and court adjudication, where the

autorise une autre partie de soumettre à l’arbitrage, le tribunal judiciaire devant lequel l’instance est introduite doit, sur la motion de l’autre partie, surseoir à l’instance.

...

(3) Malgré le paragraphe (1), si une convention d’arbitrage ne traite que de certaines des questions à l’égard desquelles l’instance a été introduite, le tribunal judiciaire peut :

- a) soit refuser de surseoir à l’instance;
- b) soit surseoir à l’instance en ce qui touche les questions traitées dans la convention d’arbitrage et permettre qu’elle se poursuive en ce qui touche les autres questions.

(4) Lorsqu’il rend une décision en vertu du paragraphe (3), le tribunal judiciaire :

- c) tient compte de l’importance de veiller à l’exécution des conventions d’arbitrage;
- d) détermine s’il est raisonnable de séparer les questions en litige dont il est traité dans la convention d’arbitrage des autres questions en litige. [Je souligne.]

(Conférence sur l’harmonisation des lois au Canada, *Loi de 2002 modifiant la Loi sur l’arbitrage* (en ligne))

[90] Enfin, bien que l’art. 138 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* prévoit qu’il « faut » éviter la multiplicité des instances, cette obligation est tempérée par l’emploi de l’expression « dans la mesure du possible ». En conséquence, si l’application d’une loi ontarienne, interprétée correctement, mène à la multiplicité des instances, les tribunaux doivent malgré tout donner effet à l’intention du législateur. Cette façon de faire est conforme à l’arrêt *Seidel*, où la Cour a reconnu que les tribunaux doivent donner effet au « choix du législateur » reflété dans la loi en cause, même si cela pouvait mener à la multiplicité des instances (par. 50). En l’espèce, le par. 7(5) de la *Loi sur l’arbitrage* prévoit expressément la tenue possible de recours parallèles, car il permet au tribunal d’ordonner un sursis *partiel* — ce qui peut donner lieu à deux procédures concurrentes, soit une procédure d’arbitrage et une procédure judiciaire — lorsqu’il

two preconditions outlined in s. 7(5)(a) and (b) are met. In theory, the *Arbitration Act* could be amended to grant the courts broad discretion to refuse a stay where doing otherwise could result in a multiplicity of proceedings, but the legislature has not taken this step. For these reasons, while a multiplicity of proceedings can cause practical difficulties, this concern cannot be permitted to trump the language of the statute.

(iv) Section 7(6) — Bar on Appeals

[91] Finally, s. 7(6) provides simply that “[t]here is no appeal from the court’s decision”. Given the absence of any qualifying language, s. 7(6) must be taken as referring to a “decision” made under any subsection contained in s. 7. This would include, for example, a decision to stay the proceeding under s. 7(1), a decision to refuse a stay under s. 7(2), or a decision to order a partial stay under s. 7(5).

[92] I now turn to the application of this framework.

D. *Application*

(1) The Proceeding

[93] The “proceeding” in this case is simply the class action proceeding commenced by Mr. Wellman, who claims to be a “consumer” under the *Consumer Protection Act*. This proceeding serves as a procedural vehicle through which multiple parties can pursue their individual claims together (see *Bisaillon*, at para. 17). As indicated, some of these parties are consumers, while others are business customers.

(2) The Arbitration Agreements

[94] This proceeding involves not a single arbitration “agreement”, but rather a constellation of “agreements”, each taking the form of a standard

est satisfait aux deux conditions préalables énoncées aux al. 7(5)a) et b). En théorie, la *Loi sur l’arbitrage* pourrait être modifiée pour accorder aux tribunaux un vaste pouvoir discrétionnaire de refuser d’accorder un sursis dans les cas où, s’ils ne le faisaient pas, il pourrait y avoir multiplicité des instances; or, le législateur n’a pris aucune mesure en ce sens. Pour les raisons qui précèdent, bien que la multiplicité des instances puisse causer certaines difficultés sur le plan pratique, on ne peut pas s’appuyer sur cette réalité pour faire fi du libellé de la loi.

(iv) Le paragraphe 7(6) — l’interdiction d’interjeter appel

[91] Enfin, le par. 7(6) prévoit tout simplement que « [l]a décision du tribunal judiciaire n’est pas susceptible d’appel ». Étant donné l’absence de termes restrictifs, il faut considérer que ce paragraphe renvoie à une « décision » rendue aux termes de l’un ou l’autre des paragraphes de l’art. 7. Le paragraphe 7(6) viserait donc, par exemple, la décision de surseoir à l’instance au titre du par. 7(1), la décision de refuser de surseoir à l’instance au titre du par. 7(2) et la décision d’ordonner un sursis partiel au titre du par. 7(5).

[92] J’aborde maintenant l’application de ce cadre d’analyse.

D. *Application*

(1) L’instance

[93] En l’espèce, l’« instance » est tout simplement le recours collectif intenté par M. Wellman, qui soutient être un « consommateur » au sens de la *Loi sur la protection du consommateur*. Cette instance sert de véhicule procédural au moyen duquel de multiples parties peuvent faire valoir ensemble leur réclamation (voir *Bisaillon*, par. 17). Comme je l’ai déjà précisé, certaines de ces parties sont des consommateurs, tandis que d’autres n’en sont pas.

(2) Les conventions d’arbitrage

[94] La présente instance met en jeu non pas une « convention » d’arbitrage, mais une constellation de « conventions » qui prennent chacune la forme

form arbitration clause incorporated into every individual mobile phone service contract between TELUS and each of its customers, consumers and non-consumers alike. Each agreement contains identical terms regarding the types of matters covered by the agreement. Broadly speaking, they stipulate that all claims arising out of or in relation to the contract, apart from the collection of accounts by TELUS, shall be determined through mediation and, failing that, arbitration. In this way, the agreements identify the “matters” in respect of which arbitration *is* mandatory, as well as the “matters” in respect of which arbitration *is not* mandatory: disputes over collections are not subject to mandatory arbitration, whereas disputes over any other matter arising out of or in relation to the contract are.

[95] This brings us to s. 7 of the *Arbitration Act*.

(3) Section 7 of the *Arbitration Act*

[96] Beginning with s. 7(1) of the *Arbitration Act*, the sole “matter” at issue in the proceeding commenced by Mr. Wellman, who is a party to an arbitration agreement, is alleged overbilling. This matter is dealt with in the arbitration agreements into which the consumers and business customers entered. Therefore, because there is at least one matter in the proceeding that is dealt with in the arbitration agreements, the general rule under s. 7(1) would ordinarily require a stay of the proceeding as a whole, leaving both consumers and business customers locked out of court.

[97] But the *Consumer Protection Act* offers the consumers a key to the courtroom. Section 7(2) of the *Consumer Protection Act* renders arbitration clauses contained in a “consumer agreement”, defined in s. 1 as an agreement between a “consumer” and a “supplier”⁷ in which “the supplier agrees to supply goods or services for payment”, “invalid

⁷ “Supplier” is defined in s. 1 as “a person who is in the business of selling, leasing or trading in goods or services”.

d’une clause d’arbitrage type figurant dans tous les contrats de service de téléphonie cellulaire conclus entre TELUS et ses clients, qu’ils soient des consommateurs ou non. Chaque convention contient des clauses identiques quant aux types de questions qu’elle vise. En gros, elles stipulent que toutes les réclamations découlant du contrat ou s’y rapportant, sauf en ce qui concerne le recouvrement de créances par TELUS, doivent faire l’objet d’une médiation ou, à défaut de règlement, d’un arbitrage. Ainsi, les stipulations d’arbitrage précisent les « questions » à l’égard desquelles l’arbitrage *est* obligatoire, ainsi que les « questions » à l’égard desquelles il *ne l’est pas* : les différends concernant le recouvrement ne sont pas assujettis à l’arbitrage obligatoire, tandis que les différends concernant toute autre question découlant du contrat ou s’y rapportant le sont.

[95] Cela nous amène à l’art. 7 de la *Loi sur l’arbitrage*.

(3) L’article 7 de la *Loi sur l’arbitrage*

[96] Examinons d’abord le par. 7(1) de la *Loi sur l’arbitrage*. La seule « question » en litige dans le recours intenté par M. Wellman, une partie à une convention d’arbitrage, est celle de la surfacturation alléguée. Or, les conventions d’arbitrage qu’ont signé les consommateurs et les clients commerciaux traitent de cette question. Comme l’instance porte sur au moins une question qui est traitée dans les conventions d’arbitrage, la règle générale prévue au par. 7(1) exigerait donc normalement qu’il soit sursis aux procédures dans leur ensemble, ce qui empêcherait tant les consommateurs que les clients commerciaux de recourir aux tribunaux.

[97] Or, la *Loi sur la protection au consommateur* donne la clé de la salle d’audience aux consommateurs. Le paragraphe 7(2) de cette loi prévoit en effet que toute clause d’arbitrage énoncée dans une « convention de consommation », définie à l’article premier comme une convention entre un « consommateur » et un « fournisseur »⁷ selon laquelle « le

⁷ Selon l’art. 1, le terme « fournisseur » s’entend de « [q]uiconque exerce l’activité de fournir des marchandises ou des services, notamment en les vendant, en les louant ou en en faisant le commerce ».

insofar as it prevents a consumer from exercising a right to commence an action in the Superior Court of Justice given under this Act.” Further, s. 8(1) of the *Consumer Protection Act* gives consumers the right to commence a class action, or become members of a class action, in respect of a dispute arising out of a consumer agreement. Read together, these two provisions render the arbitration agreements entered into by the consumers invalid to the extent that they would otherwise prevent the consumers from commencing or joining a class action of the kind commenced by Mr. Wellman. To this extent, the provisions of the *Consumer Protection Act* constitute a “legislative override” of the consumer arbitration agreements (*Seidel*, at para. 40). Moreover, since s. 7(2) of the *Consumer Protection Act* applies, s. 7(5) of that statute is triggered. That provision stipulates that “[s]ubsection 7 (1) of the *Arbitration Act, 1991* does not apply in respect of any proceeding to which subsection (2) applies unless, after the dispute arises, the consumer agrees to submit the dispute to arbitration”. In this way, s. 7(5) of the *Consumer Protection Act* shields the consumers in this case from a stay under s. 7(1) of the *Arbitration Act*.

[98] The business customers, however, do not qualify as “consumers” under the *Consumer Protection Act*, and as such they cannot invoke the protections that the consumers enjoy under ss. 7(2), 7(5), and 8 of that statute. To be clear, although s. 7(5) of the *Consumer Protection Act* refers to “any proceeding to which subsection (2) applies”, I am not persuaded that the use of the word “proceeding” shields *non-consumers* involved in the proceeding from a mandatory stay under s. 7(1) of the *Arbitration Act*. To reason otherwise would extend the protections of the *Consumer Protection Act* to persons who are not “consumers” and, in turn, erode the policy underlying the *Arbitration Act* that parties to a valid arbitration agreement should abide by their agreement. If non-consumers bound by a valid arbitration agreement could do an end run around s. 7(1) of the

fournisseur convient de fournir des marchandises ou des services moyennant paiement », « est invalide, dans la mesure où elle empêche le consommateur d’exercer son droit d’introduire une action devant la Cour supérieure de justice en vertu de la présente loi ». De plus, le par. 8(1) de la *Loi sur la protection au consommateur* donne aux consommateurs le droit d’intenter un recours collectif ou de devenir membres d’un groupe dans le cadre d’un recours collectif à l’égard d’un différend relatif à une convention de consommation. Lues conjointement, ces deux dispositions invalident les conventions d’arbitrage auxquelles ont adhéré les consommateurs dans la mesure où celles-ci empêchent ces derniers d’intenter un recours collectif ou de participer à un recours collectif comme celui qu’a introduit M. Wellman. À cet égard, les dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* constituent une « dérogation législative » à la clause d’arbitrage à l’égard des consommateurs (*Seidel*, par. 40). En outre, puisque le par. 7(2) de la *Loi sur la protection du consommateur* s’applique, le par. 7(5) entre en jeu. Cette disposition prévoit que « [l]e paragraphe 7 (1) de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* ne s’applique pas à l’instance visée au paragraphe (2), sauf si, après la naissance du différend, le consommateur consent à le soumettre à l’arbitrage ». Ainsi, le par. 7(5) de la *Loi sur la protection du consommateur* protège les consommateurs dans la présente affaire du sursis visé au par. 7(1) de la *Loi sur l’arbitrage*.

[98] Les clients commerciaux, par contre, ne sont pas des « consommateurs » au sens de la *Loi sur la protection du consommateur*; ils ne peuvent donc pas se prévaloir des mesures de protections qu’offrent aux consommateurs les par. 7(2) et (5) ainsi que l’art. 8 de cette loi. En termes clairs, même si le par. 7(5) de la *Loi sur la protection du consommateur* renvoie « à l’instance visée au paragraphe (2) », je ne suis pas convaincu que l’emploi du terme « instance » met les *non-consommateurs* visés par l’instance à l’abri du sursis obligatoire prévu au par. 7(1) de la *Loi sur l’arbitrage*. Si c’était le cas, les mesures de protection offertes par la *Loi sur la protection du consommateur* s’étendraient à des personnes qui ne sont pas des « consommateurs », ce qui éroderait la politique qui sous-tend la *Loi sur l’arbitrage*, selon laquelle les parties à une convention d’arbitrage

Arbitration Act simply by joining their claim with that of a consumer and pointing to s. 7(5) of the *Consumer Protection Act*, then this provision could become a vehicle for “piggybacking” non-consumer claims onto consumer claims. Indeed, if such an interpretation were accepted, a class action proceeding brought on behalf of millions of non-consumers who are each bound by an arbitration agreement would, if certified, be permitted to proceed in court *in its entirety* so long as a single consumer joined the class. In this way, the inclusion of a single consumer would be enough to open the courthouse doors to all. By contrast, interpreting s. 7(5) of the *Consumer Protection Act* in a way that restricts its application to consumers leads to a sound result that upholds the legislative objectives underlying both statutes: it preserves the protections afforded solely to “consumers” under the *Consumer Protection Act* and gives effect to the policy underlying the *Arbitration Act* that parties to a valid arbitration agreement should abide by their agreement.

[99] Having concluded that the business customers cannot avoid a stay under s. 7(1) of the *Arbitration Act* by turning to the *Consumer Protection Act*, they are left with only two potential avenues for avoiding a stay: ss. 7(2) and 7(5) of the *Arbitration Act*. But since Mr. Wellman has not argued that any of the five exceptions listed in s. 7(2) applies, s. 7(5) stands as the business customers’ only possible pathway into court. Yet, as I will explain, that provision has no application on these facts.

[100] As indicated, s. 7(5) of the *Arbitration Act* is engaged only where the two preconditions set out in s. 7(5)(a) and (b) are satisfied. The first precondition is that the proceeding must involve both (1) at least one matter that *is* dealt with in the arbitration agreement and (2) at least one matter that *is not*. However,

valide devraient respecter l’entente qu’elles ont conclue. Si des non-consommateurs qui sont liés par une convention d’arbitrage valide pouvaient court-circuiter le par. 7(1) de la *Loi sur l’arbitrage* simplement en joignant leur réclamation à celle d’un consommateur et en invoquant le par. 7(5) de la *Loi sur la protection du consommateur*, cette disposition deviendrait un moyen pour que les réclamations des non-consommateurs « se greffent » à celles de consommateurs. En effet, s’il fallait adopter une telle interprétation, un recours collectif intenté au nom de millions de non-consommateurs chacun lié par une convention d’arbitrage, s’il était certifié, pourrait être entendu par un tribunal *dans son entièreté* à condition qu’un seul consommateur se joigne au recours. Ainsi, l’inclusion d’un seul consommateur suffirait pour que tous aient accès au tribunal. En revanche, donner au par. 7(5) de la *Loi sur la protection du consommateur* une interprétation qui limite son application aux consommateurs mène à un résultat valable, qui concorde avec les objectifs sous-jacents des deux lois : soit préserver les mesures de protection prévues uniquement pour les « consommateurs » dans la *Loi sur la protection du consommateur* et donner effet à la politique qui sous-tend la *Loi sur l’arbitrage*, selon laquelle les parties à une convention d’arbitrage valide devraient respecter l’entente qu’elles ont conclue.

[99] Puisque j’ai conclu que les clients commerciaux ne peuvent pas éviter le sursis prévu au par. 7(1) de la *Loi sur l’arbitrage* en invoquant la *Loi sur la protection du consommateur*, ils ne leur restent que deux avenues possibles pour arriver à leur fin : les par. 7(2) et (5) de la *Loi sur l’arbitrage*. Cela dit, comme M. Wellman n’a pas fait valoir qu’une des cinq exceptions énoncées au par. 7(2) s’applique, seul le par. 7(5) pourrait ouvrir la voie du tribunal aux clients commerciaux. Or, comme je l’expliquerai, cette disposition ne s’applique pas eu égard aux faits de l’espèce.

[100] Comme je l’ai déjà mentionné, le par. 7(5) de la *Loi sur l’arbitrage* ne s’applique que lorsqu’il est satisfait aux deux conditions préalables énoncées aux al. 7(5)a) et b). La première condition exige que l’instance porte sur (1) au moins une question qui *est* traitée dans la convention d’arbitrage et (2) au moins

that is not the case here. Instead, as I have explained, the proceeding involves a single matter — alleged overbilling — and that matter is dealt with in the arbitration agreements into which the consumers and business customers entered. As such, the first precondition is not met, so s. 7(5) has nothing to say.

[101] To illustrate how s. 7(5) could apply in a dispute between TELUS and its business customers, consider a hypothetical scenario in which the proceeding involves both (1) a claim advanced by business customers over alleged overbilling and (2) a claim advanced by TELUS for the collection of accounts. The former matter *is* covered by the arbitration agreements, whereas the latter *is not*. As such, this hypothetical proceeding would meet the first precondition. Hence, if the court were to determine that it would be reasonable to separate the two matters such that the second precondition is also met, then s. 7(5) would permit the court to stay the proceeding in respect of the matter dealt with in the arbitration agreements (i.e., alleged overbilling) and allow the proceeding to continue in respect of the matter *not* dealt with in the arbitration agreements (i.e., the collection of accounts). Alternatively, if the court were to determine that it would *not* be reasonable to separate the two matters such that the second precondition is *not* met, then the general rule under s. 7(1) would apply, meaning the court must stay the proceeding.

[102] But since s. 7(5) does not apply in this case, the proceeding must be stayed pursuant to the general rule under s. 7(1). And although the word “proceeding” is used without qualification in s. 7(1), seemingly in the sense of “proceeding *as a whole*”, I am of the view that the stay in this case must be restricted to the parties who are legally bound by an arbitration agreement — namely, TELUS and the business customers. As indicated, the *Consumer Protection Act* grants the consumers the right to seek relief in court. The *Arbitration Act* cannot deprive them of that right. Moreover, taking a purposive approach, a principal object of the s. 7 framework

une question qui *ne l’est pas*. Ce n’est toutefois pas le cas en l’espèce. Comme je l’ai déjà expliqué, l’instance porte plutôt sur une seule question — celle de la surfacturation alléguée —, dont traitent les conventions d’arbitrage qu’ont signées les consommateurs et les clients commerciaux. Il n’est donc pas satisfait à la première condition préalable, et le par. 7(5) ne s’applique pas.

[101] Pour illustrer comment le par. 7(5) pourrait s’appliquer à un différend entre TELUS et ses clients commerciaux, imaginons un scénario où l’instance porte à la fois sur (1) une réclamation présentée par les clients commerciaux concernant la surfacturation alléguée et (2) une réclamation présentée par TELUS pour le recouvrement de créances. La première question *est* visée par la convention d’arbitrage; la seconde *ne l’est pas*. Cette instance fictive satisferait à la première condition préalable. Si le tribunal jugeait qu’il est raisonnable de dissocier les deux questions, de sorte que la deuxième condition préalable serait aussi remplie, le par. 7(5) permettrait donc au tribunal de surseoir à l’instance en ce qui touche la question traitée dans les conventions d’arbitrage (c.-à-d. la question de la surfacturation alléguée) et de permettre qu’elle se poursuive en ce qui touche la question qui *n’est pas* traitée dans les conventions d’arbitrage (c.-à-d. la question du recouvrement des créances). Subsidiairement, si le tribunal jugeait qu’il *n’était pas* raisonnable de dissocier les deux questions, de sorte que la deuxième condition préalable *ne* serait *pas* remplie, la règle générale prévue au par. 7(1) s’appliquerait et le tribunal serait tenu de surseoir à l’instance.

[102] Puisque le par. 7(5) ne s’applique pas en l’espèce, il faut donc surseoir à l’instance en application de la règle générale prévue au par. 7(1). En outre même si le terme « instance » est utilisé sans autre précision au par. 7(1), vraisemblablement dans le sens d’« instance *dans son ensemble* », je suis d’avis que le sursis en l’espèce doit être limité aux parties qui sont liées légalement par une convention d’arbitrage — à savoir TELUS et les clients commerciaux. Comme je l’ai déjà précisé, la *Loi sur la protection du consommateur* confère aux consommateurs le droit d’intenter un recours judiciaire et la *Loi sur l’arbitrage* ne peut pas leur enlever ce droit. De plus,

is to ensure parties to a valid arbitration agreement abide by their agreement; it is not to keep parties who either never agreed to or are not bound by an arbitration agreement out of court. The *Arbitration Act* has no business interfering with these litigants' procedural or substantive rights, and it certainly has no business denying them the right to seek a remedy in court simply because they happen to be tangentially associated with others who *did* agree to and *are* bound by an arbitration agreement.

[103] In sum, I conclude that the motions judge and the Court of Appeal erred in law by interpreting s. 7(5) of the *Arbitration Act* incorrectly and refusing to order a stay that, under s. 7(1), was mandatory. At the end of the day, s. 7(5) does not, in my view, permit the court to ignore a valid and binding arbitration agreement.

(4) Section 7(6) — Bar on Appeals

[104] Finally, I note that the court below did not address the potential application of s. 7(6) of the *Arbitration Act*, and the matter was discussed only briefly during oral argument before this Court. Neither of the parties has suggested that the s. 7(6) bar applies. In the absence of full submissions, I do not consider it appropriate to make a final ruling on the matter.

VII. Conclusion

[105] In the result, I would allow the appeal and stay the business customer claims. Given this result, TELUS is entitled to its costs in this Court and in the Court of Appeal. However, since TELUS's motion for a stay was heard together with Mr. Wellman's successful application for certification, it would not in my view be appropriate to grant TELUS costs in the Superior Court. I would therefore set aside the

d'un point de vue téléologique, le cadre d'analyse de l'art. 7 vise principalement à garantir que les parties à une convention d'arbitrage valide respectent l'entente qu'elles ont conclue; il ne vise pas à faire en sorte que les parties qui n'ont jamais convenu d'être liées par une convention d'arbitrage ou qui ne sont pas liées par une telle convention se voient refuser l'accès aux tribunaux. La *Loi sur l'arbitrage* ne peut pas interférer avec les droits procéduraux ou substantifs de ces parties, et elle ne peut certainement pas les priver de leur droit de demander une réparation devant les tribunaux uniquement parce qu'ils s'adonnent à être indirectement liés à d'autres qui, eux, *ont* conclu une convention d'arbitrage et à laquelle ils *sont* liés.

[103] En somme, je conclus que la juge des motions et la Cour d'appel ont commis une erreur de droit en interprétant incorrectement le par. 7(5) de la *Loi sur l'arbitrage* et en refusant d'ordonner un sursis qui, suivant le par. 7(1) de cette même loi, était obligatoire. En définitive, selon moi, le par. 7(5) ne permet pas au tribunal d'écarter une convention d'arbitrage valide et exécutoire.

(4) Le paragraphe 7(6) — l'interdiction d'interjeter appel

[104] Enfin, je remarque que la cour d'instance inférieure n'a pas examiné l'application possible du par. 7(6) de la *Loi sur l'arbitrage* et que la question n'a été abordée que brièvement durant les plaidoiries orales devant la Cour. Ni l'une ni l'autre des parties n'a suggéré que l'interdiction d'interjeter appel prévue au par. 7(6) s'applique. En l'absence d'observations complètes, j'estime qu'il ne convient pas de rendre une décision définitive sur la question.

VII. Conclusion

[105] En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner le sursis des réclamations des clients commerciaux. En conséquence, TELUS a droit à ses dépens devant la Cour et devant la Cour d'appel. Toutefois, comme la motion en vue d'un sursis de TELUS a été entendue en même temps que la demande de certification de M. Wellman qui a été accueillie, j'estime qu'il ne serait pas approprié d'accorder à

costs award made by the Superior Court and order that the parties bear their own costs in that court.

The reasons of Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis and Martin JJ. were delivered by

[106] ABELLA AND KARAKATSANIS JJ. (dissenting) — This appeal involves a class action against TELUS Communications Inc. The mandatory, non-negotiable contract which all purchasers of TELUS cell phone plans must sign, requires individual arbitration for any claim, and prevents court remedies such as class actions. Legislation in Ontario exempts consumers from the operation of these compulsory arbitration clauses. Businesses, on the other hand, no matter their size, and even if they are pursuing identical claims as consumers, can be caught by the operation of the arbitration clause in the contract. The Ontario courts, however, have recognized the denial of access to justice created by this disparity and have interpreted the *Arbitration Act, 1991* in a way that gives a court discretion to redress this anomaly and allow both sets of claimants to access a class action.

[107] Statutory interpretation is the art of inferring what words mean. Sometimes the meaning is obvious, either because of the clarity of the language or of its relationship to the legislative context. But sometimes interpreting words literally in isolation, undermines the policy objectives of the statutory scheme. The debate between those who are “textualists” and those who are “intentionalists” was resolved in Canada in 1998 when this Court decided that “there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.”⁸ We do

TELUS les dépens en Cour supérieure. Je suis donc d’avis d’annuler l’ordonnance quant aux dépens rendue par la Cour supérieure et d’ordonner que chaque partie assume ses propres dépens devant cette cour.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Abella, Karakatsanis et Martin rendus par

[106] LES JUGES ABELLA ET KARAKATSANIS (dissidentes) — Le présent pourvoi concerne un recours collectif contre TELUS Communications Inc. Le contrat obligatoire et non négociable que doivent signer tous les acheteurs de forfaits de téléphonie cellulaire TELUS exige l’arbitrage individuel pour toutes les réclamations, et empêche la formation de recours judiciaires comme le recours collectif. La loi ontarienne soustrait les consommateurs à l’application de ces clauses d’arbitrage obligatoire. Cependant, les entreprises, peu importe leur taille, et même si elles présentent des réclamations identiques à celles des consommateurs, peuvent être assujetties à l’application de la clause d’arbitrage prévue dans le contrat. Les tribunaux de l’Ontario ont toutefois reconnu le déni d’accès à la justice que créait cette disparité et ont interprété la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* de manière à ce que les tribunaux aient le pouvoir discrétionnaire de corriger cette anomalie et de permettre aux deux catégories de demandeurs d’exercer un recours collectif.

[107] L’interprétation législative est l’art de déduire le sens des mots. Celui-ci est parfois évident, que ce soit en raison de la clarté du libellé ou de son lien avec le contexte législatif. Parfois, cependant, l’interprétation littérale des mots pris isolément compromet les objectifs de politique générale du régime législatif. La Cour suprême a réglé, en 1998, le débat au Canada entre les « textualistes » et les « intentionnalistes » lorsqu’elle a décidé qu’« il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur⁸ ». Nous ne faisons pas

⁸ Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, cited in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21.

⁸ Elmer Driedger dans *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, cité dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21.

not just look at the words. Moreover, in Ontario all statutes are to be read in accordance with s. 64(1) of the *Legislation Act, 2006*, S.O. 2006, c. 21, Sched. F., which states that: “An Act shall be interpreted as being remedial and shall be given such fair, large and liberal interpretation as best ensures the attainment of its objects.”

[108] In other words, words matter, policy objectives matter, and consequences matter.

[109] The majority’s approach, with respect, in effect represents the return of textualism. The words have been permitted to dominate and extinguish the contextual policy objectives of both the *Arbitration Act, 1991*, S.O. 1991, c. 17, and the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, creating a dispute-resolution universe that has the effect of forcing litigants to spend thousands of dollars to resolve a dispute worth a fraction of that cost; denies others meaningful access to a remedy if they are not prepared, or cannot afford to, engage in a cost-benefit losing proposition; and invites the very proliferation of proceedings a class action was invented to avoid. The result of these disincentives is that business consumers will simply not enforce their rights.

[110] That is why the Ontario Court of Appeal has consistently interpreted the words of s. 7(5) of the *Arbitration Act, 1991* in a way that avoids the unpalatable consequences while invigorating the purposes and effective functioning of the relevant legislative schemes. This aligns with the Court’s modern approach to statutory interpretation and should, as a result, be endorsed by this Court.

[111] The Ontario Legislature enacted the *Arbitration Act, 1991*, to allow willing parties to pursue arbitration as an alternate form of dispute resolution. To ensure expedient resolution and lower litigation

qu’observer les mots. De plus, en Ontario, toutes les lois doivent être interprétées en tenant compte du par. 64(1) de la *Loi de 2006 sur la législation*, L.O. 2006, c. 21, ann. F, qui prévoit que « [l]a loi est censée apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de ses objets. »

[108] Autrement dit, les mots comptent, les objectifs de politique générale comptent et les conséquences comptent.

[109] Soit dit en tout respect, l’approche des juges majoritaires représente en réalité le retour du textualisme. Les mots ont dominé et supprimé les objectifs contextuels de politique générale à la fois de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage*, L.O. 1991, c. 17, et de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6, créant de cette façon un univers de règlement des différends qui a pour effet de contraindre les parties à un litige à dépenser des milliers de dollars en vue de régler un différend qui ne vaut qu’une fraction de ce coût; de priver d’autres personnes d’un accès concret à un recours si elles ne sont pas préparées ou ne peuvent se permettre de prendre part à une affaire où elles perdraient sur le plan des coûts et des bénéfices; et de susciter la multiplication d’instances, ce que le recours collectif visait justement à éviter. Ces facteurs dissuasifs ont pour résultat que les clients commerciaux ne feront tout simplement pas valoir leurs droits.

[110] C’est pourquoi la Cour d’appel de l’Ontario a toujours interprété le libellé du par. 7(5) de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* de façon à éviter les conséquences inacceptables tout en renforçant les objets et le fonctionnement efficace des régimes législatifs pertinents. Cette façon de faire est conforme à la méthode moderne d’interprétation législative de notre Cour, et devrait, en conséquence, être entérinée par celle-ci.

[111] Le législateur ontarien a adopté la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* pour permettre aux parties qui le souhaitent de recourir à l’arbitrage comme autre forme de règlement des différends. Afin d’assurer

costs, the *Arbitration Act, 1991* limited court intervention in arbitrable disputes. But it also gave judges discretion to permit court proceedings in certain limited circumstances, such as where the arbitration agreement was manifestly unfair.

[112] The issue in this appeal is how far that judicial discretion extends under the *Arbitration Act, 1991*. Specifically, the question is whether s. 7(5) gives judges the discretion to hear parties covered by an arbitration agreement when the same issue is the subject of litigation in the courts. Section 7(5) states:

Agreement covering part of dispute

(5) The court may stay the proceeding with respect to the matters dealt with in the arbitration agreement and allow it to continue with respect to other matters if it finds that,

- (a) the agreement deals with only some of the matters in respect of which the proceeding was commenced; and
- (b) it is reasonable to separate the matters dealt with in the agreement from the other matters.

[113] Since 2002, the Ontario Court of Appeal has interpreted s. 7(5) as granting the discretion to stay matters that would otherwise be subject to arbitration. Similarly, for nearly a decade, the Ontario Court of Appeal has interpreted s. 7(5) as permitting otherwise arbitrable matters to be joined with class actions in the public interests of avoiding duplicative proceedings, increased costs, and the risk of inconsistent results.

[114] This interpretation, in our respectful view, aligns with the text and scheme of the provisions and is consistent not only with the purposes motivating

le règlement opportun des différends et de diminuer les frais de justice, la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* a limité l'intervention judiciaire à l'égard des différends arbitrables. Mais elle a aussi investi les juges du pouvoir discrétionnaire d'autoriser les instances judiciaires dans certaines circonstances précises, par exemple lorsque la convention d'arbitrage était manifestement inéquitable.

[112] La question qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir jusqu'où peut aller ce pouvoir discrétionnaire en vertu de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*. Il s'agit plus précisément d'établir si le par. 7(5) investit les juges du pouvoir discrétionnaire d'entendre les parties visées par une convention d'arbitrage lorsque la même question fait l'objet d'un litige devant les tribunaux. Le paragraphe 7(5) est ainsi libellé :

Convention s'appliquant à une partie du différend

(5) Le tribunal judiciaire peut surseoir à l'instance en ce qui touche les questions traitées dans la convention d'arbitrage et permettre qu'elle se poursuive en ce qui touche les autres questions, s'il constate :

- a) d'une part, que la convention ne traite que de certaines des questions à l'égard desquelles l'instance a été introduite;
- b) d'autre part, qu'il est raisonnable de dissocier les questions traitées dans la convention des autres questions.

[113] Depuis 2002, la Cour d'appel de l'Ontario a interprété le par. 7(5) comme conférant aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de surseoir aux questions qui seraient par ailleurs soumises à l'arbitrage. De même, depuis une dizaine d'années, la Cour d'appel de l'Ontario a interprété le par. 7(5) comme permettant que des questions par ailleurs arbitrables soient jointes aux recours collectifs afin d'éviter, dans l'intérêt public, le dédoublement des instances, des coûts plus élevés et le risque de résultats incohérents.

[114] Cette interprétation, à notre avis, s'accorde avec le texte des dispositions et le régime créé par celles-ci et est conforme non seulement aux objets

the enactment of the *Arbitration Act, 1991* but also with the purpose of s. 7(5) itself.

[115] In our view, where a proceeding includes both matters covered by an arbitration agreement and other matters that are not, s. 7(5) gives a judge discretion to allow the entire proceeding to continue in court, even if some parties would otherwise be subject to an arbitration clause.

Background

[116] The claim is that TELUS, a Canadian cellular service provider, had for a number of years, and without notifying its customers, rounded the times of cellular phone calls up to the next minute. This resulted in overcharging clients on their monthly bills by small amounts.

[117] TELUS used the same standard-form contract for business and consumer clients, who initiated a class action together against TELUS. The named plaintiff in this appeal, Avraham Wellman, is a consumer and the class representative.

[118] TELUS's standard-form contract is non-negotiable. It contains a dispute resolution clause requiring mediation, and failing resolution, arbitration of any disputes other than in respect of the collection of accounts by TELUS. This arbitration clause is inapplicable to consumers because Ontario's consumer protection legislation renders an arbitration clause in a consumer contract invalid insofar as it prevents a consumer from initiating court proceedings (*Consumer Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 30, Sch. A, s. 7).

[119] On its face, the arbitration clause is valid for business clients. For this reason, TELUS applied to stay the business clients' claims and have them struck from the class proceeding, arguing that those claims had to be resolved by arbitration.

ayant motivé l'adoption de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, mais aussi à l'objet du par. 7(5) lui-même.

[115] À notre avis, lorsque l'instance porte à la fois sur des questions visées par une convention d'arbitrage et d'autres questions qui ne le sont pas, le par. 7(5) investit le juge du pouvoir discrétionnaire de permettre que toute l'instance se poursuive devant le tribunal, même si certaines parties sont par ailleurs assujetties à une clause d'arbitrage.

Contexte

[116] Il est allégué que TELUS, un fournisseur de services de téléphonie cellulaire canadien, a pendant un certain nombre d'années, et sans en aviser ses clients, arrondi à la minute suivante la durée des appels faits au moyen d'un téléphone cellulaire. Cette pratique a donné lieu à une facturation excessive de petits montants sur les factures mensuelles des clients.

[117] TELUS utilisait le même contrat type pour les clients commerciaux et les clients consommateurs, qui ont intenté ensemble un recours collectif contre elle. Le demandeur désigné dans le présent pourvoi, Avraham Wellman, est un consommateur et représente le groupe.

[118] Le contrat type de TELUS est non négociable. Il contient une clause de règlement des différends exigeant la médiation ou, à défaut de règlement, l'arbitrage de tous les différends, sauf en ce qui concerne le recouvrement de créances par TELUS. Cette clause d'arbitrage ne s'applique pas aux consommateurs parce que la loi sur la protection du consommateur de l'Ontario invalide les clauses d'arbitrage dans les contrats de consommation dans la mesure où celles-ci empêchent le consommateur d'introduire une instance judiciaire (*Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, c. 30, ann. A, art. 7).

[119] À première vue, la clause d'arbitrage est valide pour les clients commerciaux. C'est pourquoi TELUS a demandé au tribunal de surseoir aux réclamations des clients commerciaux et de les radier du recours collectif, au motif que ces réclamations devaient être soumises à l'arbitrage.

[120] The provisions of the *Arbitration Act, 1991* dealing with stays are found in s. 7, which states:

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.

Arbitration may continue

(3) An arbitration of the dispute may be commenced and continued while the motion is before the court.

Effect of refusal to stay

- (4) If the court refuses to stay the proceeding,
- (a) no arbitration of the dispute shall be commenced; and
 - (b) an arbitration that has been commenced shall not be continued, and anything done in connection with the arbitration before the court made its decision is without effect.

Agreement covering part of dispute

(5) The court may stay the proceeding with respect to the matters dealt with in the arbitration agreement and

[120] Les dispositions de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* traitant du sursis figurent à l'art. 7, qui est ainsi rédigé :

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.

Poursuite de l'arbitrage

(3) L'arbitrage du différend peut être engagé et poursuivi pendant que la motion est devant le tribunal judiciaire.

Conséquences du refus de surseoir

- (4) Si le tribunal judiciaire refuse de surseoir à l'instance :
- a) d'une part, aucun arbitrage du différend ne peut être engagé;
 - b) d'autre part, l'arbitrage qui a été engagé ne peut être poursuivi, et tout ce qui a été fait dans le cadre de l'arbitrage avant que le tribunal judiciaire ne rende sa décision est sans effet.

Convention s'appliquant à une partie du différend

(5) Le tribunal judiciaire peut surseoir à l'instance en ce qui touche les questions traitées dans la convention

allow it to continue with respect to other matters if it finds that,

- (a) the agreement deals with only some of the matters in respect of which the proceeding was commenced; and
- (b) it is reasonable to separate the matters dealt with in the agreement from the other matters.

[121] As previously noted, the provision at issue in this appeal is s. 7(5), which Ontario courts have interpreted to allow business clients who would otherwise be bound by an arbitration agreement to join in class proceedings with consumers.

[122] Both the motions judge and the majority of the Court of Appeal in this case relied on *Griffin v. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481, which was decided by a five member panel of the Ontario Court of Appeal. Thaddeus Griffin, who had purchased a Dell notebook computer through his personal business, joined with consumers in a class action alleging deficiencies in Dell’s products. Dell’s standard-form sales agreement contained a clause requiring that all disputes be submitted to arbitration.

[123] Dell’s position at the certification stage was that business clients should not be allowed to join consumers in the class action, and their claims should be stayed and directed to individual arbitration. Lax J. held that it was “fanciful to think that any claimant could pursue an individual claim in a complex products liability case” and that enforcing Dell’s arbitration clause would have the effect of immunizing Dell “from accounting to class members for any wrong it may have caused” (*Griffin v. Dell Canada Inc.* (2009), 72 C.P.C. (6th) 158 (Ont. S.C.J.), at paras. 92-93).

d’arbitrage et permettre qu’elle se poursuive en ce qui touche les autres questions, s’il constate :

- a) d’une part, que la convention ne traite que de certaines des questions à l’égard desquelles l’instance a été introduite;
- b) d’autre part, qu’il est raisonnable de dissocier les questions traitées dans la convention des autres questions.

[121] Comme il a déjà été mentionné, la disposition en cause dans le présent pourvoi est le par. 7(5), que les tribunaux ontariens ont interprété comme permettant aux clients commerciaux qui seraient par ailleurs liés par une convention d’arbitrage de participer à des recours collectifs avec les consommateurs.

[122] Tant la juge des requêtes que les juges majoritaires de la Cour d’appel en l’espèce se sont fondés sur l’arrêt *Griffin c. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481, qui a été rendu par une formation de cinq juges de la Cour d’appel de l’Ontario. Thaddeus Griffin, qui avait acheté un ordinateur bloc-notes Dell par l’intermédiaire de son entreprise personnelle, a participé avec des consommateurs à un recours collectif dans lequel ceux-ci soutenaient que les produits Dell étaient défectueux. Le contrat de vente type de Dell contenait une clause exigeant que tous les différends soient soumis à l’arbitrage.

[123] À l’étape de la certification, Dell a soutenu que les clients commerciaux ne devraient pas être autorisés à participer au recours collectif avec les consommateurs, et que leurs réclamations devraient faire l’objet d’un sursis et être renvoyées à l’arbitrage individuel. La juge Lax a estimé qu’il était [TRADUCTION] « fantaisiste de croire qu’un demandeur pourrait présenter une réclamation individuelle dans une affaire complexe de responsabilité du fabricant » et que l’application de la clause d’arbitrage de Dell aurait pour effet que celle-ci serait immunisée contre l’obligation de [TRADUCTION] « rendre des comptes aux membres du groupe concernant le tort qu’elle a pu causer » (*Griffin c. Dell Canada Inc.* (2009), 72 C.P.C. (6th) 158 (C.S.J. Ont.), par. 92-93).

[124] The Ontario Court of Appeal confirmed the decision to allow Griffin’s claim to proceed in court. It found that s. 7(5) gives a motions judge the discretion to refuse a partial stay where an action involves some claims that are subject to an arbitration agreement and some that are not, because

. . . it would not be reasonable to separate the consumer from the non-consumer claims. We should, therefore, refuse a partial stay and allow all the claims to proceed under the umbrella of the class proceeding.

Granting a stay of the non-consumer claims would lead to inefficiency, a potential multiplicity of proceedings, and added cost and delay. This would be contrary to the *Courts of Justice Act*, s. 138, which provides that “[a]s far as possible, a multiplicity of legal proceedings shall be avoided”, and contrary to the jurisprudence on the reasonableness of partial stays under s. 7(5) of the *Arbitration Act, 1991*. [paras. 46-47]

[125] A number of cases were relied on to support this interpretation (*Radewych v. Brookfield Homes (Ontario) Ltd.*, 2007 CanLII 23358 (Ont. S.C.J.), aff’d 2007 ONCA 721; *Johnston v. Goudie* (2006), 212 O.A.C. 79, at para. 18; *Penn-Co Construction Canada (2003) Ltd. v. Constance Lake First Nation* (2007), 66 C.L.R. (3d) 78 (S.C.J.), at para. 31, aff’d 2008 ONCA 768, 76 C.L.R. (3d) 1; *Frambordeaux Developments Inc. v. Romandale Farms Ltd.*, 2007 CanLII 55364 (Ont. S.C.J.), at para. 34; *New Era Nutrition Inc. v. Balance Bar Co.*, 2004 ABCA 280, 245 D.L.R. (4th) 107, at paras. 37-38.)

[126] In the case before us, TELUS brought a similar motion to stay the proceedings with respect to the business customer claims. Conway J. relied on the Ontario Court of Appeal’s decision in *Griffin* in concluding that s. 7(5) of the *Arbitration Act, 1991* expressly grants the court the discretion to determine whether it is reasonable to separate the matters dealt with in an arbitration agreement from other matters in the litigation. If the court does not consider it

[124] La Cour d’appel de l’Ontario a confirmé la décision selon laquelle la réclamation de M. Griffin pouvait être portée devant le tribunal. Elle a conclu que le par. 7(5) investit le juge des requêtes du pouvoir discrétionnaire de refuser d’accorder un sursis partiel lorsque l’action porte sur des réclamations qui sont visées par une convention d’arbitrage et d’autres qui ne le sont pas, parce que

[TRADUCTION] . . . il ne serait pas raisonnable de dissocier les réclamations présentées par des consommateurs de celles qui sont présentées par des non-consommateurs. Nous devrions, par conséquent, refuser d’accorder un sursis partiel et permettre que toutes les réclamations soient examinées dans le cadre du recours collectif.

Accorder un sursis pour les réclamations présentées par des non-consommateurs créerait de l’inefficacité et entraînerait un risque de multiplicité des instances et des coûts et des retards supplémentaires. Cela serait contraire à l’art. 138 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, qui dispose qu’« [i]l faut éviter, dans la mesure du possible, la multiplicité des instances », et contraire à la jurisprudence sur le caractère raisonnable des sursis partiels ordonnés aux termes du par. 7(5) de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage*. [par. 46-47]

[125] Plusieurs décisions ont été invoquées à l’appui de cette interprétation (*Radewych c. Brookfield Homes (Ontario) Ltd.*, 2007 CanLII 23358 (C.S.J. Ont.), conf. par 2007 ONCA 721; *Johnston c. Goudie* (2006), 212 O.A.C. 79, par. 18; *Penn-Co Construction Canada (2003) Ltd. c. Constance Lake First Nation* (2007), 66 C.L.R. (3d) 78 (C.S.J.), par. 31, conf. par 2008 ONCA 768, 76 C.L.R. (3d) 1; *Frambordeaux Developments Inc. c. Romandale Farms Ltd.*, 2007 CanLII 55364 (C.S.J. Ont.), par. 34; *New Era Nutrition Inc. c. Balance Bar Co.*, 2004 ABCA 280, 245 D.L.R. (4th) 107, par. 37-38.)

[126] Dans l’affaire qui nous occupe, TELUS a présenté une demande de sursis similaire à l’égard des réclamations des clients commerciaux. La juge Conway s’est fondée sur l’arrêt *Griffin* de la Cour d’appel de l’Ontario pour conclure que le par. 7(5) de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* confère expressément à la cour le pouvoir discrétionnaire de décider s’il est raisonnable de dissocier les questions traitées dans une convention d’arbitrage des autres

reasonable to separate them and refuses a partial stay, all matters could proceed, notwithstanding the arbitration clause. Pursuant to *Griffin*, she held that this discretion could be exercised to allow non-consumer claims to be joined with a consumer class action, where it is reasonable to do so. Since there is no group arbitration permitted for the non-consumer claims, separating the two proceedings could lead to inefficiency, inconsistent results and a multiplicity of proceedings.

[127] TELUS appealed the decision to the Ontario Court of Appeal. Justice van Rensburg, writing for the majority, agreed with the motions judge.

[128] TELUS appealed, arguing that *Griffin* was wrongly decided.

[129] Unlike our colleagues, we agree with van Rensburg J.A. and would dismiss the appeal.

Analysis

[130] A provision must be assessed in all its textures — language, purpose, effect — to prevent the suffocation of its meaning by a technical literal reading of the words. As Moldaver J. noted in *R. v. Alex*, [2017] 1 S.C.R. 967: “This Court has repeatedly observed that plain meaning alone is not determinative and a statutory interpretation analysis is incomplete without considering the context, purpose and relevant legal norms . . .” (para. 31). What is required is an interpretation that is anchored in parliamentary intention, statutory language, jurisprudence, and practice (*Rizzo & Rizzo Shoes*, at paras. 20-41). In other words, the interpretation must be “reasonable and just” (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at § 2.9).

questions en litige. Si la cour estime qu’il n’est pas raisonnable de les dissocier et refuse d’accorder un sursis partiel, toutes les questions peuvent être soumises au tribunal, nonobstant la clause d’arbitrage. Conformément à l’arrêt *Griffin*, elle a conclu que ce pouvoir discrétionnaire pouvait être exercé pour permettre la jonction des réclamations présentées par des non-consommateurs à un recours collectif intenté par des consommateurs, lorsqu’il est raisonnable de le faire. Étant donné que les réclamations présentées par des non-consommateurs ne peuvent pas être soumises à un arbitrage collectif, la dissociation des deux instances pourrait créer de l’inefficacité, mener à des résultats incohérents et entraîner la multiplicité des instances.

[127] TELUS a interjeté appel de la décision devant la Cour d’appel de l’Ontario. La juge van Rensburg, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a souscrit à l’opinion de la juge des requêtes.

[128] TELUS a porté cette décision en appel, faisant valoir que l’arrêt *Griffin* est erroné.

[129] Contrairement à nos collègues, nous partageons l’opinion de la juge van Rensburg et sommes d’avis de rejeter le pourvoi.

Analyse

[130] Une disposition doit être appréciée sous toutes ses textures — libellé, objet et effet — pour que son sens ne soit pas étouffé par une interprétation littérale et formaliste de ses termes. Comme l’a souligné le juge Moldaver dans *R. c. Alex*, [2017] 1 R.C.S. 967 : « La Cour signale dans maints arrêts que le sens ordinaire n’est pas en soi déterminant et qu’une entreprise d’interprétation législative demeure incomplète sans l’examen du contexte, de l’objet et des normes juridiques pertinentes. . . » (par. 31). Ce qu’il faut, c’est une interprétation qui ancrée dans l’intention du législateur, le libellé de la loi, la jurisprudence et les pratiques (*Rizzo & Rizzo Shoes*, par. 20-41). Autrement dit, l’interprétation doit être [TRADUCTION] « raisonnable et juste » (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), § 2.9).

[131] Ontario's *Arbitration Act, 1991* was enacted to allow parties to design their own settlement processes and resolve their disputes outside the courts. It anticipated two or more parties freely negotiating their arbitral process. Prior to the 1991 legislation, judges exercised considerable discretion to stay arbitration proceedings — even where all the parties had agreed to submit their differences to arbitration. The courts' use of this power was controversial because it was seen to represent judicial interference with the parties' freedom to contract.

[132] Ontario's *Arbitration Act, 1991* was based on the *Uniform Arbitration Act* (1990) (online) adopted by the Uniform Law Conference of Canada, which resulted from the Alberta Law Commission's 1989 report on the adoption of uniform arbitration legislation. It was modeled, in part, on the Alberta Institute of Law Research and Reform's 1988 report *Proposals for a New Alberta Arbitration Act* (Report No. 51). In that report, the Institute recommended a substantial overhaul of the existing legislation. Specifically, the Institute proposed limiting the courts' ability to refuse to stay litigation where the parties had agreed to arbitrate. The proposal found expression in s. 7(1) of the *Arbitration Act, 1991*, which mandates that if a party to an arbitration agreement tries to pursue a remedy to an arbitrable dispute in court, a judge must stay the court proceeding. Limited exceptions to this general rule are found in s. 7(2).

[133] The proposal also included, without commentary, a provision giving the court discretion to refuse a stay of litigation if the "arbitration agreement upon which the application is based . . . does not cover the dispute, or . . . does not bind all parties to the dispute" (s. 8(2) (emphasis added)). This provision is the progenitor of s. 7(5) of the current *Arbitration Act, 1991*.

[131] La *Loi de 1991 sur l'arbitrage* de l'Ontario a été adoptée afin de permettre aux parties d'élaborer leurs propres processus de règlement et de résoudre leurs différends à l'extérieur des tribunaux. Elle prévoyait que deux ou plusieurs parties peuvent négocier librement leur processus d'arbitrage. Avant l'adoption de la loi de 1991, les juges pouvaient surseoir aux procédures d'arbitrage en vertu de leur large pouvoir discrétionnaire — même lorsque toutes les parties avaient convenu de soumettre leur différend à l'arbitrage. L'exercice de ce pouvoir par les tribunaux prêtait à controverse parce qu'on le voyait comme une ingérence judiciaire à l'égard de la liberté contractuelle des parties.

[132] La *Loi de 1991 sur l'arbitrage* de l'Ontario s'inspirait de la *Loi uniforme sur l'arbitrage* (1990) (en ligne) adoptée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, qui découlait du rapport de 1989 sur l'adoption d'une législation uniforme en matière d'arbitrage de l'Alberta Law Commission. Elle prenait modèle, en partie, sur le rapport de 1988 de l'Alberta Institute of Law Research and Reform intitulé *Proposals for a New Alberta Arbitration Act* (Rapport n° 51). Dans ce rapport, l'Institut recommandait une refonte importante de la loi existante. Plus précisément, l'Institut proposait de limiter le pouvoir des tribunaux de refuser de surseoir à l'instance lorsque les parties avaient convenu de recourir à l'arbitrage. Cette proposition a trouvé son expression dans le par. 7(1) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, qui prévoit que, si une partie à une convention d'arbitrage tente de former un recours judiciaire à l'égard d'un différend arbitrable, le juge doit surseoir à l'instance. Le paragraphe 7(2) prévoit des exceptions limitées à cette règle générale.

[133] La proposition contenait également une disposition, sans commentaire, conférant au tribunal le pouvoir discrétionnaire de refuser de surseoir à l'instance si la [TRADUCTION] « convention d'arbitrage sur laquelle est fondée la demande [. . .] ne s'applique pas au différend [. . .] ou ne lie pas toutes les parties au différend » (par. 8(2) (italiques ajoutés)). Cette disposition est l'ancêtre du par. 7(5) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* actuelle.

[134] This second proposed provision suggested that courts have discretion to allow court proceedings to go ahead in two circumstances: (1) where an arbitration does not cover all of the issues raised in the dispute, and (2) where both parties *and* non-parties to an arbitration agreement commence litigation against the same defendant.

[135] The policy reasons for these exceptions were the same as those which animated the *Arbitration Act, 1991*, namely, access to justice, expediency, and limiting the role of the courts to circumstances where their participation would improve efficiency and reduce delay. At the introduction of the *Arbitration Act, 1991*, the then-Attorney General, Howard Hampton, said:

One of the commitments this government has made to the people of Ontario is to *improve access to justice in the province*. The fulfilment of this commitment will involve a wide range of programs and policies. It will also include initiatives in law reform to simplify the often intimidating legal system for the use of the public.

In this context I will be introducing today for first reading the Arbitration Act, 1991. Arbitration is a good and accessible method of seeking resolution for many kinds of disputes. It can be *more expedient and less costly than going to court*. The parties can design their own procedures and select appropriate arbitrators.

...

The new statute will make it easier for people to submit private disputes to resolution by arbitration. It will do so in several ways:

First, when people have agreed to go to arbitration, the act will help ensure that all parties abide by this agreement.

Second, the ability of the courts to intervene in an arbitration is spelled out precisely, and as a result, *the*

[134] Cette deuxième disposition proposée semblait indiquer que les tribunaux peuvent, en vertu de leur pouvoir discrétionnaire, permettre que les instances judiciaires se poursuivent dans deux cas : (1) lorsque l'arbitrage ne s'applique pas à toutes les questions soulevées dans le cadre du différend, et (2) lorsque des parties *et* des non-parties à une convention d'arbitrage engagent une poursuite contre le même défendeur.

[135] Les raisons de principe à la base de ces exceptions étaient les mêmes que celles qui sous-tendaient la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, à savoir l'accès à la justice, l'opportunité et la limitation du rôle des tribunaux aux circonstances où leur participation améliorerait l'efficacité et réduirait les retards. Lors de la présentation de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, Howard Hampton, le procureur général de l'époque, a dit ceci :

[TRADUCTION] L'un des engagements qu'a pris le présent gouvernement envers les Ontariens est d'*améliorer l'accès à la justice dans la province*. L'exécution de cet engagement comportera la mise en œuvre de toute une série de programmes et de politiques. Elle comprendra également des mesures de réforme du droit visant à simplifier le système judiciaire souvent intimidant pour l'usage du public.

Dans ce contexte, je présente aujourd'hui en première lecture la Loi de 1991 sur l'arbitrage. L'arbitrage est un bon moyen accessible de tenter d'obtenir le règlement de plusieurs types de différends. Il peut être *plus opportun et moins coûteux que de s'adresser aux tribunaux*. Les parties peuvent élaborer leurs propres procédures et choisir des arbitres compétents.

...

La nouvelle loi permettra aux gens de soumettre plus facilement leurs différends privés à l'arbitrage en vue d'un règlement, et ce, de plusieurs façons :

D'abord, lorsque les gens auront convenu d'aller en arbitrage, la loi fera en sorte que toutes les parties respectent cette convention.

Ensuite, le pouvoir des tribunaux d'intervenir dans les arbitrages est énoncé précisément et, par conséquent,

role of the courts will be constructive and less likely to be used by reluctant parties to delay the proceedings. [Emphasis added.]

(Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates (Hansard)*, 1st Sess., 35th Parl., March 27, 1991, at p. 245)

[136] At First Reading of the Bill the same day, the Attorney General further explained:

The guiding principles of the new Arbitration Act are that the parties to a valid arbitration agreement should abide by their agreements, that they should be free to design the process for their own arbitration as they see fit *within the limits of overall fairness*, that *opportunities for delay should be minimized*, and finally that awards made in arbitrations should be readily enforceable and should be reviewable by the courts only for specific defects. [Emphasis added.]

(Legislative Assembly of Ontario, at p. 256)

[137] These statements outline the guiding rationales of the legislation, as well as the means by which they were intended to be effected. The overall purpose of the *Arbitration Act, 1991* was to promote access to justice. Its chosen means of achieving that goal was to promote accessibility by giving parties the choice of resolving disputes outside the court system. The reason for creating this option was a recognition that the court system could be costly and slow. The courts' discretion to intervene in arbitrable matters was therefore narrowed to further the goals of expedient dispute resolution.

[138] The *Arbitration Act, 1991* provides a scheme for the effective private arbitration of disputes covered by an arbitration agreement. It sets out default rules governing the conduct of arbitrations and the role of courts in relation to private arbitrations. Various provisions address when judicial intervention is warranted, when judicial support is necessary to give effect to private arbitration processes and awards,

les tribunaux joueront un rôle constructif et seront moins susceptibles d'être utilisés par des parties réticentes pour retarder les instances. [Italiques ajoutés.]

(Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats (Hansard)*, 1^{re} sess., 35^e lég., 27 mars 1991, p. 245)

[136] Lors de la première lecture du projet de loi, le même jour, le procureur général a en outre expliqué ceci :

[TRADUCTION] Les principes directeurs de la nouvelle Loi sur l'arbitrage sont que les parties à une convention d'arbitrage valide doivent respecter l'entente qu'elles ont conclue, qu'elles doivent être libres d'élaborer comme elles l'entendent leur propre processus d'arbitrage *dans les limites de l'équité générale*, que *les possibilités d'occasionner un retard doivent être réduites au minimum* et, enfin, que les sentences arbitrales doivent être faciles à exécuter et susceptibles de contrôle judiciaire seulement en ce qui concerne des irrégularités précises. [Italiques ajoutés.]

(Assemblée législative de l'Ontario, p. 256)

[137] Ces déclarations donnent un aperçu des raisons d'être de la loi ainsi que des moyens par lesquels elles étaient censées être mises en œuvre. L'objet général de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* était de promouvoir l'accès à la justice. Le moyen choisi pour atteindre cet objectif consistait à favoriser l'accessibilité en donnant aux parties le choix de régler leurs différends en dehors du système judiciaire. Cette possibilité a été offerte en reconnaissance du fait que le système judiciaire peut être lent et coûteux. Le pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'intervenir dans les affaires arbitrables a donc été restreint afin de favoriser la réalisation des objectifs du règlement opportun des différends.

[138] La *Loi de 1991 sur l'arbitrage* instaure un régime permettant l'arbitrage privé efficace des différends visés par une convention d'arbitrage. Elle établit des règles applicables par défaut qui régissent les arbitrages et le rôle des tribunaux relativement aux arbitrages privés. Diverses dispositions prévoient les situations où l'intervention des tribunaux est justifiée, où l'appui des tribunaux est nécessaire pour donner

and when appeals to the court are required. Broadly speaking, the *Arbitration Act, 1991* seeks to facilitate timely and efficient dispute resolution.

[139] Ontario courts have, since 1998, consistently highlighted the purposes of the *Arbitration Act, 1991* in interpreting s. 7(5) as granting a discretion to override arbitration agreements where it would be unreasonable to separate the arbitrable and non-arbitrable matters. In *Rosedale Motors Inc. v. Petro-Canada Inc.* (1998), 42 O.R. (3d) 776 (S.C.J.), Rosedale Motors attempted to litigate a number of matters, some of which were governed by an arbitration agreement while others were not. Petro-Canada Inc. sought a stay of the arbitrable matters. Sharpe J. concluded that “[t]he language of the *Arbitration Act, 1991*, S.O. 1991, c. 17, s. 7(5) supports the existence of a discretion to refuse a stay where it is not reasonable to separate the matters dealt with in the agreement from the other matters in dispute between the parties” (pp. 783-84).

[140] The Ontario Court of Appeal adopted this interpretation in *Brown v. Murphy* (2002), 59 O.R. (3d) 404 (C.A.), and endorsed it in the context of multi-party proceedings in *Radewych*.

[141] The following year, in *Penn-Co Construction*, the Court of Appeal highlighted the practical necessity of allowing courts to hear broad claims, some of which would otherwise be subject to arbitration proceedings. In that case, Penn-Co had claimed relief against Constance Lake First Nation beyond the scope of what was identified in the agreement as being arbitrable. They had also claimed against several other parties who were not contractually bound by the arbitration clause. Subsequently, Penn-Co tried to enforce the arbitration agreement against some of the parties. The Court of Appeal upheld the motions judge’s ruling that permitting arbitration of some claims and staying the other claims would involve duplication of effort,

effet aux processus et aux sentences d’arbitrage privé et où les appels devant les tribunaux sont nécessaires. D’une manière générale, la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* vise à faciliter le règlement efficace et opportun des différends.

[139] Depuis 1998, les tribunaux ontariens ont invariablement mis l’accent sur les objets de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* lorsqu’ils ont interprété le par. 7(5) comme conférant le pouvoir discrétionnaire d’écarter la convention d’arbitrage lorsqu’il serait déraisonnable de dissocier les questions arbitrables de celles qui ne le sont pas. Dans l’affaire *Rosedale Motors Inc. c. Petro-Canada Inc.* (1998), 42 O.R. (3d) 776 (C.S.J.), Rosedale Motors a tenté de porter devant le tribunal plusieurs questions, dont certaines étaient régies par une convention d’arbitrage et d’autres non. Petro-Canada Inc. a demandé un sursis à l’égard des questions arbitrables. Le juge Sharpe a conclu que [TRADUCTION] « [l]e libellé du par. 7(5) de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage*, L.O. 1991, c. 17, étaye l’existence d’un pouvoir discrétionnaire de refuser d’accorder un sursis lorsqu’il n’est pas raisonnable de dissocier les questions traitées dans la convention des autres questions opposant les parties » (p. 783-784).

[140] La Cour d’appel de l’Ontario a adopté cette interprétation dans l’arrêt *Brown c. Murphy* (2002), 59 O.R. (3d) 404 (C.A.), et y a souscrit dans le contexte des instances multipartites dans l’arrêt *Radewych*.

[141] L’année suivante, dans l’arrêt *Penn-Co Construction*, la Cour d’appel a souligné la nécessité pratique de permettre aux tribunaux d’instruire les réclamations générales, dont certaines seraient par ailleurs visées par des procédures d’arbitrage. Dans cette affaire, Penn-Co avait présenté contre Constance Lake First Nation une réclamation allant au-delà des questions indiquées dans la convention comme étant arbitrables. Elle avait également présenté une réclamation contre plusieurs autres parties qui n’étaient pas liées contractuellement par la clause d’arbitrage. Penn-Co avait par la suite tenté de faire exécuter la convention d’arbitrage contre certaines parties. La Cour d’appel a confirmé la décision de la juge des requêtes selon laquelle le fait de permettre

extra cost and inconvenience, and risk inconsistent results (para. 5).

[142] This decision was followed by *Griffin*, discussed earlier in these reasons, in which the Court of Appeal found that duplication, inefficiency in the litigation process, and correspondingly higher costs — the very problems the *Arbitration Act, 1991* sought to solve — were key to determining when the discretion would apply. The court discussed how cumbersome and inefficient it would be to separate the proceedings, pointing out that a consumer class action would take place whether or not the business customers' claims were joined. The liability and damages issues would be identical. Carving out the business customers' claims would mean unnecessary duplication and expense. Moreover, individual arbitration would be inefficient, since

[a] partial stay would require an examination of each claim and a determination of whether it was a consumer or non-consumer claim. This is bound to be contentious in the case of many purchasers, as laptop computers are portable and regularly used for a variety of purposes. Dividing the claims as between those to be litigated and those to be arbitrated would be costly and time-consuming. [para. 51]

[143] This interpretation of s. 7(5) has been followed by Ontario courts since the Court of Appeal's decision in *Griffin* in 2010.

[144] Before this Court, Mr. Wellman argues that the Ontario courts have correctly concluded that s. 7(5) applies whenever a court proceeding includes arbitrable and non-arbitrable matters — whether in circumstances where an arbitration agreement does not cover all of the issues put before the court, or when multiple parties commence proceedings, some of whom are bound by arbitration agreements and

l'arbitrage de certaines réclamations et d'accorder un sursis à l'égard des autres entraînerait un dédoublement des efforts ainsi que des frais et inconvénients supplémentaires, et risquerait de donner lieu à des résultats incohérents (par. 5).

[142] Cette décision a été suivie de l'arrêt *Griffin*, analysé précédemment dans les présents motifs, où la Cour d'appel a estimé que le dédoublement des efforts, l'inefficacité du processus judiciaire et les frais plus élevés en découlant — les problèmes mêmes que la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* visait à régler — étaient des éléments essentiels pour déterminer quand le pouvoir discrétionnaire s'appliquait. La cour a expliqué en quoi il serait encombrant et inefficace de dissocier les instances, soulignant qu'un recours collectif intenté par des consommateurs aurait lieu, que les réclamations des clients commerciaux y soient jointes ou non. Les questions relatives à la responsabilité et aux dommages-intérêts seraient identiques. L'exclusion des réclamations des clients commerciaux entraînerait un dédoublement des efforts et des frais inutiles. De plus, l'arbitrage individuel serait inefficace, car

[TRANSLATION] [un] sursis partiel exigerait que l'on examine chaque réclamation et que l'on détermine s'il s'agit d'une réclamation présentée par un consommateur ou un non-consommateur, ce qui pourrait constituer un point litigieux pour de nombreux acheteurs, car les ordinateurs blocs-notes sont portatifs et fréquemment utilisés à des fins diverses. Le fait de dissocier les réclamations pouvant être portées devant le tribunal de celles devant être soumises à l'arbitrage coûterait cher et prendrait beaucoup de temps. [par. 51]

[143] Les tribunaux de l'Ontario appliquent cette interprétation du par. 7(5) depuis l'arrêt *Griffin* de la Cour d'appel rendu en 2010.

[144] Devant la Cour, M. Wellman soutient que les tribunaux de l'Ontario ont eu raison de conclure que le par. 7(5) s'applique chaque fois qu'une instance judiciaire touche des questions arbitrables et des questions non arbitrables — dans les cas où la convention d'arbitrage ne s'applique pas à toutes les questions soumises au tribunal, ou lorsque de multiples parties introduisent une instance et que

others not. In either case, Mr. Wellman says, a court has discretion to either allow the entire matter to proceed in court or stay the arbitrable matters so they can be decided by the arbitrator. In deciding whether to grant a partial stay of the arbitrable matters under s. 7(5), the judge must determine whether the arbitrable and non-arbitrable claims can be reasonably separated.

[145] TELUS, on the other hand, seeks to overturn *Griffin*, arguing that s. 7(5) applies only when parties who are bound by an arbitration agreement seek to litigate in the courts and there are some matters that are not specifically referred to in the arbitration agreement. A judge can either allow those specific non-arbitrable matters to continue in court or stay them pending the rest of the arbitration. TELUS submits that s. 7(1) of the *Arbitration Act, 1991* entirely precludes courts from hearing any matter covered by an arbitration agreement, and s. 7(5) only gives the court a discretion to decide what to do with the non-arbitrable matters: it can either hold them in abeyance pending the outcome of arbitration or allow them to proceed in court. On TELUS's reading of the provision, therefore, s. 7(5) does not apply to arbitrable matters, but rather gives courts only the discretion to decide whether to stay non-arbitrable matters.

[146] As noted above, s. 7 of the *Arbitration Act, 1991* sets out the statutory rules related to stays. Under the default rule in subs. (1), upon request by another party to the arbitration agreement, any proceeding relating to an arbitrable matter shall be stayed. This rule is qualified by the exceptions set out in subs. (2), which include grounds related to undue delay or a judge's assessment of the merits. If the court refuses to stay the proceeding, subs. (4) renders any arbitration without effect.

certaines de ces parties sont liées par une convention d'arbitrage et d'autres non. M. Wellman affirme que, dans les deux cas, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire de permettre que toutes les questions soient soumises au tribunal ou d'ordonner un sursis à l'égard des questions arbitrables afin qu'elles puissent être tranchées par l'arbitre. Pour décider s'il y a lieu d'accorder un sursis partiel à l'égard des questions arbitrables en vertu du par. 7(5), le juge doit établir s'il est raisonnable de dissocier les réclamations arbitrables des réclamations non arbitrables.

[145] Par contre, TELUS cherche à faire infirmer l'arrêt *Griffin*, faisant valoir que le par. 7(5) s'applique uniquement lorsque des parties qui sont liées par une convention d'arbitrage tentent d'engager une poursuite devant les tribunaux et que certaines questions ne sont pas mentionnées expressément dans la convention d'arbitrage. Le juge peut permettre que l'instance se poursuive en ce qui touche ces questions non arbitrables précises, ou encore ordonner un sursis à leur égard en attendant l'issue de l'arbitrage. TELUS soutient que le par. 7(1) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* empêche absolument le tribunal d'instruire toute question visée par une convention d'arbitrage, et que le par. 7(5) ne confère au tribunal que le pouvoir discrétionnaire de décider quoi faire avec les questions non arbitrables : il peut y surseoir en attendant l'issue de l'arbitrage ou permettre qu'elles soient soumises au tribunal. Selon l'interprétation que donne TELUS à cette disposition, le par. 7(5) ne s'applique donc pas aux questions arbitrables, mais confère plutôt aux tribunaux uniquement le pouvoir discrétionnaire de décider de surseoir ou non aux questions non arbitrables.

[146] Comme il a été mentionné précédemment, l'art. 7 de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* énonce les règles en ce qui a trait au sursis. Suivant la règle applicable par défaut énoncée au par. (1), sur demande d'une autre partie à la convention d'arbitrage, toute instance ayant trait à une question arbitrable doit faire l'objet d'un sursis. Cette règle est assortie des exceptions énoncées au par. (2), qui comprennent les motifs liés au retard indu et à l'évaluation du bien-fondé par le juge. Si le tribunal refuse de surseoir à l'instance, le par. (4) rend tout arbitrage sans effet.

[147] Section 7(5) addresses situations where the proceeding includes both matters subject to an arbitration agreement and non-arbitrable “other matters,” which are properly before the court. In such cases, subs. (5) permits a judge to partially stay the arbitrable matters while allowing the non-arbitrable matters to proceed if the court is satisfied that (a) the proceeding is “hybrid”; and (b) it is reasonable to separate the matters. The determination of whether it is reasonable to separate the matters governs this latter exercise of discretion.

[148] Nothing in the text directs a court to read s. 7(5) (or s. 7 as a whole) on a party-by-party basis, as TELUS urges this Court to do. Rather, the focus of the provision is on “matters in respect of which the proceeding was commenced”. Subsection (5) uses “proceeding” and “other matters” generally and without qualification. The motions judge is required, as a result, to consider “the proceeding” as a whole. TELUS correctly notes that “other matters” in s. 7(5) will, in certain circumstances, refer to disputes between the same parties that fall outside their arbitration agreement. But it does not follow that “other matters” must be read restrictively. “Other matters” simply refers to non-arbitrable disputes, whether they involve parties to the arbitration agreement at issue or individuals who are not subject to the arbitration agreement.

[149] The scheme of the Ontario legislation is markedly different from the British Columbia legislation at issue in *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, [2011] 1 S.C.R. 531, a decision TELUS relied on. In that case, Michelle Seidel sought to certify a class action against TELUS for overbilling on cell phone contracts. TELUS sought to stay the proceedings because there was a requirement in the standard form contract that disputes be resolved through individual arbitration. In *Seidel*, 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

[147] Le paragraphe 7(5) traite des situations où l’instance touche à la fois des questions visées par une convention d’arbitrage et d’« autres questions » non arbitrables, qui ont été à juste titre soumises au tribunal. Dans de tels cas, le par. (5) permet au juge d’ordonner un sursis partiel à l’égard des questions arbitrables tout en permettant que l’instance se poursuive en ce qui touche les questions non arbitrables si le tribunal est convaincu a) que l’instance est « hybride »; et b) qu’il est raisonnable de dissocier les questions. La question de savoir s’il est raisonnable de dissocier les questions régit cet exercice du pouvoir discrétionnaire.

[148] Rien dans le libellé de la disposition n’oblige le tribunal à interpréter le par. 7(5) (ou l’art. 7 dans son ensemble) sur la base partie-partie, comme TELUS invite la Cour à le faire. Cette disposition est plutôt axée sur les « questions à l’égard desquelles l’instance a été introduite ». Le paragraphe (5) emploie les termes « instance » et « autres questions » d’une manière générale et sans réserve. Le juge des requêtes doit par conséquent considérer « l’instance » dans son ensemble. TELUS a raison de souligner que le terme « autres questions » employé au par. 7(5) peut, dans certaines circonstances, désigner les différends entre les mêmes parties qui échappent à leur convention d’arbitrage. Mais il ne s’ensuit pas que ce terme doive recevoir une interprétation restrictive. Le terme « autres questions » s’entend simplement des différends non arbitrables, qu’ils concernent ou non les parties à la convention d’arbitrage en cause ou des personnes qui ne sont pas visées par la convention d’arbitrage.

[149] Le régime de la loi de l’Ontario est très différent de celui de la loi de la Colombie-Britannique qui était en cause dans l’affaire *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, [2011] 1 R.C.S. 531, décision que TELUS a invoquée. Dans cette affaire, Michelle Seidel cherchait à faire autoriser un recours collectif contre TELUS pour la surfacturation relativement à des contrats de services de téléphonie cellulaire. TELUS a demandé un sursis d’instance parce que le contrat type exigeait que les différends soient soumis à l’arbitrage individuel. Dans *Seidel*, la Cour a affirmé que « [e]n l’absence d’intervention de la législature, les tribunaux donnent généralement

adhesion, including an arbitration clause” (para. 2). Therefore, clear legislative intent is required for a court to entertain otherwise arbitrable matters.

[150] *Seidel’s* direct application to the case before us is blocked by the fact that it involved a completely different legislative framework. Two British Columbia statutes were in issue, the *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2, and B.C.’s *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55. The Court permitted a consumer claim to proceed in court pursuant to s. 172 of the *Business Practices and Consumer Protection Act*, even though it was subject to an arbitration agreement. A stay was granted on all other arbitrable claims, based on the mandatory language in s. 15 of B.C.’s *Commercial Arbitration Act*, which stated:

15 (2) In an application under subsection (1), the court *must* make an order staying the legal proceedings unless it determines that the arbitration agreement is void, inoperative or incapable of being performed.

[151] The issue in *Seidel* was whether s. 172 of British Columbia’s consumer protection legislation constituted a legislative override of the arbitration clause at issue. The Court emphasized that the relevant provincial legislation was determinative of whether a court must stay matters covered by an arbitration agreement.

[152] Notably, in the legislation at issue in *Seidel*, there was no analogous provision to s. 7(5) of Ontario’s *Arbitration Act, 1991* permitting the exercise of discretion. In fact, unlike B.C.’s arbitration legislation, Ontario’s statute expressly authorizes a discretionary judicial override of arbitration clauses in several circumstances. Section 7(2) contains exceptions similar to those in B.C. but adds discretionary

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 d’adhésion » (par. 2). Par conséquent, pour que le tribunal puisse instruire des questions par ailleurs arbitrables, le législateur doit avoir exprimé une intention claire en ce sens.

[150] Le fait que l’arrêt *Seidel* portait sur un cadre législatif complètement différent empêche son application directe à l’espèce. Deux lois de la Colombie-Britannique étaient en cause, la *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2, et la *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55. La Cour a permis qu’une réclamation présentée par un consommateur soit portée devant le tribunal en vertu de l’art. 172 de la *Business Practices and Consumer Protection Act*, même si elle était visée par une convention d’arbitrage. Un sursis a été accordé à l’égard de toutes les autres réclamations arbitrables, compte tenu du libellé impératif de l’art. 15 de la *Commercial Arbitration Act* de la Colombie-Britannique, qui prévoyait ceci :

[TRADUCTION]

15 (2) Le tribunal saisi de la demande visée au paragraphe (1) *sursoit* à l’instance à moins qu’il ne constate que la convention d’arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée.

[151] La question en litige dans l’affaire *Seidel* était de savoir si l’art. 172 de la loi sur la protection du consommateur de la Colombie-Britannique constituait une dérogation législative à la clause d’arbitrage en cause. La Cour a souligné que la loi provinciale applicable était déterminante quant à savoir si le tribunal doit accorder un sursis à l’égard des questions visées par une convention d’arbitrage.

[152] Il convient de souligner que la loi en cause dans *Seidel* ne contenait aucune disposition analogue au par. 7(5) de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* de l’Ontario permettant l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire. En fait, contrairement à la loi sur l’arbitrage de la Colombie-Britannique, la loi ontarienne permet expressément la dérogation judiciaire discrétionnaire aux clauses d’arbitrage dans plusieurs cas. Le

evaluations to determine whether the motion for a stay “was brought with undue delay” and whether “the matter is a proper one for default or summary judgment.” Under both of these latter exceptions, and unlike B.C.’s legislation, a court may override an arbitration clause for reasons unrelated to the clause’s contractual validity.

[153] Section 7(5) of the Ontario legislation similarly reflects an explicit legislative intention to override an otherwise applicable arbitration clause. The words of the provision state that “[t]he court *may* stay the proceeding with respect to the matters dealt with in the arbitration agreement and allow it to continue with respect to other matters” This means that the court can either stay the arbitrable matters before it *or* allow them to proceed. Logically, a discretionary ability to grant a partial stay also includes the power to refuse a partial stay. In other words, “may” means “may”.

[154] Non-arbitrable disputes, by definition, fall outside an arbitrator’s jurisdiction. Unless the parties agree to arbitrate after the dispute arises, non-arbitrable claims cannot proceed by arbitration. In addition, statutory language is not required for a court to continue hearing a non-arbitrable matter which is properly before it. Therefore, the only interpretation that gives meaningful effect to the discretionary language of s. 7(5) is one that confers on judges the ability to allow both arbitrable and non-arbitrable disputes to proceed *in court*.

[155] TELUS’s assertion that a court can *never* stay arbitrable matters under s. 7(5) renders the opening phrase — “may stay the proceeding with respect to the matters dealt with in the arbitration agreement” — superfluous. And by interpreting the provision to apply only to non-arbitrable matters, s. 7(5) adds nothing to a judge’s existing discretion: a court already has the ability to stay proceedings “on its own

paragraphe 7(2) contient des exceptions semblables à celles de la loi de la Colombie-Britannique, mais prévoit aussi des évaluations discrétionnaires visant à déterminer si la demande de sursis « a été présentée avec un retard indu » et si « [l]a question est propre à un jugement par défaut ou à un jugement sommaire ». En vertu de ces deux dernières exceptions, et contrairement à la loi de la Colombie-Britannique, le tribunal peut écarter une clause d’arbitrage pour des motifs n’ayant rien à voir avec la validité contractuelle de la clause.

[153] De la même façon, le par. 7(5) de la loi ontarienne révèle l’intention explicite du législateur d’écarter la clause d’arbitrage par ailleurs applicable. La disposition prévoit que « [l]e tribunal judiciaire *peut* surseoir à l’instance en ce qui touche les questions traitées dans la convention d’arbitrage et permettre qu’elle se poursuive en ce qui touche les autres questions. . . . », ce qui signifie que le tribunal peut surseoir à l’instance en ce qui touche les questions arbitrables qui lui sont soumises *ou* permettre qu’elle se poursuive. Logiquement, le pouvoir discrétionnaire d’accorder un sursis partiel comprend également le pouvoir de refuser d’accorder un sursis partiel. Autrement dit, le terme « peut » signifie « peut ».

[154] Les différends non arbitrables, par définition, ne relèvent pas de la compétence d’un arbitre. Sauf si les parties conviennent de recourir à l’arbitrage après que le différend est survenu, les réclamations non arbitrables ne peuvent faire l’objet d’un arbitrage. De plus, le tribunal n’a pas besoin d’un texte législatif pour continuer à instruire une question non arbitrable qui lui a été soumise à juste titre. Par conséquent, la seule interprétation qui donne véritablement effet au libellé discrétionnaire du par. 7(5) est celle qui confère aux juges le pouvoir de permettre que les différends arbitrables ainsi que les différends non arbitrables soient portés *devant le tribunal*.

[155] L’affirmation de TELUS selon laquelle le tribunal ne peut *jamais* surseoir aux questions arbitrables en vertu du par. 7(5) rend superflue la première phrase de cette disposition — « peut surseoir à l’instance en ce qui touche les questions traitées dans la convention d’arbitrage ». Et si on l’interprète comme s’appliquant seulement aux questions non arbitrables, le par. 7(5) n’ajoute rien au pouvoir

initiative or on motion by any person, whether or not a party, . . . on such terms as are considered just” (*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 106).

[156] By inserting the reasonableness requirement in s. 7(5)(b), Ontario’s legislature clearly contemplated that in certain circumstances, it would be *unreasonable* “to separate the matters dealt with in the [arbitration] agreement from the other matters”. However, TELUS’s interpretation would mean that arbitrable and non-arbitrable matters would *always* be separated, and could never be heard together — hardly an efficient outcome, or one that promotes access to justice.

[157] Finally, TELUS’s interpretation would result in costly and time-consuming factual inquiries on how to divide the arbitrable and non-arbitrable claims even where the substance of both claims is identical, as in this case. Both parties acknowledged the potential difficulties associated with drawing the line between a “consumer” as defined by the *Consumer Protection Act*, who is exempt from arbitration, and a business customer, who is not. This distinction may be especially difficult to determine for those individuals who use their cell phone for both personal and business purposes. For these individuals, determining whether they fall within the scope of the exception in the *Consumer Protection Act* adds unnecessary complexity.

[158] For class actions, the real-world effect of separating out everything subject to an arbitration clause could well turn the certification stage into a search by the defendant of the precise status of each member of the class to determine whether they are in fact business or consumer clients. As the interveners Public Interest Advocacy Centre and Consumers Council of Canada pointed out in their factum, this determination could well result in “an individual fact-finding process”, leading to “confusion [that] would further undermine Ontario’s class actions regime

discretionnaire existant du juge : le tribunal peut déjà « 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 » (*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43, art. 106).

[156] En insérant l’exigence du caractère raisonnable dans l’al. 7(5)b), le législateur ontarien a manifestement prévu que, dans certains cas, il ne serait *pas raisonnable* « de dissocier les questions traitées dans la convention [d’arbitrage] des autres questions ». Or, selon l’interprétation préconisée par TELUS, les questions arbitrables seraient *toujours* dissociées des questions non arbitrables, et elles ne pourraient jamais être instruites ensemble — ce qui ne constitue guère un résultat efficace ou qui favorise l’accès à la justice.

[157] Enfin, l’interprétation préconisée par TELUS donnerait lieu à des examens des faits longs et coûteux quant à la façon dont les réclamations arbitrables seraient dissociées de celles qui ne le sont pas, même lorsque le fond des réclamations est identique, comme en l’espèce. Les deux parties ont reconnu les difficultés éventuelles que peut susciter le fait d’établir une distinction entre le « consommateur » au sens de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui échappe à l’arbitrage, et le client commercial, qui n’y échappe pas. Cette distinction pourrait être particulièrement difficile à établir pour les personnes qui utilisent leur téléphone cellulaire tant à des fins personnelles que dans le cadre de leur entreprise. Établir si ces personnes tombent sous le coup de l’exception prévue dans la *Loi sur la protection du consommateur* rendrait l’analyse inutilement plus complexe.

[158] Dans les recours collectifs, la dissociation de toutes les questions visées par une clause d’arbitrage pourrait bien avoir pour effet concret de transformer l’étape de la certification en une recherche par le défendeur du statut précis de chaque membre du groupe, dans le but d’établir s’il s’agit en fait de clients commerciaux ou de clients consommateurs. Comme l’ont souligné dans leur mémoire les intervenants Centre pour la défense de l’intérêt public et Consumers Council of Canada, cette évaluation pourrait déclencher [TRADUCTION] « un processus

as a viable, procedural access to justice mechanism for consumers” (para. 25). TELUS’s interpretation, in short, not only renders s. 7(5) meaningless, but also undermines the *Class Proceedings Act, 1992*, by making class certification overly cumbersome.

[159] Thus, when s. 7 is read as a whole, it becomes evident that subs. (1) and (5) are complementary, not incompatible. Both provisions align with the purposes of the *Arbitration Act, 1991*. They both prevent courts from undermining arbitration agreements. At the same time, the legislature also saw fit to include several exceptions in s. 7, exceptions which allow a court to override arbitration clauses in prescribed circumstances when doing so would promote access to justice and the efficient resolution of disputes.

[160] TELUS argues that while there may be negative consequences associated with mandatory, individualized arbitration, these consequences are the foreseeable results of bargains into which its clients freely entered. Their position is that freedom of contract requires that parties abide by their agreements, and courts should not rewrite bargains. This argument, however, is undermined by the fact that their standard form contract hardly represents a bargain freely entered into — they were non-negotiable compulsory terms that were preconditions to being able to purchase TELUS products.

[161] Arbitration was intended to be a means by which parties on a relatively equal bargaining footing chose to design an alternative dispute mechanism. Respecting parties’ autonomy was a key goal of the *Arbitration Act, 1991*. As Prof. Shelley McGill points out,

The new arbitration policy . . . proceeded from the assumption that *sophisticated disputants with relatively*

individuel de constatation des faits », donnant lieu à une certaine « confusion [qui] minerait encore davantage le régime de recours collectifs de l’Ontario en tant que mécanisme procédural viable d’accès à la justice pour les consommateurs » (par. 25). En somme, l’interprétation que préconise TELUS vide non seulement le par. 7(5) de tout son sens, mais affaiblit aussi la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* en rendant trop encombrant le processus de certification des recours collectifs.

[159] Par conséquent, lorsqu’on considère l’art. 7 dans son ensemble, il devient évident que les par. (1) et (5) sont complémentaires, et non incompatibles. Les deux dispositions sont conformes aux objets de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage*. Elles empêchent toutes deux les tribunaux de miner les conventions d’arbitrage. Parallèlement, le législateur a jugé bon d’inclure plusieurs exceptions à l’art. 7, lesquelles permettent aux tribunaux d’écarter les clauses d’arbitrage dans les circonstances prescrites lorsqu’ils peuvent ainsi favoriser l’accès à la justice et le règlement efficace des différends.

[160] TELUS fait valoir que s’il peut y avoir des conséquences négatives liées à l’arbitrage individuel obligatoire, ces conséquences sont les résultats prévisibles des accords que ses clients ont librement conclus. Elle soutient que la liberté contractuelle commande que les parties respectent l’entente qu’elles ont conclue et que les tribunaux s’abstiennent de réécrire les accords. Cet argument se trouve toutefois amoindri par le fait que son contrat type ne représente guère un accord librement conclu — il s’agissait de clauses non négociables obligatoires constituant des conditions préalables à l’achat de produits TELUS.

[161] L’arbitrage se voulait un moyen permettant à des parties relativement égales en situation de négociation de choisir de créer un mécanisme extrajudiciaire de règlement des différends. Le respect de l’autonomie des parties était un objectif essentiel de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage*. Comme le souligne la professeure Shelley McGill :

[TRADUCTION] La nouvelle politique sur l’arbitrage [. . .] était fondée sur l’hypothèse que des *parties averties*

equal bargaining power would collaborate to design their own resolution process. Inherent in this policy was the goal of empowering disputants and giving them more control over dispute resolution while facilitating international trade. [Emphasis added.]

(Shelley McGill, “The Conflict Between Consumer Class Actions and Contractual Arbitration Clauses” (2006), 43 *Can. Bus. L.J.* 359, at p. 365)

[162] The standard terms of TELUS’s contract did not permit group arbitration, but required individualized arbitration proceedings for each complaint. The impact of not permitting group proceedings was discussed by the Court of Appeal in *Griffin*:

It is important to note . . . that Dell’s arbitration clause not only requires all claims to be arbitrated, but also provides that “[t]he arbitration will be limited solely to the dispute or controversy between Customer and Dell”, thereby precluding the possibility of a class arbitration. *I would have found Dell’s position much more persuasive had Dell been prepared to submit to an arbitration that would allow for the efficient adjudication of the claims on a group or class basis.* . . . In my view, this provides further evidence . . . that Dell does not genuinely seek to have the claims advanced against it determined by way of arbitration. Dell is simply seeking to exploit the inefficiency of arbitrating individual claims. [Emphasis added; para. 60.]

[163] The empirical reality is that the effect of mandatory arbitration clauses is to deny access to justice in the context of low-value claims. As Prof. Cynthia Estlund points out,

. . . the great bulk of disputes that are subject to mandatory arbitration agreements . . . simply evaporate before they are even filed. It is one thing to know that mandatory arbitration draws a thick veil of secrecy over cases that are subject to that process. It is quite another to find that almost nothing lies behind that veil. Mandatory arbitration is less of an “alternative dispute resolution” mechanism than it is a magician’s disappearing trick or a mirage. Metaphors beckon, but I have opted for that of

jouissant d’un pouvoir de négociation relativement égal collaboreraient en vue de créer leur propre processus de règlement. De pair avec cette politique allait l’objectif de donner des moyens d’agir aux parties et de leur permettre d’exercer un plus grand contrôle sur le règlement de leur différend tout en facilitant le commerce international. [Italiques ajoutés.]

(Shelley McGill, « The Conflict Between Consumer Class Actions and Contractual Arbitration Clauses » (2006), 43 *Rev. can. dr. comm.* 359, p. 365)

[162] Les clauses types du contrat de TELUS ne permettaient pas l’arbitrage collectif, mais exigeaient l’arbitrage individuel pour chaque plainte. Dans l’arrêt *Griffin*, la Cour d’appel a analysé l’incidence du fait de ne pas permettre les procédures collectives :

[TRADUCTION] Il importe de souligner [. . .] que la clause d’arbitrage de Dell exige non seulement que toutes les réclamations soient soumises à l’arbitrage, mais prévoit aussi que « [l’]arbitrage se limitera uniquement aux conflits ou aux désaccords entre le client et Dell », écartant ainsi la possibilité qu’il y ait un arbitrage collectif. *J’aurais trouvé la thèse de Dell beaucoup plus convaincante si elle avait été disposée à se soumettre à un arbitrage permettant que soient tranchées efficacement les réclamations sur une base collective.* [. . .] À mon avis, cet élément constitue une preuve supplémentaire [. . .] que Dell ne cherche pas véritablement à faire trancher par voie d’arbitrage les réclamations présentées contre elle. Dell cherche simplement à tirer parti de l’inefficacité de l’arbitrage individuel des réclamations. [Italiques ajoutés; par. 60.]

[163] La réalité empirique est que les clauses d’arbitrage obligatoire ont pour effet d’entraver l’accès à la justice dans le contexte des petites réclamations. Comme le souligne la professeure Cynthia Estlund,

[TRADUCTION] . . . la plupart des différends qui sont visés par des conventions d’arbitrage obligatoire [. . .] disparaissent simplement avant même d’être déposés. C’est une chose de savoir que l’arbitrage obligatoire tire un épais voile de secret sur les affaires qui font l’objet de ce processus, c’en est une autre de constater qu’il n’y a presque rien derrière ce voile. L’arbitrage obligatoire n’est pas tant un mécanisme de « règlement extrajudiciaire des différends » qu’un tour de magie ou un mirage. Plusieurs

the black hole into which matter collapses and no light escapes.

(Cynthia Estlund, “The Black Hole of Mandatory Arbitration” (2018), 96 *N.C. L. Rev.* 679, at p. 682)

[164] The Court of Appeal in *Griffin* recognized this reality when it observed:

The seller’s stated preference for arbitration is often nothing more than a guise to avoid liability for widespread low-value wrongs that cannot be litigated individually *but when aggregated form the subject of a viable class proceeding*: see Theodore Eisenberg, Geoffrey P. Miller and Emily Sherwin, “Mandatory Arbitration for Customers but not for Peers: A Study of Arbitration Clauses in Consumer and Non-Consumer Contracts” (2008), 92 *Judicature* 118. [Emphasis added; para. 30.]

[165] All of TELUS’s clients — both businesses and consumers — signed the same, non-negotiable standard form agreement. TELUS’s individualized arbitration clause effectively precludes access to justice for business clients when a low-value claim does not justify the expense. And its mandatory nature, in turn, illustrates that the animating rationales of party autonomy and freedom of contract are nowhere to be seen. As the court in *Griffin* stated:

Deference to arbitration is largely based on freedom of contract and the value of personal autonomy. How can such values come into play in contracts of adhesion where that autonomy is only exercised by one of the parties? *There is no reason to defer to businesses that seek to advance only their own self-interests and evade laws not to their liking.* [para. 30]

(Citing Jonnette Watson Hamilton, “Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice?” (2006), 51 *McGill L.J.* 693, at p. 734.)

métaphores me viennent à l’esprit, mais j’ai choisi celle du trou noir dans lequel s’engouffrent les affaires et d’où ne s’échappe aucune lumière.

(Cynthia Estlund, « The Black Hole of Mandatory Arbitration » (2018), 96 *N.C. L. Rev.* 679, p. 682)

[164] Dans l’arrêt *Griffin*, la Cour d’appel a reconnu cette réalité lorsqu’elle a fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION] La préférence déclarée du vendeur pour l’arbitrage n’est souvent rien de plus qu’une façon d’éviter d’être tenu responsable de fautes multiples donnant lieu à de petites pertes pécuniaires, qui ne peuvent faire l’objet de poursuites individuelles, *mais qui, ensemble, peuvent faire l’objet d’un recours collectif viable* : voir Theodore Eisenberg, Geoffrey P. Miller et Emily Sherwin, « Mandatory Arbitration for Customers but not for Peers : A Study of Arbitration Clauses in Consumer and Non-Consumer Contracts » (2008), 92 *Judicature* 118. [Italiques ajoutés; par. 30.]

[165] Tous les clients de TELUS — tant les clients commerciaux que les clients consommateurs — ont signé le même contrat type non négociable. La clause d’arbitrage individuel de TELUS empêche en fait les clients commerciaux d’avoir accès à la justice lorsqu’une réclamation de faible valeur ne justifie pas la dépense. Son caractère obligatoire, en outre, indique que les principes sous-jacents de l’autonomie des parties et de la liberté contractuelle brillent par leur absence. Comme l’a affirmé la cour dans l’arrêt *Griffin* :

[TRADUCTION] La retenue à l’égard de l’arbitrage est fondée en grande partie sur la liberté contractuelle et la valeur de l’autonomie personnelle. Comment ces valeurs peuvent-elles entrer en jeu dans les contrats d’adhésion où l’autonomie n’est exercée que par l’une des parties? *Il n’y a aucune raison de faire preuve de déférence envers des entreprises qui ne cherchent qu’à faire valoir leurs propres intérêts et à se soustraire aux lois qui ne leur plaisent pas.* [par. 30]

(Citant Jonnette Watson Hamilton, « Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses : Denying Access to Justice? » (2006), 51 *R.D. McGill* 693, p. 734.)

[166] One cannot talk about “equal bargaining power” and “party autonomy” if the very nature of the contract reveals that one party has exclusive contractual authority. Parties to mandatory individual arbitration clauses cannot, therefore, reasonably be said to have “come to the table” and bargained, since there is no bargaining table. That individuals and companies sign these contracts is a function not of bargaining choices, but of an *absence* of choice.

[167] Perhaps the most ironic contradiction of refusing to acknowledge the discretion embodied in s. 7(5) is its corrosive effect on access to justice. The purpose of the *Arbitration Act, 1991*, was to facilitate the ability of parties to negotiate their own process for resolving disputes outside of the courts, on the premise that access to justice had as much to do with access to a result as with access to a judge. To impose arbitration on unwilling parties violates the spirit of the *Arbitration Act, 1991* and the arbitral process. This operates as an invisible but formidable barrier to a remedy and presumptively immunizes wrongdoing from accountability contrary to our most fundamental notions of civil justice.

[168] The concurring judge in the Court of Appeal expressed concern that using s. 7(5) to override otherwise valid arbitration clauses could result in sophisticated parties sidestepping arbitration agreements by including a few consumers in a class action alongside numerous business clients. However, experience teaches us that this is anxiety without a cause. There are no known cases where such a ruse has been attempted in Canadian courts. That does not mean it could never happen, but such gossamer speculation cannot drive statutory interpretation.

[169] In any event, such concerns are mitigated by the fact that the availability of judicial discretion in s. 7(5) does not *require* judges to allow a class action including arbitrable claims to proceed: it simply lets them decide when it is reasonable to do so.

[166] On ne peut pas parler de « pouvoir de négociation égal » et d’« autonomie des parties » si la nature même du contrat révèle qu’une partie possède le pouvoir exclusif de décider du contenu du contrat. On ne saurait donc raisonnablement affirmer que les parties aux conventions d’arbitrage individuel obligatoire ont [TRADUCTION] « pris place à la table » et négocié, car il n’y a pas de table de négociation. La signature de ces contrats par les particuliers et les sociétés est fonction non pas de choix négociés, mais d’une *absence* de choix.

[167] La contradiction sans doute la plus ironique qui découle du refus de reconnaître le pouvoir discrétionnaire que prévoit le par. 7(5) est son effet corrosif sur l’accès à la justice. L’objet de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* était d’accroître la capacité des parties de négocier leur propre processus de règlement extrajudiciaire des différends, en partant du principe que l’accès à la justice avait autant à voir avec l’accès à un résultat qu’avec l’accès à un juge. Imposer l’arbitrage à des parties qui n’en veulent pas va à l’encontre de l’esprit de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* et du processus arbitral. Cela tient lieu de barrière invisible, mais énorme, à la réparation et fait en sorte que les auteurs d’actes répréhensibles sont présumés soustraits à leur responsabilité, contrairement à nos notions les plus fondamentales de justice civile.

[168] La juge qui a rédigé des motifs concordants en Cour d’appel a dit craindre que le recours au par. 7(5) pour écarter des clauses d’arbitrage par ailleurs valides fasse en sorte que des parties averties puissent échapper aux conventions d’arbitrage en incluant quelques consommateurs parmi de nombreux clients commerciaux dans un recours collectif. Cependant, l’expérience nous enseigne qu’il s’agit d’une crainte sans fondement. Nul n’a jamais eu recours à pareil subterfuge devant les tribunaux canadiens, ce qui ne signifie pas que cela n’arrivera jamais, mais une hypothèse aussi diaphane ne saurait dicter l’interprétation des lois.

[169] Quoiqu’il en soit, de telles craintes sont atténuées par le fait que la possibilité d’avoir recours au pouvoir discrétionnaire prévu au par. 7(5) n’a pas pour effet d’*obliger* les juges à permettre que l’instance relative à un recours collectif comportant des

Eliminating judicial discretion, on the other hand, effectively eliminates access to justice.

[170] In this light, s. 7(5) must be interpreted to give judges the discretion to refuse to stay arbitrable claims if it is unreasonable to separate them from non-arbitrable claims. This interpretation applies with equal force whether the proceeding is between two or more named parties, or is a class action.

[171] TELUS's arbitration agreement "deals with only some of the matters in respect of which the proceeding was commenced", namely, the claims of business customers. The consumer claims are "other matters" which are not subject to arbitration. Therefore, s. 7(5)(b) gave the motions judge discretion to consider whether it was "reasonable to separate the matters dealt with in the agreement [the claims of business customers] from the other matters [the consumer claims]".

[172] In our view, the discretion in this case was properly exercised to allow the business claims to be joined with the consumer class action dealing with the same issues. We would therefore dismiss the appeal.

Appeal allowed, WAGNER C.J. and ABELLA, KARAKATSANIS and MARTIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver; TELUS Communications Inc., Vancouver.

Solicitors for the respondent: Rochon, Genova, Toronto; Morganti & Co., Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

réclamations arbitrables se poursuivent : ils peuvent simplement décider quand il est raisonnable de le faire. L'élimination de ce pouvoir discrétionnaire, par contre, réduit à néant l'accès à la justice.

[170] Dans ce contexte, le par. 7(5) doit être interprété de façon à conférer aux juges le pouvoir discrétionnaire de refuser de surseoir aux réclamations arbitrables s'il n'est pas raisonnable de les dissocier des réclamations non arbitrables. Cette interprétation s'applique tout autant lorsque l'instance oppose deux parties désignées ou plus que lorsqu'il s'agit d'un recours collectif.

[171] La convention d'arbitrage de TELUS « ne traite que de certaines des questions à l'égard desquelles l'instance a été introduite », c'est-à-dire les réclamations des clients commerciaux. Les réclamations des consommateurs constituent d'« autres questions » qui ne sont pas visées par l'arbitrage. L'alinéa 7(5)b conférait donc à la juge des requêtes le pouvoir discrétionnaire de décider s'il était « raisonnable de dissocier les questions traitées dans la convention [les réclamations des clients commerciaux] des autres questions [les réclamations des consommateurs] ».

[172] Nous estimons que le pouvoir discrétionnaire dans la présente affaire a été correctement exercé pour permettre la jonction des réclamations des clients commerciaux au recours collectif intenté par des consommateurs et traitant des mêmes questions. Nous sommes donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge en chef WAGNER et les juges ABELLA, KARAKATSANIS et MARTIN sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver; TELUS Communications Inc., Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Rochon, Genova, Toronto; Morganti & Co., Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitors for the intervener ADR Chambers Inc.: Bennett Jones, Toronto.

Procureurs de l'intervenante ADR Chambers Inc. : Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Chamber of Commerce: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce du Canada : McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the interveners the Public Interest Advocacy Centre and the Consumers Council of Canada: Sotos, Toronto.

Procureurs des intervenants le Centre pour la défense de l'intérêt public et Consumers Council of Canada : Sotos, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Federation of Independent Business: Canadian Federation of Independent Business, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante : Fédération canadienne de l'entreprise indépendante, Ottawa.

Solicitor for the intervener Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Consumers' Association of Canada: Siskinds, Toronto; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des consommateurs du Canada : Siskinds, Toronto; Michael Sobkin, Ottawa.

J.W. and REO Law Corporation *Appellants*

v.

**Attorney General of Canada, Chief
Adjudicator of the Indian Residential Schools
Adjudication Secretariat and Assembly of
First Nations** *Respondents*

and

Independent Counsel and K.B. *Interveners*

**INDEXED AS: J.W. v. CANADA (ATTORNEY
GENERAL)**

2019 SCC 20

File No.: 37725.

2018: October 10; 2019: April 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF
MANITOBA

Civil procedure — Class proceedings — Settlement — Administration and implementation — Settlement agreement resolving class actions brought by former Aboriginal students for harms suffered at residential schools — Agreement providing procedure for settling individual claims through adjudicative process — Whether courts can intervene in relation to adjudication decisions where internal review mechanisms exhausted — Appropriate scope of judicial recourse.

The *Indian Residential Schools Settlement Agreement* (“Agreement”) represents the negotiated settlement of thousands of individual and class action lawsuits relating to the operation of residential schools. Nine provincial and territorial superior courts approved the Agreement. The Agreement includes a procedure for settling individual claims through an adjudicative process — the Independent Assessment Process (“IAP”). The IAP describes which harms are compensable. The Agreement also includes a system of internal reviews. There is no right of appeal to the courts. However, supervising judges from each province oversee the administration and implementation of the Agreement.

J.W. et REO Law Corporation *Appellants*

c.

**Procureur général du Canada, Adjudicateur
en chef, Secrétariat d’adjudication des
pensionnats indiens et Assemblée des
Premières Nations** *Intimés*

et

Avocats indépendants et K.B. *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : J.W. c. CANADA (PROCURER
GÉNÉRAL)**

2019 CSC 20

N° du greffe : 37725.

2018 : 10 octobre; 2019 : 12 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU
MANITOBA

Procédure civile — Recours collectifs — Règlement — Administration et mise en œuvre — Convention de règlement des recours collectifs intentés par d’anciens élèves autochtones pour les torts subis aux pensionnats — Convention prévoyant une procédure de règlement des réclamations individuelles par le biais d’un processus juridictionnel — Les tribunaux peuvent-ils modifier des décisions d’adjudication lorsque les mécanismes de révision interne sont épuisés? — Portée appropriée du recours aux tribunaux.

La *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* (« Convention ») représente le règlement négocié de milliers de recours collectifs et d’actions individuelles visant la gestion des pensionnats indiens. Neuf cours supérieures provinciales et territoriales ont approuvé la Convention. La Convention prévoit une procédure de règlement des réclamations individuelles par le biais d’un processus juridictionnel, le Processus d’évaluation indépendant (« PÉI »). Celui-ci énumère les sévices indemnisables. La Convention établit aussi un mécanisme de révision interne. Il n’y a aucun droit d’interjeter appel devant les tribunaux. Cependant, des juges surveillants de chaque province surveillent l’administration et la mise en œuvre de la Convention.

W brought a claim for compensation in accordance with the IAP, alleging that an incident he suffered while attending a residential school constituted compensable sexual abuse within the meaning of the IAP. W's claim was rejected by the initial adjudicator because, despite the fact that she believed W's account of what transpired, she was not satisfied that the perpetrator acted with a sexual purpose, which she concluded was an essential element in order to demonstrate that the incident was compensable. W was entitled to two levels of internal review, both of which were unsuccessful. Having exhausted his internal remedies, W brought a Request for Directions ("RFD") to a supervising judge, pursuant to the Agreement. The supervising judge found errors in the adjudicator's interpretation of the IAP warranting judicial intervention and remitted W's claim for re-adjudication. A reconsideration adjudicator allowed W's claim, and awarded him compensation. Before the reconsideration decision was implemented, Canada appealed the supervising judge's decision. The Court of Appeal found that there was no basis upon which the supervising judge could intervene, and overturned his decision.

Held (Brown and Rowe JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the reconsideration adjudicator's compensation award reinstated.

Per Wagner C.J. and Abella and Karakatsanis JJ.: Judicial intervention was necessary in the face of an unauthorized modification of the Agreement, contrary to the intentions of the parties. This is precisely the type of compensable claim contemplated by the parties to the Agreement. Failure to correct the initial adjudicator's errors in this case would unacceptably undermine the whole purpose of the Agreement.

The appellate authorities have indicated that courts may intervene in relation to IAP adjudications when exceptional circumstances are present. There are compelling reasons for setting a high bar for judicial intervention in the IAP context. The parties went to significant lengths to make the Agreement a complete code, by including levels of internal review and choosing not to include any provision granting court access.

On the other hand, the necessity of ongoing judicial supervision was recognized when the Agreement was approved by the courts. There is a foundational link between judicial supervision and the Agreement. The existence of the Agreement was contingent on judicial approval, and judicial approval, in turn, was contingent on ongoing judicial

W a présenté une demande d'indemnisation conformément au PÉI, soutenant qu'à l'époque où il fréquentait un pensionnat, il a été victime d'un incident qui constitue un sévice sexuel indemnisable au sens du PÉI. La demande de W a été rejetée par la première adjudicatrice parce que, même si elle ajoutait foi au récit des faits de W, elle n'était pas convaincue que l'auteur avait agi dans un but sexuel, un élément qu'il devait établir, selon elle, pour démontrer que l'incident donnait ouverture à une indemnité. W avait droit à deux paliers de révision interne, mais il a été débouté chaque fois. Après avoir épuisé tous les recours internes, W a présenté une demande de directives à un juge surveillant en vertu de la Convention. Le juge surveillant a relevé dans l'interprétation donnée par l'adjudicatrice au PÉI des erreurs justifiant l'intervention judiciaire et a renvoyé la demande de W pour nouvel examen. Une adjudicatrice de réexamen a accueilli la demande de W et lui a accordé une indemnité. Avant que la décision de réexamen ne soit mise en œuvre, le Canada a porté en appel la décision du juge surveillant. La Cour d'appel a conclu que rien ne permettait au juge surveillant d'intervenir, et elle a infirmé sa décision.

Arrêt (les juges Brown et Rowe sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et l'indemnité accordée par l'adjudicatrice de réexamen est rétablie.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella et Karakatsanis : L'intervention judiciaire était nécessaire vu que la Convention avait fait l'objet d'une modification non autorisée, contrairement à l'intention des parties. C'est précisément le type de demande donnant droit à une indemnité qu'avaient en tête les parties à la Convention. Refuser de corriger les erreurs commises en l'espèce par la première adjudicatrice contrecarrerait de façon inacceptable l'objectif global de la Convention.

La jurisprudence des cours d'appel indique que les tribunaux peuvent intervenir à l'égard des décisions prises dans le cadre du PÉI en présence de circonstances exceptionnelles. Il existe des raisons impérieuses de fixer des exigences rigoureuses pour encadrer l'intervention judiciaire dans le contexte du PÉI. Les parties se sont donné beaucoup de mal pour faire de la Convention un code complet en prévoyant divers paliers de révision interne et en s'abstenant d'y insérer toute disposition accordant l'accès aux tribunaux.

En revanche, la nécessité d'une surveillance judiciaire continue a été reconnue lorsque la Convention a été approuvée par les tribunaux. Il existe un lien fondamental entre la surveillance judiciaire et la Convention. L'existence de la Convention était subordonnée à l'approbation judiciaire, laquelle dépendait à son tour d'une

supervision. Given the goals of the Agreement, significant and ongoing judicial supervision was necessary. Without ongoing judicial supervision, the Agreement would not have been recognized. In overseeing the administration and implementation of the Agreement, courts have a duty to ensure that the claimants receive the benefits they bargained for. While the parties do not have a broad right to judicial intervention, they do have a right to the implementation of the terms of the settlement.

As to when judges, exercising their supervisory role, should intervene in an IAP adjudication, there is an ongoing duty to supervise the administration and implementation of the Agreement, including the IAP. In exercising this supervisory role, judges can intervene if there has been a failure to apply and implement the terms of the Agreement. In determining whether this failure exists, judges will focus on the words of the Agreement, so that the benefits promised to the claimants are delivered. Interpreting this role too narrowly prevents any meaningful judicial supervision of IAP decisions. It is paramount that the agreed-upon terms of the IAP are applied and implemented in a way that is consistent with the parties' intentions.

In this case, the initial adjudicator's decision constituted an unauthorized modification of the IAP. By substituting the wording of the IAP with her own and by adding a requirement of the perpetrator's sexual intent unsupported by the language of the IAP, the adjudicator relied on additional requirements that were not agreed to by the parties. These errors were compounded by her misinterpretation of the case law with respect to sexual assault, which contributed to an unauthorized modification of the IAP. This amounted to a failure to apply or implement the terms of the Agreement, warranting judicial intervention to ensure that the benefits promised in the Agreement were delivered. In intervening, the supervising judge in this case did not usurp the role assigned to IAP adjudicators by re-weighting factual findings. Instead, he properly identified a failure to apply the Agreement in the adjudication of W's claim.

Per Moldaver and Côté JJ.: Judicial review under an administrative law analysis is not applicable to IAP decisions. As the purpose of judicial review is to ensure the legality of state decision making, it is available only where there is an exercise of state authority that is of a

surveillance judiciaire continue. Étant donné les objectifs de la Convention, une surveillance judiciaire continue et rigoureuse était nécessaire. Sans surveillance judiciaire continue, la Convention n'aurait pas été reconnue. Lorsqu'ils supervisent l'administration et la mise en œuvre de la Convention, les tribunaux ont l'obligation de s'assurer que les demandeurs reçoivent les avantages qu'ils ont négociés. Bien que les parties n'aient pas le droit général de s'adresser aux tribunaux, elles possèdent effectivement le droit de faire exécuter les modalités du règlement.

Pour ce qui est de savoir dans quels cas des juges exerçant leur fonction de surveillance devraient intervenir dans un dossier du PÉI, il faut surveiller en permanence l'administration et la mise en œuvre de la Convention, y compris du PÉI. Lorsqu'ils exercent cette fonction de surveillance, les juges peuvent intervenir en cas de défaut d'appliquer et de mettre en œuvre les modalités de la Convention. Pour décider s'il y a eu pareil défaut, les juges surveillants se concentrent sur le libellé de la Convention, pour que les avantages promis aux demandeurs leur soient effectivement accordés. Donner une interprétation trop étroite de cette fonction empêche toute véritable surveillance judiciaire des décisions rendues dans le cadre du PÉI. Il est primordial que les modalités convenues du PÉI soient appliquées et mises en œuvre conformément à l'intention des parties.

En l'espèce, la décision de la première adjudicatrice constituait une modification non autorisée du PÉI. En remplaçant les termes du PÉI par ses propres mots et en ajoutant une exigence d'intention sexuelle de l'auteur que le libellé du PÉI ne justifiait pas, l'adjudicatrice s'est fondée sur des exigences supplémentaires dont les parties n'avaient pas convenu. Elle a aggravé ces erreurs en interprétant mal la jurisprudence en matière d'agression sexuelle, ce qui a contribué à modifier sans autorisation le PÉI. Cela constituait un défaut d'appliquer ou de mettre en œuvre les modalités de la Convention qui justifiait l'intervention judiciaire pour s'assurer que les avantages promis dans la Convention sont effectivement accordés. En intervenant, le juge surveillant en l'espèce n'a pas usurpé le rôle confié aux adjudicateurs du PÉI en évaluant de nouveau les conclusions de fait. Il a plutôt relevé à juste titre un défaut d'appliquer la Convention dans l'examen de la demande de W.

Les juges Moldaver et Côté : Le contrôle judiciaire suivant une analyse fondée sur le droit administratif n'est pas applicable aux décisions rendues dans le cadre du PÉI. Comme le contrôle judiciaire a pour objet d'assurer la légalité des décisions prises par l'État, ce recours n'est

sufficiently public character. The Agreement is, at its root, a contract. It was not created by any act of the executive or the legislature, but is a contractual settlement of private law tort claims, to which effect has been given by court orders. IAP adjudicators exercise powers granted by contract and have no statutory authority. The courts' general supervisory jurisdiction allows them to ensure that the Agreement's contractual commitment is fulfilled, but this does not mean that IAP adjudicators are state actors. Nor does this analysis change just because Canada is one of the parties to the Agreement. The availability of judicial review depends on the source of the decision maker's authority, not the identity of the parties. In this case, the IAP adjudicators' authority was conferred by the parties to the Agreement, not by an act of the legislature or the exercise of prerogative powers. Moreover, the fact that the contract was approved by court order does not transform the operation of this private settlement into a public act.

While the parties do not have the option of seeking judicial review of IAP decisions, they can file RFDs with the supervising courts to resolve issues relating to the implementation and administration of the Agreement, after fully exhausting the internal review mechanisms in the Agreement. Authority for recourse to the supervising courts can be found in the Agreement, the Approval and Implementation Orders, and provincial class proceedings legislation. The Agreement contemplates recourse to the supervising courts in certain specific circumstances — i.e., where losses may exceed the maximum compensation available under the IAP or where the evidence is overly complex. This creates an alternative avenue for dealing with claims that would otherwise be heard by IAP adjudicators but does not permit the courts to intervene in IAP decisions. The supervising courts' jurisdiction is also grounded in the Approval and Implementation Orders. These orders state the courts' powers in broad terms. Finally, provincial class proceedings legislation grants broad supervisory jurisdiction to ensure that a class action proceeds in a fair and efficient manner. However, these broader conferrals of authority are given form and content by the facts of particular class proceedings. In the context of the supervision of a settlement agreement, the terms of the agreement are determinative. While supervising judges are not free to approve an agreement that fully ousts their

possible que lorsqu'un pouvoir étatique a été exercé et que l'exercice de ce pouvoir présente une nature suffisamment publique. La Convention est, à la base, un contrat. Elle n'a pas été créée par une mesure quelconque prise par le pouvoir exécutif ou par le pouvoir législatif; elle constitue plutôt un règlement contractuel portant sur des réclamations de droit privé fondées sur la responsabilité délictuelle auquel des tribunaux ont donné effet au moyen d'ordonnances judiciaires. Les adjudicateurs du PÉI exercent des pouvoirs qui leur sont conférés par contrat et ils n'ont aucun pouvoir d'origine législative. Le pouvoir général de supervision des tribunaux permet à ceux-ci de veiller au respect de cet engagement contractuel, mais les adjudicateurs du PÉI ne sont pas pour autant des représentants de l'État. Cette analyse ne change pas non plus simplement parce que le Canada est l'une des parties à la Convention. La possibilité de se pourvoir en contrôle judiciaire dépend de la source du pouvoir du décideur et non de l'identité des parties. Dans le cas qui nous occupe, le pouvoir des adjudicateurs du PÉI leur est conféré par les parties à la Convention et non par une loi ou l'exercice de pouvoirs de prérogative. De plus, le fait que le contrat ait été approuvé au moyen d'une ordonnance judiciaire ne fait pas de l'application de ce règlement privé un acte public.

Même si elles ne peuvent se pourvoir en contrôle judiciaire à l'égard des décisions rendues dans le cadre du PÉI, les parties peuvent déposer une demande de directives auprès d'un tribunal de supervision pour faire trancher toute question relative à la mise en œuvre et à l'administration de la Convention, et ce, après avoir épuisé tous les mécanismes de révision interne prévus par la Convention. La possibilité d'exercer un recours devant les tribunaux de supervision est énoncée dans la Convention, dans les ordonnances d'approbation et de mise en œuvre, ainsi que dans la législation provinciale sur les recours collectifs. La Convention prévoit le recours aux tribunaux de supervision dans certaines circonstances spécifiques — à savoir lorsque les pertes subies peuvent excéder l'indemnité maximale permise par le PÉI ou lorsque la preuve est trop complexe. Cela offre une solution de rechange pour examiner les réclamations qui seraient autrement entendues par les adjudicateurs du PÉI, sans pour autant permettre l'intervention des tribunaux dans les décisions rendues dans le cadre du PÉI. La compétence des tribunaux de supervision trouve également appui dans les ordonnances d'approbation et de mise en œuvre. Ces ordonnances définissent les pouvoirs des tribunaux en termes généraux. Enfin, la législation provinciale sur les recours collectifs confère de vastes pouvoirs de supervision pour veiller à ce que le recours collectif se déroule de manière juste et

supervisory jurisdiction, their authority is limited and shaped by the terms of the agreement.

While it is clear that the courts retain supervisory powers pursuant to the Agreement itself, the Approval and Implementation Orders and class proceedings legislation, a distinction must be drawn between providing directions respecting the implementation and administration of the Agreement, on the one hand, and reviewing adjudicators' interpretations of the IAP, on the other. Only the former falls within the jurisdiction of the courts. Parties may seek judicial recourse only in cases where the IAP adjudicator failed to apply the terms of the Agreement, as this constitutes a failure to comply with the Agreement and the IAP. As long as it can be said that an adjudicator has turned his or her mind to the compensation category raised by the claimant, then the adjudicator has applied the terms of the Agreement. Since the parties have expressed a clear intention to grant IAP adjudicators exclusive jurisdiction to interpret the terms of the Agreement and the IAP, it must be accepted that an adjudicator who has interpreted these terms, even if a court considers the interpretation unreasonable, has not failed to apply the terms. The test for judicial recourse is therefore whether there has been a failure by the IAP adjudicator to apply the terms of the IAP, which accounts to a failure to enforce the Agreement.

The weight of the authorities supports a high jurisdictional threshold for supervising courts considering IAP decisions. The cases highlight several reasons why access to judicial recourse in respect of IAP decisions should be construed narrowly. First, this approach honours the intentions of the parties to the Agreement. Second, in entering into the Agreement, claimants relinquished their right to have their claims resolved by the courts in favour of a process with various compensatory and non-compensatory benefits; as such, disagreement with the conclusions reached by adjudicators, whether on matters of fact or on the interpretation of the terms of the IAP, should be addressed through the review procedures provided for in the IAP and, if necessary, by approving binding instructions to adjudicators. Third, the scheme need not be infallible. Fourth, to open IAP decisions to intervention by the courts

efficace. Cependant, le contenu de cette vaste attribution de pouvoirs et la forme qu'elle prend dépendent des faits de chaque recours collectif. Dans le contexte de la supervision d'une convention de règlement, les modalités de la convention sont déterminantes. Bien qu'il ne soit pas loisible aux juges superviseurs d'approuver une convention qui leur retire tout pouvoir de supervision, leur pouvoir est limité et modulé par les modalités de la convention.

Bien qu'il soit clair que les tribunaux conservent de vastes pouvoirs de supervision aux termes de la Convention elle-même, des ordonnances d'approbation et de mise en œuvre et de la législation sur les recours collectifs, il convient d'établir une distinction entre, d'une part, le fait de donner des directives quant à la mise en œuvre et l'administration de la Convention et, d'autre part, celui de réviser l'interprétation du PÉI faite par les adjudicateurs. Seules les directives quant à la mise en œuvre et l'administration de la Convention relèvent de la compétence des tribunaux. Les parties ne peuvent s'adresser aux tribunaux que lorsque l'adjudicateur du PÉI a omis d'appliquer les modalités de la Convention, car, en pareil cas, l'adjudicateur a omis de se conformer à la Convention et au PÉI. Dès lors que l'on peut affirmer que l'adjudicateur a examiné la catégorie d'indemnisation invoquée par le demandeur, il a appliqué les modalités de la Convention. Comme les parties ont clairement exprimé leur volonté de conférer aux adjudicateurs du PÉI une compétence exclusive en matière d'interprétation des modalités de la Convention et du PÉI, il faut accepter que l'interprétation que l'adjudicateur fait des modalités en question, même si elle est déraisonnable selon le tribunal, ne constitue pas un défaut d'appliquer ces modalités. Le test en ce qui concerne le recours aux tribunaux consiste donc à savoir s'il y a eu défaut de l'adjudicateur du PÉI d'appliquer les modalités du PÉI et, par voie de conséquence, de mettre en œuvre la Convention.

La jurisprudence impose aux tribunaux de supervision chargés d'examiner les décisions rendues dans le cadre du PÉI un test rigoureux en ce qui concerne leur compétence. Les décisions illustrent diverses raisons pour lesquelles il convient d'interpréter de façon restrictive l'accès au recours judiciaire à l'égard des décisions rendues dans le cadre du PÉI. Premièrement, cette approche respecte l'intention des parties à la Convention. Deuxièmement, en signant la Convention, les demandeurs ont renoncé à leur droit de faire trancher leurs demandes par les tribunaux au profit d'un processus comportant divers avantages liés — ou pas — à l'indemnisation; par conséquent, tout désaccord au sujet des conclusions des adjudicateurs, qu'il s'agisse de questions de fait ou de l'interprétation des modalités du PÉI, doit être réglé dans le cadre de la procédure de révision prévue par le PÉI et, au besoin, au

would be contrary to the objective of efficient and timely resolution of disputes with finality. Fifth, a broad right to judicial recourse in respect of IAP decisions would allow Canada, and not only claimants, to challenge adjudicators' conclusions with which it disagreed. Sixth, under a broader interpretation of the judicial oversight function, supervising judges would be engaging in the same exercise as reviewing adjudicators under the IAP.

While the parties' intentions in creating the Agreement and the IAP must be honoured, circumstances will inevitably arise that were not foreseen by the parties and are therefore not provided for in the Agreement. Should a situation arise which was not contemplated by the parties, courts must have the power to intervene to ensure that the parties receive the benefits of the Agreement, i.e., what they bargained for. The courts have the jurisdiction to ensure that the Agreement provides both procedural and substantive access to justice. Should a situation arise which is not provided for in the Agreement and which might affect the outcome of a claim, it would be inconsistent with the purpose of the settlement to deny relief to the claimant. However, parties are not automatically entitled to have a claim reopened if they are able to point to a procedural gap in the IAP. A case-by-case analysis is required, and a variety of factors may have to be considered, including whether some prejudice to the party requesting judicial intervention has been shown. Cases in which a claim can be reopened will be rare. Ultimately, a balance must be struck between resolving claims efficiently and obtaining a sense of finality for the parties, on the one hand, and ensuring fair and just outcomes, on the other.

In this case, the supervising judge erred in scrutinizing the initial adjudicator's interpretation of the IAP and substituting his own. The supervising judge was entitled only to determine whether the adjudicator had considered the correct terms. Instead, he engaged in the same analysis that the parties assigned to IAP adjudicators and came to a different result. While the adjudicator interpreted the sexual abuse category of the IAP differently, this does not amount to a failure to apply the terms of the IAP. The choice to deny W's claim was based on a deliberate interpretation of and engagement with the sexual abuse category of the

moyen d'instructions exécutoires destinées aux adjudicateurs. Troisièmement, le régime n'a pas à être infaillible. Quatrièmement, le fait de permettre aux tribunaux d'intervenir dans les décisions rendues dans le cadre du PÉI irait à l'encontre de l'objectif visant le règlement rapide, efficace et définitif des différends. Cinquièmement, un droit général d'exercer un recours judiciaire contre les décisions rendues dans le cadre du PÉI permettrait au Canada — et non seulement aux demandeurs — de contester les conclusions des adjudicateurs avec lesquelles il est en désaccord. Sixièmement, selon une interprétation large du rôle de supervision des tribunaux, les juges superviseurs se livreraient au même exercice que celui accompli par les adjudicateurs de révision en vertu du PÉI.

Malgré le besoin de respecter l'intention qu'avaient les parties en créant la Convention et le PÉI, il surviendra inévitablement des situations que les parties n'ont pas envisagées et qui ne sont donc pas prévues par la Convention. S'il survient une situation que les parties n'ont pas envisagée, les tribunaux doivent être autorisés à intervenir de manière à ce que les parties reçoivent les avantages de la Convention, c'est-à-dire en retirent les avantages qui ont été négociés. Les tribunaux ont compétence pour s'assurer que la Convention protège, tant sur le fond que sur la forme, l'accès à la justice. S'il se présente une situation non prévue par la Convention qui est susceptible d'avoir une incidence sur l'issue de la demande, il serait incompatible avec l'objet du règlement de refuser d'accorder une réparation au demandeur. Toutefois, les parties n'ont pas automatiquement droit à la réouverture de la demande dès qu'elles réussissent à signaler une lacune dans le PÉI. Une analyse au cas par cas s'impose et divers facteurs peuvent alors entrer en ligne de compte, notamment la preuve que la partie qui sollicite l'intervention judiciaire a subi un préjudice. Les situations dans lesquelles il est possible de rouvrir une demande sont rares. En fin de compte, il faut trouver un équilibre entre, d'une part, le règlement efficace des demandes et l'aboutissement du processus pour les parties et, d'autre part, la garantie de résultats justes et équitables.

En l'espèce, le juge superviseur a commis une erreur en analysant l'interprétation que la première adjudicatrice avait faite du PÉI et en y substituant sa propre interprétation. Le juge superviseur n'était autorisé qu'à vérifier si l'adjudicatrice avait interprété les bonnes modalités. Au lieu de cela, il s'est livré à une analyse que les parties ont réservée aux adjudicateurs du PÉI et il est arrivé à un résultat différent. Bien que l'adjudicatrice ait interprété la catégorie de sévices sexuels du PÉI différemment, on ne peut pour autant conclure qu'elle a omis d'appliquer les modalités du PÉI. La décision de refuser la demande

IAP. The adjudicator had regard to and applied the factors in that category, and her decision was upheld, in keeping with the review mechanism contained in the IAP. While the supervising judge may have disagreed with the outcome, this was not a basis for finding that the adjudicator had failed to apply the terms of the IAP. The supervising judge exceeded his jurisdiction by substituting his own interpretation of the IAP and directing that the claim be reconsidered in accordance with that interpretation.

However, while the supervising judge erred in his analysis, this is an exceptional case in which reconsideration is appropriate. W's claim has given rise to a unique dilemma for which the Agreement provides no internal recourse, and which therefore requires the Court to craft a remedy. Certain concessions made at the hearing before the Court exposed a gap in the Agreement's provisions. Specifically, the Chief Adjudicator of the Indian Residential Schools Adjudication Secretariat conceded that the decisions of the initial and review adjudicators in this case were aberrant, and that he has no authority to reopen W's claim despite this conclusion. The Chief Adjudicator's inability to remedy such an error in IAP decisions is clearly inconsistent with the role conferred upon him by the parties — i.e., the parties intended that the Chief Adjudicator should represent the final level of review in order to ensure consistency across all IAP decisions. The practical effect of this situation is that W did not receive the benefits bargained for. As there is no remedy within the four corners of the Agreement that is available to either W or the Chief Adjudicator, the courts must step in to fill this gap. It is particularly appropriate that the Court intervene in light of the fact that the Agreement is a settlement of a class action, and it can be assumed that all similarly situated individuals are entitled to the same treatment under the scheme.

This is a situation in which the courts can step in to provide a remedy that is consistent with the Agreement's objective of promoting a fair, comprehensive and lasting resolution of the legacy of Indian Residential Schools. The appeal should be allowed and the order made by the supervising judge that W's claim be sent back to a first-level IAP adjudicator for reconsideration should be reinstated. Given that W's claim has already been reconsidered and that the Chief Adjudicator is satisfied that the reconsideration

de W reposait sur une interprétation consciente de la catégorie de sévices sexuels du PÉI et sur l'application de cette dernière. L'adjudicatrice a tenu compte des facteurs de cette catégorie et les a appliqués, et sa décision a été confirmée, conformément au mécanisme de révision prévu par le PÉI. Même si le juge superviseur était en désaccord avec le résultat, on ne peut pour autant en conclure que l'adjudicatrice a omis d'appliquer les modalités du PÉI. Le juge superviseur a outrepassé sa compétence en proposant sa propre interprétation du PÉI et en ordonnant que la demande soit réexaminée selon sa propre interprétation.

Or, bien que le juge superviseur ait commis une erreur dans son analyse, il s'agit d'un cas exceptionnel où il convient de procéder à un nouvel examen. La réclamation de W pose un dilemme unique pour lequel la Convention ne prévoit aucun recours interne et la présente situation exige donc que la Cour élabore une réparation. Certaines concessions faites à l'audience de la Cour ont fait ressortir une lacune dans la Convention. Plus précisément, l'adjudicateur en chef du Secrétariat d'adjudication des pensionnats indiens a admis que les décisions prises par la première adjudicatrice et les adjudicateurs de révision en l'espèce étaient aberrantes, et qu'il n'a pas le pouvoir nécessaire pour rouvrir la réclamation de W malgré cette conclusion. L'incapacité de l'adjudicateur en chef de corriger une telle erreur dans des décisions rendues dans le cadre du PÉI est manifestement incompatible avec la mission que lui ont confiée les parties, qui voulaient que l'adjudicateur en chef incarne le dernier palier de révision afin d'assurer la cohérence entre toutes les décisions rendues dans le cadre du PÉI. L'effet concret de cette situation est que W n'a pas obtenu les avantages qui ont été négociés et acceptés. Puisque la Convention ne prévoit aucun recours dont W ou l'adjudicateur en chef puisse se prévaloir, les tribunaux doivent intervenir pour combler cette lacune. Il convient tout particulièrement que la Cour intervienne étant donné que la Convention représente le règlement d'un recours collectif et qu'il y a lieu de présumer que toutes les personnes se trouvant dans une situation semblable ont droit au même traitement dans le cadre du régime.

Il s'agit d'une situation dans laquelle les tribunaux peuvent intervenir pour accorder une réparation en conformité avec l'objectif de la Convention de résoudre pour de bon et de manière juste et globale les séquelles laissées par les pensionnats indiens. Il y a lieu d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance rendue par le juge superviseur portant que la demande de W soit renvoyée à un adjudicateur de premier palier du PÉI pour réexamen. Compte tenu du fait que la demande de W a déjà fait l'objet d'un

adjudicator properly applied the IAP, the compensation award should be reinstated, with interest.

Per Brown and Rowe JJ. (dissenting): The appeal should be dismissed. Côté J. correctly states the law for a majority of the Court regarding the jurisdiction of the supervising courts in respect of IAP decisions. Where there is a gap in the Agreement, a court might fill it in accordance with the parties' intentions. However, as no gap exists here, there is no basis for rewriting the terms of the Agreement.

The Agreement is a contract. Interpreting its terms therefore requires a court to discern the parties' intentions. In this case, it was the parties' intention that the Chief Adjudicator not have the authority to respond to incorrect interpretations of the IAP by reopening claims. Instead, the Chief Adjudicator has a right of final review of IAP decisions and is empowered to remedy incorrect interpretations of the IAP on a prospective basis by preparing instructions for the IAP Oversight Committee.

The Agreement expressly precludes judicial intervention, even where the IAP has been incorrectly interpreted and applied. It is a complete code that limits access to the courts, preserves the finality of the IAP and respects the expertise of IAP adjudicators. The adjudication of IAP claims is limited to one in-person hearing and two levels of internal review without any judicial recourse. Given the finality promised by the IAP, the parties would have seen prolonged litigation of IAP claims in the courts to be undesirable. The internal mechanisms of review in the Agreement have clearly been designed to allow for judicial recourse in specific situations. But this does not include incorrect interpretations of the IAP.

Where the parties have failed in their contract to address a particular situation arising in the course of their relationship, a court may imply a contractual term. This does not permit a court to imply a term which is contrary to the parties' clearly expressed intentions. Straining to find a gap in the Agreement so as to open space for judicial recourse where the parties clearly intended to preclude it defeats the intentions of the parties and undermines the integrity of the process that they settled upon. Merely because the Agreement does not contain certain terms does not mean that there is a gap waiting to be filled by

réexamen et que l'adjudicateur en chef s'est dit convaincu que l'adjudicatrice de réexamen avait bien appliqué le régime du PÉI, il convient de rétablir l'indemnité accordée, avec les intérêts.

Les juges Brown et Rowe (dissidents) : Il y a lieu de rejeter le pourvoi. La juge Côté énonce correctement l'état du droit au nom de la majorité de la Cour en ce qui concerne la compétence des tribunaux de surveillance sur les décisions rendues dans le cadre du PÉI. Lorsqu'il y a une lacune dans la Convention, le tribunal est peut-être en mesure de la combler conformément à l'intention des parties. Or, comme il n'y a pas de lacune en l'espèce, il n'est pas justifié de récrire les modalités de la Convention.

La Convention est un contrat. L'interprétation de ses modalités oblige par conséquent le tribunal à discerner l'intention des parties. En l'espèce, les parties ne voulaient pas conférer à l'adjudicateur en chef le pouvoir d'intervenir pour corriger les interprétations erronées du PÉI en rouvrant les demandes. L'adjudicateur en chef détient plutôt un droit de révision finale des décisions rendues au terme du PÉI et il peut remédier pour l'avenir à des interprétations erronées du PÉI en soumettant des instructions au Comité de surveillance du PÉI.

La Convention interdit expressément aux tribunaux d'intervenir, même lorsque le PÉI a été mal interprété et mal appliqué. Il s'agit d'un code complet qui limite l'accès aux tribunaux, protège le caractère définitif des décisions prises dans le cadre du PÉI et respecte l'expertise des adjudicateurs du PÉI. Le règlement des demandes présentées dans le cadre du PÉI se limite à une audience en personne et à deux paliers de révision interne sans recours judiciaire. Compte tenu du caractère définitif garanti par le PÉI, les parties auraient jugé indésirable de voir s'éterniser devant les tribunaux les litiges touchant les demandes présentées dans le cadre du PÉI. Le mécanisme de révision interne que l'on trouve dans la Convention a de toute évidence été conçu pour permettre le recours judiciaire dans certaines situations précises, mais celles-ci ne comprennent pas les cas d'interprétation inexacte du PÉI.

Lorsque, dans leur contrat, les parties n'ont pas prévu une situation particulière survenant au cours de leurs rapports, le tribunal peut conclure à l'existence d'une disposition contractuelle implicite. Ce pouvoir ne permet pas au tribunal d'insérer dans le contrat une condition implicite contraire à l'intention exprimée clairement par les parties. Chercher à tout prix à trouver une lacune dans la Convention pour y déceler un cas d'ouverture à un recours judiciaire alors que les parties entendaient manifestement exclure cette possibilité va à l'encontre de la volonté des parties et porte atteinte à l'intégrité du processus sur lequel

judges. There is a difference between failing to grant authority and deciding not to grant such authority. A review of the Agreement reveals that the absence of a term authorizing the Chief Adjudicator to reopen claims clearly represents an instance of the latter. In addition, the Chief Adjudicator's concession in this case does not expose any gap in the Agreement, much less any basis for judicial intervention to fill it. In any event, the Chief Adjudicator did not clearly agree that such a gap existed here. The denial of compensation to W was not the result of any gap which required judicial recourse so as to reopen the claim; instead, it resulted from the Chief Adjudicator failing to properly discharge his final review obligations.

Cases Cited

By Abella J.

Explained: *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; **considered:** *Fontaine v. Duboff Edwards Haight & Schachter*, 2012 ONCA 471, 111 O.R. (3d) 461; **referred to:** *Baxter v. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. (3d) 481; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90; *N.N. v. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335; *R. v. Ewanuchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330.

By Côté J.

Distinguished: *Canada (Attorney General) v. Fontaine*, 2017 SCC 47, [2017] 2 S.C.R. 205; **considered:** *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2016 BCSC 2218, [2017] 1 C.N.L.R. 104; *Fontaine v. Duboff Edwards Haight & Schachter*, 2012 ONCA 471, 111 O.R. (3d) 461; *N.N. v. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90; **referred to:** *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2016 ONCA 241, 130 O.R. (3d) 1; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 4024, [2014] 4 C.N.L.R. 67; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *Fontaine et al. v. Canada (Attorney General) et al.*, 2014 MBQB 200, 311 Man. R. (2d) 17; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2015 ABQB 225, [2015] 4 C.N.L.R. 69; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 4326, [2016] 4 C.N.L.R. 40; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*, 2018 SCC 26, [2018] 1 S.C.R.

elles se sont entendues. Le simple fait que l'on ne retrouve pas certains termes dans la Convention ne signifie pas pour autant que celle-ci comporte une lacune que les juges doivent s'empresse de combler. Il y a une différence entre le fait de ne pas accorder un pouvoir et le fait de décider de ne pas accorder ce pouvoir. L'examen de la Convention révèle que l'absence de stipulation autorisant l'adjudicateur en chef à rouvrir des demandes constitue clairement un exemple de cette dernière catégorie. En outre, la concession faite par l'adjudicateur en chef en l'espèce ne révèle aucune lacune dans la Convention, encore moins un motif d'intervention judiciaire permettant de la combler. Quoi qu'il en soit, l'adjudicateur en chef n'a pas clairement convenu qu'une telle lacune existait en l'espèce. Le refus d'indemniser W ne découle pas d'une lacune en raison de laquelle il était nécessaire de recourir aux tribunaux pour faire rouvrir la demande; il résulte plutôt du défaut de l'adjudicateur en chef de s'acquitter correctement de ses obligations de révision finale.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêt expliqué : *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; **arrêt examiné :** *Fontaine c. Duboff Edwards Haight & Schachter*, 2012 ONCA 471, 111 O.R. (3d) 461; **arrêts mentionnés :** *Baxter c. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. (3d) 481; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90; *N.N. c. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335; *R. c. Ewanuchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330.

Citée par la juge Côté

Distinction d'avec l'arrêt : *Canada (Procureur général) c. Fontaine*, 2017 CSC 47, [2017] 2 R.C.S. 205; **arrêts examinés :** *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2016 BCSC 2218, [2017] 1 C.N.L.R. 104; *Fontaine c. Duboff Edwards Haight & Schachter*, 2012 ONCA 471, 111 O.R. (3d) 461; *N.N. c. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90; **arrêts mentionnés :** *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2016 ONCA 241, 130 O.R. (3d) 1; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 4024, [2014] 4 C.N.L.R. 67; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *Fontaine et al. c. Canada (Attorney General) et al.*, 2014 MBQB 200, 311 Man. R. (2d) 17; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2015 ABQB 225, [2015] 4 C.N.L.R. 69; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 4326, [2016] 4 C.N.L.R. 40; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) c. Wall*,

750; *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Fontaine et al. v. Canada (Attorney General) et al.*, 2014 MBCA 93, 310 Man. R. (2d) 162; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86; *Baxter v. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. 481; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2017 BCSC 946; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331.

By Brown J. (dissenting)

Fontaine v. Canada (Attorney General), 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90; *Canada (Attorney General) v. Fontaine*, 2017 SCC 47, [2017] 2 S.C.R. 205; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2016 BCSC 2218, [2017] 1 C.N.L.R. 104; *N.N. v. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 103; *Spencer v. Continental Insurance Co.*, [1945] 4 D.L.R. 593.

Statutes and Regulations Cited

Class Proceedings Act, C.C.S.M., c. C130, s. 12.
Court of Queen's Bench Act, C.C.S.M., c. C280, Part XIV.

Treaties and Agreements

Indian Residential Schools Settlement Agreement (2006), preamble, arts. 1.01, 4.11, 5, 5.09, 6, 6.03, 7.01, 12.01, 13.08, Sch. D, arts. I, II, III, App. V, IX, X, XII, XIII.

Authors Cited

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.
Indian Residential Schools Adjudication Secretariat. *Independent Assessment Process (IAP) Statistics* (online: <http://www.iap-pei.ca/stats-eng.php?act=20181031>; archived version: http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC20_1_eng.pdf).
Swan, Angela, Jakub Adamski and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
The Right Honourable Stephen Harper on behalf of the Government of Canada. "Statement of Apology

2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750; *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Fontaine et al. c. Canada (Attorney General) et al.*, 2014 MBCA 93, 310 Man. R. (2d) 162; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86; *Baxter c. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. 481; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2017 BCSC 946; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331.

Citée par le juge Brown (dissident)

Fontaine c. Canada (Attorney General), 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90; *Canada (Procureur général) c. Fontaine*, 2017 CSC 47, [2017] 2 R.C.S. 205; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2016 BCSC 2218, [2017] 1 C.N.L.R. 104; *N.N. c. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 103; *Spencer c. Continental Insurance Co.*, [1945] 4 D.L.R. 593.

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour du Banc de la Reine, C.P.L.M., c. C280, partie XIV.
Loi sur les recours collectifs, C.P.L.M., c. C130, art. 12.

Traités et ententes

Convention de règlement relative aux pensionnats indiens (2006), préambule, art. 1.01, 4.11, 5, 5.09, 6, 6.03, 7.01, 12.01, 13.08, ann. D, art. I, II, III, ann. V, IX, X, XII, XIII.

Doctrine et autres documents cités

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.
Le très honorable Stephen Harper au nom du gouvernement du Canada. « Présentation d'excuses aux anciens élèves des pensionnats indiens », Ottawa, 11 juin 2008 (en ligne : https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/rqpi_apo_pdf_1322167347706_eng.pdf; version archivée : http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC20_2_fra.pdf).
Secrétariat d'adjudication des pensionnats indiens. *Statistiques du Processus d'évaluation indépendant (PEI)*

to former students of Indian Residential Schools”. Ottawa, June 11, 2008 (online: https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/rqpi_apo_pdf_1322167347706_eng.pdf; archived version: http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC20_2_eng.pdf).

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Monnin, Beard and leMaistre JJ.A.), 2017 MBCA 54, 413 D.L.R. (4th) 521, [2017] 3 C.N.L.R. 85, [2017] AZ-51399218, [2017] M.J. No. 163 (QL), 2017 CarswellMan 247 (WL Can.), setting aside a decision of Edmond J., 2016 MNQB 159, [2016] 4 C.N.L.R. 23, [2016] M.J. No. 232 (QL). Appeal allowed, Brown and Rowe JJ. dissenting.

Martin U. Kramer and Richard E. Olschewski, for the appellants.

Mitchell R. Taylor, Q.C., and *Dayna Anderson*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Joseph J. Arvay, Q.C., *Susan E. Ross* and *David W. L. Wu*, for the respondent the Chief Adjudicator of the Indian Residential Schools Adjudication Secretariat.

Stuart Wuttke and *Julie McGregor*, for the respondent the Assembly of First Nations.

David Schulze, Maryse Décarie-Daigneault and *David P. Taylor*, for the intervener the Independent Counsel.

Karim Ramji, for the intervener K.B.

The reasons of Wagner C.J. and Abella and Karakatsanis JJ. were delivered by

[1] ABELLA J. — The years of sustained abuse committed in Residential Schools represent a profoundly shameful era in Canada’s history. The legacy of the harms committed there consists of deep wounds not only to those who were forced to attend, but also to our national psyche. The recovery process, when it is possible, is slow and painful. But at least there is a process, one that pays respectful

(en ligne : <http://www.iap-pei.ca/stats-fra.php?act=20181031>; version archivée : http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC20_1_fra.pdf).

Swan, Angela, Jakub Adamski and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Manitoba (les juges Monnin, Beard et leMaistre), 2017 MBCA 54, 413 D.L.R. (4th) 521, [2017] 3 C.N.L.R. 85, [2017] AZ-51399218, [2017] M.J. No. 163 (QL), 2017 CarswellMan 247 (WL Can.), qui a annulé une décision du juge Edmond, 2016 MNQB 159, [2016] 4 C.N.L.R. 23, [2016] M.J. No. 232 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Brown et Rowe sont dissidents.

Martin U. Kramer et Richard E. Olschewski, pour les appellants.

Mitchell R. Taylor, c.r., et *Dayna Anderson*, pour l’intimé le procureur général du Canada.

Joseph J. Arvay, c.r., *Susan E. Ross* et *David W. L. Wu*, pour l’intimé l’Adjudicateur en chef, Secrétariat d’adjudication des pensionnats indiens.

Stuart Wuttke et Julie McGregor, pour l’intimée l’Assemblée des Premières Nations.

David Schulze, Maryse Décarie-Daigneault et David P. Taylor, pour l’intervenant Avocats indépendants.

Karim Ramji, pour l’intervenant K.B.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Abella et Karakatsanis rendus par

[1] LA JUGE ABELLA — Les années de sévices infligés de façon soutenue dans les pensionnats indiens représentent une ère profondément honteuse de l’histoire du Canada. L’héritage de ces sévices a causé de profondes blessures non seulement à ceux qui ont été forcés de fréquenter ces établissements, mais aussi à notre conscience collective. Le processus de rétablissement, lorsqu’il est possible, est long

tribute to the enduring character of the harm and the need to address it. The *Indian Residential Schools Settlement Agreement* (2006) is part of that healing process.

[2] When J.W. was a young boy at a Residential School a nun touched his genitals over his clothing. He was standing in line waiting for a shower. He was wearing what he described as a “little apron”.

[3] In 2014, J.W. brought a claim for compensation in accordance with the Independent Assessment Process (IAP), the adjudicative component of the Agreement, alleging that this incident fell within the following category of abuse:

Any touching of a student, including touching with an object, by an adult employee or other adult lawfully on the premises which exceeds recognized parental contact and violates the sexual integrity of the student. [art. II]

[4] J.W.’s claim proceeded in Manitoba. The Hearing Adjudicator concluded that the “sexual” intent of the nun was an element that had to be shown by the claimant. Despite the fact that she accepted that the incident had occurred as J.W. described, the Hearing Adjudicator denied his claim because he was unable to prove the nun’s sexual intent.

[5] The issue in this appeal is whether J.W. was entitled to judicial recourse.

Background

[6] The Agreement represents the negotiated settlement of thousands of individual and class action suits filed against a number of defendants, including the Government of Canada and various churches, relating to the operation of Residential Schools.

[7] The Agreement includes a procedure for settling individual claims through an adjudicative process; provides for support services for former students; sets out a national procedure for healing,

et pénible. Mais au moins il existe un processus, et il tient compte de façon respectueuse des torts durables qui ont été causés et de la nécessité de les réparer. La *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* (2006) fait partie de ce processus de guérison.

[2] J.W. était un jeune garçon qui fréquentait un de ces pensionnats, lorsqu’une religieuse a touché ses organes génitaux par-dessus ses vêtements. Il attendait en file pour la douche. Il portait ce qu’il a appelé un [TRADUCTION] « petit tablier ».

[3] En 2014, J.W. a présenté une demande d’indemnisation conformément au Processus d’évaluation indépendant (PÉI), le volet juridictionnel de la Convention, soutenant que les actes en question entraient dans la catégorie suivante de sévices :

Tout contact physique avec un élève, avec ou sans objet, par un employé ou un autre adulte autorisé à être présent sur les lieux, qui excède les normes généralement reconnues de contact physique parental et viole l’intégrité sexuelle de l’étudiant. [art. II]

[4] La demande de J.W. a été instruite au Manitoba. L’adjudicatrice d’audition a conclu que le demandeur devait démontrer l’intention « sexuelle » de la religieuse. Même si elle a accepté que l’incident s’était produit tel que J.W. l’avait relaté, l’adjudicatrice d’audition a refusé sa demande parce qu’il n’avait pas été en mesure de démontrer l’intention sexuelle de la religieuse.

[5] La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si J.W. a droit à un recours judiciaire.

Contexte

[6] La Convention représente le règlement négocié de milliers de recours collectifs et d’actions individuelles intentés contre plusieurs défendeurs, dont le gouvernement du Canada et diverses Églises, relativement à la gestion des pensionnats indiens.

[7] La Convention prévoit une procédure de règlement des réclamations individuelles par le biais d’un processus juridictionnel. Elle prévoit également des services de soutien pour les anciens élèves, en

education and reconciliation through the Truth and Reconciliation Commission; and creates a scheme for the general implementation of public programs to recognize and commemorate the significant and lasting harms caused by the Residential Schools system.

[8] While not admitting liability, the defendants acknowledged that harms and abuses were committed against Indigenous children at these schools. The individuals in the various classes of plaintiffs and potential claimants could opt out of the Agreement and pursue their own litigation through the courts, but they could not take this route if they accepted compensation pursuant to the Agreement.

[9] Two avenues to compensation are available under the Agreement: the “common experience” payment received by all eligible former students, and individual payments awarded to claimants who establish specific compensable harms. These individual claims are adjudicated through the IAP. The rules governing these adjudications are set out in Schedule D to the Agreement.

[10] The Schedule describes which harms are compensable, what must be established by the claimant, and sets out a compensation scale. It includes both standard and complex track claims. Certain complex track claims may be referred to the courts by the Chief Adjudicator of the Indian Residential Schools Adjudication Secretariat who is generally responsible for guiding, training and assisting the adjudicators. This is the only category of claims which provides a mechanism for court access.

[11] There is a system of internal reviews. If the alleged error in an adjudicative decision is a palpable and overriding factual one, the scheme allows for one level of internal review. If the error alleged is a failure to apply the IAP Model to the facts, there are two levels of internal review available.

plus d’établir un mécanisme national de guérison, d’éducation et de réconciliation par l’entremise de la Commission de vérité et de réconciliation, ainsi qu’un mécanisme pour la mise en œuvre générale de programmes publics visant à reconnaître et à commémorer les torts graves et durables qui ont été causés par le régime des pensionnats.

[8] Sans admettre leur responsabilité, les défendeurs reconnaissent que des sévices et des torts ont été causés aux enfants autochtones qui ont fréquenté ces établissements. Les personnes qui entraient dans les diverses catégories de demandeurs et de demandeurs éventuels avaient la possibilité de se retirer de la Convention et d’exercer leurs propres recours devant les tribunaux, mais perdaient leur droit de s’adresser aux tribunaux si elles acceptaient une indemnité en vertu de la Convention.

[9] La Convention offre deux voies d’indemnisation : le paiement « d’expérience commune » auquel ont droit tous les anciens élèves admissibles, et les indemnités accordées aux demandeurs qui font la preuve qu’ils ont subi certains sévices indemnifiables. Ces demandes individuelles sont tranchées par le truchement du PÉI. Les règles régissant ces demandes sont énoncées à l’annexe D de la Convention.

[10] L’annexe en question énumère les sévices indemnifiables, ce dont le demandeur doit faire la preuve, et elle fixe un barème d’indemnisation. Elle comporte un volet ordinaire et un volet complexe. Certaines réclamations relevant du volet complexe peuvent être renvoyées aux tribunaux par l’adjudicateur en chef du Secrétariat d’adjudication des pensionnats indiens, qui est de façon générale chargé de guider, de former et d’encadrer les adjudicateurs. C’est la seule catégorie de demandes qui permet de recourir aux tribunaux.

[11] Il existe un mécanisme de révision interne. Si l’erreur dont serait entachée la décision de l’adjudicateur est une erreur de fait manifeste et dominante, le régime ne prévoit qu’un seul palier de révision interne. Si l’erreur reprochée consiste en un défaut d’appliquer le modèle du PÉI aux faits de l’affaire, on peut recourir à deux paliers de révision interne.

[12] J.W.'s claim is a standard track claim. That entitled him to an in-person hearing and the possibility of two levels of internal review. There is, however, no right of appeal to the courts.

[13] Because the Agreement constitutes the settlement of ongoing actions, judicial approval was required. The parties brought the proposed settlement to the superior courts for approval, and between December 2006 and January 2007, nine provincial and territorial superior courts approved the Agreement through Approval Orders.

[14] Ontario was the first jurisdiction to approve the Agreement, subject to certain conditions, in December 2006. In *Baxter v. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. (3d) 481 (S.C.J.), the decision accompanying the first Approval Order, Winkler R.S.J. emphasized the enduring, harmful legacy of Residential Schools which ultimately led to the Agreement:

For over 100 years, Canada pursued a policy of requiring the attendance of Aboriginal children at residential schools, which were largely operated by religious organizations under the supervision of the federal government. The children were required to reside at these institutions, in isolation from their families and communities, for varying periods of time. This policy was finally terminated in 1996 with the closing of the last of the residential schools and has now been widely acknowledged as a seriously flawed failure. *In its attempts to address the damage inflicted by, or as a result of, this long-standing policy, the settlement is intended to offer a measure of closure for the former residents of the schools and their families.*

The flaws and failures of the policy and its implementation are at the root of the allegations of harm suffered by the class members. Upon review by the Royal Commission on Aboriginal Peoples, it was found that the children were removed from their families and communities to serve the purpose of carrying out a “concerted campaign to obliterate” the “habits and associations” of “Aboriginal languages, traditions and beliefs”, in order to accomplish “a radical re-socialization” aimed at instilling the children instead with the values of Euro-centric civilization. *The proposed settlement represents an effort to provide*

[12] La demande de J.W. relève du volet ordinaire. Il avait donc droit à une audience en personne et à la possibilité de deux paliers de révision interne. Il n’avait cependant pas le droit d’interjeter appel devant les tribunaux.

[13] Puisque la Convention constitue le règlement d’actions en instance, il était nécessaire d’obtenir une approbation judiciaire. Les parties ont soumis le règlement proposé aux cours supérieures pour approbation et, en décembre 2006 et janvier 2007, neuf cours supérieures provinciales et territoriales ont approuvé la Convention par le biais d’ordonnances d’approbation.

[14] L’Ontario a été la première province à approuver la Convention, sous réserve de certaines conditions, en décembre 2006. Dans *Baxter c. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. (3d) 481 (C.S.J.), la décision accompagnant la première ordonnance d’approbation, le juge Winkler a insisté sur les séquelles durables laissées par les pensionnats indiens à l’origine de la Convention :

[TRADUCTION] Pendant plus de 100 ans, le Canada a pratiqué une politique obligeant les enfants autochtones à fréquenter des pensionnats qui étaient en grande partie gérés par des organisations religieuses sous la supervision du gouvernement fédéral. Les enfants étaient forcés de vivre dans ces établissements, isolés de leurs familles et de leurs communautés, pendant des périodes plus ou moins longues. Cette politique, dont il a depuis été largement reconnu qu’elle était un grave échec, a finalement été abolie en 1996 avec la fermeture du dernier pensionnat indien. *Par les mesures qu’il prévoit en vue de réparer les torts causés par cette politique qui a été en vigueur pendant une aussi longue période, le règlement vise à aider les anciens résidents des pensionnats et leur famille à tourner la page.*

Les lacunes et les failles de cette politique et de sa mise en œuvre sont à l’origine des allégations de sévices subis par les membres du groupe. La Commission royale sur les peuples autochtones a constaté que des enfants avaient été extirpés de leurs familles et de leurs communautés dans le cadre d’une « campagne concertée [. . .] pour faire disparaître les habitudes, les souvenirs, les langues, les traditions et les croyances autochtones » dans le but de réaliser un « projet de resocialisation radicale » visant à inculquer aux enfants les valeurs d’une civilisation eurocentrique. *Le règlement proposé se veut une mesure*

a measure of closure and, accordingly, has incorporated elements which provide both compensation to individuals and broader relief intended to address the harm suffered by the Aboriginal community at large. [Emphasis added; paras. 2-3.]

[15] As Winkler R.S.J. emphasized, given the goals of the Agreement, significant and ongoing judicial supervision was necessary. As he said, supervising courts must “ensur[e] that the administration and implementation of the settlement are done in a manner that delivers the promised benefits to the class members. . . . Once the court is engaged, it cannot abdicate its responsibilities” (*Baxter*, at para. 12). Additionally, “the court must be in a position to effectively evaluate the administration and the performance of the administrator and, further, be empowered to effect any changes that it finds necessary to ensure that the benefits promised under the settlement are being delivered” (para. 51).

[16] Winkler R.S.J. stressed that, as in all class actions, the courts must strive to protect the class members and ensure that the benefits they agreed to are actually delivered. In order to deliver efficient, coordinated judicial supervision of the multi-jurisdictional Agreement, he suggested that each supervising court approve a Court Administration Protocol.

[17] The Approval Orders in all other provinces were substantially similar, and stated that superior court judges were entitled to hear “Requests for Directions” with respect to the ongoing administration and implementation of the Agreement. Paragraph 31 of the Manitoba Approval Order, for example, states:

THIS COURT DECLARES that the Representative Plaintiffs, Defendants, Released Church Organizations,

concrète visant à aider les victimes à tourner la page et elle intègre par conséquent des aspects qui prévoient à la fois l’indemnisation des individus et des mesures de réparation plus larges visant à réparer les torts subis par la communauté autochtone dans son ensemble. [Italiques ajoutés; par. 2-3.]

[15] Comme le juge Winkler l’a souligné, compte tenu des objectifs de la Convention, une surveillance judiciaire continue et rigoureuse était nécessaire. Ainsi qu’il l’a déclaré, les tribunaux de surveillance doivent [TRADUCTION] « veiller à ce que l’administration et la mise en œuvre du règlement se fassent de manière à procurer les avantages promis aux membres du groupe [. . .] Une fois engagé, le tribunal ne peut se soustraire à ses obligations » (*Baxter*, par. 12). De plus, « le tribunal doit être en mesure d’évaluer efficacement la gestion et le rendement de l’administrateur et être habilité à effectuer tout changement qu’il juge nécessaire pour s’assurer que les avantages promis par le règlement sont effectivement accordés » (par. 51).

[16] Le juge Winkler a insisté sur le fait que, comme pour tout autre recours collectif, le tribunal doit s’efforcer de protéger les membres du groupe et veiller à ce que les avantages sur lesquels ils se sont entendus leur soient effectivement accordés. Afin d’assurer la surveillance judiciaire efficace et coordonnée de la Convention, qui ressortit à la compétence de plusieurs tribunaux, le juge Winkler a suggéré que chaque tribunal de surveillance approuve un protocole des tribunaux régissant l’administration de l’entente.

[17] Les ordonnances d’approbation de toutes les autres provinces étaient essentiellement semblables et prévoyaient que les juges des cours supérieures avaient le droit d’instruire des « demandes de directives » concernant l’administration et la mise en œuvre continues de la Convention. L’article 31 de l’ordonnance d’approbation du Manitoba prévoit par exemple ce qui suit :

[TRADUCTION]

LA COUR DÉCLARE que les représentants des demandeurs, les défendeurs, les organismes religieux quittancés,

Class Counsel, the National Administration Committee, or the Trustee, or such other person or entity as this Court may allow, *after fully exhausting the dispute resolution mechanisms contemplated in the Agreement, may apply to the Court for directions in respect of the implementation, administration or amendment of the Agreement* or the implementation of this judgment on notice to all affected parties, all in conformity with the terms of the Agreement. [Emphasis added.]

The inclusion of the Requests for Directions provision in the Approval Orders contemplates that recourse to the courts is possible in circumstances where all internal mechanisms have been exhausted and directions are needed about the implementation of the Agreement.

[18] The effect of the Approval Orders in the provinces was the certification of the actions as a class proceeding, subject to certain changes being made to the Agreement.

[19] By March 2007, all nine provincial and territorial jurisdictions implicated by the Agreement took the next step and implemented the Agreement by court orders. These Implementation Orders incorporated the Agreement and addressed issues relating to its administration.

[20] Notably, the Manitoba Implementation Order concludes by stating that “the Courts shall supervise the implementation of the Agreement and this order and, without limiting the generality of the foregoing, may issue such further and ancillary orders, from time to time, as are necessary to implement and enforce the provisions of the Agreement” (para. 23).

[21] As proposed by Winkler R.S.J. in *Baxter*, a Court Administration Protocol was appended to each province’s Implementation Order, stating that two Administrative Judges would be appointed to work in conjunction with the Supervising Judges from each province to oversee the administration

les avocats du recours collectif, le Comité d’administration national ou le fiduciaire, ou toute autre personne ou entité autorisée par la Cour, peuvent, *après avoir épuisé tous les mécanismes de règlement des différends prévus par la Convention, s’adresser au tribunal pour obtenir des directives sur la mise en application, l’administration ou la modification de la Convention* ou la mise en œuvre du présent jugement après avis à toutes les parties concernées, le tout conformément aux modalités de la Convention. [Italiques ajoutés.]

L’inclusion dans les ordonnances d’approbation d’une disposition relative à la possibilité de demander des directives au tribunal fait en sorte qu’il est possible de recourir aux tribunaux lorsque tous les mécanismes de règlement des différends internes ont été épuisés et qu’il est nécessaire de demander des directives au sujet de la mise en application de la Convention.

[18] Les ordonnances d’approbation qui ont été rendues dans les provinces ont eu pour effet d’attester les actions en tant que recours collectif, sous réserve de certaines modifications apportées à la Convention.

[19] En mars 2007, les neuf provinces et territoires visés par la Convention avaient tous franchi l’étape suivante et mis en œuvre la Convention au moyen d’ordonnances judiciaires. Ces ordonnances de mise en œuvre incorporaient la Convention et abordaient certaines questions concernant son administration.

[20] Fait à noter, l’ordonnance de mise en œuvre du Manitoba se termine par le passage suivant : [TRADUCTION] « la Cour supervisera la mise en œuvre de la Convention et de la présente ordonnance et, sans limiter la portée générale de ce qui précède, elle peut rendre les autres ordonnances et ordonnances accessoires nécessaires pour mettre en œuvre et exécuter les modalités de la Convention » (par. 23).

[21] Comme le juge Winkler l’a proposé dans la décision *Baxter*, un protocole des tribunaux régissant l’administration de la Convention a été annexé à l’ordonnance de mise en œuvre de chaque province pour préciser que deux juges administratifs seraient nommés pour travailler de concert avec les

and implementation of the Agreement. The Protocol stated that each Request for Directions brought by a party would be first made to one of the two Administrative Judges, who would then direct it to a Supervising Judge for a hearing if necessary.

[22] Supplemented by the applicable class proceedings regime in each affected province and territory, and the inherent jurisdiction of the superior courts, the Approval and Implementation Orders gave the courts broad supervisory and administrative authority in overseeing the application and implementation of the Agreement. This authority was integral to the Agreement’s goal of addressing the serious harms caused by Residential Schools and was a fundamental precondition to judicial endorsement. Ongoing judicial supervision was seen to be necessary to ensure that the benefits promised to the claimants — benefits for which they relinquished their litigation rights — were delivered in accordance with the terms of the Agreement (*Baxter*, at paras. 12 and 51).

[23] This history demonstrates the foundational link between judicial supervision and the Agreement. The existence of the Agreement was contingent on judicial approval, and judicial approval, in turn, was contingent on ongoing judicial supervision.

[24] The Ontario Court of Appeal explained how this ongoing judicial supervision should be exercised in *Fontaine v. Duboff Edwards Haight & Schachter* (2012), 111 O.R. (3d) 461 (*Schachter*). The decision concerned a legal fee dispute, which came to the courts by way of a Request for Directions. While concluding that judicial review in the administrative law sense was unavailable, the Court of Appeal described the appropriate scope of judicial recourse. Rouleau J.A. acknowledged that adjudicators “cannot ignore” the provisions of the Implementation Orders, and that they must apply the relevant factors in the Agreement. But in his view, “[i]n the perhaps unlikely event that the final decision of the Chief

juges surveillants de chaque province afin de surveiller l’administration et la mise en œuvre de la Convention. Le protocole déclarait que chaque demande de directives présentée par une partie serait d’abord soumise à l’un des deux juges administratifs, qui se chargerait de la transmettre ensuite à un juge surveillant qui tiendrait au besoin une audience.

[22] Complétées par les règles de droit applicables sur les recours collectifs de tous les territoires et provinces touchés ainsi que la compétence inhérente des cours supérieures, les ordonnances d’approbation et de mise en œuvre confèrent aux tribunaux de vastes pouvoirs de surveillance et d’administration en ce qui concerne l’encadrement de l’application et de la mise en œuvre de la Convention. Ces pouvoirs faisaient partie intégrante de l’objectif de la Convention de s’attaquer aux graves séquelles laissées par les pensionnats indiens et constituaient une condition préalable fondamentale à toute approbation judiciaire. Une surveillance judiciaire continue était jugée nécessaire pour veiller à ce que les avantages promis aux demandeurs — avantages en contrepartie desquels ils avaient renoncé à leur droit de s’adresser aux tribunaux — leur soient accordés conformément aux modalités de la Convention (*Baxter*, par. 12 et 51).

[23] Ce survol historique démontre le lien fondamental qui existe entre la surveillance judiciaire et la Convention. L’existence de la Convention était subordonnée à l’approbation judiciaire, laquelle dépendait à son tour d’une surveillance judiciaire continue.

[24] La Cour d’appel de l’Ontario a expliqué, dans *Fontaine c. Duboff Edwards Haight & Schachter* (2012), 111 O.R. (3d) 461 (*Schachter*), les modalités d’exercice de cette surveillance judiciaire continue. Cet arrêt portait sur un litige relatif à des frais juridiques, dont les tribunaux avaient été saisis par le biais d’une demande de directives. Tout en concluant qu’il n’y avait pas ouverture au contrôle judiciaire au sens du droit administratif, la Cour d’appel a expliqué la portée qu’il convient de donner au recours judiciaire. Le juge Rouleau a reconnu que les adjudicateurs [TRADUCTION] « ne peuvent ignorer » les dispositions des ordonnances de mise en œuvre et qu’ils sont tenus d’appliquer les facteurs requis par la

Adjudicator reflects a failure to consider the terms of the [Agreement] and implementation orders . . . then, in my view, the parties to the [Agreement] intended that there be some judicial recourse” (para. 53). He found that this judicial recourse was necessary to ensure that the bargain the parties agreed to was respected, a critical consideration given the vulnerability of the claimants. However, he held that judicial recourse was limited to “very exceptional circumstances” because the parties intended that the implementation of the Agreement be expeditious and the Agreement aimed to achieve finality.

[25] The Ontario Court of Appeal returned to the scope of the courts’ supervisory jurisdiction in *Fontaine v. Canada (Attorney General)* (2017), 137 O.R. (3d) 90, and concluded that the “exceptional circumstances” threshold applied to IAP adjudicative decisions. Writing for the court, Sharpe J.A. held that Supervising Judges should not conduct “a detailed review of the factual findings made by the adjudicator” because that would allow judges to usurp the role of IAP review adjudicators (para. 55). Disagreement with the result reached does not amount to a failure to apply or enforce the Agreement.

[26] The British Columbia Court of Appeal also adopted the “exceptional circumstances” threshold in *N.N. v. Canada (Attorney General)* (2018), 6 B.C.L.R. (6th) 335. In that case, the majority concluded that exceptional circumstances exist if there is a “gap” in the Agreement. The inability of adjudicators to reopen concluded claims in circumstances where there was new, material evidence was one such “gap”, and therefore an “exceptional circumstance” warranting judicial intervention.

[27] The appellate authorities in Ontario and British Columbia have thus indicated that courts may

Convention. Mais selon lui, « [d]ans le cas peu probable où la décision finale de l’adjudicateur en chef révèle qu’il n’a pas tenu compte des modalités de la [Convention] et des ordonnances de mise en œuvre [. . .] les parties [à la Convention] voulaient selon moi qu’il y ait un recours judiciaire » (par. 53). Il a conclu que ce recours judiciaire était nécessaire pour s’assurer que l’entente intervenue entre les parties soit respectée, ce qui était un facteur essentiel compte tenu de la vulnérabilité des demandeurs. Il a toutefois jugé que le recours judiciaire ne pouvait être exercé que dans des « circonstances très exceptionnelles » parce que les parties souhaitaient que la mise en œuvre de la Convention soit expéditive et que la Convention vise à créer un processus juridictionnel ayant un caractère définitif.

[25] La Cour d’appel de l’Ontario s’est penchée de nouveau sur la portée du pouvoir de surveillance des tribunaux dans l’arrêt *Fontaine c. Canada (Attorney General)* (2017), 137 O.R. (3d) 90, où elle a conclu que le critère préalable des « circonstances exceptionnelles » s’appliquait aux décisions juridictionnelles rendues dans le cadre du PÉI. S’exprimant au nom de la Cour d’appel, le juge Sharpe a conclu que les juges surveillants ne devaient pas procéder à [TRADUCTION] « un examen détaillé des conclusions de fait tirées par l’adjudicateur » parce qu’ils s’arrogeraient alors le rôle des adjudicateurs de révision du PÉI (par. 55). Ce n’est pas parce que le tribunal n’est pas d’accord avec la décision qui a été rendue que la Convention n’a pas été appliquée ou exécutée.

[26] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a également adopté le critère préalable des « circonstances exceptionnelles » dans *N.N. c. Canada (Attorney General)* (2018), 6 B.C.L.R. (6th) 335. Dans cet arrêt, la majorité a conclu à l’existence de circonstances exceptionnelles si une « lacune » était constatée dans la Convention. L’impossibilité pour les adjudicateurs de rouvrir des réclamations réglées lorsqu’il existe de nouveaux éléments de preuve substantiels constituait une telle « lacune » et, partant, une « circonstance exceptionnelle » justifiant une intervention judiciaire.

[27] Les juridictions d’appel de l’Ontario et de la Colombie-Britannique se sont par conséquent dites

intervene in relation to IAP adjudications when exceptional circumstances are present, a threshold which is met if there is either a failure to apply the terms of the Agreement, including the Approval and Implementation Orders, or if there is a “gap” in the Agreement.

[28] I agree that there are compelling reasons for setting a high bar for judicial intervention in the IAP context. The parties went to significant lengths to make the Agreement a “complete code”, with specialized training for adjudicators, levels of internal review, the creation of an IAP Oversight Committee responsible for monitoring the implementation of the IAP and the absence of any provision granting court access in the context of standard track IAP decisions.

[29] On the other hand, the necessity of ongoing judicial supervision was recognized when the Agreement was approved, as noted by Winkler R.S.J. in *Baxter*.

[30] Without ongoing judicial supervision, the Agreement would not have been recognized. In overseeing the administration and implementation of the Agreement, therefore, courts have a duty to ensure that the claimants receive the benefits they bargained for. The provisions of the Approval and Implementation Orders contemplate ongoing recourse to the courts, with judges supervising the Agreement to ensure that the implementation and administration of the Agreement take place in the way the parties agreed.

[31] While the parties do not have a broad right to judicial intervention, they do have a right to the implementation of the terms of the settlement they bargained for. Judicial supervision plays a critical role in ensuring that the claimants receive the benefits that they were promised. The obligations in the Agreement must be read in light of the Agreement’s spirit — to address the “damage inflicted by, or as a result of, [Canada’s] long-standing [Residential Schools] policy” (*Baxter*, at para. 2).

d’avis que les tribunaux pouvaient intervenir à l’égard des décisions prises dans le cadre du PÉI en présence de circonstances exceptionnelles, ajoutant que ce critère préalable était rempli soit en cas de défaut d’application des modalités de la Convention, y compris des ordonnances d’approbation et de mise en œuvre, soit en cas de « lacune » constatée dans la Convention.

[28] Je conviens qu’il existe des raisons impérieuses de fixer des exigences rigoureuses pour encadrer l’intervention judiciaire dans le contexte du PÉI. Les parties se sont donné beaucoup de mal pour faire de la Convention un « code complet » en prévoyant une formation spécialisée pour les adjudicateurs, divers paliers de révision interne, la création d’un Comité de surveillance du PÉI chargé d’encadrer la mise en application du PÉI et l’absence de toute disposition accordant l’accès aux tribunaux dans le cas des décisions relevant du volet ordinaire du PÉI.

[29] En revanche, la nécessité d’une surveillance judiciaire continue a été reconnue lorsque la Convention a été approuvée, comme l’a fait remarquer le juge Winkler dans *Baxter*.

[30] Sans surveillance judiciaire continue, la Convention n’aurait pas été reconnue. Donc, lorsqu’ils supervisent l’administration et la mise en œuvre de la Convention, les tribunaux ont l’obligation de s’assurer que les demandeurs reçoivent les avantages qu’ils ont négociés. Les dispositions des ordonnances d’approbation et de mise en œuvre prévoient la possibilité de recourir de façon permanente aux tribunaux et chargent les juges de surveiller la Convention pour s’assurer que sa mise en œuvre et son administration s’effectuent conformément à l’entente intervenue entre les parties.

[31] Bien que les parties n’aient pas le droit général de s’adresser aux tribunaux, elles possèdent effectivement le droit de faire exécuter les modalités du règlement qu’elles ont négocié. La surveillance judiciaire joue un rôle essentiel pour s’assurer que les demandeurs obtiennent les avantages qui leur ont été promis. Les obligations de la Convention doivent être interprétées en fonction de l’esprit de la Convention : réparer [TRADUCTION] « les torts causés par, ou imputables à, la politique [des pensionnats indiens] qui a été en vigueur longtemps [au Canada] » (*Baxter*, par. 2).

Analysis

[32] The question in this appeal is when judges, exercising their supervisory role, should intervene in an IAP adjudication. *Schachter* provides a useful starting point — judges should intervene when there is a failure to apply or implement the terms of the Agreement. Unauthorized modifications of the Agreement are encompassed by this threshold. If an adjudicator changes the terms or requirements of the plain language of the Agreement, this will amount to a failure to apply or implement the terms of the Agreement.¹ Courts have a *duty* to ensure that the Agreement is implemented in accordance with the intentions of the parties as reflected in the Agreement’s terms. In determining whether an adjudicative decision rises to this threshold, Supervising Judges should be guided by the plain language of the Agreement, viewed in light of its remedial, benefit-conferring objectives.

[33] Given the purposes of the Agreement and the ongoing supervisory powers built into the settlement, I do not, with respect, agree with the Manitoba Court of Appeal’s decision in this case that so long as the adjudicator *refers* to the relevant sections of the IAP, there is no basis upon which a Supervising Judge can intervene, regardless of *how* these sections are interpreted or applied. Reading “apply” and “implement” so narrowly prevents any *meaningful* judicial supervision of IAP decisions. In light of the purposes of the Agreement, which include achieving “a fair, comprehensive and lasting resolution of the legacy of Indian Residential Schools” and a “promotion of healing, education, truth and reconciliation and commemoration”², such an approach reduces judicial supervision to a search for ensuring that the right section of the IAP is applied, rather than ensuring that the rights promised by the section are being delivered.

¹ Adjudicators are bound by the standard for compensable wrongs and for the assessment of compensation as defined in the IAP (art. II).

² See B and C in the recitals of the Agreement.

Analyse

[32] La question qui se pose en l’espèce est de savoir dans quels cas un juge exerçant sa fonction de surveillance devrait intervenir dans un dossier du PÉI. L’arrêt *Schachter* constitue un bon point de départ : le juge devrait intervenir lorsqu’il y a eu défaut d’appliquer ou de mettre en œuvre les modalités de la Convention. Les modifications non autorisées de la Convention relèvent de ce critère préalable. Si l’adjudicateur modifie les modalités ou les exigences du texte clair de la Convention, il y a défaut d’appliquer ou de mettre en œuvre les dispositions de la Convention¹. Les tribunaux ont l’*obligation* de veiller à ce que la Convention soit mise en œuvre conformément à l’intention des parties, telle que cette intention a été exprimée dans les modalités de la Convention. Pour déterminer si une décision juridictionnelle satisfait à ce critère préalable, les juges surveillants doivent s’en tenir au libellé clair de la Convention, eu égard à ses objectifs réparateurs et aux avantages qu’elle est censée procurer.

[33] Étant donné les objectifs de la Convention et les pouvoirs de surveillance continue prévus par le règlement, je ne suis, avec égards, pas d’accord avec la décision rendue en l’espèce par la Cour d’appel du Manitoba selon laquelle, dès lors que l’adjudicateur *mentionne* les articles pertinents du PÉI, rien ne permet au juge surveillant d’intervenir, peu importe *comment* ces articles sont interprétés ou appliqués. Donner une interprétation aussi étroite des termes « appliquer » et « mettre en œuvre » empêche toute *véritable* surveillance judiciaire des décisions rendues dans le cadre du PÉI. Compte tenu des objectifs de la Convention, notamment de ceux de « résoudre pour de bon et de manière juste et globale les séquelles laissées par les pensionnats indiens » et de « promouvoir la guérison, l’éducation, la vérité, la réconciliation et la commémoration »², une telle approche réduirait la surveillance judiciaire à la recherche de l’application du bon article du PÉI plutôt qu’au respect des droits garantis par l’article applicable.

¹ Les adjudicateurs doivent appliquer la norme relative aux sévices indemnifiables et celle concernant l’évaluation de l’indemnité établies par le PÉI (art. II).

² Voir points B et C de l’attendu de la Convention.

[34] While finality and expediency are important goals, it is also crucial to recognize that claimants agreed to forfeit their litigation rights by not opting out of the Agreement. Given this trade-off, it is paramount that the agreed-upon terms of the IAP Model are applied and implemented in a way that is consistent with the parties' intentions. The courts' supervisory power must permit intervention when it is necessary to ensure that the benefits promised are delivered.

[35] Judges, in short, have an ongoing duty to supervise the administration and implementation of the Agreement, including the IAP. In exercising this supervisory role in the Requests for Directions context, judges can intervene if there has been a failure to apply and implement the terms of the Agreement. In determining whether this failure exists, Supervising Judges will focus on the words of the Agreement, so that the benefits promised to the class members are delivered.

[36] In this case, J.W.'s claim fell under the IAP category "SL1.4", which is defined in the Agreement as:

Any touching of a student, including touching with an object, by an adult employee or other adult lawfully on the premises which exceeds recognized parental contact and violates the sexual integrity of the student.

[37] J.W.'s claim was rejected by the Hearing Adjudicator because, despite the fact that she believed J.W.'s account of what transpired, she was not satisfied on a balance of probabilities that the perpetrator acted with a sexual purpose when committing the act in question. This was fatal to J.W.'s case because IAP adjudicators "must be satisfied in regard to any allegation of sexual abuse that what took place was done for a sexual purpose" (para. 24). In so holding, the Hearing Adjudicator relied on this Court's decision in *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293. Sexual

[34] Bien que le caractère définitif des décisions et la célérité du processus soient des objectifs importants, il est également essentiel de reconnaître que les demandeurs ont accepté de renoncer à leur droit de s'adresser aux tribunaux en ne se retirant pas de la Convention. Vu ce compromis, il est primordial que les modalités convenues du modèle du PÉI soient appliquées et mises en œuvre conformément à l'intention des parties. Le pouvoir de surveillance des tribunaux doit permettre l'intervention judiciaire lorsque celle-ci est nécessaire pour s'assurer que les parties obtiennent effectivement les avantages qui leur ont été promis.

[35] Bref, les juges ont le devoir permanent de surveiller l'administration et la mise en œuvre de la Convention, y compris du PÉI. Lorsqu'ils exercent cette fonction de surveillance dans le cadre d'une demande de directives, les juges peuvent intervenir en cas de défaut d'appliquer et de mettre en œuvre les modalités de la Convention. Pour décider s'il y a eu pareil défaut, le juge surveillant se concentre sur le libellé de la Convention, pour que les avantages promis aux membres du groupe leur soient effectivement accordés.

[36] Dans le cas qui nous occupe, la réclamation présentée par J.W. relevait de la catégorie « SL1.4 » du PÉI, laquelle est définie comme suit dans la Convention :

Tout contact physique avec un élève, avec ou sans objet, par un employé ou un autre adulte autorisé à être présent sur les lieux, qui excède les normes généralement reconnues de contact physique parental et viole l'intégrité sexuelle de l'étudiant.

[37] La demande de J.W. a été rejetée par l'adjudicatrice d'audition parce que, même si elle ajoutait foi au récit des faits de J.W., elle n'était pas convaincue selon la prépondérance des probabilités que l'auteure avait agi dans un but sexuel lorsqu'elle avait commis l'acte en question. Cette conclusion portait un coup fatal à la demande de J.W. puisque les adjudicateurs du PÉI [TRADUCTION] « doivent être convaincus, s'agissant de toute allégation d'agression sexuelle, que les actes reprochés ont été commis dans un but sexuel » (par. 24). Pour rendre cette décision,

purpose, she held, was a technical requirement of SL1.4.

[38] J.W. applied for a review of the Hearing Adjudicator's decision. The Review Adjudicator concluded that the Hearing Adjudicator did not misapply SL1.4 by requiring J.W. to establish the perpetrator's sexual purpose. J.W.'s request for re-review was similarly unsuccessful. The Re-Review Adjudicator held that the Review Adjudicator had not misapplied the IAP Model. Having exhausted his internal remedies, J.W. brought a Request for Directions to the Supervising Judge, Edmond J.

[39] The Supervising Judge, Edmond J. described his role in the following terms:

. . . I have the power to review the decision of the Re-Review Adjudicator to determine whether she failed to apply the terms of the [Agreement] and specifically the IAP Compensation Rules. I accept that this is a limited form of curial review, reserved for exceptional cases, and that I must ensure that I do not engage in rewriting the [Agreement] by effectively giving the Requestors a right of appeal and/or review for which they did not bargain. [para. 35]

Edmond J. went on to describe the standard of review for a Request for Directions as “ensuring that the Re-Review Adjudicator did not endorse a legal interpretation that is so unreasonable that it amounts to a failure to properly apply the IAP to the facts of a particular case” (para. 40).

[40] Edmond J. found three errors warranting judicial intervention: the Hearing Adjudicator replaced the words “any touching” in SL1.4 with the words “sexual touching”; the Hearing Adjudicator imported a requirement of sexual intent on the part of the perpetrator, contrary to the plain language of SL1.4; and, the Hearing Adjudicator incorrectly interpreted this Court's decision in *Chase* as requiring a sexual

l'adjudicatrice s'est fondée sur l'arrêt rendu par notre Cour dans *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293. L'adjudicatrice a estimé que le but sexuel constituait une exigence technique de la catégorie SL1.4.

[38] J.W. a demandé la révision de la décision de l'adjudicatrice d'audition. L'adjudicateur de révision a conclu que l'adjudicatrice d'audition n'avait pas mal appliqué la catégorie SL1.4 en exigeant que J.W. établisse la motivation sexuelle de l'auteur de l'acte. La demande de deuxième révision présentée par J.W. a également été rejetée. L'adjudicatrice de deuxième révision a conclu que l'adjudicateur de révision n'avait pas mal appliqué le modèle du PÉI. Après avoir épuisé tous les recours internes, J.W. a présenté une demande de directives au juge surveillant, le juge Edmond.

[39] Le juge surveillant, le juge Edmond, a expliqué son rôle dans les termes suivants :

[TRADUCTION] . . . j'ai le pouvoir de réviser la décision rendue par l'adjudicatrice de deuxième révision pour décider si elle a omis d'appliquer les modalités de la [Convention] et, plus précisément, les Règles d'indemnisation du PÉI. Je reconnais qu'il s'agit d'une forme limitée d'examen judiciaire, réservé aux cas exceptionnels, et que je dois m'assurer de ne pas récrire la [Convention] en accordant effectivement aux demandeurs un droit d'appel et/ou de révision qu'ils n'ont pas négocié. [par. 35]

Le juge Edmond a poursuivi en expliquant que la norme de contrôle applicable dans le cas d'une demande de directives consistait à [TRADUCTION] « s'assurer que l'adjudicatrice de deuxième révision n'a pas adopté une interprétation légale qui est si déraisonnable qu'elle équivaut au défaut d'appliquer correctement le PÉI aux faits d'une affaire donnée » (par. 40).

[40] Le juge Edmond a relevé trois erreurs justifiant l'intervention judiciaire : l'adjudicatrice d'audition avait remplacé les mots « [t]out contact physique » à la catégorie SL1.4 par les mots [TRADUCTION] « contact sexuel »; l'adjudicatrice d'audition avait ajouté une exigence d'intention sexuelle de la part de l'auteur de l'acte, contrairement au libellé clair de la catégorie SL1.4; elle avait mal interprété l'arrêt

purpose as a necessary element of proving an act of sexual abuse.

[41] The Hearing Adjudicator described the question before her as “whether or not the incident was *sexual* touching which exceeded recognized parental conduct”. As Edmond J. correctly noted, there is no requirement for the impugned touching to be “sexual” in SL1.4. He also properly noted that the formulation relied upon by the Hearing Adjudicator leads to the illogical proposition that there could be sexual touching which does *not* exceed the parameters of recognized parental conduct.

[42] I agree with Edmond J. that the Hearing Adjudicator’s added requirement of “sexual” touching amounted to an unauthorized amendment to the IAP, and the improper addition of a new threshold in the language of SL1.4. This constituted a failure to apply and implement the Agreement.

[43] In describing what J.W. needed to establish in order to demonstrate that the touching violated the sexual integrity of the student, the Hearing Adjudicator also stated that “[i]n this process an adjudicator must be satisfied in regard to any allegations of sexual abuse that what took place was done for a sexual purpose”. As Edmond J. observed, nothing in the plain language of SL1.4 indicates that the sexual intent of the perpetrator is relevant and that “[c]learly, and on a simple plain-language analysis, a child’s sexual integrity can be violated without a perpetrator having any sexual intent whatsoever” (para. 48).

[44] The effect of these two errors is the same: the Hearing Adjudicator’s decision constituted an unauthorized modification of SL1.4. By substituting the phrase “any touching” with “sexual touching” and by adding a requirement of sexual intent unsupported by the language of the provision, the Hearing

Chase de notre Cour en estimant qu’il exigeait un but sexuel comme élément nécessaire à la preuve de l’agression sexuelle.

[41] Selon l’adjudicatrice d’audition, la question dont elle était saisie était [TRADUCTION] « celle de savoir si les actes reprochés constituaient des contacts *sexuels* qui excèdent les normes généralement reconnues de contact physique parental ». Comme le juge Edmond l’a fait observer à juste titre, la catégorie SL1.4. n’exige pas que le contact reproché soit d’ordre « sexuel ». Il a également signalé à bon droit que la formulation sur laquelle se fondait l’adjudicatrice menait à la proposition illogique selon laquelle il pouvait y avoir des contacts sexuels qui *n’excèdent pas* les paramètres reconnus de conduite parentale.

[42] Je suis d’accord avec le juge Edmond pour dire qu’en ajoutant l’exigence que les contacts soient « sexuels », l’adjudicatrice d’audition a modifié le PÉI sans y être autorisée et qu’elle a inséré de façon illégitime à la catégorie SL1.4 une nouvelle condition préalable. Cette façon d’agir constitue un défaut d’appliquer et de mettre en œuvre la Convention.

[43] Pour expliquer ce que J.W. devait établir pour démontrer que les contacts violaient l’intégrité sexuelle de l’élève, l’adjudicatrice d’audition a également déclaré : [TRADUCTION] « dans le cadre de ce processus, l’adjudicateur doit être convaincu, s’agissant de toute allégation d’agression sexuelle, que les actes reprochés ont été commis dans un but sexuel ». Comme l’a fait observer le juge Edmond, rien dans le libellé clair de la catégorie SL1.4 n’indique que l’intention sexuelle de l’auteur de l’acte est pertinente et que [TRADUCTION] « [d]e toute évidence, une analyse du libellé clair et simple de la catégorie SL1.4 montre que l’intégrité sexuelle de l’enfant peut être violée sans que l’auteur de l’acte ait eu la moindre intention sexuelle » (par. 48).

[44] L’effet des deux erreurs qu’elle a commises est le même : la décision de l’adjudicatrice d’audition constituait une modification non autorisée de la catégorie SL1.4. En remplaçant les termes « [t]out contact physique » par les mots [TRADUCTION] « contact sexuel » et en ajoutant une exigence

Adjudicator relied on additional requirements that were not agreed to by the parties. The unauthorized modifications of the IAP Model amounted to a failure to apply or implement the terms of the Agreement, warranting judicial supervisory intervention to ensure that the benefits promised in the Agreement were delivered.

[45] These errors were compounded by the Hearing Adjudicator’s misinterpretation of this Court’s decision in *Chase*, the third and final error identified by Edmond J. *Chase* dealt with the meaning of “sexual assault” in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The Court stated that “[s]exual assault is an assault . . . which is committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated” (p. 302).

[46] The facts of *Chase* were as follows. The accused was a neighbour of the complainant, a 15-year-old girl. He entered the complainant’s home, where she was playing pool with her 11-year-old brother, grabbed her around her shoulders and arms, and grabbed her breasts. Eventually, the complainant and her brother were able to call another neighbour for help.

[47] The accused was convicted of sexual assault in Provincial Court. His appeal to the Court of Appeal of New Brunswick was dismissed, but a conviction of common assault was substituted for the sexual assault conviction. In making this substitution, the Court of Appeal held that the word “sexual” in sexual assault should be understood as referring to specific parts of the body — genitalia in particular. Body parts with “secondary sexual characteristics” — like breasts — were not encompassed by this definition.

[48] McIntyre J., writing for this Court, rejected the view that sexual assault was confined to “contact with specific areas of the human anatomy” and

d’intention sexuelle que le libellé de la disposition ne justifiait pas, l’adjudicatrice d’audition s’est fondée sur des exigences supplémentaires dont les parties n’avaient pas convenu. Les modifications non autorisées ainsi apportées au modèle du PÉI constituaient un défaut d’appliquer ou de mettre en œuvre les modalités de la Convention qui justifiait l’intervention du tribunal de surveillance pour s’assurer que les avantages promis dans la Convention sont effectivement accordés.

[45] L’adjudicatrice d’audition a aggravé ces erreurs en interprétant mal l’arrêt *Chase* de notre Cour. Il s’agit de la troisième et dernière erreur relevée par le juge Edmond. L’arrêt *Chase* portait sur le sens de l’expression « agression sexuelle » dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. La Cour a affirmé que « [l]’agression sexuelle est une agression [. . .] qui est commise dans des circonstances de nature sexuelle, de manière à porter atteinte à l’intégrité sexuelle de la victime » (p. 302).

[46] Les faits de l’affaire *Chase* étaient les suivants. L’accusé était un voisin de la plaignante, une fille âgée de 15 ans. Il s’est introduit dans le domicile de la plaignante où celle-ci jouait au billard avec son frère de 11 ans. Il l’a agrippée par les épaules et les bras et lui a saisi les seins. La plaignante et son frère ont fini par téléphoner à un autre voisin pour demander de l’aide.

[47] L’accusé a été reconnu coupable d’agression sexuelle en Cour provinciale. La Cour d’appel du Nouveau-Brunswick a rejeté son appel, mais a substitué un verdict de culpabilité de voies de fait simple à sa déclaration de culpabilité pour agression sexuelle. Pour justifier cette substitution, la Cour d’appel a expliqué que le qualificatif « sexuelle » dans l’expression « agression sexuelle » devait être interprété comme visant des parties précises du corps, en particulier les organes génitaux. D’autres parties de l’anatomie ayant « des caractéristiques sexuelles secondaires » — comme les seins — ne répondaient pas à cette définition.

[48] Le juge McIntyre, qui s’exprimait au nom de notre Cour, a rejeté l’opinion que l’agression sexuelle se limitait au « contact avec des parties précises de

concluded that the test for sexual assault should be objective:

Applying these principles and the authorities cited, I would make the following observations. Sexual assault is an assault within any one of the definitions of that concept in s. 244(1) of the *Criminal Code* which is committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated. *The test to be applied in determining whether the impugned conduct has the requisite sexual nature is an objective one*: “Viewed in the light of all the circumstances, is the sexual or carnal context of the assault visible to a reasonable observer” (*Taylor, supra, per Laycraft C.J.A.*, at p. 269). The part of the body touched, the nature of the contact, the situation in which it occurred, the words and gestures accompanying the act, and all other circumstances surrounding the conduct, including threats which may or may not be accompanied by force, will be relevant (see S. J. Usprich, “A New Crime in Old Battles: Definitional Problems with Sexual Assault” (1987), 29 *Crim. L.Q.* 200, at p. 204.) The intent or purpose of the person committing the act, to the extent that this may appear from the evidence, may also be a factor in considering whether the conduct is sexual. If the motive of the accused is sexual gratification, to the extent that this may appear from the evidence, it may be a factor in determining whether the conduct is sexual. It must be emphasized, however, that the existence of such a motive is simply one of many factors to be considered, the importance of which will vary depending on the circumstances. [Emphasis added; p. 302.]

[49] Applied to the facts of the case, McIntyre J. concluded that there was ample evidence upon which the trial judge could have concluded that a sexual assault was committed: “[v]iewed objectively in light of all the circumstances, it is clear that the conduct of [Mr. Chase] in grabbing the complainant’s breasts constituted an assault of a sexual nature” (p. 303).

[50] *Chase*, therefore, stands for the proposition that the sexual nature of the assault is determined *objectively*. The Crown is not required to prove the accused had any *mens rea* with respect to the sexual nature of his or her behaviour (see also *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 25, per

l’anatomie » et estimé que le critère applicable en matière d’agression sexuelle devait être objectif :

Appliquant ces principes et la jurisprudence citée, je fais les observations suivantes. L’agression sexuelle est une agression, au sens de l’une ou l’autre des définitions de ce concept au par. 244(1) du *Code criminel*, qui est commise dans des circonstances de nature sexuelle, de manière à porter atteinte à l’intégrité sexuelle de la victime. *Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si la conduite reprochée comporte la nature sexuelle requise est objectif* : « Compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable peut-elle percevoir le contexte sexuel ou charnel de l’agression? » (*Taylor, précité, le juge en chef Laycraft, à la p. 269*). La partie du corps qui est touchée, la nature du contact, la situation dans laquelle cela s’est produit, les paroles et les gestes qui ont accompagné l’acte, et toutes les autres circonstances entourant la conduite, y compris les menaces avec ou sans emploi de la force, constituent des éléments pertinents (voir S. J. Usprich, « A New Crime in Old Battles : Definitional Problems with Sexual Assault » (1987), 29 *Crim. L.Q.* 200, à la p. 204.) L’intention ou le dessein de la personne qui commet l’acte, dans la mesure où cela peut ressortir des éléments de preuve, peut également être un facteur à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle. Si le mobile de l’accusé était de tirer un plaisir sexuel, dans la mesure où cela peut ressortir de la preuve, il peut s’agir d’un facteur à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle. Toutefois, il faut souligner que l’existence d’un tel mobile constitue simplement un des nombreux facteurs dont on doit tenir compte et dont l’importance variera selon les circonstances. [Italiques ajoutés; p. 302.]

[49] Appliquant ce raisonnement aux faits de cette affaire, le juge McIntyre a conclu que le juge du procès disposait d’éléments de preuve amplement suffisants pour pouvoir décider qu’une agression sexuelle avait été commise : « [s]i l’on examine de façon objective la conduite de [M. Chase] en fonction de toutes les circonstances, il est évident que le fait de mettre ses mains sur les seins de la plaignante constituait une agression de nature sexuelle » (p. 303).

[50] L’arrêt *Chase* appuie donc le principe que le caractère sexuel de l’agression est déterminé *de façon objective*. Le ministère public n’a pas besoin de prouver que l’accusé avait quelque *mens rea* que ce soit pour ce qui est de la nature sexuelle de son comportement (voir également *R. c. Ewanchuk*, [1999]

Major J.). The Hearing Adjudicator in J.W.'s case, however, improperly interpreted *Chase* as requiring the complainant to prove sexual intent. She relied upon *Chase* to read in a *mens rea* requirement that does not exist in either *Chase* or in the SL1.4 category of the IAP.

[51] I agree with Edmond J. that case law may be helpful, but it is the plain language of the Agreement that must guide an adjudicator's reasoning process. Case law cannot be used to modify the language of the IAP, as the Hearing Adjudicator did in this case. The Hearing Adjudicator's inaccurate interpretation of *Chase* thereby contributed to an unauthorized modification of the IAP Model. As former Chief Adjudicator Ish rightly concluded in another IAP adjudication review decision, "there is no requirement in the IAP that the actor possessed a sexual intent before liability can be found for a sexual assault".

[52] The Agreement was entered into to address the abuses caused by the Residential Schools system and the courts' ongoing supervision of the settlement must allow judges to intervene where necessary so as to ensure that the benefits promised by the settlement are actually delivered. In my view, Edmond J. properly identified a failure to apply the IAP Model in the adjudication of J.W.'s claim. These failures were confirmed on review and re-review. In intervening, Edmond J. did not usurp the role assigned to IAP adjudicators by re-weighing factual findings. Instead, in the face of a failure to apply the terms of the Agreement as agreed to by the parties, he intervened, remitting J.W.'s claim for re-adjudication. As such, I respectfully disagree that recourse to a "gap" in the Agreement is necessary in this case. Rather, judicial intervention was necessary in the face of an unauthorized modification of the Agreement, contrary to the intentions of the parties.

[53] The nun's conduct in touching J.W.'s genitals not only objectively "violates the sexual integrity

1 R.C.S. 330, par. 25, le juge Major). Dans le cas de J.W., l'adjudicatrice d'audition a toutefois mal interprété l'arrêt *Chase* en croyant qu'il obligeait le plaignant à prouver l'intention sexuelle. Elle s'est fondée sur l'arrêt *Chase* pour ajouter une exigence en matière de *mens rea* que l'on ne trouve ni dans l'arrêt *Chase* ni dans la catégorie SL1.4 du PÉI.

[51] Je suis d'accord avec le juge Edmond pour dire que la jurisprudence peut être utile, mais que c'est le libellé clair de la Convention qui doit guider le raisonnement de l'adjudicateur. On ne peut recourir à la jurisprudence pour modifier le libellé du PÉI, comme l'adjudicatrice d'audition l'a fait en l'espèce. L'interprétation inexacte qu'elle a donnée de l'arrêt *Chase* a ainsi contribué à modifier sans autorisation le modèle du PÉI. Comme l'ancien adjudicateur en chef Ish l'a conclu à juste titre dans une autre décision en révision du volet juridictionnel du PÉI, [TRADUCTION] « le PÉI n'exige pas que l'auteur de l'acte ait eu une intention sexuelle avant que sa responsabilité puisse être établie dans le cas d'une agression sexuelle ».

[52] La Convention vise à corriger les sévices causés par le régime des pensionnats, et la surveillance permanente des tribunaux en ce qui concerne l'application du règlement doit permettre aux juges d'intervenir au besoin pour s'assurer que les avantages promis par le règlement sont effectivement accordés. À mon avis, le juge Edmond a conclu à juste titre que le modèle du PÉI n'avait pas été appliqué dans l'examen de la demande de J.W. Ce défaut a été confirmé lors de la révision et de la deuxième révision. En intervenant, le juge Edmond n'a pas usurpé le rôle confié aux adjudicateurs du PÉI en évaluant de nouveau les conclusions de fait. En fait, compte tenu du défaut d'appliquer les modalités de la Convention convenues par les parties, il est intervenu et a renvoyé la demande de J.W. pour nouvel examen. Par conséquent, avec égards, je ne suis pas d'accord pour dire qu'il est nécessaire de trouver une « lacune » dans la Convention en l'espèce. L'intervention judiciaire était nécessaire vu que la Convention avait fait l'objet d'une modification non autorisée, contrairement à l'intention des parties.

[53] En l'espèce, le comportement qu'a eu la religieuse en touchant les parties génitales de J.W.

of the student”, contrary to the definition of sexual abuse in category SL1.4 of the Agreement, it “exceeds recognized parental contact”. J.W.’s claim is therefore compensable within the meaning of SL1.4. This is the only tenable conclusion in light of the factual findings made by the Hearing Adjudicator. I note that the same conclusion was reached by a Reconsideration Adjudicator who re-heard — and allowed — J.W.’s claim before the Manitoba Court of Appeal’s decision was made.

[54] J.W.’s is precisely the type of compensable claim contemplated by the parties to the Agreement. Failure to correct the Hearing Adjudicator’s interpretation in this case would unacceptably undermine the whole purpose of the Agreement.

[55] I would allow the appeal with costs and reinstate the decision of the Reconsideration Adjudicator allowing J.W.’s claim, plus interest.

The reasons of Moldaver and Côté JJ. were delivered by

CÔTÉ J. —

I. Introduction

[56] Between the 1860s and the 1990s, more than 150,000 First Nations, Inuit and Métis children attended Indian Residential Schools operated by religious organizations and funded by the Government of Canada. As Canada acknowledged in its official apology, this system was intended to “remove and isolate children from the influence of their homes, families, traditions and cultures” (“Statement of Apology to former students of Indian Residential Schools” of the Right Honourable Stephen Harper on behalf of Canada, June 11, 2008 (online)). Thousands of these children experienced physical, emotional, and sexual abuse while at residential schools (*Canada (Attorney General) v. Fontaine*, 2017 SCC

non seulement « viol[ait] l’intégrité sexuelle de l’étudiant » d’une façon objective au sens de la définition de l’agression sexuelle prévue à la catégorie SL1.4 de la Convention, mais « excéd[ait] [aussi] les normes généralement reconnues de contact physique parental ». Par conséquent, la demande de J.W. donne ouverture à une indemnité au sens de la catégorie SL1.4. C’est le seul constat que l’on peut tirer des conclusions de fait de l’adjudicatrice d’audition. Je signale que l’adjudicatrice de réexamen, qui a entendu de nouveau et accueilli la demande de J.W. avant que la Cour d’appel du Manitoba ne rende sa décision, est arrivée à la même conclusion.

[54] La demande de J.W. est précisément le type de demande donnant droit à une indemnité qu’avaient en tête les parties à la Convention. Refuser de corriger l’interprétation de l’adjudicatrice d’audition en l’espèce contrecarrerait de façon inacceptable l’objectif global de la Convention.

[55] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir la décision par laquelle l’adjudicatrice de réexamen a fait droit à la demande de J.W., plus les intérêts.

Version française des motifs des juges Moldaver et Côté rendus par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Introduction

[56] À compter des années 1860 jusqu’aux années 1990, plus de 150 000 enfants — Premières Nations, Inuits et Métis — ont fréquenté des pensionnats indiens dirigés par des organismes religieux et financés par le gouvernement du Canada. Comme le Canada l’a reconnu dans ses excuses officielles, ce système avait pour objectif « [d’]isoler les enfants et [de] les soustraire à l’influence de leurs foyers, de leurs familles, de leurs traditions et leur culture » (« Présentation d’excuses aux anciens élèves des pensionnats indiens » par le très honorable Stephen Harper au nom du Canada, 11 juin 2008 (en ligne)). Des milliers de ces enfants furent victimes de sévices physiques, psychologiques et sexuels pendant leur

47, [2017] 2 S.C.R. 205 (“*SCC Records Decision*”), at para. 1).

[57] The *Indian Residential Schools Settlement Agreement* (“IRSSA”)³ was signed on May 8, 2006. It settled numerous class actions brought by former students against the Government of Canada and various religious organizations for the harms suffered at residential schools. Its purpose was to achieve a “fair, comprehensive and lasting resolution of the legacy of Indian Residential Schools” (IRSSA, preamble). In 2006 and 2007, the IRSSA was approved by courts in nine provinces and territories, which issued Approval and Implementation Orders providing for ongoing court supervision of its implementation and administration.

[58] The IRSSA is a multifaceted agreement. In addition to provisions intended to further healing, education, and reconciliation, it includes an Independent Assessment Process (“IAP”) to settle individual claims through specialized adjudication that takes place outside of the court system. Although the IAP Model contains an internal review mechanism, it does not provide a right of appeal to the courts from the decisions of IAP adjudicators.

[59] This appeal concerns the ability of the courts to review final decisions of adjudicators under the IAP Model. J.W.’s claim was denied by the initial IAP Hearing Adjudicator, and that decision was upheld at two levels of internal review. However, the supervising judge tasked with responding to a Request for Direction (“RFD”) arising from the IAP decision on J.W.’s claim disagreed with the adjudicators’ conclusions, substituted his own interpretation of the IAP Model, and remitted the matter to a first-level adjudicator for reconsideration. The Manitoba Court of Appeal overturned that decision, finding that judicial review of IAP decisions is not available

³ A complete list of all acronyms used in these reasons can be found in the attached Appendix.

séjour dans ces pensionnats (*Canada (Procureur général) c. Fontaine*, 2017 CSC 47, [2017] 2 R.C.S. 205 (« *Décision de la CSC sur les documents* »), par. 1).

[57] La *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* (« CRRPI »³ ou « Convention ») a été signée le 8 mai 2006. Elle a réglé un grand nombre de recours collectifs intentés par d’anciens élèves contre le gouvernement du Canada et divers organismes religieux pour les sévices subis dans les pensionnats. L’objet de la CRRPI était de « résoudre pour de bon et de manière juste et globale les séquelles laissées par les pensionnats indiens » (CRRPI, préambule). En 2006 et 2007, la CRRPI a reçu l’approbation de neuf cours supérieures provinciales et territoriales, qui ont rendu des ordonnances d’approbation et de mise en œuvre prévoyant une supervision judiciaire continue de sa mise en œuvre et de son administration.

[58] La CRRPI est une convention à volets multiples. En plus de promouvoir la guérison, l’éducation et la réconciliation, elle instaure un processus d’évaluation indépendant (« PÉI »), une procédure spécialisée visant le règlement extrajudiciaire des réclamations individuelles. Bien que le régime du PÉI comporte un mécanisme de révision interne, il ne prévoit pas de droit d’appel devant les tribunaux à l’égard des décisions rendues par les adjudicateurs du PÉI.

[59] Le présent pourvoi concerne la possibilité pour les cours de justice d’intervenir à l’égard des décisions définitives rendues par des adjudicateurs dans le cadre du PÉI. La demande de J.W. a été rejetée par l’adjudicatrice du PÉI chargée de l’audition initiale, et cette décision a été confirmée à deux paliers de révision interne. Cependant, le juge superviseur chargé de traiter une demande de directives relativement à la décision concernant J.W. dans le cadre du PÉI s’est dit en désaccord avec les conclusions tirées par les adjudicateurs, a substitué sa propre interprétation du régime du PÉI à celle des adjudicateurs et a renvoyé l’affaire à un adjudicateur de premier palier pour

³ Une liste complète des acronymes utilisés dans les présents motifs figure en annexe.

and that recourse to the supervising courts is available only where there has been a failure to apply the terms of the IAP Model. J.W. and his counsel (collectively the “appellants”) now appeal that result to this Court. They are asking this Court to find that decisions of IAP adjudicators are subject to judicial review pursuant to the principles of administrative law. In the alternative, they submit that the courts’ supervisory power over the implementation of the IRSSA includes the jurisdiction to review IAP decisions, and that this jurisdiction extends to the interpretation of the IAP.

[60] I would allow the appeal and reinstate the supervising judge’s order remitting J.W.’s claim for reconsideration (and I would reinstate the Reconsideration Adjudicator’s decision allowing J.W.’s claim and awarding him compensation), but for reasons that differ from those relied upon by the supervising judge. Indeed, I disagree with the supervising judge’s decision to substitute his own interpretation of the IAP Model for that of the IAP adjudicators, and I would therefore endorse the Manitoba Court of Appeal’s approach in limiting the scope of judicial recourse in respect of IAP decisions. While the courts’ supervisory jurisdiction over the implementation of the IRSSA requires them to ensure that IAP adjudicators make decisions in accordance with the terms of the IAP, the parties clearly intended the interpretation of those terms to fall within the adjudicators’ exclusive jurisdiction. Judges cannot take on the role the parties have assigned to those adjudicators.

[61] This case involves a unique situation for which the IRSSA makes no provision. The Chief Adjudicator, Indian Residential Schools Adjudication Secretariat (“Chief Adjudicator”), concedes that J.W.’s claim was wrongly decided and that the decisions made by the adjudicators in this case are “aberrant”. Despite the fact that the Chief Adjudicator represents

nouvel examen. La Cour d’appel du Manitoba a infirmé cette décision et conclu qu’il n’y avait pas ouverture au contrôle judiciaire des décisions rendues dans le cadre du PÉI et qu’il n’était possible de s’adresser à un tribunal de supervision qu’en cas de défaut d’appliquer les modalités du régime du PÉI. J.W. et son avocat (ensemble, « appelants ») se pourvoient devant la Cour à l’encontre de cette décision. Ils invitent la Cour à conclure que les décisions des adjudicateurs du PÉI sont susceptibles de contrôle judiciaire selon les principes du droit administratif. À titre subsidiaire, ils affirment que les pouvoirs de supervision des tribunaux en ce qui a trait à la mise en œuvre de la CRRPI comprennent la compétence requise pour contrôler les décisions rendues dans le cadre du PÉI et que cette compétence vise aussi l’interprétation du PÉI.

[60] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir l’ordonnance par laquelle le juge superviseur a renvoyé la demande de J.W. pour nouvel examen (et je rétablirais la décision de l’adjudicatrice de réexamen faisant droit à la demande de J.W. et lui accordant une indemnité), mais pour des motifs différents de ceux du juge superviseur. En effet, je ne suis pas d’accord avec la décision du juge superviseur de substituer sa propre interprétation du régime du PÉI à celle des adjudicateurs du PÉI, et je me rallierais plutôt à l’approche préconisée par la Cour d’appel du Manitoba, qui limiterait la portée des recours judiciaires pouvant être exercés contre les décisions rendues dans le cadre du PÉI. Bien que la compétence des tribunaux chargés de superviser la mise en œuvre de la CRRPI les oblige à s’assurer que les adjudicateurs du PÉI rendent des décisions conformes aux modalités du PÉI, les parties à la Convention souhaitent manifestement que l’interprétation de cette dernière relève de la compétence exclusive des adjudicateurs du PÉI. Les juges ne peuvent s’arroger un rôle que les parties ont confié à ces adjudicateurs.

[61] La présente affaire implique une situation unique qui n’est visée par aucune des modalités de la CRRPI. L’adjudicateur en chef du Secrétariat d’adjudication des pensionnats indiens (« adjudicateur en chef ») admet que la décision concernant la demande de J.W. est erronée et que les décisions rendues par les adjudicateurs dans cette affaire étaient

the final level of review under the IAP scheme, he is unable to reopen the claim himself and fulfill his role under the IRSSA of ensuring consistency in the application of the IAP. It is therefore appropriate for this Court to step in, not to provide its own interpretation of the IAP Model, but to fill this procedural gap and ensure a fair outcome for J.W. that is in keeping with the purpose of the IRSSA.

II. Context

A. *Overview of the IRSSA*

(1) Indian Residential Schools Settlement Agreement

[62] The IRSSA provides for two compensation schemes: the Common Experience Payment (“CEP”) and the Independent Assessment Process. The CEP is a compensatory payment available to all eligible former students based on the number of years they attended an Indian Residential School (“IRS”). Compensation under the CEP process does not require proof of physical, sexual, or emotional harm (IRSSA, art. 5). The IAP, by contrast, is an adjudicative process created to resolve “continuing claims” for serious proven physical or sexual abuse, or other wrongful acts committed against individual students of an IRS (IRSSA, art. 6 and Sch. D; R.F. (Attorney General), at para. 9).

(2) Independent Assessment Process

[63] Schedule D of the IRSSA sets out the IAP Model. There are three categories of compensable continuing claims under the IAP: (1) sexual and physical assaults committed by adult employees of the government or a church entity that operated the residential school or other adults lawfully on school premises; (2) sexual or physical assaults committed by one student against another on school premises; and (3) any other wrongful act or acts committed by

[TRADUCTION] « aberrantes ». Bien que l’adjudicateur en chef représente le dernier palier du processus de révision interne dans le cadre du PÉI, il n’est pas en mesure de lui-même rouvrir le dossier d’une demande et de s’acquitter du rôle que lui confère la CRRPI consistant à veiller à l’application cohérente du PÉI. Il y a donc lieu pour la Cour d’intervenir, non pas pour proposer sa propre interprétation du régime du PÉI, mais pour combler cette lacune procédurale et pour assurer à J.W. une solution équitable qui est conforme à l’objet de la CRRPI.

II. Contexte

A. *Aperçu de la CRRPI*

(1) La Convention de règlement relative aux pensionnats indiens

[62] La CRRPI instaure deux régimes d’indemnisation : le Paiement d’expérience commune (« PEC ») et le Processus d’évaluation indépendant. Le PEC est un mécanisme d’indemnisation dont peuvent se prévaloir tous les anciens élèves admissibles en fonction du nombre d’années où ils ont fréquenté un pensionnat indien (« PI »). Pour avoir droit à une indemnité sous le régime du PEC, il n’est pas nécessaire de faire la preuve d’un préjudice physique, sexuel ou psychologique (CRRPI, art. 5). Le PÉI, en revanche, est un processus décisionnel instauré pour résoudre les « demandes continues » portant sur des sévices physiques ou sexuels graves, spécifiques et démontrés, ou sur d’autres actes fautifs subis individuellement par les élèves des pensionnats indiens (CRRPI, art. 6 et ann. D; m.i. (procureur général), par. 9).

(2) Le processus d’évaluation indépendant

[63] L’annexe D de la CRRPI énonce le régime du PÉI. Il existe trois catégories de demandes continues ouvrant droit à une indemnité aux termes du PÉI : (1) les agressions physiques ou sexuelles commises par un employé adulte du gouvernement ou d’une Église qui dirigeait le PI ou par tout autre adulte autorisé à être présent au pensionnat; (2) les agressions physiques ou sexuelles commises au pensionnat par un élève contre un autre élève; (3) tout autre acte

adult employees or other adults lawfully on school premises (Sch. D, art. I). Continuing claims are dealt with in detail in the IAP's Compensation Rules (art. II) and Instructions for Adjudicators (App. IX). Adjudicators are bound by the standards for compensable wrongs and for the assessment of compensation defined for the IAP (art. III). SL1.4, the provision under which J.W. brought his claim, is the first level of sexual assault under the IAP compensatory structure (art. II).

[64] IAP claims can proceed within either the standard track or the complex issues track, and all claimants are entitled to a hearing before a specially trained adjudicator (art. III(n) and (s); see also App. V). The hearing takes place in a location of the claimant's choice, and costs are paid so that the claimant can bring a support person. Counselling services are available, and cultural ceremonies are incorporated at the claimant's request (art. III(c)). These features, among others, distinguish the IAP adjudication process from a court hearing.

[65] In *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2016 BCSC 2218, [2017] 1 C.N.L.R. 104 (“*Bundled RFD*”), at para. 11, Brown J., the supervising judge for British Columbia, aptly described the IAP as: “(a) a post-litigation claims assessment process, (b) a contractual component of the IRSSA, arising from the parties’ negotiations, and (c) a closed adjudicative process, operating under the purview of independent adjudicators without any rights of appeal or judicial review”.

(3) Role of IAP Adjudicators

[66] The IAP is intended to be an inquisitorial process, requiring adjudicators to manage the hearing, draw out and test the evidence of witnesses, caucus with the parties on proposed lines of questioning, and make any factual and legal findings necessary to

fautif commis par un employé adulte ou par tout autre adulte autorisé à être présent au pensionnat (ann. D, art. I). Les demandes continues sont traitées en détail dans les Règles d’indemnisation du PÉI (art. II) et dans les Instructions aux adjudicateurs (ann. IX). Les adjudicateurs sont liés par les critères des préjudices indemnifiables et celui de l’évaluation de l’indemnité, définis dans le PÉI (art. III). La catégorie SL1.4, la catégorie invoquée par J.W. à l’appui de sa demande, correspond au premier degré d’agression sexuelle prévue par le mécanisme d’indemnisation du PÉI (art. II).

[64] Les demandes présentées dans le cadre du PÉI peuvent être traitées selon le volet ordinaire ou selon le volet complexe et tous les demandeurs ont droit à une audience devant un adjudicateur spécialement formé (art. III(n) et (s); voir également ann. V). L’audience se déroule à l’endroit choisi par le demandeur, et les frais sont payés, ce qui permet au demandeur de se faire accompagner par une personne de confiance. Des services de consultation psychosociale sont offerts et des cérémonies culturelles peuvent être intégrées aux procédures, à la demande du demandeur (art. III(c)). Ces caractéristiques font partie de ce qui distingue le processus décisionnel du PÉI d’une audience judiciaire habituelle.

[65] Dans le jugement *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2016 BCSC 2218, [2017] 1 C.N.L.R. 104 (« *Décision relative aux demandes de directives regroupées* »), par. 11, la juge Brown, la juge superviseure pour la Colombie-Britannique, a bien expliqué en quoi consistait le PÉI, le décrivant comme : [TRADUCTION] « a) un processus d’évaluation des demandes postérieur au litige; b) un volet contractuel de la CRRPI qui résulte des négociations des parties; c) un processus décisionnel à huis clos qui relève d’adjudicateurs indépendants et qui n’est pas assorti d’un droit d’appel ou d’un contrôle judiciaire ».

(3) Le rôle des adjudicateurs du PÉI

[66] Le PÉI se veut une procédure inquisitoire qui oblige les adjudicateurs à veiller au bon déroulement de l’audience, à recueillir les témoignages et en vérifier le contenu, à rencontrer les parties pour s’entendre sur les orientations des interrogatoires et

resolve the claim. Only adjudicators can ask claimants questions and test evidence where necessary (art. III(e)). They are empowered to make binding findings on credibility, determine whether a claim has been proven, and award compensation where appropriate (art. III(a)). The IAP Model sets out in detail the procedures to be followed by adjudicators, claimants, and counsel (art. III(e) to (g)). Adjudicators are required to render a decision within 30 days for standard track hearings and within 45 days for complex track hearings. The decision must have a specific format, which is set out in App. XII of Sch. D; in particular, it must outline key factual findings and provide a rationale for the adjudicator's findings and for the compensation assessed, if any (Sch. D., art. III).

[67] Adjudicators are chosen by the unanimous agreement of a selection board appointed by the IAP Oversight Committee and composed of one representative of each of former students, plaintiffs' counsel, church entities and government (App. XIII). Recognizing that the role of adjudicator requires a unique combination of skills, the parties to the IRSSA agreed that all adjudicators must have a law degree or a combination of related training and significant experience, knowledge of and sensitivity to Aboriginal culture and history, and sexual and physical abuse issues, the ability to work with staff and participants from diverse backgrounds, knowledge of personal injury law and damages assessment, as well as a variety of competencies generally required of decision makers in adjudicative and administrative contexts (App. V; *Bundled RFD*, at para. 17). Adjudicators receive training approved by the IAP Oversight Committee and ongoing mentoring by the Chief Adjudicator and other senior adjudicators (Sch. D., art. III(s); R.F. (Chief Adjudicator), at para. 22).

à tirer les conclusions de fait et de droit nécessaires pour trancher les demandes. Seuls les adjudicateurs peuvent interroger les demandeurs et vérifier au besoin le contenu des témoignages (art. III(e)). Ils ont le pouvoir de tirer des conclusions quant à la crédibilité qui lie les parties, de se prononcer sur le bien-fondé des demandes et d'accorder le cas échéant des indemnités (art. III(a)). Le régime du PÉI expose en détail les procédures que doivent suivre les adjudicateurs, les demandeurs et les avocats (art. III(e) à (g)). L'adjudicateur doit rendre sa décision dans les 30 jours, dans le cas des audiences tenues selon le volet ordinaire, et dans un délai de 45 jours, pour ce qui est des audiences relevant du volet complexe. La décision de l'adjudicateur doit respecter un format particulier, qui figure à l'ann. XII de l'ann. D; en particulier, l'adjudicateur doit exposer ses principales conclusions de fait et les motiver et il doit justifier le montant de l'indemnité accordée, le cas échéant (ann. D, art. III).

[67] Les adjudicateurs sont choisis à l'unanimité par un jury de sélection nommé par le Comité de surveillance du PÉI et composé d'un représentant de chacun des groupes suivants : anciens élèves, avocats des demandeurs, Églises et gouvernement (ann. XIII). Reconnaissant que le rôle de l'adjudicateur exige un mélange unique d'habiletés, les parties à la CRRPI ont convenu que tous les adjudicateurs devaient posséder un diplôme en droit, ou une combinaison de formation connexe et d'expérience pertinente, ou les deux, et une connaissance de la culture et de l'histoire autochtones et des questions liées aux sévices physiques et sexuels, ainsi qu'une sensibilité à leur égard, en plus d'avoir une aptitude à travailler efficacement avec des employés et des participants de milieux variés, une connaissance du droit en matière de préjudices corporels et de l'évaluation des dommages-intérêts, et diverses compétences généralement requises de la part des décideurs œuvrant dans les milieux juridictionnels et administratifs (ann. V; *Décision relative aux demandes de directives regroupées*, par. 17). Les adjudicateurs reçoivent une formation qui est approuvée par le Comité de surveillance du PÉI, ainsi qu'un encadrement suivi de la part de l'adjudicateur en chef et des autres adjudicateurs principaux (ann. D, art. III(s); m.i. (adjudicateur en chef), par. 22).

[68] In addressing matters arising from the IAP, supervising and appellate courts have commented extensively on the expertise of IAP adjudicators. As the Ontario Court of Appeal observed in *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2016 ONCA 241, 130 O.R. (3d) 1, at p. 15, “[a]djudicators are specially trained to conduct the hearing in a way that is respectful to the claimant and conducive to obtaining a full description of his or her experience”. In *Fontaine v. Duboff Edwards Haight & Schachter*, 2012 ONCA 471, 111 O.R. (3d) 461 (“*Schachter*”), the Ontario Court of Appeal recognized the Chief Adjudicator’s “broad discretion” and “relative expertise” in overseeing the IAP (paras. 54 and 78). Brown J. held in *Bundled RFD* that the IAP creates “exclusive jurisdiction for independent adjudicators to manage IAP hearings, find facts, and assess IAP claims, which in turn fosters their considerable expertise” (para. 20). I would agree with Perell J., the Eastern Administrative Judge, that “[u]nder the IRSSA, the adjudicators are — as their name suggests — exercising a judicial function in accordance with the terms of the IRSSA” (*Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 4024, [2014] 4 C.N.L.R. 67, at para. 15).

(4) Internal Review of IAP Decisions

[69] Schedule D of the IRSSA provides that a party who is dissatisfied with an IAP adjudicator’s decision is entitled to a review on two grounds (see art. III(1)). First, the party may seek a review on the basis that the IAP adjudicator’s decision contains a palpable and overriding error. While claimants may seek a review on this ground in respect of decisions made in either the standard track or the complex issues track, defendants may seek such a review only in respect of those made in the complex issues track. Second, any party may ask the Chief Adjudicator or his designate to determine whether an adjudicator’s

[68] Dans le cadre de l’examen de questions émanant du PÉI, les tribunaux de supervision et les juridictions d’appel ont formulé de nombreux commentaires quant à l’expertise des adjudicateurs du PÉI. Ainsi que la Cour d’appel de l’Ontario l’a fait observer dans l’arrêt *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2016 ONCA 241, 130 O.R. (3d) 1, p. 15, [TRADUCTION] « [I]es adjudicateurs sont spécialement formés pour diriger l’audience d’une manière qui respecte le demandeur et qui permet à celui-ci de donner sa version complète des faits ». Dans l’arrêt *Fontaine c. Duboff Edwards Haight & Schachter*, 2012 ONCA 471, 111 O.R. (3d) 461 (« *Schachter* »), la Cour d’appel de l’Ontario a reconnu le [TRADUCTION] « vaste pouvoir discrétionnaire » et « l’expertise relative » de l’adjudicateur en chef en ce qui concerne la supervision du PÉI (par. 54 et 78). La juge Brown a déclaré, dans la *Décision relative aux demandes de directives regroupées*, que le PÉI confère [TRADUCTION] « aux adjudicateurs indépendants une compétence exclusive qui leur permet de veiller au bon déroulement des audiences du PÉI, d’établir les faits et d’évaluer les demandes présentées dans le cadre du PÉI, grâce à quoi ces derniers ont développé une expertise considérable » (par. 20). Je suis d’accord avec le juge Perell, le juge administratif de l’Est, pour dire que [TRADUCTION] « [d]ans le cadre de la CRRPI, les adjudicateurs sont — comme leur nom l’indique — chargés d’exercer des fonctions judiciaires conformément aux modalités de la CRRPI » (*Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 4024, [2014] 4 C.N.L.R. 67, par. 15).

(4) La révision interne des décisions rendues dans le cadre du PÉI

[69] L’annexe D de la CRRPI prévoit que toute partie insatisfaite de la décision d’un adjudicateur du PÉI peut exiger la révision de cette décision pour l’un ou l’autre des deux motifs prévus par la CRRPI (voir art. III(1)). Tout d’abord, une partie peut demander la révision de la décision au motif que la décision de l’adjudicateur contient une erreur manifeste et déterminante. Alors que les demandeurs peuvent invoquer ce motif pour demander la révision tant selon le volet ordinaire que selon le volet complexe, les défendeurs ne peuvent demander de révision sur ce fondement qu’en ce qui concerne les décisions rendues selon le

decision (in either track) properly applied the IAP Model.

[70] A second level of review (“re-review”) is also available on the latter ground and is to be conducted by the Chief Adjudicator or his designate. The adjudicators who conduct this type of review are designated and approved by the IAP Oversight Committee, on the recommendation of the Chief Adjudicator, “to exercise the Chief Adjudicator’s review authority” (Sch. D., art. III(r)(iii)). All such reviews are conducted on the record and without oral submissions (art. III; R.F. (Chief Adjudicator), at paras. 27-30).

[71] Neither Sch. D nor any other part of the IRSSA provides for an appeal to the courts from IAP decisions. This is in contrast with certain provisions of the IRSSA that specifically contemplate access to the courts:

- Article 4.11 provides for the creation and mandate of the National Administration Committee (“NAC”):
 - in the event of any dispute related to the appointment or service of a member of the NAC, the affected group or individual may apply to a supervising court for directions (art. 4.11(6));
 - in the event that a majority of five members of the NAC cannot be reached to resolve a dispute, the dispute may be referred by the NAC to a supervising court (art. 4.11(9));
 - the NAC may refer references from the Truth and Reconciliation Commission (“TRC”) to a supervising court for a determination (art. 4.11(12)(j));
 - the NAC must apply to one of the supervising courts for a determination with respect

volet complexe. Ensuite, toute partie peut demander à l’adjudicateur en chef ou à un adjudicateur en chef désigné de vérifier si l’adjudicateur a (selon l’un ou l’autre volet) appliqué correctement le régime du PÉI dans sa décision.

[70] Il existe par ailleurs un deuxième palier de révision (la deuxième révision) fondé sur le deuxième motif. Cette révision est effectuée par l’adjudicateur en chef ou par un adjudicateur en chef désigné. Les adjudicateurs qui procèdent à cette deuxième révision sont désignés et approuvés par le Comité de surveillance du PÉI, sur recommandation de l’adjudicateur en chef, « pour exercer le pouvoir de révision de l’adjudicateur en chef » (ann. D, art. III(r)(iii)). Ces révisions procèdent toutes à partir de la preuve documentaire et aucune représentation n’est entendue (art. III; m.i. (adjudicateur en chef), par. 27-30).

[71] On ne trouve ni à l’ann. D ni dans la CRRPI de modalités prévoyant la possibilité de porter en appel devant les tribunaux les décisions rendues dans le cadre du PÉI, ce qui contraste avec certaines dispositions de la CRRPI, qui prévoient expressément le droit de s’adresser aux tribunaux :

- L’article 4.11 prévoit la création du Comité d’administration national (« CAN ») et en définit le mandat :
 - En cas de différend entourant la nomination ou les services d’une personne comme membre du CAN, le groupe ou l’individu en cause peut s’adresser à un tribunal de supervision pour obtenir des directives (art. 4.11(6));
 - Si l’on n’arrive pas à obtenir l’appui d’une majorité de cinq membres du CAN afin de régler un différend, celui-ci pourra être soumis par le CAN à un tribunal de supervision (art. 4.11(9));
 - Le CAN peut soumettre les renvois faits par la Commission de vérité et de réconciliation (« CVR ») à un tribunal de supervision pour qu’il les tranche (art. 4.11(12)(j));
 - Le CAN doit s’adresser à un tribunal de supervision afin qu’il tranche le refus d’ajouter un

- to a refusal to add an institution as set out in art. 12.01 (arts. 4.11(12)(l) and 12.01);
- the NAC must apply to the supervising courts for orders modifying the IAP as set out in art. 6.03(3) (arts. 4.11(12)(q) and 6.03(3)); and
 - where there is a disagreement between the Trustee under the IRSSA and the NAC with respect to the terms of the Approval Orders, the NAC or the Trustee may refer the dispute to a supervising court (art. 4.11(13)).
- Article 5.09 provides for the appeal procedure for CEP applications:
 - in the event that the NAC denies an appeal from a decision on a CEP application, the applicant may apply to a supervising court for a determination (art. 5.09(2)); and
 - in exceptional circumstances, the NAC may apply to a supervising court for an order that the costs of an appeal be borne by Canada (art. 5.09(3)).
 - Article 6.03 deals with the resources to be provided to the IAP:
 - in the event that continuing claims are not processed within the timeframes set out in art. 6.03(1), the NAC may apply to the supervising courts for the necessary orders to meet those timeframes (art. 6.03(3)).
 - Article 7.01 pertains to truth and reconciliation:
 - where the NAC makes a decision on a dispute arising in respect of the TRC, either or both the implicated church organization and Canada may apply to a supervising court for a hearing *de novo* (art. 7.01(3)).
 - Article 13.08 pertains to legal fees:
 - in the event of a disagreement as to disbursement amounts, the Federal Representative
- établissement comme le prévoit l’art. 12.01 (art. 4.11(12)(l) et 12.01);
 - Le CAN doit demander aux tribunaux de supervision des ordonnances en vue de modifier le PÉI, conformément à l’art. 6.03(3) (art. 4.11(12)q) et 6.03(3));
 - Lorsqu’un désaccord quant aux conditions des ordonnances d’approbation oppose le fiduciaire au CAN, l’un ou l’autre peut soumettre le désaccord à un tribunal de supervision (art. 4.11(13)).
- L’article 5.09 prévoit la procédure d’appel des demandes faites au titre du PEC :
 - Si le CAN rejette l’appel d’une décision sur une demande faite au titre du PEC, le demandeur peut s’adresser à un tribunal de supervision afin qu’il tranche la question (art. 5.09(2));
 - Dans des circonstances exceptionnelles, le CAN peut s’adresser à un tribunal de supervision afin d’obtenir une ordonnance selon laquelle le Canada devra assumer les frais d’un appel (art. 5.09(3)).
 - L’article 6.03 traite des ressources à consacrer au PÉI :
 - Advenant que les demandes continues ne soient pas traitées dans les délais prévus à l’art. 6.03(1), le CAN peut demander aux tribunaux de supervision les ordonnances qui permettront de respecter ces délais (art. 6.03(3)).
 - L’article 7.01 a trait à la vérité et à la réconciliation :
 - À la suite d’une décision rendue par le CAN relativement à un différend concernant la CVR, l’organisme religieux en cause ou le Canada, ou encore les deux, peuvent s’adresser à un tribunal de supervision pour obtenir une nouvelle audition (art. 7.01(3)).
 - L’article 13.08 a trait aux honoraires :
 - En cas de désaccord quant au montant payable pour les débours, le représentant du

must refer the matter to a supervising court (art. 13.08(4)).

gouvernement fédéral doit renvoyer la question à un tribunal de supervision (art. 13.08(4)).

[72] Clearly, the parties did intend that there be access to the courts in specific circumstances. It is particularly noteworthy that the IRSSA provides for appeals from determinations made on CEP applications, but not from decisions under the IAP Model.

[72] De toute évidence, les parties souhaitaient accorder un accès aux tribunaux dans des circonstances spécifiques. Il est particulièrement intéressant de signaler que la CRRPI prévoit la possibilité d'interjeter appel des décisions rendues au sujet des demandes présentées dans le cadre du PEC, mais non des décisions rendues sous le régime du PÉI.

[73] The IRSSA does, however, permit IAP claimants to have their claims resolved by the courts in limited circumstances. The IAP Model provides as follows:

[73] La CRRPI permet toutefois à l'auteur d'une demande présentée dans le cadre du PÉI de faire trancher sa demande par le tribunal dans certaines circonstances limitées. Voici ce que prévoit le régime du PÉI :

At the request of a Claimant, access to the courts to resolve a continuing claim may be granted by the Chief Adjudicator where he or she is satisfied that:

Sur demande du demandeur, l'adjudicateur en chef peut permettre au demandeur de s'adresser aux tribunaux pour régler une demande continue, si ce dernier est convaincu que :

- there is sufficient evidence that the claim is one where the actual income loss or consequential loss of opportunity may exceed the maximum permitted by this IAP;
- there is sufficient evidence that the Claimant suffered catastrophic physical harms such that compensation available through the courts may exceed the maximum permitted by this IAP; or,
- in an other wrongful act claim, the evidence required to address the alleged harms is so complex and extensive that recourse to the courts is the more appropriate procedural approach.

- Dans le cas d'une réclamation pour perte de revenus réelle ou perte d'occasion, une preuve suffisante établit que l'indemnité pourrait excéder le maximum permis par le PÉI;
- Dans le cas d'une réclamation pour sévices physiques, une preuve suffisante établit que le demandeur a subi un préjudice physique tellement grave que l'indemnité que pourrait lui octroyer un tribunal peut dépasser le maximum permis par le PÉI;
- Dans le cas d'une réclamation fondée sur un autre acte fautif, la preuve requise pour étudier le préjudice subi est à ce point complexe et vaste que le recours au tribunal est plus approprié.

In such cases, the Approval Orders will exempt the continuing claims from the deemed release, and thereafter the matter shall be addressed by the courts according to their own standards, rules and processes.

Dans de tels cas, les ordonnances d'approbation auront pour effet d'exclure ces demandes continues de la quittance réputée, le tribunal devant par la suite traiter ces demandes selon ses propres critères et règles de preuve et de procédure.

(Sch. D, art. III(b)(iii))

(ann. D, art. III(b)(iii))

[74] It is important to note that this provision of the IRSSA does not allow the courts to intervene in decisions of IAP adjudicators. Rather, a claimant may opt

[74] Il est important de noter que cette disposition de la CRRPI ne permet pas aux tribunaux d'intervenir à l'égard des décisions des adjudicateurs du PÉI.

to have his or her claim resolved by the courts *instead of* through the IAP adjudication process where the claim is particularly complex or merits compensation exceeding the maximum permitted by the IAP.

[75] In sum, the IAP creates a closed process for the determination of claims, with one in-person hearing and two levels of internal review (*Bundled RFD*, at para. 23; *N.N. v. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335, at para. 78; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90 (“*Spanish IRS C.A.*”), at para. 53).

(5) Oversight of the IAP

[76] While the parties to the IRSSA did not provide for appeals from IAP decisions to the supervising courts, they did agree that guidance on the interpretation and application of the IAP Model can be provided by the parties themselves through the IAP Oversight Committee (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 32). The Committee is established under Sch. D and consists of a chairperson and eight other members, including former students (designated by the Assembly of First Nations and the Inuit Representatives), plaintiffs’ counsel, church entities, and government. The Committee considers proposed instructions provided by the Chief Adjudicator, prepares its own instructions, monitors the implementation of the IAP, and makes recommendations to the NAC on changes to the IAP as necessary. Instructions are subject to approval by the NAC prior to publication (IRSSA, art. 1.01; Sch. D, art. III(r)).

[77] The Chief Adjudicator is also tasked with overseeing the administration of the IAP. He is appointed by the IAP Oversight Committee, and the appointment is approved by court order. The full list of the Chief Adjudicator’s duties can be found in art. III(s) of Sch. D and includes assisting in the selection of adjudicators, ensuring consistency among

Un demandeur peut choisir de faire trancher sa demande par les tribunaux *plutôt que* par le truchement du processus décisionnel du PÉI lorsque sa demande est particulièrement complexe ou qu’elle justifie l’octroi d’une indemnité qui dépasse le maximum permis par le PÉI.

[75] En résumé, le PÉI instaure, pour le règlement des demandes, un processus fermé comportant une audience en personne et deux paliers de révision interne (*Décision relative aux demandes de directives regroupées*, par. 23; *N.N. c. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335, par. 78; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90 (« *PI de Spanish, C.A.* »), par. 53).

(5) La surveillance du PÉI

[76] Bien que les parties à la CRRPI n’aient pas prévu le droit de porter en appel devant les tribunaux de supervision les décisions rendues dans le cadre du PÉI, elles se sont entendues pour qu’elles puissent elles-mêmes se donner des directives quant à l’interprétation et l’application du régime du PÉI, par l’entremise du Comité de surveillance du PÉI (m.i. (adjudicateur en chef), par. 32). Le Comité est constitué sous le régime de l’ann. D. Il est composé d’un président et de huit membres, dont d’anciens élèves (désignés par l’Assemblée des Premières Nations et des représentants des Inuits), ainsi que d’avocats des demandeurs, d’Églises et du gouvernement. Le Comité examine les instructions proposées par l’adjudicateur en chef, prépare ses propres instructions, surveille la mise en œuvre du PÉI et formule des recommandations au CAN relativement aux modifications devant être faites au PÉI, s’il y a lieu. Les instructions sont assujetties à l’approbation du CAN avant d’être publiées (CRRPI, art. 1.01; ann. D, art. III(r)).

[77] L’adjudicateur en chef est également chargé de superviser l’administration du PÉI. Il est nommé par le Comité de surveillance du PÉI et sa nomination est approuvée par ordonnance judiciaire. Une liste détaillée des fonctions de l’adjudicateur en chef figure à l’art. III(s) de l’ann. D. Parmi ces fonctions, mentionnons celles d’assister dans la sélection des

IAP decisions by implementing training programs and administrative measures, and preparing proposed instructions for consideration by the IAP Oversight Committee to better give effect to the provisions of the IAP (art. III(s)). The Chief Adjudicator possesses broad discretion and “relative expertise” under the IAP Model and is monitored and guided by the IAP Oversight Committee (*Schachter*, at paras. 54 and 78; *Bundled RFD*, at para. 19; *N.N.*, at para. 81).

(6) Current Status of the IAP

[78] As of October 31, 2018, 26,669 IAP hearings had been held, or 99.95 percent of all anticipated hearings. Of the more than 38,000 claims filed, 99 percent had been resolved. There were still 199 claims in progress, with 36 hearings scheduled for a later date, 1 hearing remaining to be scheduled, 34 claims expected to be resolved through other means and 128 claims awaiting decision. Over \$3.1 billion had been paid to successful claimants, and close to 90 percent of IAP claims that had gone to hearing or been settled had resulted in an award in favour of the claimant (Indian Residential Schools Adjudication Secretariat, *Independent Assessment Process (IAP) Statistics* (online)).

(7) Role of the Supervising Courts

[79] In December 2006, courts in nine provinces and territories concurrently issued reasons to certify a single national class action arising out of the residential schools system and to approve the IRSSA as a proposed settlement. The provincial and territorial superior court judges who certified the class action were designated as supervising judges. In 2007, Approval and Implementation Orders were entered in each of the nine supervising courts to give effect to the settlement (*A.R.*, vol. I, at pp. 85-97 (“Schulman

adjudicateurs, d’assurer la cohérence entre les décisions rendues dans le cadre du PÉI par la mise en œuvre de programmes de formation et de mesures administratives, et de préparer et soumettre pour examen au Comité de surveillance du PÉI des instructions pour faciliter l’application des dispositions du PÉI (art. III(s)). L’adjudicateur en chef possède de vastes pouvoirs discrétionnaires et une [TRADUCTION] « expertise relative » sous le régime du PÉI en plus d’être encadré et guidé par le Comité de surveillance du PÉI (*Schachter*, par. 54 et 78; *Décision relative aux demandes de directives regroupées*, par. 19; *N.N.*, par. 81).

(6) Le PÉI : des statistiques récentes

[78] En date du 31 octobre 2018, 26 669 audiences avaient été tenues dans le cadre du PÉI, ce qui correspond à 99,95 p. 100 de toutes les audiences prévues. De plus, des quelque 38 000 demandes déposées, 99 p. 100 d’entre elles avaient été réglées. Cent quatre-vingt-dix-neuf (199) demandes étaient toujours en cours de traitement, dont 36 avaient une date d’audience fixée à une date ultérieure et une dont la date était à fixer, 34 dont on s’attendait à ce qu’elles puissent être réglées par d’autres mécanismes et 128 étaient en attente d’une décision. Plus de 3,1 milliards de dollars avaient été versés aux demandeurs ayant obtenu gain de cause et près de 90 p. 100 des demandes présentées dans le cadre du PÉI et ayant fait l’objet d’une audience ou d’un règlement s’étaient soldées par le versement d’une indemnité au demandeur (Secrétariat d’adjudication des pensionnats indiens, *Statistiques du Processus d’évaluation indépendant (PEI)* (en ligne)).

(7) Le rôle des tribunaux de supervision

[79] En décembre 2006, des tribunaux de neuf provinces et territoires ont simultanément rendu des motifs autorisant un seul recours collectif national découlant du régime des pensionnats indiens et approuvant la CRRPI à titre de règlement proposé. Les juges des cours supérieures provinciales et territoriales qui ont certifié le recours collectif ont été désignés comme juges superviseurs. En 2007, des ordonnances d’approbation et de mise en œuvre ont été rendues par chacun de ces neuf tribunaux de supervision pour

Approval Order”); A.R., vol. I, at pp. 98-107 (“Schulman Implementation Order”). The Approval Orders incorporate by reference the terms of the IRSSA and provide that the applicable provincial and territorial class proceedings law shall apply to the supervision, operation, and implementation of the IRSSA. They further provide that the courts will supervise the implementation of the IRSSA and “may issue such orders as are necessary to implement and enforce the provisions of the Agreement and this judgment” (Schulman Approval Order, at para. 13). The Implementation Orders incorporate a Court Administration Protocol, under which an RFD may be made to a supervising court in respect of the implementation, administration, or amendment of the IRSSA or the implementation of the orders (Schulman Implementation Order, Sch. A).

[80] As this Court held in *SCC Records Decision*, the broad powers of supervising judges are both administrative and supervisory in nature and are supported by class action legislation, which provides the courts with “generous discretion to make orders and impose terms as necessary to ensure a fair and expeditious resolution of class actions” (paras. 31-32).

B. *Facts*

[81] The facts that gave rise to J.W.’s claim are not contested. In 2014, J.W. applied for compensation pursuant to the IAP, alleging that when he was a student at an IRS, a nun had touched his genitals over his clothing while he was waiting in line to take a shower. He argued that this incident fell within category SL1.4 of the IAP, which provides compensation for harm caused by:

Any touching of a student, including touching with an object, by an adult employee or other adult lawfully on

donner effet au règlement (d.a., vol. I, p. 85-97 (« ordonnance d’approbation du juge Schulman »); d.a., vol. I, p. 98-107 (« ordonnance de mise en œuvre du juge Schulman »)). Les ordonnances d’approbation incorporent par renvoi les modalités de la CRRPI et prévoient que les lois provinciales et territoriales applicables en matière de recours collectifs s’appliquent à la supervision, à l’application et à la mise en œuvre de la CRRPI. Elles précisent également que les tribunaux supervisent la mise en œuvre de la CRRPI et qu’ils peuvent [TRADUCTION] « rendre les ordonnances nécessaires à la mise en œuvre et à l’application des modalités de la Convention et du présent jugement » (ordonnance d’approbation du juge Schulman, par. 13). Les ordonnances de mise en œuvre comprennent le Protocole des tribunaux régissant l’administration de l’entente, aux termes duquel une demande de directives peut être soumise au tribunal de supervision quant à la mise en œuvre, l’administration ou la modification de la CRRPI et la mise en œuvre des ordonnances (ordonnance de mise en œuvre du juge Schulman, ann. A).

[80] Comme la Cour l’a indiqué dans la *Décision de la CSC sur les documents*, les vastes pouvoirs dont sont investis les juges superviseurs sont à la fois des pouvoirs administratifs et des pouvoirs de supervision, et ces pouvoirs trouvent appui dans la législation sur les recours collectifs, qui confère aux tribunaux « un vaste pouvoir discrétionnaire [. . .] leur permett[ant], au besoin, de rendre des ordonnances et d’imposer des conditions afin de parvenir à un règlement juste et expéditif des recours collectifs » (par. 31-32).

B. *Les faits*

[81] Les faits à l’origine de la demande de J.W. ne sont pas contestés. En 2014, J.W. a présenté une demande d’indemnisation dans le cadre du PÉI en alléguant qu’alors qu’il fréquentait un PI, une religieuse avait touché ses organes génitaux par-dessus ses vêtements pendant qu’il attendait en file pour la douche. Selon lui, les actes de la religieuse entraient dans la catégorie SL1.4 du PÉI, qui prévoit le versement d’une indemnité pour les préjudices subis à la suite de :

Tout contact physique avec un élève, avec ou sans objet, par un employé ou un autre adulte autorisé à être présent

the premises which exceeds recognized parental contact and violates the sexual integrity of the student.

(Sch. D, art. II)

III. IAP Adjudication and Judicial History

A. *Decision of the Hearing Adjudicator*

[82] J.W.'s claim was heard on May 26, 2014, and the Hearing Adjudicator rendered her decision on April 7, 2015. While she accepted J.W.'s testimony and found that the incident had happened as described, she denied the claim as she was not satisfied on a balance of probabilities that the nun had acted with a "sexual purpose" when committing the act in question (A.R., vol. I, at p. 4). She found that IAP adjudicators "must be satisfied in regard to any allegations of sexual abuse that what took place was done for a sexual purpose" (*ibid.*), relying on *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293. In that case, which involved an accused charged with sexual assault for grabbing a girl's breasts, this Court identified the following factors to consider in determining whether the impugned conduct has the requisite sexual nature:

Sexual assault is an assault . . . which is committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated. The test to be applied in determining whether the impugned conduct has the requisite sexual nature is an objective one: "Viewed in the light of all of the circumstances, is the sexual or carnal context of assault visible to a reasonable observer". The part of the body touched, the nature of the contact, the situation in which it occurred, the words and gestures accompanying the act, and all other circumstances surrounding the conduct, including threats which may or may not be accompanied by force would be relevant. [Emphasis added; pp. 293-94.]

[83] In applying *Chase*, the Hearing Adjudicator acknowledged that the penis is a sexual organ but was not satisfied on a balance of probabilities that

sur les lieux, qui excède les normes généralement reconnues de contact physique parental et viole l'intégrité sexuelle de l'étudiant.

(ann. D, art. II)

III. Adjudication dans le cadre du PÉI et historique des procédures judiciaires

A. *Décision de l'adjudicatrice d'audition*

[82] La demande de J.W. a été entendue le 26 mai 2014. L'adjudicatrice d'audition a rendu sa décision le 7 avril 2015. Bien qu'elle ait accepté le témoignage de J.W. et estimé que les faits allégués s'étaient produits tels que J.W. les avait relatés, elle a refusé la demande au motif qu'elle n'était pas convaincue, selon la prépondérance des probabilités, que la religieuse avait commis l'acte reproché à des [TRADUCTION] « fins d'ordre sexuel » (d.a., vol. I, p. 4). Elle a conclu, en se fondant sur l'arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, que les adjudicateurs du PÉI « doivent être convaincus, s'agissant de toute allégation d'agression sexuelle, que les actes reprochés ont été commis à des fins d'ordre sexuel » (*ibid.*). Dans l'affaire *Chase*, qui mettait en cause un individu accusé d'avoir saisi les seins d'une jeune fille, la Cour a énoncé les facteurs suivants permettant de juger si les actes reprochés comportaient la nature sexuelle requise :

L'agression sexuelle est une agression [. . .] qui est commise dans des circonstances de nature sexuelle, de manière à porter atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime. Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si la conduite reprochée comporte la nature sexuelle requise est objectif : « Compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable peut-elle percevoir le contexte sexuel ou charnel de l'agression? » La partie du corps qui est touchée, la nature du contact, la situation dans laquelle cela s'est produit, les paroles et les gestes qui ont accompagné l'acte, et toutes les autres circonstances entourant la conduite, y compris les menaces avec ou sans emploi de la force, constituent des éléments pertinents. [Je souligne; p. 293-294.]

[83] Pour appliquer l'arrêt *Chase*, l'adjudicatrice d'audition a reconnu que le pénis était un organe sexuel, mais a ajouté qu'elle n'était pas convaincue,

there was a sexual purpose associated with the nun's conduct, given the context in which the touching had occurred and J.W.'s failure to point to any evidence or circumstance to suggest such a purpose (A.R., vol. I, at pp. 4-5). Ultimately, she interpreted SL1.4 as including sexual purpose as one of its "technical requirements" and found that J.W. had not met the burden of proof in this regard (p. 5).

B. *Decision of the Review Adjudicator*

[84] The appellants applied for a review of the Hearing Adjudicator's decision. In a decision dated July 5, 2015, the Review Adjudicator concluded that the Hearing Adjudicator had not misapplied the IAP by requiring J.W. to prove sexual purpose and that the decision therefore fell within a range of reasonable outcomes (A.R., vol. I, at p. 11). In his analysis, the Review Adjudicator purported to apply the decision rendered by former Chief Adjudicator Ish in another similar IAP claim, which I shall refer to as the "B" decision and which is considered to be a seminal decision in the IAP context (Transcript, at pp. 74, 76 and 82). In applying that decision, the Review Adjudicator stated that "the former Chief Adjudicator determined that both of these categories of SL1 abuse require an objective analysis of the effect on the victim . . . and an objective analysis of the intent of the actor to commit a sexual assault" (A.R., vol. I, at p. 9 (emphasis in original)). Viewing the claim through this lens, the Review Adjudicator found that the Hearing Adjudicator had properly applied the *Chase* factors and had not misapplied the IAP Model by evaluating the perpetrator's sexual motivation or lack thereof (p. 10).

C. *Decision of the Re-Review Adjudicator*

[85] The appellants sought a review of the Review Adjudicator's decision. On November 22, 2015, the

selon la prépondérance des probabilités, que l'on pouvait associer des fins d'ordre sexuel aux agissements de la religieuse, compte tenu du contexte dans lequel les attouchements avaient eu lieu et de l'incapacité de J.W. de citer des éléments de preuve ou des circonstances permettant de conclure à la présence de telles fins (d.a., vol. I, p. 4-5). En fin de compte, elle a interprété les fins d'ordre sexuel comme étant une des [TRADUCTION] « exigences techniques » de la catégorie SL1.4 et a conclu que J.W. ne s'était pas acquitté du fardeau de la preuve qui lui incombait à cet égard (p. 5).

B. *Décision de l'adjudicateur de révision*

[84] Les appelants ont demandé la révision de la décision de l'adjudicatrice d'audition. Dans une décision datée du 5 juillet 2015, l'adjudicateur de révision a conclu que l'adjudicatrice d'audition n'avait pas mal appliqué le PÉI en obligeant J.W. à prouver les fins d'ordre sexuel. L'adjudicateur de révision a par conséquent conclu que la décision appartenait aux issues raisonnables (d.a., vol. I, p. 11). Dans son analyse, l'adjudicateur de révision se proposait d'appliquer la décision rendue par l'ancien adjudicateur en chef Ish à l'égard d'une demande similaire présentée dans le cadre du PÉI (que j'appellerai la décision « B ») et qui est considérée comme une décision de principe s'agissant du PÉI (transcription, p. 74, 76 et 82). En appliquant cette décision, l'adjudicateur de révision a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « . . . l'ancien adjudicateur en chef a déclaré que ces deux catégories de sévices visées à la catégorie SL1 commandent une analyse objective de leurs conséquences sur la victime [. . .] et une analyse objective de l'intention de l'auteur de l'acte de commettre une agression sexuelle » (d.a., vol. I, p. 9 (souligné dans l'original)). Abordant la demande sous cet angle, l'adjudicateur de révision a conclu que l'adjudicatrice d'audition avait correctement appliqué les facteurs de l'arrêt *Chase* et qu'elle n'avait pas mal appliqué le régime du PÉI lorsqu'elle a évalué la présence ou l'absence de motivation sexuelle chez l'auteur de l'acte (p. 10).

C. *Décision de l'adjudicatrice de deuxième révision*

[85] Les appelants ont demandé la révision de la décision de l'adjudicateur de révision. Le 22 novembre

Re-Review Adjudicator upheld the review decision, finding that the Review Adjudicator had conducted his review correctly and had not misapplied the IAP Model (A.R., vol. I, at p. 18). She found that the Review Adjudicator had properly considered the question of whether sexual purpose should be taken into consideration when assessing claims under SL1.4: “[t]he Reviewing Adjudicator correctly noted that former Chief Adjudicator Ish found that both the first and fourth categories of SL1 abuse require an objective analysis of the effect of the touching upon the victim and as well as an objective analysis of the intent of the perpetrator” (p. 16 (footnote omitted)). She ultimately found no fault with the Review Adjudicator’s application of the IAP Model, concluding that he had completed a “thorough and thoughtful review” of the Hearing Adjudicator’s decision (p. 18).

D. *Manitoba Court of Queen’s Bench (Edmond J.)*, 2016 MBQB 159, [2016] 4 C.N.L.R. 23

[86] The appellants subsequently filed an RFD with the Manitoba supervising court under the IRSSA Court Administration Protocol, taking the position that “J.W. was wrongly denied compensation in the IAP as a result of the failure of adjudicators in the IAP to enforce the provisions of the [IRSSA]” (A.R., vol. II, at p. 2).

[87] Faced with the appellants’ RFD, Edmond J., the supervising judge for Manitoba, observed that his ongoing supervisory jurisdiction over IAP adjudication decisions was based on: (1) the inherent jurisdiction of a superior court; (2) Manitoba’s class proceedings legislation; (3) the Manitoba Court of Queen’s Bench’s Approval Order and Implementation Order of March 2007; and (4) the express terms of the IRSSA itself (Man. Q.B. Reasons, at para. 25). Edmond J. also accepted that the principles laid down by the Ontario Court of Appeal in *Schachter* were the starting point in considering the

2015, l’adjudicatrice de deuxième révision a confirmé la décision de révision en concluant que l’adjudicateur de révision avait effectué sa révision correctement et n’avait pas mal appliqué le régime du PÉI (d.a., vol. I, p. 18). Elle a conclu que l’adjudicateur de révision avait bien examiné la question de savoir s’il fallait tenir compte des fins d’ordre sexuel lors de l’examen des demandes présentées au titre de la catégorie SL1.4 : [TRADUCTION] « [l’]adjudicateur de révision a fait observer à juste titre que l’ancien adjudicateur en chef Ish avait conclu que la première et la quatrième catégories de sévices prévus à la catégorie SL1 commandaient une analyse objective des conséquences des attouchements sur la victime, ainsi qu’une analyse objective de l’intention de l’auteur de l’acte » (p. 16 (note en bas de page omise)). Ultiment, l’adjudicatrice de deuxième révision n’a relevé aucune erreur dans la façon dont l’adjudicateur de révision avait appliqué le régime du PÉI, estimant qu’il avait effectué « une révision approfondie et réfléchie » de la décision de l’adjudicatrice d’audition (p. 18).

D. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba (le juge Edmond)*, 2016 MBQB 159, [2016] 4 C.N.L.R. 23

[86] Les appelants ont par la suite déposé une demande de directives devant le tribunal de supervision du Manitoba en vertu du Protocole des tribunaux régissant l’administration de l’entente de la CRRPI, en faisant valoir que [TRADUCTION] « J.W. s’est vu refuser à tort une indemnité dans le cadre du PÉI par suite du défaut des adjudicateurs du PÉI d’appliquer les dispositions de la [CRRPI] » (d.a., vol. II, p. 2).

[87] Saisi de la demande de directives des appelants, le juge Edmond, le juge superviseur du Manitoba, a fait observer qu’il tirait ses pouvoirs de supervision continue à l’égard des décisions d’adjudication rendues dans le cadre du PÉI des sources suivantes : (1) la compétence inhérente d’une cour supérieure; (2) la législation manitobaine sur les recours collectifs; (3) l’ordonnance d’approbation et l’ordonnance de mise en œuvre prononcées par la Cour du Banc de la Reine du Manitoba en mars 2007; (4) les modalités expresses de la CRRPI (motifs de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, par. 25). Le

jurisdiction of the courts to review decisions of re-review adjudicators under the IAP.

[88] After discussing *Schachter* and subsequent jurisprudence dealing with the scope of the review powers afforded to supervising courts, Edmond J. concluded that IAP adjudicators “have a duty to enforce the terms of the IRSSA and in doing so, they do not have jurisdiction to apply an unreasonable interpretation to the terms of the IRSSA in determining whether a compensable claim has been made out” (para. 33). He considered *Fontaine et al. v. Canada (Attorney General) et al.*, 2014 MBQB 200, 311 Man. R. (2d) 17, *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2015 ABQB 225, [2015] 4 C.N.L.R. 69, and *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 4326, [2016] 4 C.N.L.R. 40 (“*Spanish IRS S.C.*”), and came to the following conclusion regarding his jurisdiction to review IAP decisions (at para. 35):

. . . I have the power to review the decision of the Re-Review Adjudicator to determine whether she failed to apply the terms of the IRSSA and specifically the IAP Compensation Rules. I accept that this is a limited form of curial review, reserved for exceptional cases, and that I must ensure that I do not engage in rewriting the IRSSA by effectively giving the Requestors a right of appeal and/or review for which they did not bargain.

[89] Edmond J. identified the standard of review on an RFD concerning an IAP decision as “ensuring that the Re-Review Adjudicator did not endorse a legal interpretation that is so unreasonable that it amounts to a failure to properly apply the IAP to the facts of a particular case” (para. 40). In applying this standard, Edmond J. determined that, in this case, “the fact finding process used by the Adjudicator involved a failure to apply the IRSSA’s terms and those of the IAP” and that thereafter there had been “a failure to correct that non-compliance through review or re-review” (para. 42). In his view,

juge Edmond a également accepté que les principes énoncés par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Schachter* constituaient le point de départ lorsqu’il s’agit d’analyser la compétence des tribunaux en matière de contrôle des décisions des adjudicateurs de deuxième révision dans le cadre du PÉI.

[88] Après avoir examiné l’arrêt *Schachter* et la jurisprudence ultérieure relative à l’étendue des pouvoirs de contrôle conférés aux tribunaux de supervision, le juge Edmond a conclu que les adjudicateurs du PÉI [TRADUCTION] « ont l’obligation d’appliquer les modalités de la CRRPI et que, pour ce faire, il ne leur est pas loisible d’appliquer une interprétation déraisonnable des modalités de la CRRPI pour décider si une demande ouvrant droit à indemnisation a été présentée » (par. 33). Le juge Edmond s’est penché sur les décisions *Fontaine et al c. Canada (Attorney General) et al*, 2014 MBQB 200, 311 Man. R. (2d) 17, *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2015 ABQB 225, [2015] 4 C.N.L.R. 69, et *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 4326, [2016] 4 C.N.L.R. 40 (« *PI de Spanish, C.S.* »), et il est arrivé à la conclusion suivante en ce qui concerne sa compétence en matière de contrôle des décisions rendues dans le cadre du PÉI (par. 35) :

[TRADUCTION] . . . j’ai le pouvoir de réviser la décision rendue par l’adjudicatrice de deuxième révision pour décider si elle a omis d’appliquer les modalités de la CRRPI et, plus précisément, les Règles d’indemnisation du PÉI. Je reconnais qu’il s’agit d’une forme limitée d’examen judiciaire, réservé aux cas exceptionnels, et que je dois m’assurer de ne pas réécrire la CRRPI en accordant effectivement aux demandeurs un droit d’appel et/ou de révision qu’ils n’ont pas négocié.

[89] Le juge Edmond a énoncé la norme de contrôle applicable dans le cas d’une demande de directives concernant une décision rendue dans le cadre du PÉI en précisant qu’elle consistait à [TRADUCTION] « s’assurer que l’adjudicatrice de deuxième révision n’a pas adopté une interprétation légale qui est si déraisonnable qu’elle équivaut au défaut d’appliquer correctement le PÉI aux faits d’une affaire donnée » (par. 40). Pour appliquer ce critère, le juge Edmond a conclu qu’en l’espèce, « dans sa constatation des faits, l’adjudicatrice a omis d’appliquer les modalités de la CRRPI et celles du PÉI » et que, par

the Hearing Adjudicator’s interpretation of the compensable sexual abuse provision in the IRSSA was “fundamentally inconsistent” with the plain language of the provision and with the general criminal law jurisprudence regarding sexual assault, and the Review Adjudicator and Re-Review Adjudicator had erred in upholding that interpretation. Thus, Edmond J. found that the interpretation was “simply not reasonable”, for three reasons (para. 44). First, the Hearing Adjudicator had replaced the words “any touching” in SL1.4 with the words “sexual touching”, which was not a reasonable formulation of the test to be applied (para. 45). Second, she had imported a requirement of sexual purpose on the part of the perpetrator, contrary to the plain language of SL1.4 (para. 46). Finally, she had incorrectly interpreted *Chase* as requiring a sexual purpose as a necessary element of proving an act of sexual abuse (para. 47).

[90] As a result, Edmond J. ordered that J.W.’s claim be sent back to a first-level IAP adjudicator for reconsideration.

E. *Decision of the Reconsideration Adjudicator*

[91] On September 30, 2016, the Reconsideration Adjudicator decided in J.W.’s favour (A.R., vol. II, at pp. 143-61). In evaluating J.W.’s claim, she relied on the decision rendered by Adjudicator Ross in File No. T-12783, a claim involving similar facts. She stated the following, at para. 46:

... [Adjudicator Ross] correctly pointed out that in *Chase*, the test was determined to be an objective one which considers general intent. That is, while a perpetrator’s sexual gratification may be taken into account, neither carnal intent or sexual gratification are necessary criteria in order to prove the sexual assault. . . .

la suite, « ce problème n’a pas été corrigé lors de la révision ou de la deuxième révision » (par. 42). À son avis, l’interprétation par l’adjudicatrice d’audition de la disposition de la CRRPI portant sur les sévices sexuels indemnisables était « fondamentalement incompatible » avec le libellé clair de cette disposition, ainsi qu’avec la jurisprudence générale du droit pénal concernant l’agression sexuelle, et l’adjudicateur de révision ainsi que l’adjudicatrice de deuxième révision avaient commis une erreur en confirmant cette interprétation. Le juge Edmond a par conséquent conclu que l’interprétation retenue n’était « tout simplement pas raisonnable », et ce, pour trois motifs (par. 44). D’abord, l’adjudicatrice d’audition avait remplacé les mots « tout contact physique » à la catégorie SL1.4 par les mots « contact sexuel », ce qui ne correspondait pas à une formulation raisonnable du test applicable (par. 45). Ensuite, l’adjudicatrice d’audition avait ajouté une exigence selon laquelle l’auteur de l’acte devait avoir agi à des fins d’ordre sexuel, ce qui va à l’encontre du libellé clair de la catégorie SL1.4 (par. 46). Enfin, elle avait mal interprété l’arrêt *Chase* en estimant qu’il exigeait que des fins d’ordre sexuel soient établies pour qu’une agression sexuelle soit prouvée (par. 47).

[90] Par conséquent, le juge Edmond a ordonné que la demande de J.W. soit renvoyée à un adjudicateur de premier palier du PÉI pour être examinée de nouveau.

E. *Décision de l’adjudicatrice de réexamen*

[91] Le 30 septembre 2016, l’adjudicatrice de réexamen a tranché en faveur de J.W. (d.a., vol. II, p. 143-161). Pour évaluer la demande de J.W., elle s’est fondée sur la décision rendue par l’adjudicatrice Ross dans le dossier n° T-12783, une demande qui portait sur des faits similaires. Elle a déclaré ce qui suit au par. 46 :

[TRADUCTION] . . . [L’adjudicatrice Ross] a souligné à juste titre que, dans l’arrêt *Chase*, la Cour avait conclu que le test applicable était un test objectif qui tient compte de l’intention générale. Autrement dit, bien que l’on puisse tenir compte de la gratification sexuelle que retire l’auteur de l’acte, ni l’intention charnelle ni la gratification sexuelle ne sont des critères essentiels pour prouver l’agression sexuelle. . . .

[92] The Reconsideration Adjudicator also referred to Chief Adjudicator Ish’s “B” decision mentioned earlier, particularly his conclusion that “both fondling and violation of sexual integrity categories of SL1 are measured on an objective basis and may not rely on the subjective feelings of the claimant or the subjective intent of the perpetrator” (A.R., vol. II, at p. 153, fn. 12). After considering the *Chase* factors and the analysis conducted by Adjudicator Ross in her decision in File No. T-12783 (including her reliance on Chief Adjudicator Ish’s decision), the Reconsideration Adjudicator found that J.W. had proven on a balance of probabilities that the requirements of SL1.4 had been met, and awarded him \$12,720 in compensation (p. 161).

[93] Before the reconsideration decision was implemented, the Attorney General of Canada (“Attorney General”) appealed the supervising judge’s decision to the Manitoba Court of Appeal, and obtained an order from the supervising judge staying the original order sending J.W.’s claim back for reconsideration (A.R., vol. II, at p. 162).

F. *Manitoba Court of Appeal (Monnin, Beard and leMaistre J.J.A.), 2017 MBCA 54, 413 D.L.R. (4th) 521*

[94] The Manitoba Court of Appeal unanimously allowed the Attorney General’s appeal on the basis that the supervising judge had exceeded his jurisdiction under the IRSSA. Beard J.A. began by noting that the issue of the supervising judge’s jurisdiction over J.W.’s RFD was a question of law to be reviewed on a correctness standard (para. 24). She endorsed the approach taken in *Schachter* and affirmed that there is no right to appeal or to seek judicial review of IAP decisions. Judicial recourse in relation to the IAP is available only in “very exceptional circumstances” (paras. 36-37). She emphasized the distinction between failure to apply the terms of the IRSSA or the Implementation Orders, on the one hand, and the incorrect or unreasonable interpretation or application of those terms, on the other

[92] L’adjudicatrice de réexamen a également mentionné la décision « B » de l’adjudicateur en chef Ish, décision dont il a été question précédemment, notamment sa conclusion portant que [TRADUCTION] « les catégories relatives aux attouchements et à l’atteinte à l’intégrité sexuelle prévues à la catégorie SL1 sont mesurées de façon objective et ne peuvent reposer sur les perceptions subjectives du demandeur ou les intentions subjectives de l’auteur de l’acte » (d.a., vol. II, p. 153, note 12). Après avoir examiné les facteurs de l’arrêt *Chase* et l’analyse de l’adjudicatrice Ross dans le dossier n° T-12783 (y compris le fait pour cette dernière de s’être appuyée sur la décision de l’adjudicateur en chef Ish), l’adjudicatrice de réexamen a conclu que J.W. avait établi, selon la prépondérance des probabilités, qu’il avait été satisfait aux exigences énoncées à la catégorie SL1.4, et elle lui a accordé une indemnité de 12 720 \$ (p. 161).

[93] Avant que la décision de réexamen ne soit mise en œuvre, le procureur général du Canada (« procureur général ») a porté en appel la décision du juge superviseur devant la Cour d’appel du Manitoba et a obtenu du juge superviseur une ordonnance sursoyant à l’exécution de l’ordonnance initiale renvoyant la demande de J.W. pour réexamen (d.a., vol. II, p. 162).

F. *Cour d’appel du Manitoba (les juges Monnin, Beard et leMaistre), 2017 MBCA 54, 413 D.L.R. (4th) 521*

[94] La Cour d’appel du Manitoba a accueilli à l’unanimité l’appel interjeté par le procureur général, au motif que le juge superviseur avait outrepassé la compétence que lui conférait la CRRPI. La juge Beard a tout d’abord fait observer que la compétence du juge superviseur à l’égard de la demande de directives de J.W. était une question de droit assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte (par. 24). Elle a fait sienne la démarche suivie dans l’arrêt *Schachter* et confirmé qu’il n’existait aucun droit d’appel ou de contrôle judiciaire des décisions rendues dans le cadre du PEI. Selon elle, il ne serait possible d’exercer un recours judiciaire sous le régime du PÉI que dans des [TRADUCTION] « circonstances très exceptionnelles » (par. 36-37). Elle a souligné la distinction qu’il convenait d’établir entre, d’une

(para. 42). Only the former falls within those “very limited circumstances in which a party can have recourse to the courts” (*ibid.*).

[95] Beard J.A. went on to find that a supervising judge is not entitled to assume the role of a review adjudicator (para. 43). The mere fact that a supervising judge disagrees with an adjudicator’s decision does not mean that the adjudicator failed to enforce the IRSSA or apply the IAP Model, and as such does not allow the judge to intervene. This reasoning applies regardless of whether there is disagreement with an adjudicator’s findings of fact, interpretation of the terms of the IAP or application of those terms to the facts (*ibid.*). Overall, Beard J.A. agreed with the Attorney General’s position that the IRSSA is a “complete code” that “limits access to the courts”, with no right of appeal or judicial review of any re-review adjudication decision (para. 48).

[96] Applying these principles to J.W.’s claim, Beard J.A. held that the supervising judge in the present case had erred in modifying the scope of the courts’ jurisdiction as set out in *Schachter* by finding that he had jurisdiction to consider whether the Hearing Adjudicator had erred in her interpretation of the terms of the IAP. While adjudicators cannot refuse or fail to apply the terms of the IRSSA, they are entitled to interpret those terms, which is part of their adjudicative role. Interpreting those terms, “even if unreasonably, does not constitute a failure to consider the IRSSA and the IAP model within the [*Schachter*] parameters of jurisdiction” (para. 51). The supervising judge had erred in carrying out the same function that would be carried out on an appeal from an IAP decision and in focusing on the adjudicator’s interpretation of the IAP rather than on whether the adjudicator had considered the correct terms (paras. 52-53). His interpretation of the supervising courts’ jurisdiction would make judicial intervention available in many, rather than limited

part, le défaut d’appliquer les modalités de la CRRPI ou des ordonnances de mise en œuvre et, d’autre part, l’interprétation ou l’application incorrecte ou déraisonnable de ces modalités (par. 42). Seul le défaut d’appliquer relèverait des « circonstances très limitées dans lesquelles une partie pourrait avoir recours aux tribunaux » (*ibid.*).

[95] La juge Beard a ensuite conclu que les juges superviseurs n’ont pas le droit d’assumer le rôle d’adjudicateur de révision (par. 43). Le simple fait de ne pas être d’accord avec la décision d’un adjudicateur ne signifie pas que ce dernier a omis de mettre en œuvre la CRRPI ou d’appliquer le régime du PÉI. Les juges ne peuvent donc pas intervenir à ce titre. Ce raisonnement s’applique, peu importe que le désaccord porte sur les conclusions de fait tirées par l’adjudicateur, son interprétation des modalités du PÉI ou son application des modalités aux faits (*ibid.*). Dans l’ensemble, la juge Beard a souscrit à la thèse du procureur général suivant laquelle la CRRPI est un « code complet limitant l’accès aux tribunaux » qui ne prévoit aucun droit d’appel ou de contrôle judiciaire relativement aux décisions rendues par les adjudicateurs de deuxième révision (par. 48).

[96] Appliquant ces principes à la demande de J.W., la juge Beard a conclu que le juge superviseur avait, en l’espèce, commis une erreur en modifiant l’étendue de la compétence du tribunal énoncée dans l’arrêt *Schachter* lorsqu’il a conclu qu’il avait compétence pour examiner la question de savoir si l’adjudicatrice d’audition avait commis une erreur dans son interprétation des modalités du PÉI. Même si l’adjudicateur ne peut refuser ou omettre d’appliquer les modalités de la CRRPI, il a le droit de les interpréter, et cela relève de ses fonctions décisionnelles. L’interprétation de ces modalités, « même si elle est déraisonnable, ne constitue pas un défaut de tenir compte de la CRRPI et du régime du PÉI selon les paramètres de la compétence établis dans l’arrêt [*Schachter*] » (par. 51). Le juge superviseur avait commis une erreur en exerçant la même fonction que celle qui l’aurait été dans un appel de la décision prise dans le cadre du PÉI et en se concentrant sur l’interprétation que l’adjudicatrice avait faite du PÉI, au lieu de se demander si l’adjudicatrice avait

or exceptional, cases. Moreover, such an approach would undermine the IRSSA's objective of ensuring the timely resolution of disputes (para. 62).

[97] Beard J.A. found that the supervising judge's jurisdiction was limited to determining whether the Hearing Adjudicator had implemented the provisions of the IAP in the narrow sense of determining whether she had considered the correct terms. Once it was determined that the Hearing Adjudicator had considered category SL1.4, Edmond J.'s jurisdiction ended and he should have dismissed the RFD (para. 72). As a result, his order was set aside and the Re-Review Adjudicator's decision was reinstated (A.R., vol. I, at p. 83).

IV. Issues

[98] While the appellants have raised several inter-related questions, the appeal ultimately turns on the following two issues:

1. Is judicial review of the decisions of IAP adjudicators available?
2. If judicial review is not available, what is the scope of the judicial recourse available to parties seeking intervention by the supervising courts in decisions rendered under the IAP?

V. Analysis

[99] To be clear, I would emphasize that there is a distinction between the availability of judicial *review* based on the principles of administrative law and the availability of judicial *recourse* as a result of the courts' ongoing supervisory jurisdiction over the implementation and administration of the IRSSA.

examiné les bonnes modalités du PÉI (par. 52-53). Son interprétation de la compétence des tribunaux de supervision donnerait ouverture à une intervention judiciaire dans une foule de situations, plutôt que dans des cas limités ou exceptionnels. En outre, une telle approche irait à l'encontre de l'objectif de la CRRPI consistant à veiller au règlement rapide des différends (par. 62).

[97] La juge Beard a conclu que la compétence du juge superviseur se limitait à juger si l'adjudicatrice d'audition avait mis en œuvre les dispositions du PÉI en s'en tenant strictement à la question de savoir si elle s'était penchée sur les bonnes modalités. Dès lors qu'il avait conclu que l'adjudicatrice d'audition avait examiné la catégorie SL1.4, le juge Edmond n'avait plus compétence et il aurait dû rejeter la demande de directives (par. 72). Par conséquent, l'ordonnance du juge Edmond a été annulée et la décision de l'adjudicatrice de deuxième révision a été rétablie (d.a., vol. I, p. 83).

IV. Questions en litige

[98] Bien que les appelants aient soulevé plusieurs questions interreliées, le présent pourvoi se résume essentiellement aux deux questions suivantes :

1. Les décisions rendues par les adjudicateurs dans le cadre du PÉI sont-elles susceptibles de contrôle judiciaire?
2. Dans la négative, quelle est l'étendue des recours judiciaires que peuvent exercer les parties qui cherchent à faire intervenir les tribunaux de supervision à l'égard des décisions rendues dans le cadre du PÉI?

V. Analyse

[99] Pour dissiper toute équivoque, je tiens à insister sur la distinction qui existe entre la possibilité de se pourvoir en *contrôle* judiciaire selon les principes du droit administratif et celle d'exercer un *recours* judiciaire trouvant sa source dans le pouvoir de supervision continue des tribunaux en ce qui concerne la mise en œuvre et l'administration de la CRRPI.

A. Availability of Judicial Review

[100] The appellants submit that the availability of judicial review of IAP decisions is grounded in the court orders approving the IRSSA, the class proceedings statutes applicable to the IRSSA, and the inherent jurisdiction of the superior courts. In my view, these arguments misapprehend the nature of judicial review. I would therefore agree with the respondents, the Attorney General and the Chief Adjudicator, that judicial review under an administrative law analysis is not applicable to IAP decisions.

[101] Judicial review is the means by which the courts “supervise those who exercise statutory powers, to ensure that they do not overstep their legal authority” (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 28). This Court recently set out the factors to be applied in determining the availability of judicial review in *Highwood Congregation of Jehovah’s Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*, 2018 SCC 26, [2018] 1 S.C.R. 750. As the purpose of judicial review is to ensure the legality of state decision making, it is available only where there is “an exercise of state authority” that is “of a sufficiently public character” (para. 14).

[102] The appellants submit that the IAP is a creature of statute (namely provincial class proceedings legislation), agreement and court order (A.F., at paras. 33-35). Respectfully, I disagree. As this Court found in *SCC Records Decision*, the IRSSA is, at its root, a contract (para. 35). It was not created by any act of the executive or the legislature, but is a contractual settlement of private law tort claims, to which effect has been given by court orders. IAP adjudicators exercise powers granted by contract and have no statutory authority. Their appointment and functions are determined by the parties to the contract, and they apply the Compensation Rules agreed to by the parties. The Chief Adjudicator’s authority

A. La possibilité de se pourvoir en contrôle judiciaire

[100] Les appelants affirment que la possibilité de demander le contrôle judiciaire des décisions rendues dans le cadre du PÉI tire sa source dans les ordonnances judiciaires approuvant la CRRPI, dans la législation sur les recours collectifs applicable à la CRRPI, ainsi que dans la compétence inhérente des cours supérieures. À mon avis, faire valoir cet argument, c’est se méprendre quant à la nature du contrôle judiciaire. Je suis par conséquent d’accord avec les intimés, le procureur général et l’adjudicateur en chef, pour dire que le contrôle judiciaire suivant une analyse fondée sur le droit administratif n’est pas applicable aux décisions rendues dans le cadre du PÉI.

[101] Le contrôle judiciaire permet aux cours de justice « de s’assurer que les pouvoirs légaux sont exercés dans les limites fixées par le législateur » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 28). La Cour a récemment énoncé les facteurs à appliquer pour déterminer les cas d’ouverture au contrôle judiciaire dans l’arrêt *Highwood Congregation of Jehovah’s Witnesses (Judicial Committee) c. Wall*, 2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750. Comme le contrôle judiciaire a pour objet d’assurer la légalité des décisions prises par l’État, ce recours n’est possible que « lorsqu’un pouvoir étatique a été exercé et que l’exercice de ce pouvoir présente une nature suffisamment publique » (par. 14).

[102] Les appelants affirment que le PÉI tire son origine de la législation — en l’occurrence la législation provinciale relative aux recours collectifs —, d’une entente et d’ordonnances judiciaires (m.a., par. 33-35). En toute déférence, je ne partage pas leur avis. Comme l’a statué la Cour dans la *Décision de la CSC sur les documents*, la CRRPI est, à la base, un contrat (par. 35). La CRRPI n’a pas été créée par une mesure quelconque prise par le pouvoir exécutif ou par le pouvoir législatif; elle constitue plutôt un règlement contractuel portant sur des réclamations de droit privé fondées sur la responsabilité délictuelle auquel des tribunaux ont donné effet au moyen d’ordonnances judiciaires.

derives from the parties' agreement, and he does not exercise any statutory decision-making power or any power granted by the executive. The distinct roles of the courts and IAP adjudicators under the IRSSA are determined not by the division between the legislative or executive and judicial branches, but rather by the intentions of the parties (R.F. (Chief Adjudicator), at paras. 53, 60 and 62).

[103] The appellants err in suggesting that the courts' supervisory powers include an obligation to ensure that class members receive the promised benefits of the IRSSA and that this entitles the courts to judicially review IAP decisions (A.F., at paras. 41-44). This argument misconstrues the benefits that the parties intended the IRSSA to confer. What the IRSSA and the Implementation Orders promise to individual claimants is "a contractual right to have compensable claims adjudicated under the negotiated IAP" (*N.N.*, at para. 83). The courts' general supervisory jurisdiction allows them to ensure that this contractual commitment is fulfilled, but this does not mean that IAP adjudicators are state actors (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 65; R.F. (Attorney General), at para. 86).

[104] As the Chief Adjudicator points out in his written submissions, this analysis does not change just because Canada is one of the parties to the IRSSA. If Canada's participation as a contracting party were enough to trigger judicial review, then any arbitration decision involving Canada would be equally subject to judicial review. The availability of judicial review depends on the *source* of the decision maker's authority, not the *identity* of the parties (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 61). In this case, the IAP adjudicators' authority was conferred on them by the

Les adjudicateurs du PÉI exercent des pouvoirs qui leur sont conférés par contrat et ils n'ont aucun pouvoir d'origine législative. Leur nomination et leurs fonctions sont fixées par les parties au contrat et ils appliquent les Règles d'indemnisation convenues par les parties. Les pouvoirs de l'adjudicateur en chef découlent de la Convention intervenue entre les parties, et il n'exerce pas de pouvoir décisionnel conféré par une loi ou de pouvoir conféré par l'exécutif. Les rôles distincts que jouent les tribunaux et les adjudicateurs du PÉI sous le régime de la CRRPI ne sont pas établis en fonction du partage des pouvoirs législatif, ou exécutif, et judiciaire, mais dépendent de la volonté des parties (m.i. (adjudicateur en chef), par. 53, 60 et 62).

[103] Les appelants font fausse route lorsqu'ils laissent entendre que le pouvoir de supervision des tribunaux oblige ceux-ci à s'assurer que les membres du groupe reçoivent les avantages prévus par la CRRPI et que cette obligation donne aux tribunaux le droit de procéder au contrôle judiciaire des décisions rendues dans le cadre du PÉI (m.a., par. 41-44). Cet argument constitue une interprétation erronée des avantages que les parties souhaitaient que la CRRPI leur confère. Ce que la CRRPI et les ordonnances de mise en œuvre promettent aux différents demandeurs, c'est [TRADUCTION] « un droit contractuel de faire juger leurs réclamations indemnissables sous le régime du PÉI, qui a été négocié » (*N.N.*, par. 83). Le pouvoir général de supervision des tribunaux permet à ceux-ci de veiller au respect de cet engagement contractuel, mais les adjudicateurs du PÉI ne sont pas pour autant des représentants de l'État (m.i. (adjudicateur en chef), par. 65; m.i. (procureur général), par. 86).

[104] Comme l'adjudicateur en chef le souligne dans ses observations écrites, cette analyse ne change pas simplement parce que le Canada est l'une des parties à la CRRPI. Si la participation du Canada à titre de partie contractante suffisait pour donner ouverture au contrôle judiciaire, toute décision arbitrale mettant en cause le Canada serait également susceptible de contrôle judiciaire. La possibilité de se pourvoir en contrôle judiciaire dépend de la *source* du pouvoir du décideur et non de l'*identité* des parties (m.i. (adjudicateur en chef), par. 61).

parties to the IRSSA, not by an act of the legislature or the exercise of prerogative powers.

[105] Moreover, the fact that the contract was approved by court order does not transform the operation of this private settlement into a public act. Rather, the settlement is the result of lengthy and complex negotiations between private parties, and as the Manitoba Court of Appeal observed in this case, it encompasses “a compensation package that is beyond the jurisdiction of any court to create” (Man. C.A. Reasons, at para. 60). Further, and contrary to the appellants’ submissions, the fact that the courts have authority to supervise the implementation of the IRSSA under class proceedings legislation is not relevant to the question of whether judicial review is available. The critical factor is not the source of the courts’ authority, but rather the source of the authority of the adjudicators whose decisions are at issue (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 63).

[106] This conclusion is consistent with the Ontario Court of Appeal’s decision in *Schachter*, in which Rouleau J.A. said the following about whether a legal fee review decision by the Chief Adjudicator is subject to judicial review:

The Administrative Judge also correctly concluded that there is no right to seek judicial review from a legal fee review decision of the Chief Adjudicator. The court’s jurisdiction to issue a declaration under s. 2(1)2 of the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J.1 (the “*JRPA*”) relates only to “the exercise, refusal to exercise or proposed or purported exercise of a statutory power”. As the Administrative Judge explained, the Chief Adjudicator is not exercising a statutory power of decision, but rather renders his fee review appeal decision pursuant to the authority derived from the implementation orders, as approved by the relevant provincial and territorial superior courts.

Dans le cas qui nous occupe, le pouvoir des adjudicateurs du PÉI leur est conféré par les parties à la CRRPI et non par une loi ou l’exercice de pouvoirs de prérogative.

[105] De plus, le fait que le contrat ait été approuvé au moyen d’une ordonnance judiciaire ne fait pas de l’application de ce règlement privé un acte public. Ce règlement est plutôt le fruit de négociations longues et complexes menées entre des parties privées et, comme la Cour d’appel du Manitoba l’a fait observer en l’espèce, ce règlement englobe [TRADUCTION] « une indemnisation globale que les tribunaux n’ont pas la compétence de créer » (motifs de la C.A. du Man., par. 60). De plus, et contrairement à ce que prétendent les appelants, le fait que les tribunaux aient le pouvoir de superviser la mise en œuvre de la CRRPI en vertu de la législation sur les recours collectifs n’a rien à avoir avec la possibilité de se pourvoir en contrôle judiciaire. Le facteur déterminant n’est pas la source du pouvoir du tribunal, mais bien la source du pouvoir des adjudicateurs dont les décisions sont en cause (m.i. (adjudicateur en chef), par. 63).

[106] Cette conclusion est conforme à l’arrêt *Schachter* de la Cour d’appel de l’Ontario. Dans cet arrêt, le juge Rouleau a déclaré ce qui suit sur la question de savoir s’il était possible de faire contrôler par les tribunaux la décision rendue par l’adjudicateur en chef saisi d’une demande de révision d’honoraires :

[TRADUCTION] Le juge administratif a également conclu à juste titre qu’il n’existait pas de droit de se pourvoir en contrôle judiciaire contre la décision rendue par l’adjudicateur en chef au sujet de la révision des honoraires. La compétence du tribunal pour rendre un jugement déclaratoire en vertu de la disp. 2(1)2 de la *Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1990, c. J.1 (« LPRJ »), ne porte que sur « l’exercice réel, projeté ou prétendu d’une compétence légale ou [sur le] refus de l’exercer ». Comme le juge administratif l’a expliqué, l’adjudicateur en chef n’exerce pas un pouvoir décisionnel conféré par une loi, mais rend plutôt sa décision d’appel en matière de révision des honoraires en vertu du pouvoir que lui confèrent les ordonnances de mise en œuvre approuvées par les cours supérieures provinciales et territoriales compétentes.

The appellant further contends that the office of the Chief Adjudicator is a quasi-judicial public body that is subject to judicial review proceedings by way of an application for an order in the nature of *mandamus* or *certiorari* under s. 2(1)2 of the *JRPA*. I do not agree with this assertion. Judicial review is not available to review the exercise of authority by a judicially created body, which has been given certain duties as provided by the terms of the S.A. and the implementation orders. The office of the Chief Adjudicator was created by order of the courts in approving the negotiated terms of settlement of class action litigation. The authority of that office is exercised in relation to those class members who have elected to advance claims through the IAP and their counsel. The terms of the S.A. and the implementation orders set out the process for reviewing decisions of the IAP Adjudicators. Recourse to the courts is only available if it is provided for in the S.A. or the implementation orders. [Emphasis added; paras. 51-52.]

[107] Supervising and appellate courts have followed this reasoning in affirming that judicial review of decisions of IAP adjudicators is not available (see R.F. (Chief Adjudicator), at para. 56, for a list of over 20 cases). The British Columbia Court of Appeal most recently reiterated this principle in *N.N.* (at para. 214). Both the supervising judge (at para. 28) and the Manitoba Court of Appeal (at para. 48) in the instant case correctly held that judicial review was not available to J.W.

[108] Because the purpose of judicial review is to ensure the legality of state decision making (*Highwood Congregation*, at para. 13) and because the powers of IAP adjudicators are not conferred by the state, but are instead derived from a contract, judicial review of IAP decisions is not available.

B. Availability of Judicial Recourse

[109] The parties are in agreement that the standard of review applicable to the question of whether judicial recourse is available is correctness. I am of the same view.

Par ailleurs, l'appelante soutient que le bureau de l'adjudicateur en chef est un organisme public quasi judiciaire susceptible de contrôle judiciaire par voie de demande présentée en vue d'obtenir une ordonnance de la nature d'un *mandamus* ou d'un *certiorari* au titre de la disp. 2(1)2 de la LPRJ. Je ne suis pas de cet avis. Le recours au contrôle judiciaire n'est pas possible relativement à l'exercice du pouvoir d'un organisme créé par voie judiciaire à qui ont été confiées certaines fonctions précisées par la CRRPI et par les ordonnances de mise en œuvre. Le bureau de l'adjudicateur en chef a été créé par une ordonnance judiciaire approuvant les modalités négociées du règlement des recours collectifs. Ce bureau exerce ses pouvoirs à l'égard des membres du groupe qui ont choisi de faire valoir leurs réclamations dans le cadre du PÉI et de leurs avocats. Les modalités de la CRRPI et des ordonnances de mise en œuvre établissent le processus de révision des décisions des adjudicateurs du PÉI. Il n'est possible de s'adresser aux tribunaux que dans la mesure prévue par la CRRPI ou par les ordonnances de mise en œuvre. [Je souligne; par. 51-52.]

[107] Les tribunaux de supervision et les juridictions d'appel ont suivi ce raisonnement pour confirmer que les décisions des adjudicateurs du PÉI n'étaient pas susceptibles de contrôle judiciaire (voir m.i. (adjudicateur en chef), par. 56, pour une liste de plus d'une vingtaine de décisions). La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé très récemment ce principe dans l'arrêt *N.N.* (par. 214). En l'espèce, le juge superviseur (par. 28) et la Cour d'appel du Manitoba (par. 48) ont tous les deux conclu à bon droit que J.W. ne pouvait se pourvoir en contrôle judiciaire.

[108] Comme le contrôle judiciaire a pour objet d'assurer la légalité des décisions prises par l'État (*Highwood Congregation*, par. 13) et comme les pouvoirs des adjudicateurs du PÉI ne leur sont pas conférés par l'État mais qu'ils trouvent plutôt leur source dans un contrat, il n'est donc pas possible de faire contrôler par les tribunaux les décisions rendues dans le cadre du PÉI.

B. La possibilité d'exercer un recours judiciaire

[109] Les parties conviennent que la norme de contrôle applicable à la question de la possibilité d'exercer un recours judiciaire est celle de la décision correcte. J'abonde dans leur sens.

[110] The issue on appeal relates to the jurisdiction of a supervising judge in hearing and deciding an RFD. In finding that the correctness standard applies, Beard J.A. compared the IAP to a standard form contract. While individual claimants could opt out of the IAP scheme and have their claim determined by the courts, if they failed to opt out within the mandated time period, they were bound by the terms of the IRSSA and could not negotiate an alternative resolution (Man. C.A. Reasons, at para. 22). Beard J.A. properly applied this Court’s decision in *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23. In that case, Wagner J. (as he then was) found that in reviewing the interpretation of standard form contracts, appellate courts are tasked with “ensuring the consistency of the law” (see also *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at para. 51). Where a court’s interpretation of a standard form contract has precedential value beyond the parties to the dispute, that interpretation should be reviewed for correctness (*Ledcor*, at para. 39). He concluded as follows (at para. 46):

... Where, like here, the appeal involves the interpretation of a standard form contract, the interpretation at issue is of precedential value, and there is no meaningful factual matrix specific to the particular parties to assist the interpretation process, this interpretation is better characterized as a question of law subject to correctness review.

[111] The question of the supervising courts’ jurisdiction to assess IAP decisions will have precedential value beyond the present case, as it extends to all claims under the IAP. Further, Beard J.A. correctly found that there is no meaningful factual matrix specific to J.W.’s claim that would assist in interpreting the IRSSA to determine the jurisdiction of the supervising courts (Man. C.A. Reasons, at para. 23). While this issue has arisen in the course of the adjudication and review of J.W.’s claim, the facts of the claim have no bearing on the issue.

[110] La question en litige porte sur la compétence du juge superviseur pour instruire et trancher une demande de directives. Pour conclure que la norme de la décision correcte s’appliquait, la juge Beard a comparé la CRRPI à un contrat type. Ainsi, même si un demandeur pouvait se retirer du régime du PÉI et faire trancher sa réclamation par les tribunaux, il demeurerait tenu par les modalités de la CRRPI et ne pouvait négocier un règlement différent s’il n’avait pas exercé son droit de retrait dans le délai prescrit (motifs de la C.A. du Man., par. 22). La juge Beard a correctement appliqué l’arrêt rendu par la présente Cour dans l’affaire *Ledcor Construction Ltd. c. Société d’assurance d’indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23. Dans cet arrêt, le juge Wagner (maintenant juge en chef) a conclu qu’en matière d’interprétation des contrats types, les cours d’appel sont chargées « [d’]assurer la cohérence du droit » (voir également *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, par. 51). Lorsque l’interprétation d’un contrat type par une cour a une valeur de précédent qui ne se limite pas aux parties au différend, cette interprétation commande l’application de la norme de la décision correcte (*Ledcor*, par. 39). Voici ce que le juge Wagner a conclu (par. 46) :

... Lorsque, comme en l’espèce, l’appel porte sur l’interprétation d’un contrat type, que l’interprétation en litige a valeur de précédent et que l’exercice d’interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées, il est plus juste de dire que cette interprétation constitue une question de droit assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte.

[111] La question de la compétence des tribunaux de supervision pour évaluer les décisions rendues dans le cadre du PÉI aura valeur de précédent, et ce, pour bien plus que l’espèce, parce qu’elle concerne toutes les demandes visées par le PÉI. De plus, la juge Beard a conclu à bon droit qu’il n’y avait pas de fondement factuel significatif qui est propre à la demande de J.W. qui faciliterait l’interprétation de la CRRPI en vue de déterminer la compétence des tribunaux de supervision (motifs de la C.A. du Man., par. 23). S’il est vrai que la question s’est posée au cours du traitement et de la révision de la demande de J.W., les faits de la demande n’ont aucune incidence sur cette question.

[112] This case can be distinguished from *SCC Records Decision*, in which this Court found that the standard of review applicable to a supervising judge's interpretation of the IRSSA was whether there was a palpable and overriding error in the decision under review. In that case, the palpable and overriding error standard was applied to the supervising judge's interpretation of the IRSSA to determine whether it allowed for the destruction of IAP documents, not to the question of his jurisdiction to make a destruction order. In the present case, the Court is not reviewing Edmond J.'s interpretation of the IAP Model and its application to the facts of J.W.'s claim. Rather, it is determining whether Edmond J. had the jurisdiction to arrive at his own interpretation of the IRSSA and substitute it for that of the IAP adjudicators. For this reason, the standard of review is correctness.

(1) Sources of the Supervising Courts' Authority

[113] While it is clear that the parties do not have the option of seeking judicial review of IAP decisions, they can file RFDs with the supervising courts to resolve issues relating to the implementation and administration of the IRSSA. Indeed, after fully exhausting the mechanisms provided for in the IRSSA, certain groups or individuals may apply to the supervising courts for directions in respect of the implementation, administration, or amendment of the IRSSA. Applications are made in accordance with the Court Administration Protocol, which provides that all matters that require orders or directions must be the subject of an RFD (A.R., vol. I, at pp. 93 and 96; R.F. (Attorney General), at paras. 27-28). This Court is tasked with determining the scope of the supervising courts' jurisdiction when responding to RFDs arising from IAP decisions.

[112] Il y a lieu d'établir une distinction entre la présente affaire et la *Décision de la CSC sur les documents*, dans laquelle la Cour a conclu que la norme de contrôle applicable à l'interprétation de la CRRPI par un juge superviseur était celle de savoir si la décision faisant l'objet du contrôle était entachée d'une erreur manifeste et déterminante. Dans cette affaire, la norme de l'erreur manifeste et déterminante a été appliquée à l'interprétation que le juge superviseur avait faite de la CRRPI afin de juger si elle permettait la destruction des documents du PÉI et non pas à la question de la compétence du juge superviseur pour rendre l'ordonnance de destruction. Dans le cas qui nous occupe, la Cour n'est pas appelée à se pencher sur l'interprétation que le juge Edmond a faite du régime du PÉI et l'application de celui-ci aux faits de la demande de J.W. Nous sommes plutôt appelés à décider si le juge Edmond avait compétence pour proposer sa propre interprétation de la CRRPI et la substituer à celle des adjudicateurs du PÉI. Pour cette raison, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

(1) Les sources du pouvoir des tribunaux de supervision

[113] Même s'il est clair qu'elles ne peuvent se pourvoir en contrôle judiciaire à l'égard des décisions rendues dans le cadre du PÉI, les parties peuvent déposer une demande de directives auprès d'un tribunal de supervision pour faire trancher toute question relative à la mise en œuvre et à l'administration de la CRRPI. En effet, après avoir épuisé tous les mécanismes prévus par la CRRPI, certains groupes ou individus peuvent s'adresser aux tribunaux de supervision pour obtenir des directives au sujet de la mise en œuvre, de l'administration ou de la modification de la CRRPI. Ces demandes sont présentées conformément au Protocole des tribunaux régissant l'administration de l'entente, qui prévoit que toutes les questions nécessitant une ordonnance ou des directives doivent faire l'objet d'une demande de directives (d.a., vol. I, p. 93 et 96; m.i. (procureur général), par. 27-28). La Cour est appelée à préciser la portée de la compétence des tribunaux de supervision lorsqu'ils répondent à une demande de directives découlant d'une décision dans le cadre du PÉI.

[114] Authority for recourse to the supervising courts can be found in the IRSSA, the Approval and Implementation Orders, and provincial class proceedings legislation. I will address each of these sources in turn.

[115] While the IRSSA provides for a comprehensive multi-level process for the resolution of IAP claims, it does contemplate recourse to the supervising courts in certain specific circumstances. As stated above, none of these avenues for judicial recourse would allow the courts to intervene in IAP decisions, and the only provision in the IAP Model under which access to the courts may be granted (that is, where losses may exceed the maximum compensation available under the IAP or where the evidence is overly complex) creates an alternative avenue for dealing with claims that would otherwise be heard by IAP adjudicators. It does not permit the courts to intervene in IAP decisions (Sch. D., art. III(b); see, for example, *Fontaine et al. v. Canada (Attorney General) et al.*, 2014 MBCA 93, 310 Man. R. (2d) 162).

[116] The supervising courts' jurisdiction is also grounded in the Approval and Implementation Orders. Paragraph 13 of the Schulman Approval Order for Manitoba⁴ provides:

THIS COURT ORDERS AND DECLARES that this Court shall supervise the implementation of the Agreement and this judgment and, without limiting the generality of the foregoing, may issue such orders as are necessary to implement and enforce the provisions of the Agreement and this judgment. [Emphasis added.]

(A.R., vol. I, at p. 93)

⁴ Similar or identical wording can be found in the Approval and Implementation Orders made by all nine supervising courts.

[114] La possibilité d'exercer un recours devant les tribunaux de supervision est énoncée dans la CRRPI, dans les ordonnances d'approbation et de mise en œuvre, ainsi que dans la législation provinciale sur les recours collectifs. Je me pencherai sur chacune de ces sources à tour de rôle.

[115] Bien qu'elle mette en place un processus complet à paliers multiples pour le règlement des demandes présentées dans le cadre du PÉI, la CRRPI prévoit le recours aux tribunaux de supervision dans certaines circonstances spécifiques. Comme je l'ai déjà indiqué, aucun de ces possibles recours judiciaires ne permet aux tribunaux d'intervenir dans les décisions rendues dans le cadre du PÉI, et la seule disposition du régime du PÉI qui puisse permettre au demandeur de s'adresser aux tribunaux — à savoir lorsque les pertes subies peuvent excéder l'indemnité maximale permise par le PÉI ou lorsque la preuve est trop complexe — offre une solution de rechange pour examiner les réclamations qui seraient autrement entendues par les adjudicateurs du PÉI. La CRRPI ne permet pas l'intervention des tribunaux dans les décisions rendues dans le cadre du PÉI (ann. D, art. III(b); voir, par exemple, *Fontaine et al. c. Canada (Attorney General) et al.*, 2014 MBCA 93, 310 Man. R. (2d) 162).

[116] La compétence des tribunaux de supervision trouve également appui dans les ordonnances d'approbation et de mise en œuvre. Le paragraphe 13 de l'ordonnance d'approbation du juge Schulman pour le Manitoba⁴ prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

LA COUR ORDONNE ET DÉCLARE que la Cour supervisera la mise en œuvre de la Convention et du présent jugement et, sans limiter la portée générale de ce qui précède, elle peut rendre les autres ordonnances nécessaires pour mettre en œuvre et exécuter les modalités de la Convention et le présent jugement. [Je souligne.]

(d.a., vol. I, p. 93)

⁴ On trouve un libellé semblable ou identique dans les ordonnances d'approbation de mise en œuvre des neuf tribunaux de surveillance.

Paragraph 23 of the Schulman Implementation Order similarly provides:

THIS COURT ORDERS that the Courts shall supervise the implementation of the Agreement and this order and, without limiting the generality of the foregoing, may issue such further and ancillary orders, from time to time, as are necessary to implement and enforce the provisions of the Agreement, the judgment dated December 15, 2006 and this order. [Emphasis added.]

(A.R., vol. I, at p. 104)

[117] These broad supervisory powers conferred by the orders are in stark contrast to the limited recourse to the courts provided for in the IRSSA. While the IRSSA contemplates a few narrow avenues of recourse to the supervising courts, the orders state the courts' powers in much broader terms. In *SCC Records Decision*, this Court described the supervising courts as playing a "vital role" under the IRSSA, as they exercise both administrative and supervisory jurisdiction pursuant to the orders (para. 31).

[118] The final source of the courts' jurisdiction in overseeing the implementation of the IRSSA is provincial class proceedings legislation. Section 12 of Manitoba's *Class Proceedings Act*, C.C.S.M., c. C130, provides as follows:

The court may at any time make any order that it considers appropriate respecting the conduct of a class proceeding to ensure its fair and expeditious determination and, for that purpose, may impose on one or more of the parties the terms it considers appropriate.

[119] This provision grants broad supervisory jurisdiction to ensure that a class action proceeds in a fair and efficient manner (*Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86 ("Fontaine 283")). This Court has observed that class proceedings legislation supports the broad powers

Dans le même ordre d'idées, le par. 23 de l'ordonnance de mise en œuvre du juge Schulman énonce ce qui suit :

[TRADUCTION]

LA COUR ORDONNE que la Cour supervisera la mise en œuvre de la Convention et de la présente ordonnance et, sans limiter la portée générale de ce qui précède, elle peut rendre les autres ordonnances et ordonnances accessoires nécessaires pour mettre en œuvre et exécuter les modalités de la Convention, ainsi que le jugement du 15 décembre 2006 et la présente ordonnance. [Je souligne.]

(d.a., vol. I, p. 104)

[117] Ces vastes pouvoirs de supervision conférés par les ordonnances en question contrastent nettement avec le recours limité aux tribunaux prévu par la CRRPI. Bien que la CRRPI prévoie quelques cas bien précis où il est possible de recourir aux tribunaux de supervision, les ordonnances définissent les pouvoirs des tribunaux en termes beaucoup plus généraux. Dans la *Décision de la CSC sur les documents*, la Cour a expliqué que les tribunaux de supervision jouaient un « rôle vital » dans la CRRPI du fait qu'ils exercent à la fois un pouvoir administratif et un pouvoir de supervision en vertu des ordonnances (par. 31).

[118] La dernière source de la compétence des tribunaux concernant la supervision de la mise en œuvre de la CRRPI est la législation provinciale sur les recours collectifs. L'article 12 de la *Loi sur les recours collectifs* du Manitoba, C.P.L.M., c. C130, est ainsi libellé :

Le tribunal peut en tout temps rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée concernant le déroulement du recours collectif afin de parvenir à une décision juste et rapide; à cette fin, il peut imposer à une ou à plusieurs parties les conditions qu'il estime indiquées.

[119] Cet article confère de vastes pouvoirs de supervision pour veiller à ce que le recours collectif se déroule de manière juste et efficace (*Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86 (« Fontaine 283 »)). La Cour a fait observer que les vastes pouvoirs conférés aux tribunaux

conferred on supervising courts by the Approval and Implementation Orders, and that courts must have “generous discretion” to make orders as necessary to ensure a fair and expeditious resolution of class actions (*SCC Records Decision*, at para. 32).

[120] In the abstract, there is an apparent tension between the narrow availability of judicial recourse under the IRSSA, on the one hand, and the broader jurisdiction conferred on the courts by the Approval and Implementation Orders and class proceedings legislation, on the other. However, these broader conferrals of authority are given form and content by the facts of particular class proceedings. In the context of the supervision of a settlement agreement, the terms of the agreement are determinative. While supervising judges are not free to approve an agreement that fully ousts their supervisory jurisdiction, their authority is limited and shaped by the terms of the agreement, once it is approved and determined to be fair, reasonable and in the best interests of the class.

[121] My colleague Abella J. emphasizes that, in the case of the IRSSA, the RFD process arose as a condition of settlement approval, suggesting that the terms of the agreement on their own are not determinative in ascertaining the jurisdiction of a supervising judge in relation to a particular IAP decision (Abella J. Reasons, at para. 17). However, one should be mindful of the reasons why conditions were imposed when considering their impact. The concerns regarding the IRSSA and the IAP raised by Winkler J. in the decision approving the IRSSA in Ontario, *Baxter v. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. (3d) 481 (S.C.J.), did not relate to the specific terms under which claims were to be adjudicated, reviewed and resolved, but to whether there would be independence in the executive oversight of the settlement and whether sufficient resources would be committed to ensure that the claims would be resolved in a timely manner, as promised to an aging class. I would also note that Winkler J. stated that

de supervision par les ordonnances d’approbation et de mise en œuvre trouvaient également appui dans la législation relative au recours collectifs, et que les tribunaux devaient disposer « d’un vaste pouvoir discrétionnaire » afin d’être en mesure de rendre les ordonnances qui s’imposent pour parvenir à un règlement juste et expéditif des recours collectifs (*Décision de la CSC sur les documents*, par. 32).

[120] Lorsque l’on examine la situation dans l’abstract, il existe une tension apparente entre, d’une part, les cas peu nombreux où la CRRPI permet de recourir aux tribunaux et, d’autre part, la compétence plus vaste conférée aux tribunaux par les ordonnances d’approbation et de mise en œuvre et la législation sur les recours collectifs. Cependant, le contenu de cette vaste attribution de pouvoirs et la forme qu’elle prend dépendent des faits de chaque recours collectif. Dans le contexte de la supervision d’une convention de règlement, les modalités de la convention sont déterminantes. Bien qu’il ne soit pas loisible aux juges superviseurs d’approuver une convention qui leur retire tout pouvoir de supervision, leur pouvoir est limité et modulé par les modalités de la convention, dès lors que celle-ci a été approuvée et déclarée juste, raisonnable et dans l’intérêt supérieur du groupe qu’elle vise.

[121] Ma collègue la juge Abella souligne que, dans le cas de la CRRPI, le processus de demande de directives constituait une condition à l’approbation du règlement, donnant ainsi à penser que les modalités de la Convention ne sont pas déterminantes, à elles seules, lorsque vient le temps d’établir la compétence d’un juge superviseur à l’égard d’une quelconque décision rendue dans le cadre du PÉI (motifs de la juge Abella, par. 17). Toutefois, il faut se rappeler les raisons ayant mené à ces conditions lorsqu’on en évalue l’incidence. Les préoccupations relatives à la CRRPI et au PÉI soulevées par le juge Winkler dans la décision par laquelle la CRRPI a été approuvée en Ontario, soit *Baxter c. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. (3d) 481 (C.S.J.), ne portent pas sur les modalités propres à l’adjudication, à la révision et au règlement des demandes, mais bien sur la question de l’indépendance quant à la surveillance de la Convention par l’exécutif et sur celle de l’allocation suffisante de ressources pour

“[t]he changes the court requires to the settlement are neither material nor substantial in the context of its scope and complexity” (*Baxter*, at para. 85). As no conditions were imposed or recommended with respect to the specific mechanics of the claims resolution procedures, those procedures should be understood to have the approval of the courts.

[122] While it is clear that the courts retain broad supervisory powers pursuant to the Approval and Implementation Orders and class proceedings legislation, a distinction must be drawn between providing directions respecting the implementation and administration of the IRSSA, on the one hand, and reviewing adjudicators’ interpretations of the IAP Model, on the other. As I explain in further detail below, only the former falls within the jurisdiction of the courts.

(2) Judicial Recourse Is Available Only Where the Adjudicator Failed to Apply the Terms of the IAP

[123] On the question of the supervising courts’ jurisdiction to consider errors in the interpretation of the IAP, I would affirm the approach taken by the Manitoba Court of Appeal. Parties may seek judicial recourse only in cases where the IAP adjudicator failed to apply the terms of the IRSSA, as this constitutes a failure to comply with the IRSSA and the IAP Model (Man. C.A. Reasons, at para. 51; *Schachter*, at paras. 53 and 57; *Bundled RFD*, at para. 183). While an adjudicator’s decision is reviewable where he or she applied an inapplicable term or failed to apply an applicable term, the interpretation of the terms falls squarely within the adjudicator’s adjudicative role (Sch. D, art. III(a)(v) and App. X).

que les demandes soient réglées rapidement, comme promis aux membres du groupe, qui est vieillissant. Je soulignerais également les propos suivants du juge Winkler : [TRADUCTION] « les changements à la Convention exigés par la Cour ne sont ni importants ni substantiels si l’on tient compte de la portée et du niveau de complexité de la Convention » (*Baxter*, par. 85). Puisqu’aucune condition n’a été imposée ou recommandée en ce qui concerne précisément les mécanismes du processus de règlement des demandes, il convient d’interpréter ce processus comme ayant reçu l’approbation des tribunaux.

[122] Bien qu’il soit clair que les tribunaux conservent de vastes pouvoirs de supervision aux termes des ordonnances d’approbation et de mise en œuvre et de la législation sur les recours collectifs, il convient d’établir une distinction entre, d’une part, le fait de donner des directives quant à la mise en œuvre et l’administration de la CRRPI et, d’autre part, celui de réviser l’interprétation du régime du PÉI faite par les adjudicateurs. Comme je l’explique plus en détail plus loin, seules les directives quant à la mise en œuvre et l’administration de la CRRPI relèvent de la compétence des tribunaux.

(2) Le recours judiciaire n’est possible que si l’adjudicateur a omis d’appliquer les modalités du PÉI

[123] Sur la question de la compétence des tribunaux de supervision pour examiner les erreurs d’interprétation du PÉI, je confirmerais l’approche suivie par la Cour d’appel du Manitoba. Les parties ne peuvent s’adresser aux tribunaux que lorsque l’adjudicateur du PÉI a omis d’appliquer les modalités de la CRRPI, car, en pareil cas, l’adjudicateur a omis de se conformer à la CRRPI et au régime du PÉI (motifs de la C.A. du Man., par. 51; *Schachter*, par. 53 et 57; *Décision relative aux demandes de directives regroupées*, par. 183). Bien que la décision de l’adjudicateur puisse faire l’objet d’un contrôle lorsque ce dernier a appliqué une modalité inapplicable ou a omis d’appliquer une modalité applicable, l’interprétation des modalités de la CRRPI relève carrément de leurs fonctions décisionnelles (ann. D, art. III(a)(v) et ann. X).

[124] Put another way, as long as it can be said that an adjudicator has turned his or her mind to the compensation category raised by the claimant, then the adjudicator has applied the terms of the IRSSA. Since the parties have expressed a clear intention to grant IAP adjudicators exclusive jurisdiction to interpret the terms of the IRSSA and the IAP, it must be accepted that an adjudicator who has interpreted these terms, even if a court considers the interpretation unreasonable, has not failed to apply the terms (Man. C.A. Reasons, at para. 51).

[125] The weight of the authorities supports a high jurisdictional threshold for supervising courts considering IAP decisions. I find the following cases to be instructive on this point.

[126] In *Schachter*, the Ontario Court of Appeal heard an appeal from a supervising judge's decision on an RFD concerning the provisions of the IAP and the Implementation Order relating to legal fees. Rouleau J.A. stated that the IRSSA confers neither a right to appeal nor a right to seek judicial review of IAP decisions (at paras. 50-52), and provided the following explanation of the parties' right to obtain directions from the supervising courts:

... The terms of the S.A. and the implementation orders set out the process for reviewing decisions of the IAP Adjudicators. Recourse to the courts is only available if it is provided for in the S.A. or the implementation orders.

I turn now to whether a process, other than an appeal or judicial review, is available to review a decision by the Chief Adjudicator. The Administrative Judge properly confirmed that the IAP Adjudicators "cannot ignore" the provisions of the implementation orders and that "it remains necessary for Adjudicators to apply the required factors" when conducting a legal fee review at first instance. In the perhaps unlikely event that the final decision of the Chief Adjudicator reflects a failure to consider the terms of the S.A. and implementation orders, including the factors set out in para. 18 of the implementation orders, then, in my view, the parties to the S.A. intended that there

[124] Autrement dit, dès lors que l'on peut affirmer que l'adjudicateur a examiné la catégorie d'indemnisation invoquée par le demandeur, il a appliqué les modalités de la CRRPI. Comme les parties ont clairement exprimé leur volonté de conférer aux adjudicateurs du PÉI une compétence exclusive en matière d'interprétation des modalités de la CRRPI et du PÉI, nous devons accepter que l'interprétation que l'adjudicateur fait des modalités en question, même si elle est déraisonnable selon le tribunal, ne constitue pas un défaut d'appliquer ces modalités (motifs de la C.A. du Man., par. 51).

[125] La jurisprudence impose aux tribunaux de supervision chargés d'examiner les décisions rendues dans le cadre du PÉI un test rigoureux en ce qui concerne leur compétence. J'estime que les décisions suivantes sont révélatrices à cet égard.

[126] Dans l'affaire *Schachter*, la Cour d'appel de l'Ontario a entendu l'appel interjeté à l'égard de la décision rendue par un juge superviseur en réponse à une demande de directives concernant des modalités du PÉI et d'une ordonnance de mise en œuvre au sujet d'honoraires. Le juge Rouleau a déclaré que la CRRPI ne conférait ni un droit d'appel ni celui de demander le contrôle judiciaire des décisions rendues dans le cadre du PÉI (par. 50-52). Il a expliqué ce qui suit au sujet du droit des parties d'obtenir des directives de la part des tribunaux de supervision :

[TRADUCTION] ... Les modalités de la CRRPI et des ordonnances de mise en œuvre établissent le processus de révision des décisions des adjudicateurs du PÉI. Il n'est possible d'exercer un recours judiciaire que lorsque la CRRPI ou l'ordonnance de mise en œuvre le prévoit.

J'en viens maintenant à la question de savoir s'il existe d'autres mécanismes que celui de l'appel ou du contrôle judiciaire pour réviser les décisions de l'adjudicateur en chef. Le juge administratif a confirmé à juste titre que les adjudicateurs du PÉI « ne peuvent ignorer » les modalités des ordonnances de mise en œuvre et qu'« ils sont toujours tenus d'appliquer les facteurs requis » lorsqu'ils révisent les honoraires en première instance. Dans le cas peu probable où la décision finale de l'adjudicateur en chef révèle qu'il n'a pas tenu compte des modalités de la CRRPI et des ordonnances de mise en œuvre, et notamment des facteurs énoncés au par. 18 des ordonnances de mise en

be some judicial recourse. Having said that, I emphasize my agreement with the Administrative Judge's comment, at para. 22 of his reasons, that "there is no implicit right to appeal each determination made within the context of the claims administration or assessment process as an incident of the judicial oversight function". As I will go on to explain, the right to seek judicial recourse is limited to very exceptional circumstances.

The parties intended that implementation of the S.A. be expeditious and not mired in delay and procedural disputes. As noted by the Chief Adjudicator, there are already many checks and balances in place to ensure that the process is administered fairly and in accordance with the terms of the S.A. The Chief Adjudicator is granted broad discretion by the terms of the S.A. [Emphasis added; paras. 52-54.]

[127] The "very limited circumstances" in which judicial recourse is available would include cases in which the Chief Adjudicator upholds an adjudicator's decision as fair and reasonable even though the adjudicator failed to apply the appropriate factors under the IRSSA in arriving at the decision (paras. 57, 66 and 78). Such an approach attempts to reconcile the "conflicting purposes" of the IRSSA and the IAP:

Before leaving this issue, I note that I agree with the Chief Adjudicator's submission that allowing a party to request directions when it is *alleged* that the Chief Adjudicator's decision reflects a failure to apply the terms of the implementation orders raises concerns about finality, efficiency and has the potential to overburden the Administrative Judges. However, I am satisfied that these concerns are alleviated by the clear limits on when such a request is available. Moreover, the Administrative Judges who hear such requests are well aware of the concerns that led to the adoption of the implementation orders, namely, the need to protect vulnerable claimants and the need for timely resolution of disputes in light of the advanced age of many claimants; see *Baxter*, at paras. 74 and 85. [Emphasis added; para. 58.]

œuvre, les parties à la CRRPI voulaient selon moi qu'il y ait un recours judiciaire. Cela dit, je tiens à souligner que je souscris aux propos exprimés par le juge administratif, au par. 22 de ses motifs, suivant lesquels « il n'y a pas de droit implicite de faire appel de chaque décision prise dans le cadre du processus d'administration ou d'évaluation des demandes à titre d'aspect accessoire du rôle de surveillance du tribunal ». Comme je vais l'expliquer plus loin, le droit d'exercer un recours judiciaire ne peut être exercé que dans des circonstances très exceptionnelles.

Les parties souhaitaient que la mise en œuvre de la CRRPI soit rapide et qu'elle ne s'embourbe pas dans des querelles et des délais procéduraux. Comme l'adjudicateur en chef l'a fait observer, il existe déjà de nombreux mécanismes qui visent à établir un certain équilibre et à s'assurer que le processus est administré équitablement et en conformité avec les modalités de la CRRPI. L'adjudicateur en chef jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire aux termes de la CRRPI. [Je souligne; par. 52-54.]

[127] Parmi les « circonstances très limitées » dans lesquelles il est possible d'exercer un recours judiciaire, mentionnons les situations où l'adjudicateur en chef confirme la décision d'un adjudicateur qu'il considère comme juste et raisonnable, même si l'adjudicateur en question a omis d'appliquer les facteurs appropriés prévus par la CRRPI pour rendre sa décision (par. 57, 66 et 78). Cette approche se veut une tentative de concilier les « objectifs divergents » de la CRRPI et du PÉI :

[TRADUCTION] Avant de passer à un autre sujet, je tiens à signaler que je suis d'accord avec l'adjudicateur en chef pour dire que le fait de permettre à une partie de demander des directives lorsqu'on *reproche* à l'adjudicateur en chef d'avoir rendu une décision qui révèle qu'il a omis d'appliquer les modalités des ordonnances de mise en œuvre soulève des questions en ce qui concerne le caractère définitif et l'efficacité de ses décisions et qu'il y a un risque de surcharger les juges administratifs. Je suis toutefois convaincu que ces craintes sont apaisées par les limites claires imposées quant aux circonstances où ce type de demande est permis. De plus, les juges administratifs qui sont saisis de ces demandes sont bien conscients des enjeux qui ont motivé l'adoption des ordonnances de mise en œuvre, à savoir la nécessité de protéger les demandeurs vulnérables et de régler rapidement les différends, compte tenu de l'âge avancé d'un grand nombre de demandeurs : voir *Baxter*, par. 74 et 85. [Je souligne; par. 58.]

[128] The Ontario Court of Appeal similarly found in *Spanish IRS C.A.* that the supervising judge had exceeded the limits of his authority by overturning findings of fact and by awarding compensation and costs to the claimant rather than remitting the matter to the Chief Adjudicator. Sharpe J.A. found that a supervising judge who engages in “a detailed review of the factual findings made by the adjudicator” assumes “a role the IAP specifically assigns to the review adjudicator” (para. 55). He rejected the idea that *Schachter* created a “general curial jurisdiction” in relation to the IAP (para. 52). He further held that “disagreement with the result reached does not equate to a failure to enforce the IRSSA agreement or to apply the IAP model, thereby justifying judicial intervention. If it did, all IAP decisions would be appealable to the courts, the very thing *Schachter* forbids” (para. 55).

[129] In *Bundled RFD*, Brown J. heard RFDs from five claimants dissatisfied with the results of their IAP claims. She confirmed that the appropriate test for judicial recourse is that set out in *Schachter* (at para. 7) and explained the rationale behind this hands-off approach to IAP fact finding: “[d]espite my years of administering the IRSSA, it would be impossible for me to know better than those who have been immersed in the IAP . . . The Courts are simply not well-placed to make findings of fact” (para. 180). In another case, she stated the following about the availability of judicial recourse:

The principles governing RFDs . . . from IAP decisions have been coalesced in a number of recent court decisions. These decisions are the progeny of the Ontario Court of Appeal’s decision in *Fontaine v. Duboff Edwards Haight and Schachter*, 2012 ONCA 471. They all reinforce the

[128] La Cour d’appel de l’Ontario a également conclu, dans l’arrêt *PI de Spanish, C.A.*, que le juge superviseur avait outrepassé les limites de ses pouvoirs en infirmant des conclusions de fait et en accordant une indemnité et les dépens au demandeur au lieu de renvoyer l’affaire à l’adjudicateur en chef. Le juge Sharpe a conclu que le juge superviseur qui procède à [TRADUCTION] « un examen détaillé des conclusions de fait tirées par l’adjudicateur » s’arroge alors « un rôle que le PÉI a confié explicitement à l’adjudicateur de révision » (par. 55). Le juge Sharpe a rejeté l’idée que l’arrêt *Schachter* conférait aux tribunaux une « compétence judiciaire générale » relativement au PÉI (par. 52). Il a également jugé que « ce n’est pas parce que le tribunal n’est pas d’accord avec la décision qui a été rendue qu’il y a lieu de conclure que la CRRPI n’a pas été mise en œuvre ou que le régime du PÉI n’a pas été appliqué, et que le tribunal est, de ce fait, justifié d’intervenir. Si tel était le cas, toutes les décisions rendues dans le cadre du PÉI seraient susceptibles d’appel devant les tribunaux, ce que l’arrêt *Schachter* interdit précisément » (par. 55).

[129] Dans la *Décision relative aux demandes de directives regroupées*, la juge Brown était saisie de demandes de directives soumises par cinq demandeurs insatisfaits des résultats de leurs demandes présentées dans le cadre du PÉI. Elle a confirmé que le test à appliquer en ce qui concerne les recours judiciaires était celui énoncé dans l’arrêt *Schachter* (par. 7) et elle a expliqué comme suit l’approche non interventionniste ainsi appliquée en matière de conclusions de fait sous le régime du PÉI : [TRADUCTION] « [m]algré toutes ces années que j’ai passées à administrer la CRRPI, il me serait impossible d’en savoir davantage que ceux qui ont un contact quotidien avec les rouages du PÉI [. . .] Les tribunaux ne sont tout simplement pas bien placés pour tirer des conclusions de fait » (par. 180). Dans une autre décision, elle a ajouté ce qui suit au sujet de la possibilité d’exercer un recours judiciaire :

[TRADUCTION] Les principes qui régissent les demandes de directives [. . .] à l’encontre des décisions rendues dans le cadre du PÉI ont été regroupés dans un certain nombre de décisions judiciaires récentes. Ces décisions font suite à l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario

view that the IAP was intended by the parties to be a “complete code”. Allowing ready access to the courts for appeal or judicial review would seriously compromise the finality of the IAP and fail to pay appropriate heed to the expertise of IAP adjudicators. As such, judicial recourse is restricted to “very exceptional” cases, where the IAP decision in question reflects a “patent disregard” of the IAP Model.

At the risk of stating the obvious, this is a very onerous standard. This high threshold reflects at least two factors. The first is a realization of the jurisdictional limitations of the court when dealing with an IAP decision. As I noted in the so-called “Bundled RFD” decision, fundamentally, the IRSSA is a contract. It is outside of the purview of the court to create another level of review of these decisions that is not captured by the language of that agreement. The court must respect the parties’ intention to create an adjudicative process with a sense of finality.

The second factor is a policy preference (that was formalized into the terms of IRSSA and the IAP process itself) for granting deference to the IAP Adjudicators. This policy is the same as that which encourages deference to trial judges and administrative tribunals. Simply put, these bodies which make decisions at first instance are best positioned to make certain determinations and have an expertise that a reviewing court may lack. . . . [Emphasis added; footnotes omitted.]

(*Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2017 BCSC 946, at paras. 65-67 (CanLII))

[130] These cases highlight several reasons why access to judicial recourse in respect of IAP decisions should be construed narrowly. First, this approach honours the intentions of the parties to the IRSSA. The parties went to great lengths to ensure that the IAP would be a complete code. The IAP Model clearly sets out the roles and responsibilities of adjudicators and parties, the procedures they must follow and the expertise and competencies

dans l’affaire *Fontaine c. Duboff Edwards Haight and Schachter*, 2012 ONCA 471. Elles confirment toutes l’idée que le PÉI était conçu par les parties comme un « code complet ». Autoriser un accès immédiat aux tribunaux par voie d’appel ou de contrôle judiciaire compromettrait sérieusement le caractère définitif du PÉI et ne tiendrait pas dûment compte de l’expertise que possèdent les adjudicateurs du PÉI. Le recours judiciaire se limite donc à des cas « très exceptionnels », où la décision rendue dans le cadre du PÉI révèle une « non-observation flagrante » du régime du PÉI.

Au risque d’affirmer l’évidence, il s’agit d’une norme très exigeante. Ce critère très rigoureux témoigne d’au moins deux facteurs. Le premier correspond à une reconnaissance de la compétence limitée du tribunal lorsqu’il examine une décision rendue dans le cadre du PÉI. Comme je l’ai déjà fait observer dans la « Décision relative aux demandes de directives regroupées », la CRRPI est essentiellement un contrat. Il n’est pas du ressort des tribunaux de créer un autre palier de révision des décisions en question qui n’est pas déjà prévu par le libellé de cette convention. Le tribunal doit respecter l’intention des parties de créer un processus décisionnel ayant un caractère définitif.

Le second facteur correspond à un choix de principe — qui a été officialisé dans les modalités de la CRRPI et du processus du PÉI lui-même — suivant lequel il convient de faire preuve de retenue à l’égard des décisions des adjudicateurs du PÉI. Ce principe est le même que celui qui favorise une attitude de déférence envers les juges de première instance et les tribunaux administratifs. En termes simples, ces organismes, qui rendent des décisions en première instance, sont les mieux placés pour rendre certaines décisions, et ils possèdent une expertise qu’une juridiction de contrôle ne possède pas nécessairement. . . . [Je souligne; notes en bas de page omises.]

(*Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2017 BCSC 946, par. 65-67 (CanLII))

[130] Ces décisions illustrent diverses raisons pour lesquelles il convient d’interpréter de façon restrictive l’accès au recours judiciaire à l’égard des décisions rendues dans le cadre du PÉI. Premièrement, cette approche respecte l’intention des parties à la CRRPI. Les parties se sont donné beaucoup de mal pour que le PÉI soit un code complet. Le régime du PÉI énonce clairement les rôles et attributions des adjudicateurs et des parties, la procédure qu’ils doivent

required of adjudicators. Adjudicators must undergo specialized training and are empowered to make binding and final findings on credibility, liability, and compensation. The parties provided for a clear and comprehensive internal review mechanism and made no provision for appeals to the supervising courts. These actions clearly demonstrate their intent to retain control over this specialized process and to grant adjudicators exclusive jurisdiction to interpret the terms of the IAP (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 39). As Brown J. observed in *Bundled RFD* (at para. 178):

... Fundamentally, the IRSSA is a contract. The IAP is a negotiated process, and a complete code. To put it plainly, when the IAP Model was negotiated, the parties called “Done!” at re-review by the Chief Adjudicator or his or her delegate. The court must honour the parties’ intentions. By limiting access to the courts, finality is preserved and the expertise of the Chief Adjudicator and those under his supervision is recognized.

[131] Because the IAP is a closed process, any disagreement with respect to the interpretation of its terms should be dealt with internally. The parties foresaw the need to resolve such disputes by providing for the creation of the IAP Oversight Committee, which is specifically designed to monitor the implementation of the IAP and make changes to the process as necessary, subject to the NAC’s approval. Should interpretive direction be required, the parties entrusted this function to the IAP Oversight Committee, not to the supervising courts.

[132] Second, in entering into the IRSSA, claimants relinquished their right to have their claims resolved by the courts in favour of a process with various compensatory and non-compensatory benefits. Claimants are entitled to closed hearings at a location of their choice, attendance costs for both themselves and a support person, the incorporation of cultural traditions, and access to counselling (Man. C.A.

suivre, ainsi que l’expertise et les compétences exigées des adjudicateurs. Les adjudicateurs doivent suivre une formation spécialisée et ils sont habilités à tirer des conclusions contraignantes et définitives sur la crédibilité, la responsabilité et l’indemnisation. Les parties ont prévu un mécanisme de révision interne clair et complet et elles n’ont pas inséré de mécanisme d’appel devant les tribunaux de supervision. Ces mesures démontrent clairement l’intention des parties de garder le contrôle de ce processus spécialisé et d’accorder aux adjudicateurs la juridiction exclusive sur l’interprétation des modalités du PÉI (m.i. (adjudicateur en chef), par. 39). Comme la juge Brown l’a fait observer dans la *Décision relative aux demandes de directives regroupées* (par. 178) :

[TRADUCTION] ... La CRRPI est essentiellement un contrat. Le PÉI est le fruit de négociations et il constitue un code complet. Autrement dit, lors des négociations du régime du PÉI, les parties ont essentiellement mis un « point final » au processus une fois qu’est achevée la deuxième révision effectuée par l’adjudicateur en chef ou un adjudicateur en chef désigné. Le tribunal doit respecter l’intention des parties. En limitant l’accès aux tribunaux, on protège le caractère définitif des décisions et on reconnaît l’expertise de l’adjudicateur en chef et des personnes qui sont sous sa gouverne.

[131] Comme le PÉI est un processus fermé, tout désaccord concernant l’interprétation de ses modalités doit être réglé à l’interne. Les parties avaient envisagé la nécessité de régler de tels différends en créant le Comité de surveillance du PÉI, qui est spécialement conçu pour surveiller la mise en œuvre du PÉI et modifier au besoin le processus, sous réserve de l’approbation du CAN. Les parties ont également prévu que, si des directives d’interprétation s’avéraient nécessaires, ce rôle devait être confié au Comité de surveillance du PÉI et non aux tribunaux de supervision.

[132] Deuxièmement, en signant la CRRPI, les demandeurs ont renoncé à leur droit de faire trancher leurs demandes par les tribunaux au profit d’un processus comportant divers avantages liés — ou pas — à l’indemnisation. Les demandeurs ont droit à une audience à huis clos au lieu de leur choix et au remboursement des frais de leur présence et de ceux de leur accompagnateur, et ils peuvent demander que

Reasons, at para. 47; *Bundled RFD*, at para. 14). As Beard J.A. observed, there are also litigation benefits for claimants, including having an inquisitorial rather than an adversarial hearing, which avoids cross-examination, and having the alleged perpetrator excluded while they are testifying. Should an adjudicator decide a claim without considering the terms of the IAP scheme, the claimant would be denied the benefit of the IRSSA. However, disagreement with the conclusions reached by adjudicators, whether on matters of fact or on the interpretation of the terms of the IAP, should be addressed through the review procedures provided for in the IAP and, if necessary, by approving binding instructions to adjudicators as set out in Sch. D (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 115). These are the features of the IAP Model for which the parties bargained.

[133] Third, none of the parties to the IRSSA can argue that the scheme should be, to use the word employed by counsel for the Chief Adjudicator, “infallible” (transcript, at p. 83). As Winkler J. stated in *Baxter*, at para. 21:

. . . Although not perfect in every respect, or perhaps in any respect, perfection is not the standard by which the settlement must be measured. Settlements represent a compromise between the parties and it is to be expected that the result will not be entirely satisfactory to any party or class member. . . .

[134] Fourth, to open IAP decisions to intervention by the courts would be contrary to the objective of efficient and timely resolution of disputes with finality (Man. C.A. Reasons, at para. 63; *Spanish IRS C.A.*, at paras. 51, 53 and 60; *Bundled RFD*, at para. 12 and 178; *Schachter*, at para. 58). More than 150,000 students attended an IRS. As of 2008, approximately 80,000 were still living. Several years of negotiations preceded the finalization of the IRSSA. Many of the students were elderly by that time and passed away prior to receiving their settlements (Man

l’on tienne compte de leurs traditions culturelles, en plus d’avoir droit à des services de consultation psychosociale (motifs de la C.A. du Man., par. 47; *Décision relative aux demandes de directives regroupées*, par. 14). Comme la juge Beard l’a fait observer, ce processus comporte également des avantages pour les demandeurs sur le plan procédural, en raison notamment du fait que la procédure est inquisitoire et non contradictoire, de sorte que les demandeurs n’ont pas à subir un contre-interrogatoire, et qu’ils n’ont pas à témoigner en présence de l’auteur de l’acte. Si l’adjudicateur devait trancher la demande sans tenir compte des modalités du régime du PÉI, le demandeur se verrait privé des avantages de la CRRPI. Toutefois, tout désaccord au sujet des conclusions des adjudicateurs, qu’il s’agisse de questions de fait ou de l’interprétation des modalités du PÉI, doit être réglé dans le cadre de la procédure de révision prévue par le PÉI et, au besoin, au moyen d’instructions exécutoires destinées aux adjudicateurs, selon l’ann. D (m.i. (adjudicateur en chef), par. 115). Il s’agit des caractéristiques du régime du PÉI qui ont été négociées.

[133] Troisièmement, aucune des parties à la CRRPI ne peut prétendre que le régime devrait, pour reprendre les termes de l’avocat de l’adjudicateur en chef, [TRADUCTION] « être infallible » (transcription, p. 83). Comme le juge Winkler l’a déclaré dans la décision *Baxter*, par. 21 :

[TRADUCTION] . . . Bien qu’il ne soit pas parfait à tous les égards, ou peut-être même à quelque égard que ce soit, le règlement ne doit pas être évalué en fonction de la norme de la perfection. Le règlement se veut un compromis entre les parties et il faut s’attendre à ce que le résultat ne soit pas entièrement satisfaisant pour toutes les parties ou pour tous les membres du groupe. . . .

[134] Quatrièmement, le fait de permettre aux tribunaux d’intervenir dans les décisions rendues dans le cadre du PÉI irait à l’encontre de l’objectif visant le règlement rapide, efficace et définitif des différends (motifs de la C.A. du Man., par. 63; *PI de Spanish, C.A.*, par. 51, 53 et 60; *Décision relative aux demandes de directives regroupées*, par. 12 et 178; *Schachter*, par. 58). Plus de 150 000 élèves ont fréquenté un PI. En 2008, environ 80 000 d’entre eux vivaient encore. Plusieurs années de négociations ont précédé la signature de la CRRPI. Un grand nombre

C.A. Reasons, at para. 62). To use J.W.'s case as an example, the IAP adjudication process began in 2014 and the Hearing Adjudicator's decision was not released until April 2015. It took a further 7.5 months for the claim to make its way through the review and re-review processes. It is now 2019, and the outcome of J.W.'s claim has remained uncertain as the IAP decisions are subjected to continued scrutiny by the courts. This type of delay cannot be what the parties intended when they carefully negotiated the IAP (*Bundled RFD*, at paras. 3, 10 and 12).

[135] Moreover, the statistics cited above clearly indicate that the IAP Model has been largely successful in resolving these claims in a timely and efficient manner, with over 99% of claims resolved and close to 90% of admitted claims resulting in compensation for survivors. The IRSSA is the largest and most complex class action settlement in Canada and can serve as a model for future class litigants (*Bundled RFD*, at para. 3). Overriding the parties' intentions in negotiating the IAP could have a chilling effect on the potential for future class action settlements of this nature (R.F. (Attorney General), at para. 71).

[136] Fifth, a broad right to judicial recourse in respect of IAP decisions would allow Canada, and not only claimants, to challenge adjudicators' conclusions with which it disagreed. This would further undermine the efficiency and finality of the IAP, and place an additional burden on claimants by requiring them to battle Canada through multiple levels of court to confirm their right to compensation (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 3). This would surely be contrary to the intentions of the parties in creating a non-adversarial process to resolve IAP claims.

d'élèves étaient alors âgés ou sont décédés avant d'avoir pu toucher une indemnité (motifs de la C.A. du Man., par. 62). Si l'on prend le cas de J.W. comme exemple, le processus décisionnel dans le cadre du PÉI a débuté en 2014 et la décision de l'adjudicatrice d'audition n'a été rendue qu'en avril 2015. Il a fallu encore sept mois et demi pour que la demande franchise toutes les étapes de la révision et de la deuxième révision. Nous sommes maintenant en 2019 et l'issue de la demande de J.W. est toujours incertaine, étant donné que les décisions rendues à son sujet dans le cadre du PÉI font toujours l'objet d'un examen de la part des tribunaux. Les parties n'avaient sûrement pas en tête de tels délais lorsqu'elles ont soigneusement négocié le PÉI (*Décision relative aux demandes de directives regroupées*, par. 3, 10 et 12).

[135] De plus, les statistiques déjà citées indiquent clairement que le régime du PÉI a dans une large mesure permis de régler en temps opportun et de manière efficace les réclamations présentées : plus de 99 % des réclamations ont été réglées et près de 90 % des réclamations se sont soldées par le versement d'une indemnité aux survivants. La CRRPI est le règlement de recours collectif le plus important et le plus complexe au Canada et il peut servir de modèle pour les parties à de futurs recours collectifs (*Décision relative aux demandes de directives regroupées*, par. 3). Le fait de passer outre aux intentions qu'avaient les parties lorsqu'elles ont négocié le PÉI pourrait avoir un effet dissuasif lors de futurs règlements de recours collectif de même nature (m.i. (procureur général), par. 71).

[136] Cinquièmement, un droit général d'exercer un recours judiciaire contre les décisions rendues dans le cadre du PÉI permettrait au Canada — et non seulement aux demandeurs — de contester les conclusions des adjudicateurs avec lesquelles il est en désaccord, ce qui nuirait encore plus à l'efficacité et au caractère définitif du PÉI et imposerait un fardeau supplémentaire aux demandeurs, qui devraient affronter le Canada à plusieurs paliers judiciaires afin de faire confirmer leur droit à une indemnité (m.i. (adjudicateur en chef), par. 3). Tout cela irait sûrement à l'encontre de l'intention qu'avaient les parties en créant un processus non contradictoire pour régler les réclamations présentées dans le cadre du PÉI.

[137] Beard J.A. put it well when she stated the following (Man C.A. Reasons, at para. 64):

When the objective of providing compensation to individual claimants is considered in light of the entire IRSSA, the very extensive and specialized adjudication and two-step review process under the IAP, and the objective of having an expeditious process for resolving the claims, I am of the view that the limited right to judicial recourse as described in [*Schachter*] and the Perell appeal should continue to be interpreted narrowly.

[138] Sixth, if this Court were to accept the appellants' interpretation of the judicial oversight function, supervising judges would be engaging in the same exercise as reviewing adjudicators acting under the IAP's review provisions, resulting in an additional layer of review outside what the parties clearly intended to be a closed process. For this reason, a supervising judge should not substitute his or her own decision for that of an IAP adjudicator. Even if a court were to find that an IAP adjudicator made a decision without regard to the terms of the IAP, the appropriate remedy would be to set aside the decision and send it back for reconsideration in accordance with the criteria set out in the IAP (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 39).

[139] The courts' broad supervisory authority would, however, allow a supervising judge to order remedies that lie outside the exclusive jurisdiction of IAP adjudicators should they be necessary to ensure that the IAP is administered fairly. For example, in *N.N.*, which will be discussed in greater detail below, the British Columbia Court of Appeal held that because the IRSSA is silent as to the admission of new evidence after a claim has been heard, the supervising court had the jurisdiction to reopen the claim and order that the evidence be admitted and considered by the Chief Adjudicator (para. 195).

[140] Before moving on, I pause for a moment to discuss the concept of "exceptional circumstances".

[137] La juge Beard a bien expliqué la situation en déclarant ce qui suit (motifs de la C.A. du Man., par. 64) :

[TRADUCTION] Lorsque l'objectif consistant à indemniser les différents demandeurs est examiné à la lumière de l'ensemble de la CRRPI, du processus très complet et spécialisé d'adjudication et de révision en deux étapes prévus par le PÉI et de l'objectif de règlement rapide des demandes, j'estime que l'on devrait continuer à interpréter de façon restrictive le droit limité au recours judiciaire énoncé dans l'arrêt [*Schachter*] et l'appel Perell.

[138] Sixièmement, si la Cour devait retenir l'interprétation du rôle de supervision des tribunaux proposée par les appelants, les juges superviseurs se livreraient au même exercice que celui accompli par les adjudicateurs de révision en vertu des modalités de révision du PÉI, ce qui créerait un niveau de révision de plus que ce qui existe déjà dans le cadre d'un processus que les parties souhaitaient nettement fermé. Pour cette raison, le juge superviseur ne devrait pas substituer sa propre décision à celle de l'adjudicateur du PÉI. Même si un tribunal devait conclure qu'un adjudicateur du PÉI a rendu sa décision sans tenir compte des modalités du PÉI, la réparation appropriée consisterait à annuler sa décision et à renvoyer la demande pour qu'elle soit réexaminée conformément aux critères du PÉI (m.i. (adjudicateur en chef), par. 39).

[139] Les vastes pouvoirs de supervision conférés aux tribunaux permettraient toutefois au juge superviseur d'accorder des réparations qui débordent le cadre de la compétence exclusive des adjudicateurs du PÉI si cela s'avère nécessaire pour s'assurer que le PÉI est administré d'une façon juste. Par exemple, dans l'arrêt *N.N.*, sur lequel je reviens de façon plus détaillée plus loin, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que, comme la CRRPI était muette quant à l'admission de nouveaux éléments de preuve après qu'une demande a été entendue, le tribunal de supervision avait compétence pour rouvrir la demande et ordonner que les éléments de preuve en question soient admis et que l'adjudicateur en chef les examine (par. 195).

[140] Avant de poursuivre, j'ouvre une parenthèse pour aborder le concept des « circonstances

At various points in both the written and the oral submissions, the phrase “exceptional circumstances” has been referred to as a “threshold” or “test”. I would note that the phrase appears only once in *Schachter*, at para. 53: “. . . the right to seek judicial recourse is limited to very exceptional circumstances.” In making this statement, the Ontario Court of Appeal was not setting out a test for judicial recourse under the IAP. Rather, Rouleau J.A. was simply clarifying that cases in which judicial intervention is warranted will be rare. It is not helpful to employ the idea of “exceptional circumstances” as a test, threshold, or standard, as it merely describes the limited nature of judicial recourse in respect of IAP decisions. To reiterate, I would adopt the test for judicial recourse articulated by the Manitoba Court of Appeal in this case, namely failure by the IAP adjudicator to apply the terms of the IAP Model, which amounts to failure to enforce the IRSSA (Man. C.A. Reasons, at paras. 42 and 51; *Schachter*, at para. 53; *Spanish IRS C.A.*, at paras. 55 and 59-60).

(3) Where the IRSSA Provides No Internal Remedy, Recourse Can Be Sought From the Supervising Courts to Fill This Gap

[141] While the parties’ intentions in creating the IRSSA and the IAP must be honoured, it must also be acknowledged that circumstances will inevitably arise that were not foreseen by the parties and are therefore not provided for in their agreement. As the Chief Adjudicator observes, the parties did anticipate that court involvement might be necessary, not to interpret the IAP Model, but to ensure that adjudicators can in fact implement the IAP to achieve the intended results (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 100). As stated above, the parties have clearly turned their minds to the question of whether a right to appeal or to seek review of IAP decisions is available. However, should a situation arise which was not contemplated by the parties, courts must have the power to intervene to ensure that the parties receive

exceptionnelles ». À plusieurs reprises dans les observations écrites et orales, l’expression [TRADUCTION] « circonstances exceptionnelles » a été qualifiée de « critère » ou de « test ». Je tiens à signaler que ces mots n’apparaissent qu’une seule fois dans l’arrêt *Schachter*, par. 53 : [TRADUCTION] « . . . le droit d’exercer un recours judiciaire ne peut être exercé que dans des circonstances très exceptionnelles ». En tenant ces propos, la Cour d’appel de l’Ontario n’établissait pas un test auquel satisfaire afin de pouvoir exercer un recours judiciaire à l’encontre des décisions rendues dans le cadre du PÉI. Le juge Rouleau précisait simplement que les cas justifiant l’intervention judiciaire étaient rares. Il n’est pas utile d’employer l’expression « circonstances exceptionnelles » comme test, critère ou norme, car elle renvoie seulement au caractère limité des recours judiciaires possibles contre les décisions rendues dans le cadre du PÉI. Au risque de me répéter, je confirmerais le test énoncé par la Cour d’appel du Manitoba en l’espèce en ce qui concerne le recours aux tribunaux, à savoir que celui-ci ne peut être exercé qu’en cas de défaut de l’adjudicateur du PÉI d’appliquer le régime du PÉI et, par voie de conséquence, de mettre en œuvre la CRRPI (motifs de la C.A. du Man., par. 42 et 51; *Schachter*, par. 53; *PI de Spanish, C.A.*, par. 55 et 59-60).

(3) Lorsque la CRRPI ne prévoit pas de recours interne, il est possible de demander aux tribunaux de supervision de combler cette lacune

[141] Malgré le besoin de respecter l’intention qu’avaient les parties en créant la CRRPI et le PÉI, il faut également reconnaître qu’il surviendra inévitablement des situations que les parties n’ont pas envisagées et qui ne sont donc pas prévues par leur convention. Comme l’adjudicateur en chef l’a fait observer, les parties s’attendaient à ce que l’intervention du tribunal puisse s’avérer nécessaire, non pas pour interpréter le régime du PÉI, mais pour veiller à ce que les adjudicateurs soient effectivement en mesure de mettre le PÉI en œuvre pour obtenir les résultats escomptés (m.i. (adjudicateur en chef), par. 100). Comme je l’ai déjà mentionné, les parties se sont de toute évidence penchées sur la question de savoir s’il existait un droit d’appel ou de révision des décisions rendues dans le cadre du PÉI. Toutefois, s’il survient une situation que

the benefits of the agreement, i.e., what they bargained for.

[142] A clear example of the courts' supervisory authority being utilized to fill a gap in the IRSSA arose recently in *N.N.*, a decision of the British Columbia Court of Appeal. In that case, one of the claimants requested a re-review after her claim was denied by the initial adjudicator and that decision was upheld on review. After filing a request for re-review, counsel for the claimant became aware of new information relating to the claim and provided that evidence to the re-review adjudicator. The re-review adjudicator found that while the information might have resulted in a favourable decision for the claimant had it been available at the hearing, all reviews are conducted on the record and no new evidence is permitted. As he found that he lacked the authority to address this issue, he stated that the claimant should apply to the supervising court for directions, since supervising courts have the authority to reopen claims on a case-by-case basis (*N.N.*, at paras. 122-26). The claimant subsequently filed an RFD with the supervising court. The supervising judge found that the new information was not sufficient to warrant judicial recourse, but her decision was overturned by the British Columbia Court of Appeal.

[143] While reaffirming that courts should not be engaging in detailed reviews of findings of fact made by IAP adjudicators, MacKenzie J.A. found that where new information comes to a court's attention, it will be necessary for that court to determine whether the claim must be remitted for reconsideration (*N.N.*, at para. 157). This approach is consistent with the objectives of the IRSSA:

. . . I note that in *Schachter* at para. 57, Justice Rouleau described an exceptional circumstance as being “*where the*

les parties n'ont pas envisagée, les tribunaux doivent être autorisés à intervenir de manière à ce que les parties reçoivent les avantages de la Convention, c'est-à-dire en retirent les avantages qui ont été négociés.

[142] Un bon exemple de l'utilisation du pouvoir de supervision des tribunaux visant à combler une lacune de la CRRPI se trouve dans l'arrêt récent *N.N.* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Dans cette affaire, l'une des demandesses avait réclamé une deuxième révision après que sa demande eut été refusée par le premier adjudicateur et que cette décision eut été confirmée au terme d'une première révision. Après avoir déposé sa demande de deuxième révision, l'avocat de la demanderesse a pris connaissance des nouveaux renseignements qui avaient trait à la demande et il les a soumis à l'adjudicateur de deuxième révision. Ce dernier a conclu que, même s'il était possible que ces renseignements aient donné lieu à une décision favorable à la demanderesse s'ils avaient été connus à l'audience, toutes les révisions étaient faites à partir de la preuve au dossier et aucune nouvelle preuve n'était autorisée. Comme il avait conclu qu'il n'avait pas le pouvoir de régler cette question, l'adjudicateur a déclaré que la demanderesse devait s'adresser au tribunal de supervision pour obtenir des directives, étant donné que les tribunaux de supervision peuvent rouvrir des demandes au cas par cas (*N.N.*, par. 122-126). La demanderesse a par la suite adressé une demande de directives au tribunal de supervision. La juge superviseure a conclu que les nouveaux renseignements n'étaient pas suffisants pour justifier l'exercice d'un recours judiciaire, mais sa décision a été infirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

[143] Tout en réaffirmant que les tribunaux ne devaient pas procéder à un examen détaillé des conclusions de fait tirées par les adjudicateurs du PÉI, la juge MacKenzie a conclu que, lorsque de nouveaux renseignements étaient portés à l'attention d'un tribunal, ce dernier devait décider si la demande devait être renvoyée à l'adjudicateur pour être examinée de nouveau (*N.N.*, par. 157). Cette façon de voir est conforme aux objectifs de la CRRPI :

[TRADUCTION] . . . Je constate que, dans l'arrêt *Schachter*, au par. 57, le juge Rouleau définit comme suit les

final decision of the Chief Adjudicator reflects a failure to comply with the terms of the [IRSSA] or the implementation orders” (emphasis added). . . .

Any consideration of an exceptional circumstance must include a consideration of the objectives of the negotiated IRSSA, reflected in the preamble, to achieve a “fair, comprehensive and lasting resolution of the legacy of Indian Residential Schools” that seeks to promote “healing, education, truth and reconciliation and commemoration”.

In my view, it may be necessary for a court on judicial recourse to consider new information, and to determine whether a claim must be remitted to the Chief Adjudicator for reconsideration, but this will only be appropriate in very rare and exceptional cases. [Emphasis in original; paras. 155-57.]

[144] MacKenzie J.A. adopted the approach taken in *Fontaine 283* by Perell J., who found that supervising courts have the jurisdiction to direct the reopening of settled IAP claims on a case-by-case basis (*N.N.*, at para. 164; *Fontaine 283*, at para. 225). Though Perell J. made the following statements in the context of a breach of Canada’s disclosure obligations, I would adopt his reasoning as well:

. . . the Applicants’ RFD raises the question of whether the court may direct the re-opening of settled IAP claims on the grounds of Canada’s breach of its disclosure obligations.

In my opinion, the answer to this question is yes. The court does have the jurisdiction to re-open settled claims but that jurisdiction must be exercised on a case-by-case basis.

If truth and reconciliation is to be achieved and if nous le regrettons, we are sorry, *nimitataynan, niminchinowesamin, mamiattugut*, is to be a genuine expression of Canada’s request for forgiveness for failing our Aboriginal peoples so profoundly, the justness of the system for the compensation for the victims must be protected. The substantive and procedural access to justice of the IRSSA, like any class

circonstances exceptionnelles : « *lorsque la décision finale de l’adjudicateur en chef révèle qu’il ne s’est pas conformé aux modalités de la [CRRPI] ou des ordonnances de mise en œuvre* » (italique ajoutée) . . .

Tout examen des circonstances exceptionnelles doit tenir compte des objectifs de la CRRPI — laquelle a été négociée — énoncés dans son préambule, soit de « résoudre pour de bon et de manière juste et globale les séquelles laissées par les pensionnats indiens » et promouvoir « la guérison, l’éducation, la vérité, la réconciliation et la commémoration ».

À mon avis, il peut être nécessaire pour le tribunal saisi d’une demande de recours judiciaire d’examiner les nouveaux renseignements et de décider si la demande doit être renvoyée à l’adjudicateur en chef pour réexamen, mais cela ne conviendra que dans des situations très rares et exceptionnelles. [En italique dans l’original; par. 155-157.]

[144] La juge MacKenzie a fait sienne l’approche suivie par le juge Perell dans la décision *Fontaine 283*, dans laquelle ce dernier avait conclu que les tribunaux de supervision avaient compétence pour ordonner au cas par cas la réouverture des demandes réglées dans le cadre du PÉI (*N.N.*, par. 164; *Fontaine 283*, par. 225). Bien que le juge Perell ait fait les déclarations qui suivent dans le contexte d’un manquement par le Canada à ses obligations en matière de communication de la preuve, je souscris également à son raisonnement :

[TRADUCTION] . . . la demande de directives présentée par les demandeurs soulève la question de savoir si le tribunal peut ordonner la réouverture des réclamations réglées dans le cadre du PÉI au motif que le Canada a manqué à ses obligations en matière de communication de la preuve.

À mon avis, la réponse à cette question est affirmative. Le tribunal a effectivement compétence pour rouvrir les réclamations réglées, mais cette compétence doit être exercée au cas par cas.

Si nous souhaitons atteindre les objectifs de vérité et de réconciliation et si nous le regrettons, *we are sorry, nimitataynan, niminchinowesamin, mamiattugut* expriment véritablement la demande de pardon du Canada pour avoir si grandement manqué à ses obligations envers les peuples autochtones, le caractère juste du système d’indemnisation des victimes doit être protégé. L’accès à

action, must also be protected and vouched safe. The court has the jurisdiction to ensure that the IRSSA provides both procedural and substantive access to justice.

...

Thus, I conclude that the court does have the jurisdiction to re-open a settled IAP claim but whether a claim should be re-opened will depend upon the circumstances of each particular case. [Emphasis added; paras. 224-32.]

[145] Should a situation arise which is not provided for in the IRSSA and which might affect the outcome of a claim, it would be inconsistent with the purpose of the settlement to deny relief to the claimant. This was clearly the case in *N.N.*, where the IAP Model did not provide any procedure for the admission of new evidence on review, and the evidence in question could have had an impact on the result.

[146] This is not to say that parties will automatically be entitled to have a claim reopened if they are able to point to a procedural gap in the IAP Model or provide new information that was not before the IAP adjudicator(s). A case-by-case analysis is required, and a variety of factors may have to be considered, including whether some prejudice to the party requesting judicial intervention has been shown (*Fontaine 283*, at para. 228). Cases in which a claim can be reopened will be rare. In *N.N.*, for example, MacKenzie J.A. undertook a detailed review of the new evidence and its significance and took into consideration the fact that the claimant was not at fault for the late disclosure, nor was she seeking additional compensation as a result (paras. 171-87).

[147] In his factum, the Chief Adjudicator acknowledges the need for supervising courts to “fill in the gaps” left by IAP provisions and states that this would be an appropriate use of the courts’ supervisory authority (para. 95). The outcome in *N.N.*

la justice que garantit la CRRPI, tant sur le fond que sur le plan procédural, doit également être protégé et garanti, comme dans le cas de toute action collective. Le tribunal a compétence pour s’assurer que la CRRPI protège, tant sur le fond que sur la forme, l’accès à la justice.

...

Je conclus par conséquent que le tribunal a effectivement compétence pour rouvrir une demande déjà réglée dans le cadre du PÉI, mais que l’opportunité de la rouvrir dépend des circonstances de l’espèce. [Je souligne; par. 224-232.]

[145] S’il se présente une situation non prévue par la CRRPI qui est susceptible d’avoir une incidence sur l’issue de la demande, il serait incompatible avec l’objet du règlement de refuser d’accorder une réparation au demandeur. C’était de toute évidence le cas dans l’affaire *N.N.*, alors que le régime du PÉI ne prévoyait aucune procédure pour l’admission de nouveaux éléments de preuve lors de la révision, et que les éléments de preuve en question auraient pu avoir une incidence sur le résultat.

[146] Il ne s’ensuit pas pour autant que les parties ont automatiquement droit à la réouverture de la demande dès qu’elles réussissent à signaler une lacune dans le régime du PÉI ou à fournir de nouveaux renseignements qui n’avaient pas été portés à l’attention de l’adjudicateur du PÉI. Une analyse au cas par cas s’impose et divers facteurs peuvent alors entrer en ligne de compte, notamment la preuve que la partie qui sollicite l’intervention judiciaire a subi un préjudice (*Fontaine 283*, par. 228). Les situations dans lesquelles il est possible de rouvrir une demande sont rares. Dans l’affaire *N.N.*, par exemple, la juge MacKenzie a entrepris un examen approfondi des nouveaux éléments de preuve et de leur importance et a tenu compte du fait que l’on ne pouvait reprocher la communication tardive à la demanderesse et que cette dernière ne demandait pas d’indemnisation supplémentaire en conséquence (par. 171-187).

[147] Dans son mémoire, l’adjudicateur en chef reconnaît la nécessité pour les tribunaux de supervision de [TRADUCTION] « combler les lacunes » des dispositions du PÉI, ajoutant qu’il s’agirait d’un exercice approprié du pouvoir de supervision des tribunaux

did not hinge on the supervising judge assuming the role of adjudicator or embarking on an interpretive exercise with respect to the provisions of the IRSSA or the IAP. The British Columbia Court of Appeal saw its role as determining whether the claim should be reopened in light of new information, not whether the adjudicator had committed a palpable and overriding error (*N.N.*, at para. 152).

[148] Ultimately, a balance must be struck between resolving claims efficiently and obtaining some sense of finality for the parties, on the one hand, and ensuring fair and just outcomes, on the other (*N.N.*, at para. 167). This approach gives effect to the parties' intention that the IRSSA promote a "fair, comprehensive and lasting resolution of the legacy of Indian Residential Schools" by ensuring compliance with the rules of natural justice.

C. *Application to the Instant Case*

(1) The Supervising Judge Erred in Substituting His Own Interpretation of SL1.4

[149] As noted above, Edmond J. stated that his jurisdiction was limited to "ensuring that the Re-Review Adjudicator did not endorse a legal interpretation that is so unreasonable that it amounts to a failure to properly apply the IAP to the facts of a particular case" (Man. Q.B. Reasons, at para. 40). He went on to conduct a detailed review of the Hearing Adjudicator's decision, identifying what he interpreted to be errors in her analysis of SL1.4. After finding that these errors were unreasonable, he held that the failure of the Review Adjudicator and the Re-Review Adjudicator to correct them was a sufficient basis for setting aside the re-review decision and ordering a reconsideration of the claim.

[150] I agree with the Manitoba Court of Appeal that Edmond J. erred in scrutinizing the Hearing

(par. 95). L'issue de l'affaire *N.N.* ne dépendait pas du fait que le juge superviseur s'était arrogé le rôle de l'adjudicateur ou s'était livré à un exercice d'interprétation à l'égard des dispositions de la CRRPI ou du PÉI. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a estimé qu'il lui incombait non pas de vérifier si l'adjudicateur avait commis une erreur manifeste et déterminante, mais de déterminer s'il y avait lieu de rouvrir la demande, compte tenu des nouveaux renseignements (*N.N.*, par. 152).

[148] En fin de compte, il faut trouver un équilibre entre, d'une part, le règlement efficace des demandes et l'aboutissement du processus pour les parties et, d'autre part, la garantie de résultats justes et équitables (*N.N.*, par. 167). Cette façon de voir donne effet à l'intention de parties à la CRRPI que cette dernière vise à « résoudre pour de bon et de manière juste et globale les séquelles laissées par les pensionnats indiens » en veillant au respect des règles de justice naturelle.

C. *Application en l'espèce*

(1) Le juge superviseur a commis une erreur en proposant sa propre interprétation de la catégorie SL1.4

[149] Comme je l'ai déjà indiqué, le juge Edmond a déclaré que sa compétence se limitait à « s'assurer que l'adjudicatrice de deuxième révision n'a pas adopté une interprétation légale qui est si déraisonnable qu'elle équivaut à un défaut d'appliquer correctement le PÉI aux faits d'une affaire donnée » (motifs de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, par. 40). Il a poursuivi en procédant à un examen détaillé de la décision de l'adjudicatrice d'audition, relevant ce qu'il estimait être des erreurs dans son analyse de la catégorie SL1.4. Après avoir conclu au caractère déraisonnable de ces erreurs, il a estimé que le défaut de l'adjudicateur de révision et de l'adjudicatrice de deuxième révision de les corriger était suffisant pour justifier l'annulation de la décision rendue au terme de la deuxième révision et pour ordonner un nouvel examen de la demande.

[150] Je suis d'accord avec la Cour d'appel du Manitoba pour dire que le juge Edmond a commis

Adjudicator’s interpretation of SL1.4 and substituting his own. Edmond J. could not concern himself with the proper interpretation of SL1.4, but was entitled only to determine whether the Hearing Adjudicator had considered the correct terms. Instead, he engaged in the same analysis that the parties assigned to IAP adjudicators and came to a different result (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 107). In *Spanish IRS S.C.*, the supervising judge, Perell J., undertook a similar exercise in reviewing an IAP decision. The appellants and the Assembly of First Nations rely on the approach taken by Perell J. in that case. However, the Ontario Court of Appeal overturned his decision, and Sharpe J.A. made the following comments:

The administrative judge appears to have taken the view that if, in his judgment, M.F. was entitled to compensation, any other conclusion necessarily reflected a failure to apply the IAP model. In my respectful opinion, that approach reflects a failure to follow the strictures imposed in *Schachter* on recourse to the courts from IAP decisions, and one that, if accepted, could significantly undermine the finality and integrity of the IAP.

(*Spanish IRS C.A.*, at para. 60)

[151] My colleague Abella J. correctly observes that the Hearing Adjudicator described the question before her as “whether or not the incident was sexual touching which exceeded recognized parental conduct” and that SL1.4 uses the phrase “any touching”, without the word “sexual” (paras. 36 and 41 (emphasis in original)). She argues that the addition of a requirement that the touching be sexual constituted a failure to apply and implement the IRSSA. Respectfully, I disagree. The Hearing Adjudicator turned her mind to the requirements of SL1.4, as evidenced in her detailed analysis. While she interpreted the category differently than Edmond J., this does not amount to a failure to apply SL1.4. Moreover, the RFD arose from the Re-Review Adjudicator’s decision, which correctly referred to SL1.4 as requiring “any touching” and did not add the word “sexual”

une erreur en analysant l’interprétation que l’adjudicatrice d’audition avait faite de la catégorie SL1.4 et en y substituant sa propre interprétation. Le juge Edmond n’était autorisé qu’à vérifier si l’adjudicatrice d’audition avait interprété les bonnes modalités de la CRRPI, et non à chercher l’interprétation appropriée à donner à la catégorie SL1.4. Au lieu de cela, il s’est livré à une analyse que les parties ont réservée aux adjudicateurs du PÉI et il est arrivé à un résultat différent (m.i. (adjudicateur en chef), par. 107). Dans l’affaire *PI de Spanish, C.S.*, le juge superviseur, le juge Perell, s’est livré à un exercice semblable en examinant une décision rendue dans le cadre du PÉI. Les appelants et l’Assemblée des Premières Nations s’appuient sur la démarche retenue par le juge Perell dans cette décision. Cependant, la Cour d’appel de l’Ontario a infirmé la décision du juge Perell, et le juge d’appel Sharpe a formulé les observations suivantes :

[TRADUCTION] Le juge administratif semble avoir considéré que si, à son avis, M.F. avait droit à une indemnité, toute autre conclusion révélait immanquablement un défaut d’appliquer le régime du PÉI. À mon humble avis, cette approche révèle un défaut de respecter les contraintes imposées par l’arrêt *Schachter* en ce qui a trait au recours aux tribunaux à l’encontre des décisions rendues dans le cadre du PÉI. De plus, si on l’acceptait, cette approche serait susceptible de nuire considérablement au caractère définitif et à l’intégrité du PÉI.

(*PI de Spanish, C.A.*, par. 60)

[151] Ma collègue la juge Abella fait observer à juste titre que l’adjudicatrice d’audition a estimé que la question dont elle était saisie était « celle de savoir si les actes reprochés constituaient des contacts sexuels qui excèdent les normes généralement reconnues de contact physique parental » et que la catégorie SL1.4 emploie l’expression « tout contact » sans mention du mot « sexuel » (par. 36 et 41 (en italique dans l’original)). Elle affirme que l’ajout de l’exigence voulant que les contacts soient d’ordre sexuel constitue un défaut d’appliquer et de mettre en œuvre la CRRPI. Avec égards, je ne partage pas son avis. L’adjudicatrice d’audition a tenu compte des exigences de la catégorie SL1.4, comme en fait foi l’analyse détaillée à laquelle elle s’est livrée. Bien qu’elle ait interprété cette catégorie différemment du juge Edmond, on ne peut pour autant conclure qu’elle

(A.R., vol. I, at pp. 14 and 16). The Re-Review Adjudicator expressly agreed with the assessment carried out by the Review Adjudicator in finding that the Hearing Adjudicator had correctly applied the IAP Model, demonstrating that the choice to deny J.W.'s claim was based on a deliberate interpretation of and engagement with the SL1.4 category (p. 18).

[152] The Hearing Adjudicator in the instant case had regard to and applied the factors in the SL1.4 category, and her decision was upheld by the Review Adjudicator and the Re-Review Adjudicator, in keeping with the mechanism contained in the IAP Model. While the supervising judge may have disagreed with the outcome, this was not a basis for finding that the adjudicators had failed to apply the terms of the IRSSA. Once he determined that the adjudicators had applied the appropriate terms and provisions of the IAP (i.e., SL1.4), and once he agreed that the Hearing Adjudicator was “entitled to give context and interpretation to the language used in the IAP” (para. 56), his jurisdiction ended, and he ought not to have ruled on whether the Hearing Adjudicator’s interpretation was reasonable. As Beard J.A. of the Manitoba Court of Appeal concluded in this case, Edmond J. exceeded his jurisdiction by substituting his own interpretation of SL1.4 and directing that the claim be reconsidered in accordance with that interpretation.

(2) The Chief Adjudicator Concedes That J.W. Is Entitled to Relief, but He Lacks a Remedy Under the IRSSA

[153] While I am in agreement with the Manitoba Court of Appeal that the supervising judge erred in his analysis, I believe this to be an exceptional case in which reconsideration is appropriate. I am not basing this conclusion on Edmond J.’s reasoning, which would require the courts to reinterpret the

a omis d’appliquer la catégorie SL1.4. Qui plus est, la demande de directives découlait de la décision de l’adjudicatrice de deuxième révision, qui avait signalé à juste titre que l’art. SL1.4 exigeait qu’il y ait un « contact physique », mais non un contact d’ordre « sexuel » (d.a., vol. I, p. 14 et 16). L’adjudicatrice de deuxième révision a expressément souscrit à l’évaluation de l’adjudicateur de révision en concluant que l’adjudicatrice d’audition avait appliqué correctement le régime du PÉI, ce qui démontrait que la décision de refuser la demande de J.W. reposait sur une interprétation consciente de la catégorie SL1.4 et sur l’application de cette dernière (p. 18).

[152] En l’espèce, l’adjudicatrice d’audition a tenu compte des facteurs de la catégorie SL1.4 et les a appliqués, et sa décision a été confirmée par l’adjudicateur de révision et l’adjudicatrice de deuxième révision, conformément au mécanisme prévu par le régime du PÉI. Même si le juge superviseur était en désaccord avec le résultat, on ne peut pour autant en conclure que les adjudicateurs ont omis d’appliquer les modalités de la CRRPI. Dès lors qu’il avait conclu que les adjudicateurs avaient appliqué les bonnes modalités et dispositions du PÉI (soit la catégorie SL1.4) et qu’il avait convenu que l’adjudicatrice d’audition était [TRADUCTION] « autorisée à contextualiser et à interpréter le libellé du PÉI » (par. 56), le juge superviseur n’avait plus compétence et il n’aurait pas dû se prononcer sur le caractère raisonnable de l’interprétation retenue par l’adjudicatrice d’audition. Ainsi que la juge Beard de la Cour d’appel du Manitoba l’a conclu dans l’affaire qui nous intéresse, le juge Edmond a outrepassé sa compétence en proposant sa propre interprétation de la catégorie SL1.4 et en ordonnant que la demande soit réexaminée selon sa propre interprétation.

(2) L’adjudicateur en chef admet que J.W. a droit à une réparation, mais ajoute que la CRRPI ne lui permet aucun recours

[153] Bien que je sois d’accord avec la Cour d’appel du Manitoba pour dire que le juge superviseur a commis une erreur dans son analyse, j’estime qu’il s’agit d’un cas exceptionnel où il convient de procéder à un nouvel examen. Je ne fonde pas cette conclusion sur le raisonnement du juge Edmond, ce

IAP. Rather, J.W.'s claim has given rise to a unique dilemma for which the IRSSA provides no internal recourse, and which therefore requires this Court to craft a remedy. Certain concessions made by the Chief Adjudicator at the hearing before this Court have exposed a gap in the IRSSA's provisions. Specifically, the Chief Adjudicator has no authority to reopen J.W.'s claim despite his conclusion that the decisions on the claim are "aberrant". The Chief Adjudicator's inability to remedy such an error in IAP decisions is clearly inconsistent with the role conferred upon him by the parties of ensuring consistency in the application of the IAP. This is certainly a situation in which the courts can step in to provide a remedy that is consistent with the IRSSA's objective of promoting a "fair, comprehensive and lasting resolution of the legacy of Indian Residential Schools" (see B in the recitals of the IRSSA).

[154] To reach this conclusion, it is necessary to consider the sequence of events that revealed this gap in the IRSSA.

[155] In their written submissions, neither the Attorney General nor the Chief Adjudicator directly addressed the substance of the IAP adjudicators' decisions or the proper interpretation of SL1.4. Rather, each of them argued that courts should not weigh in on the interpretation of the IAP's terms, as the parties intended this task to be within the exclusive jurisdiction of IAP adjudicators. At the hearing, however, the Attorney General appeared to defend the merits of the Hearing Adjudicator's decision, arguing that her interpretation of SL1.4 fell within the range of possible outcomes. The Attorney General relied on former Chief Adjudicator Ish's "B" decision in another similar IAP claim discussed earlier, arguing that it supports the position that sexual purpose should be taken into consideration (transcript, at pp. 55-58; Condensed Book (Attorney General), at pp. ii-iii).

qui obligerait les tribunaux à réinterpréter le PÉI. J'estime en effet que la réclamation de J.W. pose un dilemme unique pour lequel la CRRPI ne prévoit aucun recours interne et que la présente situation exige donc que la Cour élabore une réparation. Certaines concessions faites par l'adjudicateur en chef à l'audience de la Cour ont fait ressortir une lacune dans la CRRPI. Plus précisément, l'adjudicateur en chef n'a pas le pouvoir nécessaire pour rouvrir la réclamation de J.W. malgré sa conclusion que les décisions rendues relativement à la demande de J.W. sont [TRADUCTION] « aberrantes ». L'incapacité de l'adjudicateur en chef de corriger une telle erreur dans des décisions rendues dans le cadre du PÉI est manifestement incompatible avec la mission que lui ont confiée les parties d'assurer une application cohérente du PÉI. Il s'agit certainement d'une situation dans laquelle les tribunaux peuvent intervenir pour accorder une réparation en conformité avec l'objectif de la CRRPI de « résoudre pour de bon et de manière juste et globale les séquelles laissées par les pensionnats indiens » (voir le point B de l'attendu de la CRRPI).

[154] Pour en arriver à cette conclusion, il est nécessaire de revoir le fil des événements qui ont permis de révéler cette lacune de la CRRPI.

[155] Dans leurs observations écrites, ni le procureur général ni l'adjudicateur en chef n'ont directement abordé le fond des décisions des adjudicateurs du PÉI ni l'interprétation qu'il convient de donner à la catégorie SL1.4. Ils ont chacun plutôt fait valoir que les tribunaux ne devaient pas intervenir dans l'interprétation des modalités du PÉI, étant donné que les parties voulaient que ce rôle relève de la compétence exclusive des adjudicateurs du PÉI. À l'audience, le procureur général a toutefois semblé défendre le bien-fondé de la décision de l'adjudicatrice d'audition en faisant valoir que l'interprétation qu'elle avait faite de la catégorie SL1.4 appartenait aux issues possibles. Le procureur général s'est fondé sur la décision « B » de l'ancien adjudicateur en chef Ish rendue à l'égard d'une demande similaire présentée dans le cadre du PÉI, et il a fait valoir que celle-ci appuyait l'argument suivant lequel on doit tenir compte des fins d'ordre sexuel (transcription, p. 55-58; Recueil condensé (procureur général), p. ii-iii).

[156] In response to these submissions, the Chief Adjudicator directed the Court to former Chief Adjudicator Ish's decision, which states: "... I find that there is no requirement in the IAP that the actor possessed a sexual intent before liability can be found for a sexual assault" (A.R., vol. II, at p. 70 (emphasis added)). At the hearing before this Court, the Chief Adjudicator expressed the view that the decisions of the Hearing Adjudicator, the Review Adjudicator and the Re-Review Adjudicator in this case are "aberrant" and that their interpretation of SL1.4 does not reflect a systemic problem within the IAP:

Mr. Arvay, Q.C.: These decisions are aberrant.

Madam Justice Karakatsanis: Are there other aberrant decisions? . . .

...

Mr. Arvay, Q.C.: The best I can answer is this way. After Justice Edmond's decision there was a reconsideration decision and it went the other way. And that of course that decision was stayed when it went to the Court of Appeal. To our knowledge there has never been another decision like this one here in the future because it has been -- the reconsideration decision recognized the correctness, the proper interpretation as set out by Mr. Ish.

Madam Justice Karakatsanis: So there aren't other claimants out there who have been denied for the same reason, the same interpretation, that you are aware of? . . .

Mr. Arvay, Q.C.: There are seven other [outstanding] claimants who fall within the category SL1.4. To our knowledge -- or to my knowledge anyway -- none of those involve in this particular issue.

(transcript, at pp. 76-77)

[156] En réponse à ces observations, l'adjudicateur en chef a signalé à l'attention de la Cour la décision de l'ancien adjudicateur en chef Ish, qui déclarait : [TRADUCTION] « . . . j'estime que le PÉI n'exige pas que l'auteur de l'acte ait eu une intention sexuelle avant que sa responsabilité puisse être établie dans le cas d'une agression sexuelle » (d.a., vol. II, p. 70 (je souligne)). Lors de l'audience devant la Cour, l'adjudicateur en chef s'est dit d'avis que les décisions rendues en l'espèce par l'adjudicatrice d'audition, l'adjudicateur de révision et l'adjudicatrice de deuxième révision étaient « aberrantes » et que leur interprétation de la catégorie SL1.4 ne révélait pas l'existence d'un problème systémique en ce qui concerne le PÉI :

[TRADUCTION]

M^e Arvay, c.r. : Ces décisions sont aberrantes.

La juge Karakatsanis : Y a-t-il d'autres décisions aberrantes? . . .

...

M^e Arvay, c.r. : La meilleure réponse que je peux vous donner est la suivante. Après la décision du juge Edmond, une décision qui allait dans le sens contraire a été rendue à la suite d'un nouvel examen. Et, évidemment, l'exécution de cette décision a été suspendue lorsqu'elle a été portée en appel devant la Cour d'appel. À notre connaissance, il n'y a plus jamais eu d'autres décisions comme celle-ci par la suite parce que cette décision rendue à l'issue d'un nouvel examen reconnaissait le caractère approprié -- le bien-fondé de l'interprétation proposée par M. Ish.

La juge Karakatsanis : Alors, à votre connaissance, il n'y a pas d'autres demandeurs dont les demandes ont été refusées pour la même raison, sur le fondement de la même interprétation? . . .

M^e Arvay, c.r. : Il y a sept autres demandeurs qui entrent dans la catégorie SL1.4. [et dont le dossier est toujours en cours]. À notre connaissance -- du moins à ma connaissance --, aucun de ces dossiers ne porte sur cette question bien précise.

(transcription, p. 76-77)

[157] I would also highlight the following exchange, in which the Chief Adjudicator agreed that there is no mechanism in the IRSSA that enables him to reopen a matter where he disagrees with the outcome:

Madam Justice Karakatsanis: I accept that, but the Chief Adjudicator, once something comes to the Chief Adjudicator's attention. And my question to you is, there is a responsibility under the schedule to try and ensure consistency, is there no recourse for the Chief Adjudicator? Can you not go to the committee and get an interpretation? Is there nothing the Chief Adjudicator can do to ensure that claimants who are entitled to compensation under the terms they agreed to get it?

Mr. Arvay, Q.C.: It's all future looking, Justice Karakatsanis.

...

Mr. Justice Moldaver: It's even more egregious, it seems to me, when you are sitting there conceding that this man's case should have been heard and now you are telling us they got no remedy.

Mr. Arvay, Q.C.: Right . . . That happens. In a scheme that allows for 38,000 adjudications, mistakes may be made for which there is no remedy.

(transcript, at pp. 83-87)

[158] The Chief Adjudicator also agreed that where the IRSSA contains no internal remedy, the courts may intervene to fill the gap:

Mr. Justice Moldaver: . . . If as a result of working [the interpretative problems] out [within the four corners of the agreement] we reach -- we have a hiatus, we have a gap, we have an inability to do justice in a particular case --

[157] Je tiens par ailleurs à reproduire l'échange suivant, au cours duquel l'adjudicateur en chef a convenu que la CRRPI ne prévoyait aucun mécanisme qui permettrait à l'adjudicateur en chef de rouvrir un dossier s'il n'est pas d'accord avec le résultat :

[TRADUCTION]

Le juge Karakatsanis : Je reconnais cela, mais l'adjudicateur en chef, lorsque quelque chose est porté à l'attention de l'adjudicateur en chef. Ma question pour vous est la suivante : si l'annexe exige que les décisions rendues soient cohérentes entre elles, n'existe-t-il aucun recours pour l'adjudicateur en chef? Ne pouvez-vous pas vous adresser au comité et obtenir une interprétation? N'y a-t-il pas quelque chose que l'adjudicateur en chef puisse faire pour s'assurer que les demandeurs qui ont droit à une indemnité en vertu des modalités dont ils ont convenu reçoivent effectivement cette indemnité?

M^e Arvay, c.r. : Tout ça ne vaut que pour les dossiers futurs, Madame la Juge.

...

Le juge Moldaver : La situation est encore plus flagrante, il me semble, étant donné que vous reconnaissez que le dossier de cette personne aurait dû être examiné et que vous nous apprenez maintenant qu'il n'y a aucune réparation possible.

M^e Arvay, c.r. : C'est vrai [. . .] Cela arrive. Dans un système qui permet jusqu'à 38 000 adjudications, il est possible que soient commises des erreurs qui ne peuvent être réparées.

(transcription, p. 84-87)

[158] L'adjudicateur en chef a également reconnu que, dans les cas où la CRRPI ne prévoit pas de recours interne, les tribunaux peuvent intervenir pour combler cette lacune :

[TRADUCTION]

Le juge Moldaver : Si, après avoir résolu [les problèmes d'interprétation] [en respectant les limites établies par la Convention], on constate qu'il y a un hiatus, une lacune, il est alors impossible de rendre justice dans ce cas particulier --

Mr. Arvay, Q.C.: Yes.

Mr. Justice Moldaver: -- then you should be able to go to the court to fill that gap.

Mr. Arvay, Q.C.: I agree.

(transcript, at p. 92; see also, R.F. (Chief Adjudicator), at para. 95)

[159] Given the Chief Adjudicator’s role within the IAP scheme, I attach significant weight to these statements. As set out above, the Chief Adjudicator is tasked under the IRSSA with ensuring consistency among the decisions of adjudicators in the interpretation and application of the IAP Model by implementing training programs and administrative measures (Sch. D, art. III(m)). He can also propose instructions to the IAP Oversight Committee in order to better give effect to the provisions of the IAP (Sch. D, art. III(r)).

[160] In addition to these “future looking” mechanisms, the Chief Adjudicator ensures consistency in the application of the IAP through his role in the internal review process. As stated above, the final level of review (re-review) is conducted by the Chief Adjudicator or his designate. While in this case the re-review was conducted by a designate and not by the Chief Adjudicator himself, “designates” are identified in the scheme as being approved by the IAP Oversight Committee to exercise what the IAP refers to as “the Chief Adjudicator’s review authority”. It is evident that the scheme places the Chief Adjudicator at the apex of the review process and gives him the authority to ensure that adjudicators are properly applying the IAP Model.

[161] The Chief Adjudicator has conceded that the decisions of the adjudicators in this case were “aberrant” and did not reflect the direction provided by former Chief Adjudicator Ish. As my colleague Brown J. observes, the Chief Adjudicator did not go so far as to concede that there is a gap in this case

M^e Arvay, c.r. : Oui.

Le juge Moldaver : -- vous devriez alors pouvoir vous adresser à la cour pour combler cette lacune.

M^e Arvay, c.r. : Je suis d’accord.

(transcription, p. 92; voir également m.i. (adjudicateur en chef), par. 95)

[159] Compte tenu du rôle que joue l’adjudicateur en chef dans le cadre du PÉI, j’accorde beaucoup de poids à ces affirmations. Comme je l’ai déjà expliqué, l’adjudicateur en chef est chargé, sous le régime de la CRRPI, de mettre en œuvre des programmes de formation et des mesures administratives pour assurer la cohérence dans les décisions des adjudicateurs et dans leur interprétation et leur application du régime du PÉI (ann. D, art. III(m)). Il lui est également loisible de proposer des instructions au Comité de surveillance du PÉI pour faciliter l’application du PÉI (ann. D, art. III(r)).

[160] Outre ces mécanismes « qui valent pour les dossiers futurs », l’adjudicateur en chef assure également la cohérence dans l’application du PÉI grâce au rôle qu’il joue au sein du processus de révision interne. Comme je l’ai déjà mentionné, c’est l’adjudicateur en chef ou un adjudicateur en chef qu’il désigne qui intervient au dernier palier de révision, soit la deuxième révision. Bien qu’en l’espèce, la deuxième révision ait été effectuée non pas par l’adjudicateur en chef, mais par un adjudicateur en chef désigné, les « adjudicateurs en chef désignés » sont décrits par le régime comme ayant reçu l’approbation du Comité de surveillance du PÉI dans le but d’exercer ce que le PÉI appelle « le pouvoir de révision de l’adjudicateur en chef ». Il est évident que le processus place l’adjudicateur en chef au sommet du processus de révision et lui confie le pouvoir de s’assurer que les adjudicateurs appliquent correctement le régime du PÉI.

[161] L’adjudicateur en chef a admis que les décisions prises par les adjudicateurs en l’espèce étaient [TRADUCTION] « aberrantes » et qu’elles ne correspondaient pas aux orientations données par l’ancien adjudicateur en chef Ish. Comme mon collègue le juge Brown le fait observer, l’adjudicateur en chef

that would warrant intervention by the courts (Brown J. Reasons, at paras. 194-95). This is, however, not determinative of the appeal. In light of the Chief Adjudicator's role and responsibilities under the IAP scheme, his statement that the re-review resulted in an "aberrant" decision is a significant concession. It indicates that the scheme has broken down such that the Chief Adjudicator was not able to ensure that the terms of the IAP were properly applied in this case.

[162] Furthermore, the Chief Adjudicator is not actually a party to the IRSSA or the IAP, but is instead, as my colleague Brown J. observes, a creation of that scheme (para. 190). Therefore, while the Chief Adjudicator's concession that an IAP claim was wrongly decided has great significance, the Chief Adjudicator's opinion as to whether this results in a "gap" has no bearing on the Court's interpretation of the parties' intentions in this regard. As my colleague Abella J. points out, courts have a duty to ensure that the claimants receive the benefits they bargained for (Abella J. Reasons, at para. 30). In my view, the sequence of events in this case has exposed a gap in the IRSSA, and it is the role of this Court to step in to fill that gap.

[163] The "gap" in this case does not arise as a result of a finding by this Court that J.W. is entitled to compensation based on its own interpretation of the IAP. Rather, the gap arises as a result of the parties' intention that adjudicators decide which claimants receive compensation and that the Chief Adjudicator should represent the final level of review in order to ensure consistency across all IAP decisions. The precise unfairness which this Court must address stems from the fact that, despite the Chief Adjudicator's opinion that an error has been made on this final review, there is no mechanism for reopening a claim or otherwise providing relief to a claimant.

n'est pas allé jusqu'à admettre qu'il y avait en l'espèce une lacune qui justifierait l'intervention des tribunaux (motifs du juge Brown, par. 194-195). Cela n'est toutefois pas déterminant quant à l'issue du présent pourvoi. Compte tenu du rôle et des attributions que le PÉI confie à l'adjudicateur en chef, sa conclusion portant que la deuxième révision a donné lieu à une décision « aberrante » représente une importante concession. Elle révèle que le mécanisme s'est enrayé à un point tel que l'adjudicateur en chef n'a pas été en mesure de s'assurer que les modalités du PÉI étaient appliquées correctement en l'espèce.

[162] De plus, l'adjudicateur en chef n'est pas une des parties à la CRRPI ou au PÉI, mais, comme mon collègue le juge Brown le fait remarquer, il en est la créature (par. 190). Par conséquent, même si la concession de l'adjudicateur en chef suivant laquelle une demande présentée dans le cadre du PÉI a fait l'objet d'une décision mal fondée a une grande importance, la question de savoir si l'adjudicateur en chef estime qu'il en résulte ou non une « lacune » n'a aucune incidence sur l'interprétation que la Cour fait de l'intention des parties à cet égard. Ainsi que ma collègue la juge Abella le souligne, les tribunaux ont l'obligation de s'assurer que les demandeurs obtiennent les avantages qu'ils ont négociés (motifs de la juge Abella, par. 30). À mon avis, le fil des événements a, dans le cas qui nous occupe, fait ressortir l'existence d'une lacune dans la CRRPI et il incombe à la Cour d'intervenir pour la combler.

[163] En l'espèce, cette « lacune » ne découle pas de la conclusion de la Cour suivant laquelle J.W. a droit à une indemnité en raison de l'interprétation que la Cour fait elle-même des modalités du PÉI. Cette lacune découle plutôt de l'intention des parties, qui voulaient que ce soit les adjudicateurs qui décident quels demandeurs recevraient ou non une indemnité et que l'adjudicateur en chef incarne le dernier palier de révision afin d'assurer la cohérence entre toutes les décisions rendues dans le cadre du PÉI. L'iniquité précise que la Cour doit corriger découle du fait que, même si l'adjudicateur en chef est d'avis qu'une erreur a été commise à l'étape de la révision finale, il n'existe aucun mécanisme permettant de rouvrir une demande ou d'accorder autrement réparation à un demandeur.

[164] Given that the IAP dictates that the Chief Adjudicator should have the final word under the review mechanism, the practical effect of this situation is that J.W. did not receive the benefits bargained for. As there is no remedy within the four corners of the agreement that is available to either J.W. or the Chief Adjudicator, the courts must step in to fill this gap. It is particularly appropriate that this Court intervene in light of the fact that the IRSSA is a settlement of a class action, and it can be assumed that all similarly situated individuals are entitled to the same treatment under the scheme. It is clearly consistent with the scheme to find that there is unfairness when the Chief Adjudicator concedes before this Court that a claimant was improperly denied a claim based on “aberrant” decisions or an isolated error by the adjudicators.

[165] This conclusion is not, as my colleague Brown J. would find, inconsistent with the provision stating that *stare decisis* does not apply to the IAP (Sch. D, App. X, s. 5; Brown J. Reasons, at para. 185). The initial hearing adjudicator in any claim is not prevented from declining to follow a prior decision and adopting his or her own interpretation of the IAP, and it is open to the Chief Adjudicator to agree or disagree with the adjudicator’s conclusion on re-review. In this way, the IAP scheme allows IAP adjudicators to come to an independent conclusion and see that justice is done in each case, while at the same time allowing the Chief Adjudicator to carry out his mandate to ensure consistency across all IAP decisions. The problem in this case stems not from the fact that the adjudicators did not follow precedent, but from the Chief Adjudicator’s admission that J.W. was wrongly denied compensation at the final level of review in what the Chief Adjudicator conceded was an “aberrant” decision.

[166] As was the case in *N.N.*, this gap in the IRSSA has caused significant prejudice to J.W. He was denied any compensation, despite the Chief

[164] Comme le PÉI exige que l’adjudicateur en chef ait le dernier mot dans le cadre du mécanisme de révision, l’effet concret de cette situation est que J.W. n’a pas obtenu les avantages qui ont été négociés et acceptés. Puisque la CRRPI ne prévoit aucun recours dont J.W. ou l’adjudicateur en chef puisse se prévaloir, les tribunaux doivent intervenir pour combler cette lacune. Il convient tout particulièrement que la Cour intervienne étant donné que la CRRPI représente le règlement d’un recours collectif et qu’il y a lieu de présumer que toutes les personnes se trouvant dans une situation semblable ont droit au même traitement dans le cadre du régime. Il est de toute évidence conforme au régime de conclure qu’une injustice est commise lorsque l’adjudicateur en chef admet devant la Cour qu’un demandeur a été injustement débouté de sa demande en raison de décisions « aberrantes » ou d’une erreur isolée commise par des adjudicateurs.

[165] Contrairement à ce que conclurait mon collègue le juge Brown, cette conclusion n’est pas incompatible avec la disposition de la CRRPI suivant laquelle le *stare decisis* ne s’applique pas au PÉI (ann. D, ann. X, art. 5; motifs du juge Brown, par. 185). Peu importe la demande dont il est saisi, il n’est jamais interdit à l’adjudicateur d’audition initial de refuser de suivre une décision antérieure et de décider de proposer sa propre interprétation du PÉI, et il est loisible à l’adjudicateur en chef de souscrire ou non à la conclusion tirée par l’adjudicateur de deuxième révision. Le régime du PÉI permet ainsi aux adjudicateurs du PÉI de tirer leurs propres conclusions et de veiller à ce que justice soit faite dans chaque cas, tout en permettant à l’adjudicateur en chef de s’acquitter du mandat qui lui est confié d’assurer la cohérence entre toutes les décisions rendues dans le cadre du PÉI. La difficulté en l’espèce ne découle pas du fait que les adjudicateurs n’ont pas suivi les précédents, mais bien du fait que, de l’aveu de l’adjudicateur en chef, J.W. s’est vu refuser à tort une indemnité au dernier palier de révision dans une décision dont l’adjudicateur en chef a reconnu le caractère aberrant.

[166] Tout comme dans l’affaire *N.N.*, cette lacune de la CRRPI a causé un grave préjudice à J.W., qui s’est vu refuser une indemnité malgré le fait que

Adjudicator's acknowledgment at the hearing before this Court that this result is inconsistent with the proper application of the IAP Model. I recognize that neither the supervising judge nor the Manitoba Court of Appeal had the benefit of the concessions made by the Chief Adjudicator in his oral submissions before this Court. It is unfortunate that this acknowledgment came about only at the hearing before this Court. Had the Chief Adjudicator expressed his disagreement with the Re-Review Adjudicator's decision on J.W.'s claim at an earlier stage of the proceedings and perhaps sought a remedy from the supervising judge, J.W. might have been spared the significant delay and the hardship associated with litigating this issue through multiple levels of court. However, to deny a remedy for J.W. in the face of these circumstances would result in a clear injustice, and this Court must therefore intervene.

[167] I would clarify that while I find that J.W.'s claim should be remitted for reconsideration, I would not do so on the basis on which the supervising judge made his order. Edmond J. erred in applying his own interpretation of the IAP Model.

VI. Remedy

[168] For the reasons stated above, I would reinstate the order made by Edmond J. on August 3, 2016 that J.W.'s claim be sent back to a first-level IAP adjudicator for reconsideration (A.R., vol. I, at pp. 48-51).

[169] Given that J.W.'s claim has already been reconsidered and that the Chief Adjudicator is satisfied that the Reconsideration Adjudicator properly applied the IAP Model, I would give effect to the Reconsideration Adjudicator's decision (A.R., vol. II, at pp. 143-61). The compensation award of \$12,720 is reinstated, with interest calculated from the date of the Reconsideration Adjudicator's decision. The appropriate interest rate is to be determined in accordance with the applicable provincial rules, which in this case are to be found in Part XIV of

l'adjudicateur en chef ait reconnu à l'audience devant notre Cour que ce résultat était incompatible avec l'application régulière du régime du PÉI. Je reconnais que ni le juge superviseur ni la Cour d'appel du Manitoba n'ont eu l'avantage de prendre connaissance des concessions faites par l'adjudicateur en chef dans les observations orales qu'il a formulées devant nous. Il est regrettable que ces admissions n'aient été faites qu'à l'audience devant notre Cour. Si l'adjudicateur en chef avait exprimé son désaccord avec la décision de l'adjudicatrice de deuxième révision sur la demande de J.W. à un stade antérieur des procédures et s'il avait sollicité une réparation au juge superviseur, J.W. aurait peut-être évité les délais importants et les difficultés associés au fait de devoir porter cette question devant plusieurs juridictions successives. Toutefois, refuser d'accorder une réparation à J.W. dans ces conditions causerait une injustice flagrante. La Cour se doit par conséquent d'intervenir.

[167] Je tiens à préciser que, même si je conclus que la demande de J.W. devrait être renvoyée pour réexamen, je ne fonde pas cette décision sur les mêmes motifs que ceux sur lesquels le juge superviseur a fondé son ordonnance. Le juge Edmond a commis une erreur en appliquant sa propre interprétation du régime du PÉI.

VI. Réparation

[168] Pour les motifs qui précèdent, je rétablirais l'ordonnance rendue le 3 août 2016 par le juge Edmond portant que la demande de J.W. soit renvoyée à un adjudicateur de premier palier du PÉI pour réexamen (d.a., vol. I, p. 48-51).

[169] Compte tenu du fait que la demande de J.W. a déjà fait l'objet d'un réexamen et que l'adjudicateur en chef s'est dit convaincu que l'adjudicatrice de réexamen avait bien appliqué le régime du PÉI, je donnerais effet à la décision de l'adjudicatrice de réexamen (d.a., vol II, p. 143-161). L'indemnité de 12 720 \$ alors accordée est rétablie, avec les intérêts calculés à compter de la date de la décision de l'adjudicatrice de réexamen. Le taux d'intérêt à appliquer est fixé selon les règles provinciales applicables, à savoir, en l'espèce, celles de la partie XIV de la

Manitoba’s *Court of Queen’s Bench Act, C.C.S.M.*, c. C280.

VII. Costs

[170] I would award costs to J.W. per the usual rule. However, I note that J.W. seeks costs on a solicitor-client basis in this Court and in the courts below. He submits that this case raises issues of public interest relating to the implementation of the IRSSA. The Attorney General submits that costs should be awarded to the appellants but opposes the request for costs on a solicitor-client basis, arguing that the appellants have not established any reason to deviate from the normal rule as to party-party costs.

[171] In *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, this Court identified two considerations that can help guide the exercise of a judge’s discretion on a motion for special costs in a case involving the public interest:

... First, the case must involve matters of public interest that are truly exceptional. It is not enough that the issues raised have not previously been resolved or that they transcend the individual interests of the successful litigant: they must also have a significant and widespread societal impact. Second, in addition to showing that they have no personal, proprietary or pecuniary interest in the litigation that would justify the proceedings on economic grounds, the plaintiffs must show that it would not have been possible to effectively pursue the litigation in question with private funding. In those rare cases, it will be contrary to the interests of justice to ask the individual litigants (or, more likely, pro bono counsel) to bear the majority of the financial burden associated with pursuing the claim. [Emphasis added; para. 140.]

[172] In my view, neither of these considerations supports the awarding of special costs to J.W. First, the issue raised in this appeal is not “truly exceptional”. While the issues relating to the implementation of the IRSSA will have an impact on the parties to that agreement and the courts tasked with

Loi sur la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, C.P.L.M., c. C280.

VII. Dépens

[170] J’adjugerais les dépens à J.W. selon la règle habituelle. Je tiens cependant à signaler que J.W. a sollicité l’adjudication des dépens sur une base avocat-client tant devant la présente Cour que devant les juridictions inférieures. Selon lui, la présente affaire soulève des questions d’intérêt public touchant la mise en œuvre de la CRRPI. Le procureur général affirme que les dépens devraient être adjugés aux appelants, mais s’oppose à l’adjudication des dépens sur une base avocat-client en faisant valoir que les appelants n’ont pas prouvé l’existence de motifs justifiant de s’écarter de la règle habituelle, qui prévoit que les dépens sont adjugés sur la base partie-partie.

[171] Dans l’arrêt *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, la Cour a relevé deux facteurs qui peuvent guider l’exercice du pouvoir discrétionnaire lorsque le tribunal est saisi d’une requête en dépens spéciaux dans une affaire concernant l’intérêt public :

... Premièrement, l’affaire doit porter sur des questions d’intérêt public véritablement exceptionnelles. Il ne suffit pas que les questions soulevées n’aient pas encore été tranchées ou qu’elles dépassent le cadre des intérêts du plaideur qui a gain de cause : elles doivent aussi avoir une incidence importante et généralisée sur la société. Deuxièmement, en plus de démontrer qu’ils n’ont dans le litige aucun intérêt personnel, propriété ou pécuniaire qui justifierait l’instance pour des raisons d’ordre économique, les demandeurs doivent démontrer qu’il n’aurait pas été possible de poursuivre l’instance en question avec une aide financière privée. Dans ces rares cas, il est contraire à l’intérêt de la justice de demander aux plaideurs individuels (ou, ce qui est plus probable, aux avocats bénévoles) de supporter la majeure partie du fardeau financier associé à la poursuite de la demande. [Je souligne; par. 140.]

[172] À mon avis, aucune de ces considérations ne justifie l’octroi de dépens spéciaux à J.W. D’abord, la question soulevée dans le présent pourvoi n’est pas « véritablement exceptionnelle ». Même si les questions relatives à la mise en œuvre de la CRRPI auront une incidence sur les parties à cette Convention et

supervising its implementation, they do not have a sufficiently significant and widespread societal impact to justify granting solicitor-client costs. Given the *sui generis* nature of the IRSSA, the guidance provided by this Court regarding the scope of judicial oversight of the IAP will have little impact outside of this narrow context. With respect to the second consideration, J.W. clearly has a “personal, proprietary or pecuniary interest in the litigation that would justify the proceedings on economic grounds”, as his entitlement to compensation under the IAP is at the core of these proceedings.

[173] I am therefore not persuaded that it would be appropriate to grant J.W.’s request for solicitor-client costs.

VIII. Conclusion

[174] For these reasons, I would allow the appeal and reinstate the Reconsideration Adjudicator’s award of \$12,270, with interest calculated in accordance with Part XIV of Manitoba’s *Court of Queen’s Bench Act*, and with costs to J.W. per the usual rule.

The reasons of Brown and Rowe JJ. were delivered by

[175] BROWN J. (dissenting) — I would dismiss the appeal. Paragraphs 56-138, 140 and 149-52 of the reasons of my colleague Côté J. correctly state the law for a majority of this Court with respect to the jurisdiction of the supervising courts. I therefore concur with my colleague on this point, and would find that Edmond J. erred in scrutinizing the interpretation of SL1.4 (*Indian Residential Schools Settlement Agreement* (2006) (“IRSSA”), Sch. D, art. II) undertaken by the Hearing Adjudicator and substituting his own (Côté J. Reasons, at para. 150). I do not, however, agree that any “gap” exists in the IRSSA to allow this Court to remit J.W.’s claim for reconsideration. While my colleague Côté J. has striven admirably to justify landing where she does, the parties to the IRSSA did not agree to a particular

sur les tribunaux chargés d’en superviser la mise en œuvre, elles n’ont pas une incidence suffisamment importante et généralisée sur la société pour justifier l’adjudication des dépens sur une base avocat-client. Compte tenu du caractère *sui generis* de la CRRPI, les indications données par la Cour sur la portée du rôle de supervision que jouent les tribunaux à l’égard du PÉI auront peu d’impact en dehors de ce cadre restreint. Ensuite, en ce qui concerne le deuxième facteur, J.W. a nettement un « intérêt personnel, propriétaire ou pécuniaire qui justifierait l’instance pour des raisons d’ordre économique », étant donné que son droit à une indemnisation dans le cadre du PÉI est au cœur de la présente instance.

[173] Je ne suis par conséquent pas convaincue qu’il serait opportun de faire droit à la demande de J.W. en ce qui concerne l’adjudication des dépens sur une base avocat-client.

VIII. Dispositif

[174] Pour ces motifs, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, de rétablir l’indemnité de 12 270 \$ accordée par l’adjudicatrice de réexamen, avec intérêts calculés conformément à la partie XIV de la *Loi sur la Cour du Banc de la Reine* du Manitoba, et d’adjuger les dépens à J.W. suivant la règle habituelle.

Version française des motifs des juges Brown et Rowe rendus par

[175] LE JUGE BROWN (dissident) — Je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Les paragraphes 56-138, 140 et 149-152 des motifs de ma collègue la juge Côté énoncent correctement l’état du droit au nom de la majorité de notre Cour en ce qui concerne la compétence des tribunaux de surveillance. Je partage donc l’avis de ma collègue sur ce point, et je conclusais que le juge Edmond a commis une erreur en analysant l’interprétation que l’adjudicatrice d’audition a faite de la catégorie SL1.4 (*Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* (2006) (« CRRPI »), ann. D, art. II) et en substituant son interprétation à la sienne (motifs de la juge Côté, par. 150). Je ne suis toutefois pas d’accord pour dire qu’il existe dans la CRRPI une « lacune » qui permet à notre Cour de renvoyer la demande de J.W. pour

interpretation of a contractual term, but to a particular *process*, which my colleague’s reasons undermine by her disposition of this appeal.

[176] The IRSSA expressly precludes our intervention in the Independent Assessment Process (“IAP”), even where we might be of the view that it has been incorrectly interpreted and applied. It is “‘a complete code’ that limits access to the courts, preserves the finality of the IAP process and respects the expertise of IAP adjudicators” (*Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90 (“*Spanish IRS C.A.*”), at para. 53). Straining to find a “gap” in the IRSSA so as to pry open a little space for judicial recourse where the parties clearly intended to preclude it defeats the intentions of the parties and — I repeat — undermines the integrity of the process that they settled upon.

[177] To support having found this supposed gap, Côté J. points to the Chief Adjudicator’s concession that (1) J.W.’s claim was wrongly decided by the Hearing Adjudicator (“aberrant”) and wrongly confirmed by two review adjudicators, and (2) that he has no authority to reopen J.W.’s claim (para. 153). It follows, my colleague says, that courts may step in to furnish a remedy. As I explain below, however, the Chief Adjudicator’s concession does not expose any “gap” in the IRSSA, much less any basis for judicial intervention to fill it — such judicial intervention being contrary to the express intentions of the parties. My colleague simply has no basis for rewriting the terms of the IRSSA.

I. Rewriting the Terms of the IRSSA

[178] The IRSSA is a contract (*Canada (Attorney General) v. Fontaine*, 2017 SCC 47, [2017] 2 S.C.R.

nouvel examen. Bien que ma collègue la juge Côté se soit admirablement efforcée de justifier la conclusion à laquelle elle est arrivée, les parties à la CRRPI ne se sont pas mises d’accord sur une interprétation particulière d’une disposition contractuelle, mais bien sur un *processus* particulier, que compromettent les motifs de ma collègue par la manière dont elle tranche le présent pourvoi.

[176] La CRRPI nous interdit explicitement d’intervenir dans le Processus d’évaluation indépendant (« PÉI »), même lorsque nous pourrions être d’avis qu’il a été mal interprété et mal appliqué. Il s’agit d’un [TRADUCTION] « “code complet” qui limite l’accès aux tribunaux, protège le caractère définitif des décisions prises dans le cadre du PÉI et respecte l’expertise des adjudicateurs du PÉI » (*Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90 (« *PI de Spanish, CA* »), par. 53). Chercher à tout prix à trouver une « lacune » dans la CRRPI pour y déceler un cas d’ouverture à un recours judiciaire alors que les parties entendaient manifestement exclure cette possibilité va à l’encontre de la volonté des parties et — je le répète — porte atteinte à l’intégrité du processus sur lequel elles se sont entendues.

[177] Pour appuyer sa conclusion que cette prétendue lacune existe, la juge Côté souligne la concession de l’adjudicateur en chef selon laquelle (1) l’adjudicatrice d’audition a mal statué ([TRADUCTION] « aberrante ») sur la demande de J.W., décision qu’ont confirmée à tort deux adjudicateurs de révision, et (2) il n’avait pas compétence pour rouvrir la demande de J.W. (par. 153). Il s’ensuit, d’après ma collègue, que les tribunaux peuvent intervenir pour accorder réparation. Toutefois, comme je l’expliquerai plus loin, la concession de l’adjudicateur en chef ne révèle aucune « lacune » dans la CRRPI, encore moins un motif d’intervention judiciaire permettant de la combler, cette intervention judiciaire étant contraire à l’intention expresse des parties. Ma collègue n’est tout simplement pas justifiée de récrire les modalités de la CRRPI.

I. Réécriture des modalités de la CRRPI

[178] La CRRPI est un contrat (*Canada (Procureur général) c. Fontaine*, 2017 CSC 47, [2017] 2 R.C.S.

205 (“*SCC Records Decision*”), at para. 35). Interpreting its terms therefore requires a court to discern the contracting parties’ intentions, and to enforce the bargain to which they committed (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3rd ed. 2016), at p. 174; *SCC Records Decision*, at para. 35).

[179] It is of course true that, where the parties have failed in their contract to address a particular situation arising in the course of their relationship, a court may imply a contractual term (*M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619, at para. 27, citing *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711, at p. 775). This is not, however, an unlimited power. More to the point, it does not permit a court to rewrite a contract or to imply a term which is contrary to the clearly expressed intentions of the parties (Hall, at pp.180-83; *M.J.B. Enterprises*, at para. 29; and *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, at p. 1097).

[180] A degree of circumspection in implying a term permitting judicial recourse is particularly important here. Given the finality promised by the IAP, it is easy to appreciate why the parties might have seen prolonged litigation of IAP claims in the courts to be undesirable (see *Spanish IRS C.A.*, at paras. 51, 53 and 60; Côté J. Reasons, at para. 134). It is therefore worth scrutinizing where my colleague Côté J. sees her opening for prolonging this litigation: in the absence of any authority for the Chief Adjudicator under the terms of the IRSSA to reopen J.W.’s claim, despite his conclusion that J.W.’s claim resulted in an error which is “aberrant”. But merely because the IRSSA does not contain certain terms does not mean that there is a “gap” waiting to be filled by judges (see A. Swan, J. Adamski and A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4th ed. 2018), at p. 793). It depends on why the terms were not included. There is a difference between *failing* to grant authority that the parties would have granted (a true “gap”), and *deciding not* to grant such authority. And, in my respectful view, a review of the terms of the IRSSA reveals that the absence of a term authorizing the

205 (« *Décision de la CSC sur les documents* »), par. 35. L’interprétation de ses modalités oblige par conséquent le tribunal à discerner l’intention des parties et à faire exécuter le marché qu’elles ont conclu (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3^e éd. 2016), p. 174; *Décision de la CSC sur les documents*, par. 35).

[179] Certes, il est vrai que lorsque, dans leur contrat, les parties n’ont pas prévu une situation particulière survenant au cours de leurs rapports, le tribunal peut conclure à l’existence d’une disposition contractuelle implicite (*M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, par. 27, citant *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711, p. 775). Ce pouvoir n’est cependant pas illimité. Plus précisément, il ne permet pas au tribunal de récrire le contrat ou d’y insérer une condition implicite contraire à l’intention exprimée clairement par les parties (Hall, p.180-183; *M.J.B. Enterprises*, par. 29; et *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, p. 1097).

[180] Il est particulièrement important ici de faire preuve d’une certaine circonspection avant de conclure à l’existence implicite d’une modalité autorisant l’exercice d’un recours judiciaire. Compte tenu du caractère définitif garanti par le PÉI, il est facile de comprendre pourquoi les parties ont peut-être jugé indésirable de voir s’éterniser devant les tribunaux les litiges touchant les demandes présentées dans le cadre du PÉI (voir *PI de Spanish, CA*, par. 51, 53 et 60; motifs de la juge Côté, par. 134). Il vaut donc la peine de s’arrêter sur la raison pour laquelle ma collègue la juge Côté estime qu’il s’agit d’un cas dans lequel il est possible de prolonger le présent litige, en l’occurrence le fait que les modalités de la CRRPI ne donnent aucun pouvoir à l’adjudicateur en chef de rouvrir la demande de J.W., malgré sa conclusion que la demande de J.W. a entraîné une erreur « aberrante ». Mais le simple fait que l’on ne retrouve pas certains termes dans la CRRPI ne signifie pas pour autant que celle-ci comporte une « lacune » que les juges doivent s’empresse de combler (voir A. Swan, J. Adamski et A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4^e éd. 2018), p. 793). Tout dépend de

Chief Adjudicator to reopen claims clearly represents an instance of the latter.

[181] The IAP is intended to be a “closed adjudicative process, operating under the purview of independent adjudicators without any rights of appeal or judicial review” (Côté J. Reasons, at para. 65, citing *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2016 BCSC 2218, [2017] 1 C.N.L.R. 104, at para. 11 (emphasis added)). As a result, the adjudication of IAP claims is limited to one in-person hearing and two levels of internal review *without any judicial recourse* (Sch. D, art. III(1); Côté J. Reasons, at paras. 69 and 75). This can be contrasted with the Common Experience Payment review process, which clearly provides for judicial recourse where a claim has been denied (IRSSA, art. 5.09).

[182] Nor is the IRSSA silent on the circumstances in which recourse *can* be had to the courts under the IAP. It provides that the Chief Adjudicator may permit the claimant to access the courts where the value of the harm or loss exceeds the compensation limits, or where the evidence is overly complex (Sch. D, art. III(b)(iii); Côté J. Reasons, at paras. 73-74). The internal mechanisms of review in the IRSSA have clearly been designed to allow for judicial recourse in specific situations, which do not include incorrect interpretations of the IAP.

[183] That it was the parties’ intention that the Chief Adjudicator *not* have the authority to respond to incorrect interpretations of the IAP by reopening claims is also demonstrated by how the IRSSA *does* empower the Chief Adjudicator to respond to incorrect interpretations. Although the Chief Adjudicator cannot reopen claims where there has been an

la raison pour laquelle les termes en question n’y ont pas été insérés. Il y a une différence entre le fait de *ne pas* accorder un pouvoir que les parties auraient conféré (ce qui serait une véritable « lacune »), et le fait de *décider de ne pas* accorder ce pouvoir. De plus, à mon humble avis, l’examen des modalités de la CRRPI révèle que l’absence de stipulation autorisant l’adjudicateur en chef à rouvrir des demandes constitue clairement un exemple de cette dernière catégorie.

[181] Le PÉI se veut un « processus décisionnel fermé qui relève d’adjudicateurs indépendants et qui n’est pas assorti d’un droit d’appel ou d’un contrôle judiciaire » (motifs de la juge Côté, par. 65, citant *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2016 BCSC 2218, [2017] 1 C.N.L.R. 104, par. 11 (je souligne)). Par conséquent, le règlement des demandes présentées dans le cadre du PÉI se limite à une audience en personne et à deux paliers de révision interne *sans recours judiciaire* (ann. D, art. III(1); motifs de la juge Côté, par. 69 et 75), contrairement à la procédure de révision du paiement d’expérience commune, qui prévoit clairement la possibilité d’exercer un recours judiciaire en cas de rejet d’une demande (CRRPI, art. 5.09).

[182] La CRRPI n’est pas non plus muette en ce qui concerne les situations dans lesquelles il est *possible* de recourir aux tribunaux dans le cadre du PÉI. Elle indique que l’adjudicateur en chef peut permettre au demandeur de s’adresser aux tribunaux lorsque le préjudice ou la perte excède l’indemnité maximale permise ou que la preuve est trop complexe (ann. D, art. III(b)(iii); motifs de la juge Côté, par. 73-74). Le mécanisme de révision interne que l’on trouve dans la CRRPI a de toute évidence été conçu pour permettre le recours aux tribunaux dans certaines situations précises, lesquelles ne comprennent pas les cas d’interprétation inexacte du PÉI.

[183] L’intention des parties de *ne pas* conférer à l’adjudicateur en chef le pouvoir d’intervenir pour corriger les interprétations erronées du PÉI en rouvrant les demandes ressort également de la façon dont la CRRPI *habilite effectivement* l’adjudicateur en chef à réagir face à une interprétation erronée. Bien que ce dernier ne puisse rouvrir une demande

incorrect interpretation of the IAP, he (or his designate) does have, as Côté J. acknowledges, a right of final review of IAP decisions (Côté J. Reasons, at paras. 69-70 and 160). This final “review authority” empowers the Chief Adjudicator to correct an interpretative error in applying the IAP made by either the hearing or review adjudicator. As stated in Sch. D to the IRSSA:

... [A]ny party may ask the Chief Adjudicator or designate to determine whether an adjudicator’s, or reviewing adjudicator’s, decision properly applied the IAP Model to the facts as found by the adjudicator, and if not, to correct the decision, and the Chief Adjudicator or designate may do so. [Emphasis added; art. III(1)(i).]

[184] Further, and even where the Chief Adjudicator or his designate has (as here) failed to exercise his final review authority to correct an error in interpreting the IAP, he is empowered to remedy *on a prospective basis* such incorrect interpretations of the IAP as are brought to his attention. Specifically, he is authorized to prepare instructions for the IAP Oversight Committee’s consideration with the goal of assisting adjudicators in better giving effect to the provisions of the IRSSA (Sch. D, art. III(s)). While, as I say, this operates only prospectively in that any resulting instructions will bind only those participants who have had at least two weeks’ notice of the instructions before their hearing (Sch. D, art. III(r)(iii)), this power, coupled with the Chief Adjudicator’s final review authority, nonetheless affirms that the parties to the IRSSA had turned their minds to the powers of the Chief Adjudicator in respect of incorrect interpretations of the IAP. And, in so doing, they declined to confer those powers which my colleague Côté J. would now in effect bestow.

[185] Further, by providing that *stare decisis* does not apply to IAP decisions (Sch. D, App. X, item 5), the IRSSA clearly contemplates that the various IAP adjudicators will provide inconsistent and even incorrect interpretations of the IAP. As the Chief Adjudicator observed before this Court, the parties to the IRSSA did not bargain for an infallible scheme.

en cas d’interprétation erronée du PÉI, il (ou l’adjudicateur en chef désigné) détient, comme le reconnaît la juge Côté, un droit de révision finale des décisions rendues au terme du PÉI (motifs de la juge Côté, par. 69, 70 et 160). Ce « pouvoir de révision » finale permet à l’adjudicateur en chef de corriger une erreur d’interprétation commise dans l’application du PÉI par l’adjudicateur d’audition ou l’adjudicateur de révision. Comme l’indique l’annexe D de la CRRPI :

... [T]oute partie peut demander à l’adjudicateur en chef, ou à l’adjudicateur en chef désigné, de déterminer si la décision de l’adjudicateur au dossier ou de l’adjudicateur de révision applique correctement les critères du PÉI aux faits déterminés par l’adjudicateur et, s’il y a lieu, de corriger celle-ci pour qu’elle se conforme à ces critères. L’adjudicateur en chef ou l’adjudicateur en chef désigné peut faire une telle révision. [Je souligne; art. III(1)(i).]

[184] De plus, même si l’adjudicateur en chef ou l’adjudicateur en chef désigné n’a pas (comme en l’espèce) exercé son pouvoir de révision finale pour corriger une erreur dans l’interprétation du PÉI, il peut remédier *pour l’avenir* à cette interprétation erronée du PÉI qui est portée à son attention. Plus précisément, il est autorisé à soumettre au Comité de surveillance du PÉI des instructions dans le but d’aider les adjudicateurs à mieux donner effet aux dispositions de la CRRPI (ann. D, art. III(s)). Bien que, comme je l’affirme, ces dispositions ne valent que pour l’avenir, en ce sens que les instructions ne lient que les participants qui en ont été avisés au moins deux semaines avant leur audition (ann. D, art. III(r)(iii)), le pouvoir en question, conjugué au pouvoir de révision finale de l’adjudicateur en chef, confirme néanmoins que les parties à la CRRPI se sont penchées sur les pouvoirs de l’adjudicateur en chef relativement aux interprétations incorrectes du PÉI. Ce faisant, elles ont refusé de conférer ces pouvoirs comme le ferait ma collègue la juge Côté.

[185] De plus, en précisant que le principe de l’autorité de la chose jugée ne s’applique pas aux décisions rendues dans le cadre du PÉI (ann. D, ann. X, point 5), la CRRPI envisage nettement la possibilité que les divers adjudicateurs du PÉI donnent de celui-ci des interprétations contradictoires, voire erronées. Comme l’adjudicateur en chef l’a fait observer

With 38,000 adjudications and 80,000 applicants, “no one would have imagined that the scheme was going to result in error-free decisions” (transcript, at p. 83).

[186] Both my colleagues Abella J. (at paras. 26-27) and Côté J. (at paras. 139 and 141-48) point to the majority decision at the British Columbia Court of Appeal in *N.N. v. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335, at paras. 83-85, in support of the proposition that courts can intervene to fill in “gaps” where the IRSSA is silent. With great respect, and putting aside his use of the threshold of “exceptional circumstances” (in respect of which I agree with the reasons of Côté J., at para. 140), I prefer the dissenting reasons given in that appeal by Hunter J.A., who stated (at para. 227):

. . . [J]udicial intervention by a supervising judge may occur only in very exceptional circumstances when there has been a failure by the Chief Adjudicator or his designate to apply the terms of the IRSSA or the implementation orders. The purpose of such intervention is not to review the merits of the underlying decision, but rather to ensure that the dispute resolution process agreed upon by the parties is followed.

[187] My colleague Côté J. leans heavily (at paras. 144-46), as did the majority in *N.N.*, on the decision of Perell J. of the Ontario Superior Court of Justice in *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86, as suggesting that settled claims can be reopened on a “case-by-case” basis. But as Hunter J.A. points out (at para. 260 of *N.N.*), Perell J. later acknowledged, in *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 103, at paras. 51 and 170 (CanLII), that “much of what I said about reopening IAP claims was overruled three years later in [*Spanish IRS C.A.*]” and that “judicial recourse is available only where a decision of the Chief Adjudicator or his designate reflects a patent failure to apply the IAP Model.” More particularly, Perell J. acknowledged (at para. 170) that

devant notre Cour, les négociations des parties à la CRRPI ne visaient pas à instaurer un système infail- lible. Avec 38 000 dossiers à traiter et 80 000 deman- deurs, [TRADUCTION] « personne n’a imaginé que ce système produirait des décisions à l’abri de toute erreur » (transcription, p. 83).

[186] Tant mes collègues la juge Abella (par. 26-27) que la juge Côté (par. 139 et 141-148) citent les motifs majoritaires de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *N.N. c. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335, par. 83-85, à l’appui de la proposition suivant laquelle les tribunaux peuvent intervenir pour corriger des « lacunes » lorsque la CRRPI est muette. En toute déférence, mis à part son application du critère préalable des « circonstances exceptionnelles » (à l’égard de laquelle je souscris aux motifs de la juge Côté au par. 140), je préfère les motifs dissidents énoncés dans cet appel par le juge Hunter, qui écri- vait ce qui suit (par. 227) :

[TRADUCTION] . . . Un juge surveillant ne peut intervenir que dans des circonstances très exceptionnelles lorsque l’adjudicateur en chef ou l’adjudicateur en chef désigné n’a pas appliqué les modalités de la CRRPI ou les or- donnances de mise en œuvre. Ce genre d’intervention judiciaire n’a pas pour objet de contrôler le bien-fondé de la décision à l’examen, mais bien de s’assurer que le processus de règlement des différends sur lequel les parties se sont entendues a été suivi.

[187] À l’instar de la majorité dans l’arrêt *N.N.*, la juge Côté table fortement (par. 144-146) sur la déci- sion rendue par le juge Perell, de la Cour supérieure de l’Ontario, dans l’affaire *Fontaine c. Canada (At- torney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86, pour affirmer qu’il est possible de rouvrir « au cas par cas » des réclamations réglées. Mais comme le juge d’appel Hunter le souligne (par. 260 de l’arrêt *N.N.*), le juge Perell a ultérieurement reconnu, dans *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 103, par. 51 et 170 (CanLII), [TRADUCTION] « qu’une grande partie de ce que j’ai dit au sujet de la réouverture des demandes présentées dans le cadre du PÉI a été infirmée trois ans plus tard dans l’arrêt [*PI de Spanish, CA*] » et qu’« il n’est possible d’exercer un recours judiciaire que si la décision de l’adjudicateur

“[s]upervising [j]udges do not have jurisdiction to perform an appellate or error correcting function in respect of IAP decisions.”

[188] It is therefore clear that, by imposing a process to which the parties did not agree (and which — going by what they *did* include in the IRSSA — they would have rejected), my colleague Côté J. is rewriting the IRSSA. Clear textual and contextual direction that she cannot do so is met with invocations of “natural justice” (para. 148) without explaining just how it is implicated here — except to say that denying a remedy to J.W. would result in “clear injustice” such that “this Court must . . . intervene” (para. 166). But I reject the premise that my colleague is remedying “injustice”. Remedying injustice — that is, doing justice — does not mean arriving at the most palatable result. In this case, justice is served by respecting and enforcing the terms of a voluntary agreement between the parties, including the procedural and substantive rules and the jurisdictional boundaries upon which they agreed (*Spanish IRS C.A.*, at para. 63).

II. The Chief Adjudicator’s Concession

[189] I now turn to the concession which my colleague Côté J. seizes upon as grounds for rewriting the parties’ contract. In oral argument, counsel to the Chief Adjudicator noted that the Hearing Adjudicator and review adjudicators interpreted SL1.4 in a manner that contradicted a previous decision made by former Chief Adjudicator Ish. Counsel for the Chief Adjudicator stated that this was “aberrant” — that is, as an error that departed from an accepted interpretation of SL1.4. As I have already canvassed, this leads my colleague to her “gap”, since the Chief Adjudicator has no authority under the IRSSA to provide a remedy for claimants where he discovers an error in the final review (Côté J. Reasons, at para. 163).

en chef ou de l’adjudicateur en chef désigné révèle un défaut évident d’appliquer le modèle du PÉI ». Plus particulièrement, il a reconnu (par. 170) que « les juges surveillants ne peuvent connaître en appel des décisions rendues dans le cadre du PÉI ni corriger les erreurs qu’elles contiennent ».

[188] Il est donc évident qu’en imposant un processus dont les parties n’ont pas convenu (et qu’elles auraient rejeté si l’on se fie à ce qu’elles ont *effectivement* stipulé dans la CRRPI), ma collègue la juge Côté réécrit la CRRPI. Malgré l’interdiction explicite et tacite qui lui est faite de récrire la CRRPI, elle invoque les principes de « justice naturelle » (par. 148), sans expliquer en quoi ces principes entrent en jeu dans le cas qui nous occupe, sauf pour affirmer que refuser d’accorder une réparation à J.W. causerait « une injustice flagrante » telle que « [l]a Cour se doit [. . .] d’intervenir » (par. 166). Je rejette toutefois la prémisse suivant laquelle ma collègue corrige une « injustice ». Corriger une injustice — autrement dit, rendre justice — ne signifie pas qu’il faut en arriver à la solution la plus acceptable. Dans le cas qui nous occupe, justice est rendue en respectant et en faisant exécuter les modalités d’une entente conclue de plein gré par les parties, y compris les règles de procédure et de fond et les limites de compétence sur lesquelles elles se sont entendues (*PI de Spanish, CA*, par. 63).

II. La concession de l’adjudicateur en chef

[189] Je passe maintenant à la concession à laquelle ma collègue la juge Côté s’accroche pour justifier la réécriture du contrat intervenu entre les parties. Lors de l’audition, l’avocat de l’adjudicateur en chef a fait observer que l’adjudicatrice d’audition et les adjudicateurs de révision avaient donné à la catégorie SL1.4 une interprétation qui contredisait une décision antérieure de l’ancien adjudicateur en chef Ish. L’avocat de l’adjudicateur en chef a dit que c’était une erreur « aberrante », c’est-à-dire une erreur qui s’écarte de l’interprétation acceptée de la catégorie SL1.4. Comme je l’ai déjà dit, il s’agit de la « lacune » que ma collègue a constatée en expliquant que la CRRPI ne permettait pas à l’adjudicateur en chef d’accorder une réparation au demandeur lorsqu’il découvre une erreur dans la révision finale (motifs de la juge Côté, par. 163).

[190] I observe, preliminarily, that the Chief Adjudicator is not a party to the IRSSA, but rather a creation of it (Sch. D, art. III(s)). Any concession on his part as to the scope of his authority is therefore of limited value to a judicial determination of what *the parties* intended that power to be.

[191] Further, and as I have already recounted, the Chief Adjudicator *does* have authority to respond to incorrect interpretations of the IAP by exercise of his final review authority. I grant that he did not catch the error here, because his designates failed to notice the Hearing Adjudicator’s erroneous interpretation of SL1.4. What this signifies, however, is *not* that the denial of compensation to J.W. was the upshot of any “gap” or “break-down” in the agreement which required judicial recourse so as to reopen the claim (Côté J. Reasons, at paras. 161-62), but that it resulted from the Chief Adjudicator failing to properly discharge his final review obligations under the IRSSA.

[192] That this is so is made plain by the Chief Adjudicator’s submission before this Court that the courts *could not* provide a remedy in this case, despite the aberrant interpretation of the IAP:

Mr. Arvay, Q.C.: . . . We reject that approach. We reject any approach that will allow a supervising court to set aside a decision of an adjudicator when the point of disagreement is on a matter of interpretation of a provision in the IAP. That doesn’t constitute exceptional circumstances that warrants judicial recourse. And I agree with Justice Rowe that that is actually a rather question begging sort of statement.

But we [will] seize on the idea that this judicial recourse should be rare and it should really be limited to cases where, in the words of the Manitoba court of Appeal, there wasn’t even a consideration of the terms. Not that there was a bad interpretation or an unreasonable interpretation, or so unreasonable interpretation, or patent

[190] Je tiens d’entrée de jeu à faire observer que l’adjudicateur en chef n’est pas une des parties à la CRRPI, mais qu’il en est une créature (ann. D, art. III(s)). Toute concession qu’il pourrait faire sur l’étendue de ses pouvoirs n’a donc qu’une valeur limitée lorsqu’un tribunal est appelé à se prononcer sur l’intention qu’avaient *les parties* relativement à ses pouvoirs.

[191] En outre, comme je l’ai déjà mentionné, l’adjudicateur en chef *a* compétence pour réagir à des interprétations erronées du PÉI en exerçant son pouvoir de révision finale. Je reconnais qu’il n’a pas relevé l’erreur ici, car les adjudicateurs qu’il avait désignés n’ont pas constaté l’interprétation erronée donnée par l’adjudicatrice d’audition à la catégorie SL1.4. Ce que cela signifie, toutefois, ce *n’est pas* que le refus d’indemniser J.W. découle d’une « lacune » ou « enrayement » dans la convention en raison de laquelle il était nécessaire de recourir aux tribunaux pour faire rouvrir la demande (motifs de la juge Côté, par. 161-162), mais qu’il résulte du défaut de l’adjudicateur en chef de s’acquitter correctement de ses obligations de révision finale prévues dans la CRRPI.

[192] C’est ce qui ressort de l’argument avancé par l’adjudicateur en chef devant notre Cour suivant lequel les tribunaux *ne pouvaient pas* accorder de réparation en l’espèce malgré l’interprétation aberrante du PÉI :

[TRADUCTION]

M^e Arvay, c.r. : . . . Nous rejetons cette approche. Nous rejetons toute approche qui permettrait à un tribunal de surveillance d’annuler la décision d’un adjudicateur lorsque le désaccord porte sur une question d’interprétation d’une disposition du PÉI. Cela ne constitue pas une des circonstances exceptionnelles justifiant un recours judiciaire. Et je suis d’accord avec le juge Rowe pour dire qu’il s’agit en fait d’une question qui mérite d’être posée.

Nous sommes également d’accord pour dire que ce type de recours judiciaire ne devrait être exercé que rarement et qu’il devrait en réalité être limité aux cas où, pour reprendre les propos de la Cour d’appel du Manitoba, on n’a même pas tenu compte des dispositions de la convention. Non pas qu’il y ait eu une mauvaise interprétation ou une

disregard interpretation, it's just that there was no consideration. . . . [Emphasis added; pp. 80-81.]

[193] I recognize that, in response to questions from the hearing panel, the Chief Adjudicator went further. The exchange proceeded as follows:

Mr. Justice Moldaver: Why are you taking such a technical position on that when you say if it's fresh evidence, you know, we can go back to the court, even though the proceedings are complete. But if it's a fresh view and a right view of the interpretation that would have allowed this man to get his claim off the ground you can't do it.

Mr. Arvay, Q.C.: Okay.

Mr. Justice Moldaver: Really, with respect, that's an absurd position.

Mr. Arvay, Q.C.: Okay. So then maybe I'm wrong. Maybe I'm wrong. Maybe that would allow -- that might be allowed, I don't know. That hasn't been done.

...

Mr. Justice Moldaver: -- and now you are saying nothing can be done. You just backed off of that a little bit and said, "Well, maybe something can be done", which would be going back to the Supervising Judge to get an order, I suppose, to reopen this case.

Are you going to concede that that would be a reasonable solution to the problem?

Mr. Arvay, Q.C.: Well, you can tell I seem to be of mixed minds on it.

My first impression, my first reaction was that that just seems to bring back the reasonable interpretation. I take your point, it might be different. It might be different.

...

interprétation déraisonnable, ni même une interprétation totalement déraisonnable ou une interprétation témoignant d'une négligence flagrante; on n'a tout simplement pas tenu compte des modalités de la convention. . . . [Je souligne; p. 80-81.]

[193] Je constate qu'en réponse aux questions du tribunal, l'adjudicateur en chef est allé plus loin. Voici la teneur de cet échange :

[TRADUCTION]

Le juge Moldaver : Pourquoi adoptez-vous une position aussi technique à ce sujet quand vous dites que, s'il s'agit de nouveaux éléments de preuve, on peut revenir devant le tribunal, même si la procédure est terminée, alors que si c'est un point de vue nouveau et une vision juste de l'interprétation qui aurait permis à l'intéressé de faire valoir ses droits, on ne peut pas le faire.

M^e Arvay, c.r. : D'accord.

Le juge Moldaver : Vraiment, avec tout le respect que je vous dois, c'est une position absurde.

M^e Arvay, c.r. : D'accord. J'ai peut-être tort alors. Je me trompe peut-être. Peut-être que cela permettrait -- cela pourrait être permis, je ne sais pas. Cela n'a pas été fait.

...

Le juge Moldaver : -- et maintenant vous dites qu'on ne peut rien faire. Vous avez seulement fait un peu marche arrière et vous dites : « Eh bien, peut-être qu'on peut faire quelque chose », ce qui reviendrait à demander au juge surveillant de rendre une ordonnance, je suppose, pour rouvrir l'affaire.

Êtes-vous prêt à admettre que ce serait une solution raisonnable au problème?

M^e Arvay, c.r. : Eh bien, comme vous pouvez le voir, mon opinion est plutôt mitigée à ce sujet.

Ma première impression, ma première réaction était qu'on ramenait simplement l'interprétation du caractère raisonnable. Je vois ce que vous voulez dire, c'est peut-être différent. C'est peut-être autre chose.

...

Mr. Justice Moldaver: . . . If as a result of working [the interpretative problems] out [within the four corners of the agreement] we reach -- we have a hiatus, we have a gap, we have an inability to do justice in a particular case --

Mr. Arvay, Q.C.: Yes.

Mr. Justice Moldaver: -- then you should be able to go to the court to fill that gap.

Mr. Arvay, Q.C.: I agree. [Emphasis added; pp. 87-89 and 92.]

[194] In short, the Chief Adjudicator acknowledged that “maybe [he is] wrong”, and that he was “of mixed minds”. He also agreed that *where there is a “gap”*, a court might fill it. As to that last proposition, and subject to what I have said about doing so in accordance with the parties’ intentions, I agree. But the Chief Adjudicator did *not* clearly agree that such a gap existed *here*. And, when asked about whether a court could reopen J.W.’s claim to correct the Hearing Adjudicator’s interpretation of SL1.4, the Chief Adjudicator replied that, although such a result might be possible, he was unsure if it was allowed on the terms of the IRSSA.

[195] If this exchange could tenably be said to have left open the possibility of a gap, such possibility was closed immediately thereafter when the Chief Adjudicator appeared to *recoil* from that very suggestion in responding to the next line of questioning from the hearing panel:

Mr. Justice Rowe: . . . [T]he circumstances which we are now faced with in this case may constitute exceptional circumstances such that a supervising judge could deal with a highly problematic -- a fundamentally troubling application of the agreement that warrants reconsideration, but the only means to bring it back before an adjudicator is through the intervention of a supervising judge?

Le juge Moldaver : . . . Si, après avoir résolu [les problèmes d’interprétation] [en respectant les limites établies par la Convention], on constate qu’il y a un hiatus, une lacune, il est alors impossible de rendre justice dans ce cas particulier --

M^e Arvay, c.r. : Oui.

Le juge Moldaver : -- vous devriez alors pouvoir vous adresser au tribunal pour combler cette lacune.

M^e Arvay, c.r. : Je suis d’accord. [Je souligne; p. 87-89 et 92.]

[194] En résumé, l’adjudicateur en chef a admis qu’il avait [TRADUCTION] « peut-être tort » et que son « opinion [était] plutôt mitigée ». Il a également convenu que, *lorsqu’il y a une « lacune »*, le tribunal est peut-être en mesure de la combler. Sur ce dernier point, sous réserve de ce que j’ai déjà dit au sujet du respect de la volonté des parties, j’abonde dans son sens. Mais l’adjudicateur en chef *n’a pas* clairement convenu qu’une telle lacune existait *en l’espèce*. Lorsqu’on lui a demandé si un tribunal pouvait rouvrir la demande de J.W. pour rectifier l’interprétation que l’adjudicatrice d’audition avait donnée de la catégorie SL1.4, l’adjudicateur en chef a répondu que, même si ce résultat était envisageable, il n’était pas certain que les modalités de la CRRPI le permettaient.

[195] Si l’on peut défendre l’idée que cet échange n’exclut pas la possibilité qu’il existe une lacune, cette possibilité a été écartée immédiatement après, lorsque l’adjudicateur en chef a semblé *prendre ses distances* par rapport à cette suggestion en répondant à la série de questions suivantes de la Cour :

[TRADUCTION]

Le juge Rowe : . . . [L]es circonstances devant lesquelles nous nous trouvons en l’espèce peuvent constituer des circonstances exceptionnelles telles qu’un juge surveillant pourrait être confronté à une application très problématique -- une application fondamentalement troublante de la convention qui justifie un réexamen, mais demander l’intervention d’un juge surveillant est-elle le seul moyen de soumettre de nouveau la demande à un adjudicateur?

Mr. Arvay, Q.C.: But the difference between what I think you are positing is -- that's not what happened here, right. What I think you are positing is what Justice Moldaver is saying maybe should have happened, which is that there should have been an RFD brought by the Chief Adjudicator or somebody else bringing to the attention of the court that there was, you know, this . . .

So so I think that's not what happened. What Justice Edmond did, he just re-interpreted himself, he didn't rely on Mr. Ish's decision.

Mr. Justice Rowe: So therefore you disagree with his general approach, which is substituting his view, although you seem to be saying that it would be -- it would serve the ends of justice if this matter were to be sent back for re-adjudication.

Mr. Arvay, Q.C.: Well, I don't know if I would go that far. As Justice Sharpe says, you know, justice in this particular case is following the processes, the boundaries, the terms of this agreement.

Mr. Justice Brown: So we have to go back -- just to be clear, we are back to the bright line then?

Mr. Arvay, Q.C.: We are back to the bright line then. [Emphasis added; pp. 94-95.]

III. Conclusion

[196] My colleague Côté J. has simply gone too far, with too little. A concession by the Chief Adjudicator that J.W.'s claim was wrongly decided does not support a judicial rewrite of the terms of a complex settlement agreement reflecting the common intentions of the parties, particularly where his concession accompanies a submission that that the IRSSA does not allow for judicial recourse in such circumstances. I appreciate that the plainly incorrect interpretation of SL1.4 adopted by the Hearing Adjudicator and (somehow) affirmed by two review adjudicators is difficult to let pass, but that is the result compelled by law, even if it obliges us to avert our nostrils (*Spencer v. Continental Insurance Co.*, [1945] 4 D.L.R. 593, at p. 609, per Wilson J. (as he then was)).

M^e Arvay, c.r. : Mais la différence entre ce que je pense que vous postulez est -- ce n'est pas ce qui s'est passé ici, n'est-ce pas? Ce que je pense que vous postulez, c'est ce que le juge Moldaver dit qu'il aurait peut-être dû se produire, c'est-à-dire que l'adjudicateur en chef ou quelqu'un d'autre aurait dû soumettre une demande de directives au tribunal. . .

Je ne pense pas que c'est ce qui a été fait ici. Le juge Edmond s'est contenté de réinterpréter lui-même la convention; il ne s'est pas fondé sur la décision de M. Ish.

Le juge Rowe : Par conséquent, vous n'êtes pas d'accord avec son approche générale, qui consiste à proposer son interprétation à la place de celle de l'adjudicateur, même si vous semblez dire que ce serait -- cela servirait les fins de la justice si l'affaire était renvoyée pour nouvel examen.

M^e Arvay, c.r. : Je ne sais pas si j'irais aussi loin. Comme le juge Sharpe l'a dit, vous savez, dans ce cas particulier, la justice respecte le processus, les limites et les modalités de cette convention.

Le juge Brown : Il faut donc revenir -- juste pour être sûr qu'on se comprend bien, il faut donc respecter rigoureusement le processus établi?

M^e Arvay, c.r. : Oui, il faut respecter le processus qui a été établi. [Je souligne; p. 94-95.]

III. Conclusion

[196] Ma collègue la juge Côté est tout simplement allée trop loin, avec trop peu. La concession de l'adjudicateur en chef selon laquelle il a été mal statué sur la demande de J.W. ne justifie pas un tribunal de récrire les modalités d'une convention de règlement complexe qui exprimait l'intention commune des parties, surtout lorsque sa concession accompagne l'argument que la CRRPI n'autorise pas le recours aux tribunaux en pareilles circonstances. J'admets qu'il est difficile de s'abstenir d'intervenir pour corriger l'interprétation manifestement erronée de la catégorie SL1.4 qu'a retenue l'adjudicatrice d'audition et qui a été — sans qu'on sache trop comment — confirmée par deux adjudicateurs de révision, mais c'est le résultat que la loi commande, même si nous sommes contraints de le faire à contrecœur (*Spencer c. Continental Insurance Co.*, [1945] 4 D.L.R. 593, p. 609, le juge Wilson (plus tard juge en chef de la Colombie-Britannique)).

APPENDIX

CEP	Common Experience Payment
IAP	Independent Assessment Process
IRS	Indian Residential School
IRSSA	Indian Residential Schools Settlement Agreement
NAC	National Administration Committee
RFD	Request for Direction
TRC	Truth and Reconciliation Commission

Appeal allowed with costs, BROWN and ROWE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Olschewski Davie, Winnipeg.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitors for the respondent the Chief Adjudicator of the Indian Residential Schools Adjudication Secretariat: Arvay Finlay, Vancouver; Susan E. Ross Law Corporation, Victoria.

Solicitor for the respondent the Assembly of First Nations: Assembly of First Nations, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Independent Counsel: Dionne Schulze, Montréal.

Solicitors for the intervener K.B.: Donovan & Company, Vancouver.

ANNEXE

CAN	Comité d'administration national
CRRPI	Convention de règlement relative aux pensionnats indiens
CVR	Commission de vérité et de réconciliation
PEC	Paiement d'expérience commune
PÉI	Processus d'évaluation indépendant
PI	Pensionnat indien

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges BROWN et ROWE sont dissidents.

Procureurs des appelants : Olschewski Davie, Winnipeg.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureurs de l'intimé l'Adjudicateur en chef, Secrétariat d'adjudication des pensionnats indiens : Arvay Finlay, Vancouver; Susan E. Ross Law Corporation, Victoria.

Procureur de l'intimée l'Assemblée des Premières Nations : Assemblée des Premières Nations, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Avocats indépendants : Dionne Schulze, Montréal.

Procureurs de l'intervenant K.B. : Donovan & Company, Vancouver.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rqs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rqs@scc-csc.ca