



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 1, 2020 Vol. 2**

**1<sup>er</sup> cahier, 2020 Vol. 2**

Cited as [2020] 2 S.C.R. 3-281

Renvoi [2020] 2 R.C.S. 3-281

---

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

ÉLOÏSE BENOIT  
AUDREY-ANNE BERGERON  
VALERIE DESJARLAIS  
ANNE DES ORMEAUX  
ANDRÉ GOLDENBERG  
LEE ANN GORMAN

LAUREN KOSHURBA  
KAREN LEVASSEUR  
CRAIG MRACEK  
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

AUDRA POIRIER  
MARIE RODRIGUE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques  
MARYAM ARZANI SUZANNE AUDET  
CHARLOTTE LAFONTAINE-DESPRÉS GENEVIÈVE MARTIN-LAFLEUR

Administrative Assistants / Adjoints administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ KATHIA SÉGUIN

*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, 2020**

**2<sup>e</sup> volume, 2020**



## CONTENTS

### **R. v. Zora ..... 3**

Criminal law — Failure to comply with conditions of undertaking or recognizance — Elements of offence — Mens rea — Accused convicted of failure to comply with conditions of undertaking or recognizance after failing to answer door when police attended his residence — Whether mens rea for offence of failure to comply with conditions of undertaking or recognizance is to be assessed on subjective or objective standard — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 145(3).

### **Toronto-Dominion Bank v. Young ..... 90**

Hypothecs — Exercise of hypothecary rights — Taking in payment — Prescription — Loans to debtor secured by first hypothec in favour of bank and by second hypothec in favour of two individuals — Debtor defaulting on payments to individuals, and individuals taking immovable in payment subject to first hypothec — Debtor defaulting on payments to bank — Bank filing and serving motion for forced surrender and taking in payment against individuals only — Superior Court hearing motion more than three years after it was filed — Individuals arguing that bank's claim against debtor had been extinguished by virtue of three-year prescription, with result that hypothec securing claim had been extinguished and that motion had to be dismissed — Superior Court finding that failure to serve motion on debtor was not fatal, that bank had instituted its action in timely manner and that delay between filing of motion and judgment could not be attributed to it — Court of Appeal setting aside Superior Court's judgment — Bringing of hypothecary action against person who holds immovable but is not debtor of personal obligation does not interrupt prescription of obligation, which continues to run during proceeding — On date of Superior Court's judgment, secured claim was prescribed and hypothecary action was barred because obligation secured by hypothec had been extinguished — Bank's hypothecary action dismissed.

### **Uber Technologies Inc. v. Heller ..... 118**

Contracts — Contracts of adhesion — Arbitration clause — Validity — Unconscionability — Mandatory clause in standard form contract between driver and multinational corporation requiring that disputes be submitted to arbitration in the Netherlands and imposing substantial up-front costs for arbitration proceedings — Driver commencing

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **R. c. Zora ..... 3**

Droit criminel — Omission de se conformer aux conditions d'une promesse ou d'un engagement — Éléments de l'infraction — Mens rea — Prévenu déclaré coupable d'omission de se conformer aux conditions d'une promesse ou d'un engagement après avoir omis de répondre à la porte lorsque la police s'est rendue à sa résidence — La mens rea pour l'infraction d'omission de se conformer aux conditions d'une promesse ou d'un engagement doit-elle être évaluée en fonction d'une norme subjective ou objective? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 145(3).

### **Banque Toronto-Dominion c. Young ..... 90**

Hypothèques — Exercice des droits hypothécaires — Prise en paiement — Prescription — Prêts à la débitrice garantis par une hypothèque de premier rang en faveur de la banque et par une hypothèque de deuxième rang en faveur de deux particuliers — Défaut de paiement de la débitrice à l'égard des particuliers et immeuble pris en paiement par ceux-ci à charge de l'hypothèque de premier rang — Défaut de paiement de la débitrice à l'égard de la banque — Dépôt et signification par la banque d'une requête en délaissement forcé et en prise en paiement contre les particuliers seulement — Requête entendue par la Cour supérieure plus de trois ans après son dépôt — Prétention des particuliers selon laquelle la créance de la banque contre la débitrice est éteinte par l'effet de la prescription triennale, ce qui entraîne l'extinction de l'hypothèque qui la garantit et doit également entraîner le rejet de la requête — Conclusion de la Cour supérieure portant que le défaut de signification de la requête à la débitrice n'est pas fatal, que la banque a institué son recours en temps utile et que le délai entre le dépôt de la requête et le jugement ne lui est pas imputable — Jugement de la Cour supérieure infirmé par la Cour d'appel — L'institution du recours hypothécaire contre celui qui détient l'immeuble mais qui n'est pas débiteur de l'obligation personnelle n'interrompt pas la prescription de celle-ci, qui continue de courir pendant l'instance — À la date du jugement de la Cour supérieure, la créance garantie était prescrite et le recours hypothécaire était irrecevable puisque l'obligation garantie par l'hypothèque était éteinte — Recours hypothécaire de la banque rejeté.

### **Uber Technologies Inc. c. Heller ..... 118**

Contrats — Contrats d'adhésion — Clause d'arbitrage — Validité — Iniquité — Clause impérative d'un contrat type, conclu entre un chauffeur et une entreprise multinationale, prescrivant le recours à l'arbitrage aux Pays-Bas pour régler leurs différends et imposant le paiement initial de frais importants pour entamer les procédures

*Suite à la page suivante*

**CONTENTS** (Concluded)

action in Ontario court against corporation — Corporation seeking stay of proceedings based on arbitration clause — Whether action should be stayed — Whether validity of arbitration agreement should be decided by court or arbitrator — Whether arbitration agreement unconscionable — Arbitration Act, 1991, S.O. 1991, c. 17, s. 7(2).

**SOMMAIRE** (Fin)

d'arbitrage — Recours intenté par le chauffeur contre l'entreprise devant une cour de l'Ontario — Sursis de l'instance sollicité par l'entreprise sur le fondement de la clause d'arbitrage — Faut-il surseoir à l'instance? — Qui de la cour ou de l'arbitre devrait statuer sur la validité de la convention d'arbitrage? — La convention d'arbitrage est-elle inique? — Loi de 1991 sur l'arbitrage, L.O. 1991, c. 17, art. 7(2).





**Chaycen Michael Zora** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,  
Attorney General of British Columbia,  
Criminal Lawyers' Association of Ontario,  
Vancouver Area Network of Drug Users,  
British Columbia Civil Liberties Association,  
Canadian Civil Liberties Association,  
Independent Criminal Defence Advocacy  
Society, Pivot Legal Society and  
Association québécoise des avocats et avocates  
de la défense** *Intervenors*

**INDEXED AS: R. v. ZORA**

**2020 SCC 14**

File No.: 38540.

2019: December 4; 2020; June 18.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Criminal law — Failure to comply with conditions of undertaking or recognizance — Elements of offence — Mens rea — Accused convicted of failure to comply with conditions of undertaking or recognizance after failing to answer door when police attended his residence — Whether mens rea for offence of failure to comply with conditions of undertaking or recognizance is to be assessed on subjective or objective standard — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 145(3).*

Z was charged with drug offences and was granted bail with conditions, including a curfew and a requirement that he present himself at the door of his residence within five minutes of a peace officer or bail supervisor attending to

**Chaycen Michael Zora** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
procureur général de la Colombie-  
Britannique,  
Criminal Lawyers' Association of Ontario,  
Vancouver Area Network of Drug Users,  
British Columbia Civil Liberties Association,  
Association canadienne des libertés civiles,  
Independent Criminal Defence Advocacy  
Society, Pivot Legal Society et  
Association québécoise des avocats et avocates  
de la défense** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. ZORA**

**2020 CSC 14**

N° du greffe : 38540.

2019 : 4 décembre; 2020 : 18 juin.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

*Droit criminel — Omission de se conformer aux conditions d'une promesse ou d'un engagement — Éléments de l'infraction — Mens rea — Prévenu déclaré coupable d'omission de se conformer aux conditions d'une promesse ou d'un engagement après avoir omis de répondre à la porte lorsque la police s'est rendue à sa résidence — La mens rea pour l'infraction d'omission de se conformer aux conditions d'une promesse ou d'un engagement doit-elle être évaluée en fonction d'une norme subjective ou objective? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 145(3).*

Z a été accusé d'infractions relatives aux drogues et a obtenu une mise en liberté sous conditions, notamment un couvre-feu et l'exigence de se présenter à la porte de sa résidence dans un délai de cinq minutes lorsque la police

confirm his compliance with his curfew. Z twice failed to present himself at his door when police attended, and was charged under s. 145(3) of the *Criminal Code* with two counts of breaching his curfew and two counts of breaching his condition to answer the door. Z led evidence that he was in his bedroom where it would have been difficult, if not impossible, to hear the doorbell or someone knocking on the door. The trial judge acquitted Z on the alleged curfew violations but convicted Z on the two counts of failing to appear at the door. A summary conviction appeal judge dismissed Z's appeal, concluding that objective *mens rea* is sufficient for a conviction under s. 145(3) and that Z's behaviour was a marked departure from what a reasonable person would do to ensure they complied with their bail conditions. The Court of Appeal dismissed Z's appeal. A majority of the court concluded that s. 145(3) created a duty-based offence that only requires an objective *mens rea*.

*Held:* The appeal should be allowed, Z's convictions quashed and a new trial ordered on the two counts of failing to attend at the door.

Under s. 145(3) of the *Criminal Code*, the Crown is required to prove subjective *mens rea*. The Crown must establish that the accused breached a condition of an undertaking, recognizance or order knowingly or recklessly. Accordingly, a new trial is required on the two counts charging Z with failing to attend at the door of his residence, in light of the lower courts' error of applying an objective standard of fault.

The default form of bail for most crimes is release on an undertaking to attend trial, without any other conditions. Bail conditions can be imposed, but only if they are clearly articulated, minimal in number, necessary, reasonable, the least onerous in the circumstances, and sufficiently linked to the accused's risks regarding the statutory grounds for detention in s. 515(10): securing the accused's attendance in court, ensuring the protection or safety of the public, or maintaining confidence in the administration of justice. The setting of bail conditions must be consistent with the presumption of innocence and the right not to be denied reasonable bail without just cause under s. 11(e) of the

ou une personne en charge de la surveillance de sa liberté sous caution se présente pour confirmer qu'il respecte le couvre-feu. À deux reprises, Z ne s'est pas présenté à sa porte lorsque la police s'est rendue à sa résidence, et il a été inculpé en vertu du par. 145(3) du *Code criminel* de deux chefs d'accusation pour ne pas avoir respecté son couvre-feu et de deux chefs relatifs au manquement à sa condition de répondre à la porte. Z a présenté une preuve démontrant qu'il était dans sa chambre à coucher et qu'il lui aurait été difficile, voire impossible, d'entendre quelqu'un sonner ou frapper à la porte d'entrée. Le juge du procès a acquitté Z relativement aux allégations de violation du couvre-feu mais l'a déclaré coupable des deux chefs d'accusation d'omission de se présenter à la porte. Le juge d'appel des poursuites sommaires a rejeté l'appel de Z et conclu qu'une *mens rea* objective était suffisante pour une déclaration de culpabilité en vertu du par. 145(3) et que son comportement constituait un écart marqué par rapport à ce qu'une personne raisonnable aurait fait pour s'assurer qu'elle respectait ses conditions de mise en liberté sous caution. La Cour d'appel a rejeté l'appel de Z. Les juges majoritaires de la cour ont conclu que le par. 145(3) créait une infraction fondée sur une obligation qui nécessitait seulement une *mens rea* objective.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli, les déclarations de culpabilité de Z sont annulées et la tenue d'un nouveau procès sur les deux chefs relatifs à l'omission de répondre à la porte est ordonnée.

En vertu du par. 145(3) du *Code criminel*, la Couronne est tenue de prouver la *mens rea* subjective. Elle doit établir que la personne prévenue a commis un manquement à une condition d'une promesse, d'un engagement ou d'une ordonnance sciemment ou par insouciance. En conséquence, la tenue d'un nouveau procès est nécessaire concernant les deux chefs accusant Z d'avoir omis de répondre à la porte de sa résidence, en raison de l'erreur commise par les tribunaux d'instance inférieure, qui ont appliqué une norme de faute objective.

Pour la plupart des crimes, la forme de mise en liberté par défaut est la libération de la personne prévenue sur promesse d'être présente au procès, sans autres conditions. Des conditions de mise en liberté sous caution peuvent être imposées, mais seulement si elles sont clairement énoncées, les moins nombreuses possible, nécessaires, raisonnables, les moins sévères possible dans les circonstances et suffisamment liées aux risques que pose la personne prévenue au regard des motifs de détention prévus au par. 515(10) : assurer la présence de la personne prévenue au tribunal, assurer la protection ou la sécurité du public ou ne pas miner la confiance du public envers l'administration

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In addition, s. 515 of the *Criminal Code* codifies the ladder principle, which requires that the form of release and the conditions of release imposed on an accused be no more onerous than necessary to address the risks listed in s. 515(10). Only conditions specifically tailored to the individual circumstances of the accused can meet the required criteria. Bail conditions are intended to be particularized standards of behavior designed to curtail statutorily identified risks posed by a particular person and are to be imposed with restraint. Restraint is required because bail conditions limit the liberty of someone who is presumed innocent of the underlying offence and, through the offence in s. 145(3), create new sources of potential criminal liability personal to that individual accused.

Section 145(3) of the *Criminal Code* creates a hybrid offence that applies to breaches of conditions imposed on an accused by a court order when the accused person is released prior to trial, while awaiting sentencing, or during an appeal. It is a crime against the administration of justice and carries a maximum penalty of two years' imprisonment. Accused persons may therefore be subject to imprisonment under s. 145(3) if they breach a condition of their bail, even if they are never ultimately convicted of any crimes for which they were initially charged. In many cases, an accused person faces criminal sanctions for conduct which, but for the stipulated bail condition, would be a lawful exercise of personal freedom. Accordingly, the fault element under s. 145(3) has far-reaching implications for civil liberties and the fair and efficient functioning of bail in this country, and there is a direct link between what conditions may be imposed in a bail order and Parliament's intent in criminalizing their breach under s. 145(3).

Determining the *mens rea* of s. 145(3) involves discerning the fault standard intended by Parliament. The presumption is that Parliament intends crimes to have a subjective fault element unless there is a clear legislative

de la justice. La détermination des conditions de mise en liberté sous caution doit être conforme à la présomption d'innocence et au droit de ne pas se voir privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable garanti par l'al. 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. De plus, l'art. 515 du *Code criminel* codifie le principe de l'échelle, selon lequel la forme de mise en liberté et les conditions de celle-ci imposées à la personne prévenue ne doivent pas être plus sévères que ce qui est nécessaire pour répondre aux risques énumérés au par. 515(10). Seules les conditions qui sont expressément adaptées à la situation personnelle de la personne prévenue peuvent satisfaire aux critères exigés. Les conditions de mise en liberté sous caution se veulent donc des normes de comportement particularisées conçues pour limiter les risques énoncés dans la loi que pose une personne en particulier et doivent être imposées avec retenue. La retenue est nécessaire parce que les conditions de mise en liberté sous caution restreignent la liberté d'une personne présumée innocente de l'infraction sous-jacente et, par l'infraction prévue au par. 145(3), créent de nouvelles sources de responsabilité criminelle éventuelle propre à la personne prévenue visée.

Le paragraphe 145(3) du *Code criminel* prévoit une infraction mixte qui s'applique aux manquements à des conditions imposées à une personne prévenue dans une ordonnance judiciaire lorsque celle-ci est en liberté avant le procès, en attendant la détermination de la peine ou pendant un appel. Il s'agit d'un crime contre l'administration de la justice qui entraîne une peine maximale de deux ans d'emprisonnement. Toute personne prévenue est par conséquent passible d'un emprisonnement en vertu du par. 145(3) si elle manque à une condition de sa mise en liberté sous caution, même si en fin de compte elle n'est déclarée coupable d'aucun crime pour lequel elle était initialement accusée. Dans bien des cas, la personne prévenue s'expose à des sanctions pénales pour une conduite qui, n'eût été la condition de sa mise en liberté sous caution imposée, constituerait un exercice légal de sa liberté personnelle. Par conséquent, l'élément de faute qu'exige le par. 145(3) a des conséquences d'une portée considérable sur les libertés civiles et le fonctionnement équitable et efficace de la mise en liberté sous caution dans notre pays, et il existe un lien direct entre les conditions qui peuvent être imposées dans une ordonnance de mise en liberté sous caution et l'intention législative de criminaliser le manquement à celles-ci aux termes du par. 145(3).

Afin de déterminer la *mens rea* qu'exige le par. 145(3), il faut dégager la norme de faute que voulait le Parlement. La présomption est que le Parlement veut qu'un crime s'accompagne d'une faute subjective à moins qu'il existe

intention to overturn the presumption. If the offence in the *Criminal Code* is ambiguous as to the *mens rea*, then the presumption has not been displaced. The text and context of s. 145(3) suggest that Parliament intended for subjective fault to apply. The wording in s. 145(3) is neutral insofar as it does not show a clear intention on the part of Parliament with regard to either the subjective or objective *mens rea*. The absence of express words indicating a subjective intent cannot on its own displace the presumption of subjective *mens rea*. Furthermore, nothing establishes a clear intention to create a duty-based offence which calls for an objective *mens rea*. Duty-based offences are directed at legal duties very different from the obligation to comply with the conditions of a judicial order. And, unlike these duty-based offences, bail conditions do not impose a minimum uniform standard of conduct having regard to societal interests rather than personal standards of conduct. Parliament legislated a bail system based upon an individualized process and the bail order is expected to list personalized and precise standards of behaviour. As a result, there is no need to resort to a uniform societal standard to make sense of what standard of care is expected of an accused in fulfilling their bail conditions and no need to consider what a reasonable person would have done in the circumstances to understand the obligation imposed by s. 145(3). In addition, the highly individualized nature of bail conditions excludes the possibility of a uniform societal standard of conduct applicable to all potential failure to comply offences. Bail conditions and the risks they address also vary dramatically among individuals on release, so it is not intelligible to refer to the concepts of a “marked” or “mere” departure from the standard of a reasonable person. The offence under s. 145(3) is not comparable to other objective fault offences, and reasonable bail cannot be compared to a regulated activity that is entered into voluntarily. Further, the offence of failure to comply with bail conditions is similar to the offence of breach of probation for which a subjective *mens rea* is required.

une intention claire de la part du Parlement d’écarter la présomption. S’il existe une ambiguïté quant à la *mens rea* requise pour une infraction criminelle prévue dans le *Code criminel*, alors la présomption n’a pas été écartée. Le texte et le contexte du par. 145(3) laissent entendre que le Parlement voulait que la norme de la faute subjective s’applique. Le texte du par. 145(3) est neutre en ce sens qu’il n’indique pas une intention claire de la part du Parlement à l’égard d’une *mens rea* subjective ou objective. L’absence de mots exprès indiquant une intention subjective ne suffit pas, à elle seule, à écarter la présomption de *mens rea* subjective. De plus, rien n’établit une intention claire de créer une infraction fondée sur une obligation qui appelle une *mens rea* objective. Les infractions fondées sur des obligations se rapportent à des obligations légales très différentes de celle de se conformer aux conditions d’une ordonnance judiciaire. De plus, contrairement à ces infractions fondées sur des obligations, les conditions de mise en liberté sous caution n’imposent pas une norme de conduite minimale uniforme en fonction d’intérêts de la société plutôt que des normes de conduite personnelles. Le Parlement a adopté un système de mise en liberté sous caution basé sur un processus individualisé et l’ordonnance de mise en liberté sous caution devrait énumérer des normes de conduite personnalisées et précises. Par conséquent, il n’est pas nécessaire de recourir à une norme sociale uniforme pour bien comprendre à quelle norme de diligence on s’attend que se conforme la personne prévenue dans le cadre du respect des conditions de sa mise en liberté sous caution, et il n’est pas nécessaire d’examiner ce qu’une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances pour comprendre l’obligation imposée par le par. 145(3). De plus, la nature hautement individualisée des conditions de mise en liberté sous caution exclut la possibilité d’une norme sociale uniforme de conduite qui serait applicable à toutes les éventuelles infractions d’omission de se conformer à une condition. Les conditions de mise en liberté sous caution et les risques auxquels elles répondent varient aussi énormément parmi les individus faisant l’objet d’une mise en liberté, de sorte qu’il n’est pas sensé de renvoyer aux concepts d’écart « marqué » ou « simple » par rapport à la norme de la personne raisonnable. L’infraction prévue au par. 145(3) n’est pas comparable aux autres infractions dont la perpétration suppose une faute objective, et la mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable ne peut être comparée à une activité réglementée que l’on entreprend volontairement. D’ailleurs, l’infraction d’omission de se conformer aux conditions de mise en liberté sous caution est similaire à celle du défaut de se conformer à une ordonnance de probation pour laquelle une *mens rea* subjective est requise.

A subjective fault requirement is consistent with the penalties and consequences which flow from conviction under s. 145(3). A conviction has profound implications for the liberty interests of the offender, including imprisonment even if the offender is acquitted of the underlying charge or further conditions imposed as part of a sentence. A conviction under s. 145(3) creates or adds to that person's criminal record. Being charged under s. 145(3) also places a reverse onus on accused persons to show why they should be released on bail again. Previous convictions under s. 145(3) inform bail hearings for future offences and may lead to the denial of bail or more stringent bail conditions for future unrelated offences. Breach charges often accumulate quickly, leading to a vicious cycle of increasingly numerous and onerous conditions, more breach charges and eventually pre-trial detention. These serious consequences presuppose that the person knowingly, rather than inadvertently, breached their bail condition.

Parliament's intention to require subjective fault is further demonstrated by the distinct purpose of s. 145(3), being to punish and deter those who knowingly or recklessly breach their bail conditions. Parliament did not intend for criminal sanctions to be the primary means of managing any risks or concerns associated with individuals released with bail conditions. Such risks or concerns are to be managed through the setting of conditions that are minimal, reasonable, necessary, least onerous, and sufficiently linked to the accused's risk; variations to those conditions when necessary through bail reviews and vacating bail orders; and bail revocation when bail conditions are breached. Charges under s. 145(3) are not, and should not be, the principal means of mitigating risk. Bail review is the primary way to challenge or change bail conditions. Bail revocation under s. 524 of the *Criminal Code* and criminal charges under s. 145(3) work together to promote compliance with conditions of bail, but they serve distinct and different legislative purposes. Section 524 fulfills a risk management role; s. 145(3) exists to punish and deter. Section 145(3) is a means of last resort when other risk management tools have not served their purposes. Specific deterrence has little or no effect if an

L'exigence d'une faute subjective cadre avec les pénalités et les conséquences qui découlent d'une déclaration de culpabilité aux termes du par. 145(3). Une déclaration de culpabilité a des répercussions profondes sur le droit à la liberté de la personne contrevenante, y compris l'emprisonnement même si la personne contrevenante est acquittée de l'infraction sous-jacente ou des conditions additionnelles imposées dans le cadre d'une peine. Une déclaration de culpabilité au titre du par. 145(3) engendre un casier judiciaire ou l'alourdit. Aussi, le fait de faire l'objet d'une accusation en vertu du par. 145(3) inverse le fardeau de la preuve en imposant aux personnes prévenues la charge de démontrer pourquoi elles devraient être à nouveau libérées sous caution. Les déclarations de culpabilité antérieures prononcées en vertu du par. 145(3) peuvent également être prises en compte lors d'enquêtes sur le cautionnement tenues relativement à des infractions ultérieures et mener à ce que la mise en liberté sous caution soit refusée ou à des conditions de mise en liberté sous caution plus sévères pour des infractions ultérieures non liées. Les accusations de manquement s'accumulent souvent rapidement, menant à un cercle vicieux de conditions de mise en liberté sous caution de plus en plus nombreuses et sévères, plus d'accusations de manquement et finalement la détention avant procès. Ces conséquences graves présupposent que la personne a violé sa condition de mise en liberté sous caution sciemment, et non par inadvertance.

L'intention du Parlement d'exiger une faute subjective ressort également de l'objectif distinct du par. 145(3), soit de punir et dissuader les personnes prévenues qui manquent sciemment ou par insouciance à leurs conditions de mise en liberté sous caution. Le Parlement ne voulait pas que les sanctions pénales soient le principal moyen de gérer les risques ou les préoccupations associés aux individus libérés sous conditions. De tels risques ou préoccupations doivent être pris en compte par l'établissement de conditions qui sont minimales, raisonnables, nécessaires, les moins sévères possible et suffisamment liées au risque que pose la personne prévenue; des modifications à ces conditions lorsque cela est nécessaire, au moyen de révisions de la mise en liberté sous caution et de l'annulation des ordonnances de mise en liberté sous caution; et la révocation de la mise en liberté sous caution lorsque les conditions ne sont pas respectées. Les accusations portées en vertu du par. 145(3) ne sont pas, et ne devraient pas être, le principal moyen d'atténuer le risque. La révision d'une mise en liberté sous caution constitue la principale façon de contester ou de modifier des conditions de mise en liberté sous caution. La révocation de la mise en liberté sous caution en vertu de l'art. 524 du *Code criminel* et les



accused does not know they were doing anything wrong. An accused must know what standard of behaviour to meet and that their conduct is failing to meet that standard in order to be deterred from engaging in prohibited conduct.

The requirement that bail conditions must be tailored to the accused points to a subjective *mens rea* so that the individual characteristics of the accused will be considered when bail is set and if bail is breached. Requiring a subjective *mens rea* reinforces, mirrors, and respects the individualized approach mandated for the imposition of bail conditions. In practice, the number of unnecessary and unreasonable bail conditions, and the rising number of breach charges, indicates insufficient individualization of bail conditions. The majority of bail orders include numerous conditions of release which often do not clearly address an individual accused's risks. A culture of risk aversion contributes to courts applying excessive conditions. The expeditious nature of bail hearings generates a culture of consent which aggravates the lack of restraint in imposing excessive bail conditions and encourages accused persons to agree to onerous terms of release rather than run the risk of detention. Onerous conditions disproportionately impact vulnerable and marginalized populations, including those living in poverty or with addictions or mental illnesses, and Indigenous people. The presence of too many unnecessary, excessive and onerous conditions provides legislative context for finding no clear intention of Parliament to displace the presumed subjective fault standard for s. 145(3) and illustrates the need for restraint and careful review of bail conditions.

accusations criminelles en vertu du par. 145(3) ont pour effet combiné de favoriser le respect des conditions de mise en liberté sous caution, mais elles ont des objectifs législatifs distincts et différents. L'article 524 joue un rôle de gestion de risque; le par. 145(3) vise à punir et dissuader certaines conduites. Le paragraphe 145(3) est une mesure de dernier recours lorsque les autres outils de gestion du risque n'ont pas rempli leur fonction. L'effet de dissuasion individuelle n'existe que peu ou pas si la personne accusée ignorait qu'elle faisait quelque chose de mal. Pour être dissuadée d'adopter la conduite interdite, la personne accusée doit savoir quelle norme de comportement elle doit respecter et que sa conduite n'y répond pas.

L'exigence voulant que les conditions de mise en liberté sous caution soient adaptées à la personne prévenue indique qu'il faut une *mens rea* subjective de manière à ce que les caractéristiques individuelles de celle-ci seront prises en considération lors de l'établissement des conditions de mise en liberté sous caution et en cas de manquement à celles-ci. Exiger une *mens rea* subjective renforce, reflète et respecte l'approche individualisée que commande l'imposition des conditions de mise en liberté sous caution. En pratique, le nombre de conditions de mise en liberté sous caution inutiles et déraisonnables, et la croissance du nombre d'accusations de manquement à une condition, indiquent que les conditions de mise en liberté sous caution ne sont pas suffisamment individualisées. La majorité des ordonnances de mise en liberté sous caution prévoient de nombreuses conditions qui souvent ne tiennent manifestement pas compte des risques que pose la personne prévenue. Une culture d'aversion du risque contribue à ce que les tribunaux imposent des conditions excessives. Le caractère expéditif des enquêtes sur le cautionnement engendre aussi une culture de consentement, qui aggrave le manque de retenue dans l'imposition de conditions de mise en liberté excessives et qui incite les personnes prévenues à consentir à des conditions sévères de mise en liberté plutôt qu'à courir le risque d'être détenues. L'imposition de conditions sévères touche de façon disproportionnée les populations vulnérables et marginalisées, notamment celles vivant dans la pauvreté ou aux prises avec des problèmes de toxicomanie ou des maladies mentales, ainsi que les personnes autochtones. La présence d'un trop grand nombre de conditions inutiles, excessives et sévères fournit le contexte législatif pertinent pour conclure qu'il n'y a aucune intention claire du Parlement d'écarter la norme présumée de faute subjective pour le par. 145(3) et illustre la nécessité de faire preuve de retenue et d'examiner attentivement les conditions de mise en liberté sous caution.

The principle of restraint and the ladder principle require anyone proposing bail conditions to consider what risks might arise if the accused is released without conditions. Only conditions which target the accused's risk in relation to flight, public protection and safety, or maintaining confidence in the administration of justice are necessary. A bail condition must attenuate a risk that would otherwise prevent release without that condition. Conditions cannot be imposed for gratuitous or punitive purposes and should not be behaviourally-based. They must be sufficiently linked to the defined statutory risks, as narrowly defined as possible to meet their objective, and reasonable. They will only be reasonable if they realistically can and will be met by the accused. They cannot contravene federal or provincial legislation or the *Charter*, and must be clear, minimally intrusive, and proportionate to any specific risk posed by the accused. The setting of bail is an individualized process and there is no place for standard, routine, or boilerplate conditions, whether bail is contested or the product of consent. Some specific non-enumerated conditions are commonly included in release orders, but must be scrutinized to ensure that each condition is necessary, reasonable, least onerous and sufficiently linked to a risk in s. 515(10). All persons involved in the bail system are required to act with restraint and to carefully review bail conditions they propose or impose. The Crown, defence, and the court all have obligations to respect the principles of restraint and review. Ultimately, the obligation to ensure appropriate bail orders lies with the judicial official. These obligations carry over to consent releases. Judicial officials should not routinely second-guess joint proposals by counsel, however, they have the discretion to reject overbroad proposals and must act with caution when reviewing and approving consent release orders.

Subjective *mens rea* under s. 145(3) can be satisfied where the Crown proves: (1) the accused had knowledge

Selon les principes de retenue et de l'échelle, quiconque propose d'ajouter des conditions de mise en liberté sous caution doit chercher à savoir quels risques se poseraient si la personne prévenue était libérée sans condition. Seules les conditions qui ciblent le risque de fuite de la personne prévenue, le risque d'atteinte à la protection ou à la sécurité du public ou le risque que le public perde confiance envers l'administration de la justice sont nécessaires. La condition de mise en liberté sous caution doit atténuer le risque qui empêcherait autrement la libération de la personne prévenue sans cette condition. Les conditions ne peuvent être imposées de façon injustifiée ou dans un but punitif et ne devraient pas être fondées sur un comportement. Elles doivent être suffisamment liées aux risques définis dans la loi, définies aussi étroitement que possible pour réaliser leur objectif et raisonnables. Elles ne seront raisonnables que si, de façon réaliste, elles peuvent être et seront respectées par la personne prévenue. Elles ne peuvent contrevenir à une loi fédérale ou provinciale ou encore à la *Charte*, et doivent être claires, peu intrusives et proportionnées à tout risque précis que pose la personne prévenue. L'établissement des conditions de mise en liberté sous caution est un processus individualisé dans le cadre duquel des conditions normalisées, systématiques ou types n'ont pas leur place, peu importe que la mise en liberté sous caution soit contestée ou qu'elle résulte d'un consentement. Certaines conditions précises non énumérées sont couramment incluses dans les ordonnances de mise en liberté, mais il faut qu'elles soient examinées afin de s'assurer que chaque condition est nécessaire, raisonnable, le moins sévère possible et suffisamment lié à un risque mentionné au par. 515(10). Toutes les personnes qui jouent un rôle dans le système de mise en liberté sous caution sont tenues d'agir avec retenue et d'examiner attentivement les conditions de mise en liberté sous caution qu'elles proposent ou imposent. La Couronne, la défense et les tribunaux ont l'obligation de respecter les principes de la retenue et de la révision. En dernier ressort, l'obligation de s'assurer que les ordonnances de mise en liberté sous caution sont appropriées incombe aux entités judiciaires. Ces obligations s'appliquent aussi aux mises en liberté avec consentement. Les entités judiciaires ne devraient pas systématiquement remettre en question les propositions conjointes, mais elles ont toutefois ont le pouvoir discrétionnaire de rejeter les propositions trop larges et doivent agir avec prudence dans l'examen et l'approbation des ordonnances de mise en liberté sous caution obtenues avec consentement.

La *mens rea* subjective de l'infraction prévue au par. 145(3) peut être établie lorsque la Couronne prouve :

of the conditions of their bail order or were wilfully blind to those conditions; and (2) either the accused knowingly failed to act according to the bail conditions or they were wilfully blind to those circumstances and failed to comply despite that knowledge, or the accused recklessly failed to act according to the conditions, meaning they perceived a substantial and unjustified risk that their conduct would likely fail to comply with the conditions and persisted in this conduct. Genuinely forgetting a condition could be a mistake of fact and would negate *mens rea*. The accused need not have knowledge of the legal consequences or scope of their condition, but they must know that they are bound by the condition. Knowledge in the second component of the *mens rea* means that the accused must be aware of, or be wilfully blind to, the factual circumstances requiring them to act or refrain from acting. The second component of the *mens rea* can also be met by showing that the accused was reckless. Knowledge of risk is key to recklessness — the accused must know of their bail conditions and the risk of factual circumstances arising that would require them to act (or refrain from acting) to comply with their bail conditions. Recklessness is a subjective standard and the accused must be aware that their conduct created a substantial risk of non-compliance with their bail conditions and aware of any factors that contributed to that risk being unjustified.

In the instant case, a new trial should be ordered in light of the error in law by the courts below in applying an objective rather than a subjective standard of fault for s. 145(3). This is not a case where the curative proviso under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* applies — identifying the wrong fault standard is not a harmless or trivial error. A subjective *mens rea* would have required the trial judge to consider Z's state of mind, which clearly could have had an impact on the verdict. The evidence is not so overwhelming that a conviction is inevitable. A new

(1) que la personne prévenue connaissait les conditions de sa mise en liberté sous caution ou faisait preuve d'aveuglement volontaire à leur égard; et (2) que la personne prévenue a sciemment omis d'agir conformément aux conditions de sa mise en liberté sous caution, ou qu'elle faisait preuve d'aveuglement volontaire face aux circonstances et qu'elle a omis de se conformer aux conditions malgré le fait qu'elle les connaissait, ou la personne prévenue a par insouciance omis d'agir conformément aux conditions, c'est-à-dire qu'elle était consciente qu'il y avait un risque important et injustifié que sa conduite ne respecte pas les conditions mais qu'elle n'a pas cessé d'agir de la sorte. L'oubli véritable d'une condition pourrait constituer une erreur de fait qui écarterait la *mens rea*. La personne prévenue n'est pas tenue d'être au courant des conséquences juridiques ou de la portée de la condition à laquelle elle est assujettie, mais elle doit savoir qu'elle est liée par la condition. La connaissance dans ce deuxième élément de la *mens rea* signifie que la personne prévenue doit être consciente des circonstances factuelles qui exigent qu'elle agisse (ou s'abstienne d'agir) pour se conformer aux conditions, ou fasse preuve d'aveuglement volontaire à leur égard. Ce deuxième élément de la *mens rea* peut aussi être prouvé en démontrant que la personne prévenue a fait preuve d'insouciance. La connaissance du risque est essentielle pour qu'il y ait insouciance — la personne prévenue doit connaître les conditions de sa mise en liberté sous caution et le risque que se présentent les circonstances factuelles qui exigent qu'elle agisse (ou s'abstienne d'agir) pour se conformer aux conditions de sa mise en liberté sous caution. L'insouciance est une norme subjective et la personne prévenue doit être consciente que sa conduite créait un risque important de manquement aux conditions de sa mise en liberté sous caution ainsi que de tout facteur faisant en sorte que le risque n'était pas justifié.

En l'espèce, il convient d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en raison de l'erreur de droit commise par les tribunaux d'instance inférieure, qui ont appliqué une norme de faute objective plutôt que subjective pour l'infraction prévue au par. 145(3). Il ne s'agit pas en l'espèce d'une situation où la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* s'applique — le fait d'arrêter la mauvaise norme de faute ne constitue pas une erreur inoffensive ou négligeable. La *mens rea* subjective aurait obligé le juge du procès à tenir compte



trial is therefore needed to address whether Z knowingly or recklessly breached his conditions.

### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Antic*, 2017 SCC 27, [2017] 1 S.C.R. 509; *R. v. Ludlow*, 1999 BCCA 365, 125 B.C.A.C. 194; *R. v. Tunney*, 2018 ONSC 961, 44 C.R. (7th) 221; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328; *R. v. Oland*, 2017 SCC 17, [2017] 1 S.C.R. 250; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Myers*, 2019 SCC 18, [2019] 2 S.C.R. 105; *R. v. Schab*, 2016 YKTC 69, 35 C.R. (7th) 48; *R. v. Prychitko*, 2010 ABQB 563, 618 A.R. 146; *R. v. Penunsi*, 2019 SCC 39, [2019] 3 S.C.R. 91; *R. v. McCormack*, 2014 ONSC 7123; *R. v. Burdon*, 2010 ABCA 171, 487 A.R. 220; *R. v. Rowan*, 2018 ABPC 208; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Custance*, 2005 MBCA 23, 194 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Legere* (1995), 22 O.R. (3d) 89; *R. v. Lemay*, 2018 QCCS 1956; *R. v. J.A.D.*, 1999 SKQB 262, 187 Sask. R. 95; *R. v. Howe*, 2014 NBQB 259, 430 N.B.R. (2d) 202; *R. v. Mullin*, 2003 YKTC 26, 13 C.R. (6th) 54; *R. v. Selamio*, 2002 NWTSC 15; *R. v. Josephie*, 2010 NUCJ 7; *R. v. Ritter*, 2007 ABCA 395, 422 A.R. 1; *R. v. Loutitt*, 2011 ABQB 545, 527 A.R. 212; *R. v. Lofstrom*, 2016 ABPC 197, 39 Alta. L.R. (6th) 367; *R. v. Al Khatib*, 2014 NSPC 62, 350 N.S.R. (2d) 133; *R. v. A.M.Y.*, 2017 NSSC 99; *R. v. L.T.W.*, 2004 CanLII 2897; *R. v. Companion*, 2019 CanLII 119787; *R. v. Hammoud*, 2012 ABQB 110, 534 A.R. 80; *R. v. Qadir*, 2016 ABPC 27; *R. v. Osmond*, 2006 NSPC 52, 248 N.S.R. (2d) 221; *R. v. Brown*, 2012 NSPC 64, 319 N.S.R. (2d) 128; *R. v. Foote*, 2018 CanLII 38297; *R. v. A.D.H.*, 2013 SCC 28, [2013] 2 S.C.R. 269; *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *R. v. Moser* (1992), 7 O.R. (3d) 737; *R. v. Goleski*, 2014 BCCA 80, 307 C.C.C. (3d) 1, aff'd 2015 SCC 6, [2015] 1 S.C.R. 399; *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35; *R. v. Docherty*, [1989] 2 S.C.R. 941; *R. v. Eby*, 2007 ABPC 81, 77 Alta. L.R. (4th) 149; *R. v. Bingley*, 2008 BCPC 245; *R. v. Laferrière*, 2013 QCCA 944; *R. v. John*, 2015 ONSC 2040; *R. v. Bremmer*, 2006 ABPC 93; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v.*

de l'état d'esprit de Z, ce qui aurait de toute évidence pu avoir une incidence sur le verdict. La preuve n'est pas à ce point accablante qu'une déclaration de culpabilité est inévitable. Un nouveau procès est donc nécessaire pour déterminer si Z a omis sciemment ou par insouciance de se conformer à ses conditions.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Antic*, 2017 CSC 27, [2017] 1 R.C.S. 509; *R. c. Ludlow*, 1999 BCCA 365, 125 B.C.A.C. 194; *R. c. Tunney*, 2018 ONSC 961, 44 C.R. (7th) 221; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328; *R. c. Oland*, 2017 CSC 17, [2017] 1 R.C.S. 250; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Myers*, 2019 CSC 18, [2019] 2 R.C.S. 105; *R. c. Schab*, 2016 YKTC 69, 35 C.R. (7th) 48; *R. c. Prychitko*, 2010 ABQB 563, 618 A.R. 146; *R. c. Penunsi*, 2019 CSC 39, [2019] 3 R.C.S. 91; *R. c. McCormack*, 2014 ONSC 7123; *R. c. Burdon*, 2010 ABCA 171, 487 A.R. 220; *R. c. Rowan*, 2018 ABPC 208; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Custance*, 2005 MBCA 23, 194 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Legere* (1995), 22 O.R. (3d) 89; *R. c. Lemay*, 2018 QCCS 1956; *R. c. J.A.D.*, 1999 SKQB 262, 187 Sask. R. 95; *R. c. Howe*, 2014 NBQB 259, 430 R.N.-B. (2e) 202; *R. c. Mullin*, 2003 YKTC 26, 13 C.R. (6th) 54; *R. c. Selamio*, 2002 NWTSC 15; *R. c. Josephie*, 2010 NUCJ 7; *R. c. Ritter*, 2007 ABCA 395, 422 A.R. 1; *R. c. Loutitt*, 2011 ABQB 545, 527 A.R. 212; *R. c. Lofstrom*, 2016 ABPC 197, 39 Alta. L.R. (6th) 367; *R. c. Al Khatib*, 2014 NSPC 62, 350 N.S.R. (2d) 133; *R. c. A.M.Y.*, 2017 NSSC 99; *R. c. L.T.W.*, 2004 CanLII 2897; *R. c. Companion*, 2019 CanLII 119787; *R. c. Hammoud*, 2012 ABQB 110, 534 A.R. 80; *R. c. Qadir*, 2016 ABPC 27; *R. c. Osmond*, 2006 NSPC 52, 248 N.S.R. (2d) 221; *R. c. Brown*, 2012 NSPC 64, 319 N.S.R. (2d) 128; *R. c. Foote*, 2018 CanLII 38297; *R. c. A.D.H.*, 2013 CSC 28, [2013] 2 R.C.S. 269; *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *R. c. Moser* (1992), 7 O.R. (3d) 737; *R. c. Goleski*, 2014 BCCA 80, 307 C.C.C. (3d) 1, conf. par 2015 CSC 6, [2015] 1 R.C.S. 399; *R. c. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35; *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941; *R. c. Eby*, 2007 ABPC 81, 77 Alta. L.R. (4th) 149; *R. c. Bingley*, 2008 BCPC 245; *R. c. Laferrière*, 2013 QCCA 944; *R. c. John*, 2015 ONSC 2040; *R. c. Bremmer*, 2006 ABPC 93; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c.*

*Omeasoo*, 2013 ABPC 328, 94 Alta. L.R. (5th) 244; *R. v. Parsons* (1997), 161 Nfld. & P.E.I.R. 145; *R. v. Morris*, 2013 ONCA 223, 305 O.A.C. 47; *R. v. Badgerow*, 2010 ONCA 236, 260 O.A.C. 273; *R. v. T.J.J.*, 2011 BCPC 155; *R. v. Mehan*, 2016 BCCA 129, 386 B.C.A.C. 1; *R. v. Birtchnell*, 2019 ONCJ 198, [2019] O.J. No. 1757 (QL); *R. v. Coombs*, 2004 ABQB 621, 369 A.R. 215; *R. v. Murphy*, 2017 YKSC 34; *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165; *R. v. S.K.*, 1998 CanLII 13344; *R. v. McDonald*, 2010 ABQB 770; *R. v. K. (R.)*, 2014 ONCJ 566; *R. v. D.A.*, 2014 ONSC 2166, [2014] O.J. No. 2059 (QL); *R. v. Pammett*, 2014 ONSC 5597; *R. v. Clarke*, [2000] O.J. No. 5738 (QL); *R. v. Shoker*, 2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399; *R. v. Manseau*, [1997] AZ-51286266; *R. v. Denny*, 2015 NSPC 49, 364 N.S.R. (2d) 49; *R. v. Grey* (1993), 19 C.R. (4th) 363; *R. v. D.R.* (1999), 178 Nfld. & P.E.I.R. 200; *R. v. Gosai*, [2002] O.J. No. 359 (QL); *R. v. Doncaster*, 2013 NSSC 328, 335 N.S.R. (2d) 331; *R. v. A.D.B.*, 2009 SKPC 120, 345 Sask. R. 134; *R. v. Delacruz*, 2015 MBQB 32; *R. v. Tithi*, 2019 SKQB 299, [2019] S.J. No. 299 (QL); *R. v. Sabados*, 2015 SKCA 74, 327 C.C.C. (3d) 107; *R. v. Goddard*, 2019 BCCA 164, 377 C.C.C. (3d) 44; *R. v. Nowazek*, 2018 YKCA 12, 366 C.C.C. (3d) 389; *R. v. Singh*, 2011 ONSC 717, [2011] O.J. No. 6389 (QL); *R. v. A.D.M.*, 2017 NSPC 77; *R. v. Singh*, 2018 ONSC 5336, [2018] O.J. No. 4757 (QL); *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Edgar*, 2019 QCCQ 1328; *R. v. Smith*, 2008 ONCA 101, 233 O.A.C. 145; *R. v. Brown*, 2008 ABPC 128, 445 A.R. 211; *R. v. Chen*, 2006 MBQB 250, 209 Man. R. (2d) 181; *R. v. Withworth*, 2013 ONSC 7413, 59 M.V.R. (6th) 160; *R. v. Syblis*, 2015 ONCJ 73; *R. v. Blazevic* (1997), 31 O.T.C. 10; *R. v. Hutchinson* (1994), 160 A.R. 58; *R. v. Nedlin*, 2005 NWTTC 11, 32 C.R. (6th) 361; *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411; *R. v. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Hamilton*, 2005 SCC 47, [2005] 2 S.C.R. 432; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *R. v. Seymour*, [1996] 2 S.C.R. 252; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272.

### Statutes and Regulations Cited

*Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37, s. 133(3) [in R.S.C. 1970, c. 2 (2nd Supp.), s. 4].  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(e).  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2, “justice”, 19, Part IV, 145(2), (3) [ad. 2018, c. 29, s. 9(7)], (4), (5) [ad. 2019, c. 25, s. 47(1)], (5.1), 161(1) to (4), 215 to

*Omeasoo*, 2013 ABPC 328, 94 Alta. L.R. (5th) 244; *R. c. Parsons* (1997), 161 Nfld. & P.E.I.R. 145; *R. c. Morris*, 2013 ONCA 223, 305 O.A.C. 47; *R. c. Badgerow*, 2010 ONCA 236, 260 O.A.C. 273; *R. c. T.J.J.*, 2011 BCPC 155; *R. c. Mehan*, 2016 BCCA 129, 386 B.C.A.C. 1; *R. c. Birtchnell*, 2019 ONCJ 198, [2019] O.J. No. 1757 (QL); *R. c. Coombs*, 2004 ABQB 621, 369 A.R. 215; *R. c. Murphy*, 2017 YKSC 34; *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165; *R. c. S.K.*, 1998 CanLII 13344; *R. c. McDonald*, 2010 ABQB 770; *R. c. K. (R.)*, 2014 ONCJ 566; *R. c. D.A.*, 2014 ONSC 2166, [2014] O.J. No. 2059 (QL); *R. c. Pammett*, 2014 ONSC 5597; *R. c. Clarke*, [2000] O.J. No. 5738 (QL); *R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399; *R. c. Manseau*, [1997] AZ-51286266; *R. c. Denny*, 2015 NSPC 49, 364 N.S.R. (2d) 49; *R. c. Grey* (1993), 19 C.R. (4th) 363; *R. c. D.R.* (1999), 178 Nfld. & P.E.I.R. 200; *R. c. Gosai*, [2002] O.J. No. 359 (QL); *R. c. Doncaster*, 2013 NSSC 328, 335 N.S.R. (2d) 331; *R. c. A.D.B.*, 2009 SKPC 120, 345 Sask. R. 134; *R. c. Delacruz*, 2015 MBQB 32; *R. c. Tithi*, 2019 SKQB 299, [2019] S.J. No. 299 (QL); *R. c. Sabados*, 2015 SKCA 74, 327 C.C.C. (3d) 107; *R. c. Goddard*, 2019 BCCA 164, 377 C.C.C. (3d) 44; *R. c. Nowazek*, 2018 YKCA 12, 366 C.C.C. (3d) 389; *R. c. Singh*, 2011 ONSC 717, [2011] O.J. No. 6389 (QL); *R. c. A.D.M.*, 2017 NSPC 77; *R. c. Singh*, 2018 ONSC 5336, [2018] O.J. No. 4757 (QL); *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Edgar*, 2019 QCCQ 1328; *R. c. Smith*, 2008 ONCA 101, 233 O.A.C.; *R. c. Brown*, 2008 ABPC 128, 445 A.R. 211; *R. c. Chen*, 2006 MBQB 250, 209 Man. R. (2d) 181; *R. c. Withworth*, 2013 ONSC 7413, 59 M.V.R. (6th) 160; *R. c. Syblis*, 2015 ONCJ 73; *R. c. Blazevic* (1997), 31 O.T.C. 10; *R. c. Hutchinson* (1994), 160 A.R. 58; *R. c. Nedlin*, 2005 NWTTC 11, 32 C.R. (6th) 361; *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411; *R. c. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Hamilton*, 2005 CSC 47, [2005] 2 R.C.S. 432; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *R. c. Seymour*, [1996] 2 R.C.S. 252; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11e).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C 46, art. 2, « juge de paix », 19, Partie IV, 145(2), (3) [aj. 2018, c. 29, art. 9(7)], (4), (5) [aj. 2019, c. 25, art. 4(7)], (5.1), 161(1) à (4), 215 à 217.1, 469, 493, « juge », 493.1, 493.2, 515, 518(1c)(iii), 520, 521, 522(4), 523(2), 523.1, 524, 680, 686(1b)(iii), 733.1, Partie XXV, 811a), b).

217.1, 469, 493, “judge”, 493.1, 493.2, 515, 518(1)(c) (iii), 520, 521, 522(4), 523(2), 523.1, 524, 680, 686(1) (b)(iii), 733.1, Part XXV, 811(a), (b).

### Authors Cited

- Ashworth, Andrew, and Lucia Zedner. *Preventive Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Beattie, Karen, André Solecki and Kelly E. Morton Bourgon. *Police and Judicial Detention and Release Characteristics: Data from the Justice Effectiveness Study*. Ottawa: Government of Canada, 2013.
- Berger, Benjamin L., and James Stribopoulos. “Risk and the Role of the Judge: Lessons from Bail”, in Benjamin L. Berger, Emma Cunliffe and James Stribopoulos, eds., *To Ensure that Justice is Done: Essays in Memory of Marc Rosenberg*. Toronto: Thomson Reuters, 2017.
- British Columbia. Prosecution Service. *Crown Counsel Policy Manual*, “Bail — Adult”, April 2019 (online: <https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/law-crime-and-justice/criminal-justice/prosecution-service/crown-counsel-policy-manual/bai-1.pdf>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14\\_1\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_1_eng.pdf)).
- Canada. Canadian Committee on Corrections. *Report of the Canadian Committee on Corrections — Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen’s Printer, 1969.
- Canada. Department of Justice. *Research and Statistics Division. Research in Brief: Assessments and Analyses of Canada’s Bail System*, by Kyle Coady. Government of Canada, 2018.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 3, 3rd Sess., 28th Parl., February 5, 1971, p. 3117.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 300, 1st Sess., 42nd Parl., May 24, 2018, pp. 19603 and 19606.
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, vol. 1, No. 8, 3rd Sess., 28th Parl., February 23, 1971, pp. 12 and 29.
- Canada. Public Prosecution Service. *Public Prosecution Service of Canada Deskbook*, Part III, c. 19, “Bail Conditions to Address Opioid Overdoses”, updated April 1, 2019 (online: <https://www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/pub/fpsd-sfpg/fps-sfp/tpd/d-g-eng.pdf>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14\\_2\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_2_eng.pdf)).

*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19.

*Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970 71-72, c. 37, art. 133(3) [dans S.R.C. 1970, c. 2 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 4].

### Doctrine et autres documents cités

- Ashworth, Andrew, and Lucia Zedner. *Preventive Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Beattie, Karen, André Solecki et Kelly E. Morton Bourgon. *Les caractéristiques de la détention et de la mise en liberté par la police et par le tribunal : Données tirées de l’Étude de l’Efficacité du Système de Justice*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2013.
- Berger, Benjamin L., and James Stribopoulos. « Risk and the Role of the Judge : Lessons from Bail », in Benjamin L. Berger, Emma Cunliffe and James Stribopoulos, eds., *To Ensure that Justice is Done : Essays in Memory of Marc Rosenberg*, Toronto, Thomson Reuters, 2017.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 3, 3<sup>e</sup> sess., 28<sup>e</sup> lég., 5 février 1971, p. 3117.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n<sup>o</sup> 300, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 24 mai 2018, p. 19603 et 19606.
- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, vol. 1, n<sup>o</sup> 8, 3<sup>e</sup> sess., 28<sup>e</sup> lég., 23 février 1971, p. 12 et 29.
- 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.
- Canada. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. *Justice différée, justice refusée : L’urgence de réduire les longs délais dans le système judiciaire au Canada*. Ottawa, juin 2017 (en ligne : [https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/LCJC/reports/Court\\_Delays\\_Final\\_Report\\_f.pdf](https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/LCJC/reports/Court_Delays_Final_Report_f.pdf); version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14\\_3\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_3_fra.pdf)).
- Canada. Ministère de la Justice. Division de la recherche et de la statistique. *Évaluation et analyses du système de mise en liberté sous caution du Canada*, par Kyle Coady, Gouvernement du Canada, 2018.
- Canada. Service des poursuites pénales. *Guide du Service des poursuites pénales du Canada*, Partie III, c. 19, « Conditions de libération provisoire visant les surdoses d’opioïdes », mis à jour 1<sup>er</sup> avril 2019 (en ligne :

- Canada. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Delaying Justice is Denying Justice: An Urgent Need to Address Lengthy Court Delays in Canada*. Ottawa, June 2017 (online: [https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/LCJC/reports/Court\\_Delays\\_Final\\_Report\\_e.pdf](https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/LCJC/reports/Court_Delays_Final_Report_e.pdf); archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14\\_3\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_3_eng.pdf)).
- Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Adult criminal and youth court statistics in Canada, 2016/2017*, by Zoran Miladinovic. Ottawa: Statistics Canada, January 2019.
- Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Trends in offences against administration of justice*, by Maria Burczycka and Christopher Munch. Ottawa: Statistics Canada, October 2015.
- Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Trends in the Use of Remand in Canada*, by Lindsay Porter and Donna Calverly. Ottawa: Statistics Canada, May 2011.
- Canada. Statistics Canada. *Table 35-10-0177-01 — Incident-based crime statistics, by detailed violations, Canada, provinces, territories and Census Metropolitan Areas* (online: <https://www150.statcan.gc.ca/t1/tb11/en/tv.action?pid=3510017701>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14\\_4\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_4_eng.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 (online: <https://ccla.org/cclanewsites/wp-content/uploads/2015/02/Set-up-to-fail-FINAL.pdf>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14\\_5\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_5_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.
- Friedland, Martin L. “Reflections on Criminal Justice Reform in Canada” (2017), 64 *Crim. L.Q.* 274.
- Friedland, Martin L. “The Bail Reform Act Revisited” (2012), 16 *Can. Crim. L.R.* 315.
- John Howard Society of Ontario. *Reasonable Bail?* September 2013 (online: <https://johnhoward.on.ca/wp-content/uploads/2014/07/JHSO-Reasonable-Bail-report-final.pdf>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14\\_6\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_6_eng.pdf)).
- Manikis, Marie, and Jess De Santi. “Punishing while Presuming Innocence: A Study on Bail Conditions and Administration of Justice Offences” (2019), 60 *C. de D.* 873.
- <https://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/pub/sfpg-fpsd/sfp-fps/tpd/d-g-fra.pdf>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14\\_2\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_2_fra.pdf)).
- Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Statistiques sur les tribunaux de juridiction criminelle pour adultes et les tribunaux de la jeunesse au Canada, 2016-2017*, par Zoran Miladinovic, Ottawa, Statistique Canada, janvier 2019.
- Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Tendances de l'utilisation de la détention provisoire au Canada*, par Maria Burczycka et Christopher Munch, Ottawa, Statistique Canada, octobre 2015.
- Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Tendances des infractions contre l'administration de la justice*, par Lindsay Porter et Donna Calverly, Ottawa, Statistique Canada, mai 2011.
- Canada. Statistique Canada. *Tableau 35-10-0177-01 — Statistiques des crimes fondés sur l'affaire, par infractions détaillées, Canada, provinces, territoires et régions métropolitaines de recensement* (en ligne : [https://www150.statcan.gc.ca/t1/tb11/fr/tv.action?pid=3510017701&request\\_locale=fr](https://www150.statcan.gc.ca/t1/tb11/fr/tv.action?pid=3510017701&request_locale=fr); version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14\\_4\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_4_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/cclanewsites/wp-content/uploads/2015/02/Set-up-to-fail-FINAL.pdf>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14\\_5\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_5_eng.pdf)).
- Colombie-Britannique. Prosecution Service. *Crown Counsel Policy Manual*, « Bail — Adult », April 2019 (en ligne : <https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/law-crime-and-justice/criminal-justice/prosecution-service/crown-counsel-policy-manual/bai-1.pdf>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14\\_1\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_1_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.
- Friedland, Martin L. « Reflections on Criminal Justice Reform in Canada » (2017), 64 *Crim. L.Q.* 274.
- Friedland, Martin L. « The Bail Reform Act Revisited » (2012), 16 *Rev. can. D.P.* 315.
- John Howard Society of Ontario. *Reasonable Bail?* September 2013 (en ligne : <https://johnhoward.on.ca/wp-content/uploads/2014/07/>



- Manning, Morris, and Peter Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 5th ed., Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.
- Myers, Nicole Marie. “Eroding the Presumption of Innocence: Pre-Trial Detention and the Use of Conditional Release on Bail” (2017), 57 *Brit. J. Criminol.* 664.
- Ontario. Ministry of the Attorney General. *Ontario Prosecution Directive*, “Judicial Interim Release (Bail)”, November 2017 (online: [https://files.ontario.ca/books/crown\\_prosecution\\_manual\\_english\\_1.pdf](https://files.ontario.ca/books/crown_prosecution_manual_english_1.pdf); archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14\\_7\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_7_eng.pdf)).
- Pivot Legal Society. *Project Inclusion: Confronting Anti-Homelessness & Anti-Substance User Stigma in British Columbia*, by Darcie Bennett and D.J. Larkin, 2019 (online: <https://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/pivotlegal/pages/3297/attachments/original/1543970419/project-inclusion-digital.pdf?1543970419>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14\\_8\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_8_eng.pdf)).
- Rankin, Micah B. “Using Court Orders to Manage, Supervise and Control Mentally Disordered Offenders: A Rights-Based Approach” (2018), 65 *C.L.Q.* 280.
- Reid, Hubert, avec la collaboration de Simon Reid. *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2015, “omission”.
- Rogin, Jillian. “Gladue and Bail: The Pre-Trial Sentencing of Aboriginal People in Canada” (2017), 95 *Can. Bar Rev.* 325.
- Scollin, John A. *The Bail Reform Act: An Analysis of Amendments to the Criminal Code Related to Bail and Arrest*. Toronto: Carswell, 1972.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2011.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Sylvestre, Marie-Eve, Nicholas K. Blomley and Céline Bellot. *Red Zones: Criminal Law and the Territorial Governance of Marginalized People*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 2010 (loose-leaf updated 2019, release 1).
- Webster, Cheryl Marie. “Broken Bail” in *Canada: How We Might Go About Fixing It*. Ottawa: Government of Canada, June 2015.
- JHSO-Reasonable-Bail-report-final.pdf; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14\\_6\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_6_eng.pdf).
- Manikis, Marie, and Jess De Santi. « Punishing while Presuming Innocence : A Study on Bail Conditions and Administration of Justice Offences » (2019), 60 *C. de D.* 873.
- Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law*, 5th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.
- Myers, Nicole Marie. « Eroding the Presumption of Innocence : Pre-Trial Detention and the Use of Conditional Release on Bail » (2017), 57 *Brit. J. Criminol.* 664.
- Ontario. Ministère du Procureur général. *Directive sur les poursuites*, « Mise en liberté provisoire par voie judiciaire (cautionnement) », novembre 2017 (en ligne : [https://files.ontario.ca/books/crown\\_prosecution\\_manual\\_french\\_1.pdf](https://files.ontario.ca/books/crown_prosecution_manual_french_1.pdf); version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14\\_7\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_7_fra.pdf)).
- Pivot Legal Society. *Project Inclusion : Confronting Anti-Homelessness & Anti-Substance User Stigma in British Columbia*, by Darcie Bennett and D.J. Larkin, 2019 (en ligne : <https://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/pivotlegal/pages/3297/attachments/original/1543970419/project-inclusion-digital.pdf?1543970419>; version archive : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14\\_8\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_8_eng.pdf)).
- Rankin, Micah B. « Using Court Orders to Manage, Supervise and Control Mentally Disordered Offenders : A Rights-Based Approach » (2018), 65 *C.L.Q.* 280.
- Reid, Hubert, avec la collaboration de Simon Reid. *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, « omission ».
- Rogin, Jillian. « Gladue and Bail : The Pre-Trial Sentencing of Aboriginal People in Canada » (2017), 95 *R. du B. Can.* 325.
- Scollin, John A. *The Bail Reform Act : An Analysis of Amendments to the Criminal Code Related to Bail and Arrest*, Toronto, Carswell, 1972.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 6th ed., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2011.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Sylvestre, Marie-Eve, Nicholas K. Blomley and Céline Bellot. *Red Zones : Criminal Law and the Territorial Governance of Marginalized People*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

Yule, Carolyn, and Rachel Schumann. “Negotiating Release? Analysing Decision Making in Bail Court” (2019), 61 *Can. J. Crimin. & Crim. Just.* 45.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Stromberg-Stein, Willcock, Savage, Fenlon and Fisher J.J.A.), 2019 BCCA 9, 370 C.C.C. (3d) 111, 53 C.R. (7th) 373, [2019] B.C.J. No. 18 (QL), 2019 CarswellBC 19 (WL Can.), affirming a decision of Thompson J., 2017 BSCS 2070, [2017] B.C.J. No. 2298 (QL), 2017 CarswellBC 3175 (WL Can.), affirming the convictions of the accused for failure to comply with a condition of a recognizance. Appeal allowed.

*Sarah Runyon, Garth Barriere and Michael Sobkin*, for the appellant.

*Éric Marcoux and Ryan Carrier*, for the respondent.

*Susan Reid*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Susanne Elliott*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Christine Mainville*, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

*Jason B. Gratl and Toby Rauch-Davis*, for the intervener the Vancouver Area Network of Drug Users.

*Alexandra Luchenko, Roy W. Millen and Danny Urquhart*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Danielle Glatt*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 3rd ed., Toronto, Carswell, 2010 (loose-leaf updated 2019, release 1).

Webster, Cheryl Marie. *Lacunes relatives à la mise en liberté sous caution au Canada : comment y remédier?* Ottawa, Gouvernement du Canada, juin 2015.

Yule, Carolyn, and Rachel Schumann. « Negotiating Release? Analysing Decision Making in Bail Court » (2019), 61 *Rev. can. crim. just. pén.* 45.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Stromberg-Stein, Willcock, Savage, Fenlon et Fisher), 2019 BCCA 9, 370 C.C.C. (3d) 111, 53 C.R. (7th) 373, [2019] B.C.J. No. 18 (QL), 2019 CarswellBC 19 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Thompson, 2017 BSCS 2070, [2017] B.C.J. No. 2298 (QL), 2017 CarswellBC 3175 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité pour omission de se conformer à une condition d’un engagement prononcées contre l’accusé. Pourvoi accueilli.

*Sarah Runyon, Garth Barriere et Michael Sobkin*, pour l’appelant.

*Éric Marcoux et Ryan Carrier*, pour l’intimée.

*Susan Reid*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Susanne Elliott*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Christine Mainville*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

*Jason B. Gratl et Toby Rauch-Davis*, pour l’intervenant Vancouver Area Network of Drug Users.

*Alexandra Luchenko, Roy W. Millen et Danny Urquhart*, pour l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

*Danielle Glatt*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

*Matthew Nathanson and Chantelle van Wiltenburg*,  
for the intervener the Independent Criminal Defence  
Advocacy Society.

*David N. Fai and Caitlin Shane*, for the intervener  
the Pivot Legal Society.

*Nicholas St-Jacques and Pauline Lachance*, for  
the intervener Association québécoise des avocats  
et avocates de la défense.

The judgment of the Court was delivered by

MARTIN J. —

## I. Introduction

[1] When individuals are charged with a crime, they are presumed innocent and have the right not to be denied reasonable bail without just cause. Most accused are not held in custody between the date of the charge and the time of trial because the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Code*”), and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“*Charter*”) typically require that accused be released on what is known as “bail”.<sup>1</sup> Accused who are not released from custody by the police will be brought before a justice of the peace or a judge (“judicial official”)<sup>2</sup> for a bail hearing. For most crimes, the default form of bail is to release accused persons based on an undertaking to attend trial, without any conditions restricting their activities or actions (s. 515(1) of the *Code*). However, conditions of release can be imposed if the Crown satisfies the judicial official that particular restrictions are required to secure the accused’s attendance in court, ensure the protection or safety of the public, or maintain confidence in

<sup>1</sup> My use of the word “bail” encompasses all forms of judicial interim release or pre-trial release in the *Code*.

<sup>2</sup> I use “judicial official” to refer to both a justice and a judge. A “justice” in the *Code* refers to justices of the peace or provincial court judges (s. 2). A “judge” refers to a judge of a superior court in the jurisdiction, except in Nunavut where it refers to a judge of the unified Nunavut Court of Justice (s. 493).

*Matthew Nathanson et Chantelle van Wiltenburg*,  
pour l’intervenante Independent Criminal Defence  
Advocacy Society.

*David N. Fai et Caitlin Shane*, pour l’intervenante  
Pivot Legal Society.

*Nicholas St-Jacques et Pauline Lachance*, pour  
l’intervenante l’Association québécoise des avocats  
et avocates de la défense.

Version française du jugement de la Cour rendu  
par

LA JUGE MARTIN —

## I. Introduction

[1] Tout individu accusé d’avoir commis un crime est présumé innocent et a le droit de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable. La plupart des personnes prévenues ne sont pas détenues sous garde entre la date de l’accusation et le procès parce que le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *Code* »), et la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* ») exigent en règle générale qu’elles fassent l’objet d’une libération communément appelée « mise en liberté sous caution »<sup>1</sup>. Les personnes prévenues qui ne sont pas remises en liberté par la police sont conduites devant une entité judiciaire (c.-à-d. juge de paix ou juge)<sup>2</sup> pour une enquête sur le cautionnement. Pour la plupart des crimes, la forme de mise en liberté par défaut est la libération de la personne prévenue sur promesse d’être présente au procès, sans conditions restreignant ses activités ou actions (par. 515(1) du *Code*). Toutefois, l’entité judiciaire peut imposer des conditions de mise en liberté si la

<sup>1</sup> Par l’expression « mise en liberté sous caution », je renvoie à toutes les formes de mise en liberté provisoire par voie judiciaire ou de mise en liberté avant le procès prévues dans le *Code*.

<sup>2</sup> J’utilise le terme « entité judiciaire » pour désigner à la fois les juges de paix et les juges. Dans le *Code*, « juge de paix » s’entend de juges de paix ou de juges d’une cour provinciale (art. 2), alors que « juge » s’entend de juges d’une cour supérieure d’une province ou d’un territoire, sauf au Nunavut, où le terme renvoie aux juges de la Cour de justice unifiée du Nunavut (art. 493).

the administration of justice (s. 515(10); *R. v. Antic*, 2017 SCC 27, [2017] 1 S.C.R. 509, at paras. 21, 34 and 67(j)).

[2] Parliament made it a separate criminal offence to breach bail conditions under s. 145(3) of the *Code*.<sup>3</sup> This is a crime against the administration of justice and carries a maximum penalty of two years' imprisonment. Accused persons may therefore be subject to imprisonment under s. 145(3) if they breach a condition of their bail, even if they are never ultimately convicted of any of the crimes for which they were initially charged. In many cases, an accused person faces criminal sanctions for conduct which, but for the stipulated bail condition, would be a lawful exercise of personal freedom. As the gravamen of the offence is a failure to comply with a court order, there is often no victim, no violence, or no direct harm to the public or property.

<sup>3</sup> I will refer to the offence created by s. 145(3) as the "failure to comply" offence and will refer to "bail conditions" to include all conditions arising from the undertakings, recognizances, directions, and orders listed in s. 145(3), although I note that someone can also be subject to conditions arising from release from custody by the police. An accused can also be charged under s. 145(3) for breaching no-communication conditions in directions and orders imposed if the accused is detained prior to trial; however, for the sake of simplicity, I will refer to all of these conditions as "bail conditions" as they still refer to conditions imposed prior to conviction to manage the accused's risks. For the purposes of these reasons, I will refer to the relevant sections of the *Code* as they were when Mr. Zora was charged in October 2015, unless otherwise stated. The bail provisions of the *Code* were significantly revised as of December 18, 2019, and I will address the significance of these changes after reviewing the bail structure as it stood when Mr. Zora was charged and sentenced.

Couronne la convainc que des restrictions particulières doivent être prises pour assurer la présence de la personne prévenue au tribunal, pour assurer la protection ou la sécurité du public ou pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice (par. 515(10); *R. c. Antic*, 2017 CSC 27, [2017] 1 R.C.S. 509, par. 21, 34 et 67j)).

[2] Le Parlement a créé une infraction criminelle distincte pour le manquement aux conditions de mise en liberté sous caution au par. 145(3) du *Code*.<sup>3</sup> Il s'agit d'un crime contre l'administration de la justice qui entraîne une peine maximale de deux ans d'emprisonnement. Toute personne prévenue est par conséquent passible d'un emprisonnement en vertu du par. 145(3) si elle manque à une condition de sa mise en liberté sous caution, même si en fin de compte elle n'est déclarée coupable d'aucun crime pour lequel elle était initialement accusée. Dans bien des cas, la personne prévenue s'expose à des sanctions pénales pour une conduite qui, n'eût été les conditions de sa mise en liberté sous caution, constituerait un exercice légal de sa liberté personnelle. Comme l'élément essentiel de l'infraction est l'omission de se conformer à une ordonnance judiciaire, il n'y a souvent pas de victime ni de violence, ni de préjudice direct au public ou de dommages directs causés à des biens.

<sup>3</sup> Dans les présents motifs, l'infraction créée au par. 145(3) sera appelée l'infraction d'« omission de se conformer à une condition » et l'expression « conditions de mise en liberté sous caution » renverra à toutes les conditions découlant d'une promesse, d'un engagement, d'une directive ou d'une ordonnance mentionnées au par. 145(3), même si je note qu'une personne peut aussi être assujettie à des conditions après avoir été libérée par la police. Une personne prévenue peut également être inculpée en vertu du par. 145(3) pour avoir manqué à des conditions de non-communication prévues dans des directives et des ordonnances imposées si la personne prévenue est détenue avant le procès; cependant, par souci de simplicité, je vais employer l'expression « conditions de mise en liberté sous caution » pour désigner toutes ces conditions puisqu'il s'agit de conditions imposées avant la déclaration de culpabilité en vue de gérer les risques que pose la personne prévenue. À moins d'indication contraire, je renverrai aux dispositions pertinentes du *Code* dans leur version en vigueur au moment où M. Zora a été accusé en octobre 2015. Les dispositions du *Code* relatives à la mise en liberté sous caution ont fait l'objet d'une révision importante le 18 décembre 2019, et je traiterai de la portée de ces modifications après avoir examiné la structure de la mise en liberté sous caution qui existait au moment où M. Zora a été accusé et condamné.



[3] The appellant, Mr. Zora, appeals his convictions under s. 145(3) for twice failing to comply with his bail condition to answer the door when police went to his residence to check that he was complying with his bail conditions. He committed the guilty act, or the *actus reus*, by failing to answer the door when police attended. We are asked to determine what fault or mental element the Crown must prove to secure a conviction under s. 145(3): is the *mens rea* for this offence to be assessed on a subjective or objective standard?

[4] I conclude that the Crown is required to prove subjective *mens rea* and no lesser form of fault will suffice. Under s. 145(3), the Crown must establish that the accused committed the breach knowingly or recklessly. Nothing in the text or context of s. 145(3) displaces the presumption that Parliament intended to require a subjective *mens rea*. Further, this intention is supported by this Court's jurisprudence on the interpretation of the breach of probation offence, the consequences of charges and convictions under s. 145(3), the role of s. 145(3) within the constitutional and legislative scheme of bail, and the practical operation of the bail system. A subjective *mens rea* standard for breach under s. 145(3), like Parliament's recent amendments to the bail scheme, keeps the focus on the individual accused, where it belongs.

[5] The parties and interveners recognize that the question of the *mens rea* requirement for s. 145(3) raises broader considerations about the functioning of our complex bail system. The breach of a bail condition reaches back to, and is based upon, the conditions imposed at the beginning of the bail process. In *Antic*, this Court endorsed principles for reasonable bail based on documented concerns over how the bail system operates across Canada. Three

[3] L'appelant, M. Zora, interjette appel de ses déclarations de culpabilité fondées sur le par. 145(3) pour avoir, à deux reprises, omis de se conformer à une condition de sa mise en liberté, soit celle de répondre à la porte lorsque la police se rend à sa résidence pour vérifier s'il respecte ses conditions de mise en liberté. Il a commis l'acte coupable (*actus reus*) en ne répondant pas à la porte lorsque la police s'est rendue chez lui. Nous devons déterminer quelle faute ou quel élément mental la Couronne doit prouver pour obtenir une déclaration de culpabilité au titre du par. 145(3) : la *mens rea* pour cette infraction doit-elle être évaluée en fonction d'une norme subjective ou objective?

[4] Je conclus que la Couronne est tenue de prouver la *mens rea* subjective, et qu'aucune forme de faute moindre ne suffit. En vertu du par. 145(3), la Couronne doit établir que la personne prévenue a commis le manquement sciemment ou par insouciance. Rien dans le texte ou le contexte du par. 145(3) n'écarte la présomption selon laquelle le Parlement entendait exiger une *mens rea* subjective. Cette intention législative est également appuyée par la jurisprudence de la Cour sur l'interprétation de l'infraction du défaut de se conformer à une ordonnance de probation, les conséquences des accusations et des déclarations de culpabilité fondées sur le par. 145(3), le rôle du par. 145(3) au sein du régime constitutionnel et législatif de mise en liberté sous caution et l'application pratique du système de mise en liberté sous caution. Comme les modifications récentes du Parlement apportées au régime de la mise en liberté sous caution, une norme de *mens rea* subjective pour un manquement en vertu du par. 145(3) focalise l'attention sur la personne prévenue, comme il se doit.

[5] Les parties et les parties intervenantes reconnaissent que la question de la *mens rea* requise pour l'infraction prévue au par. 145(3) soulève des considérations plus larges au sujet du fonctionnement de notre système complexe de mise en liberté sous caution. Pour conclure qu'il y a eu un manquement à une condition de mise en liberté sous caution, il faut se reporter aux conditions imposées au début du processus de mise en liberté sous caution et se fonder

years after *Antic*, and with the same goal of providing guidance, I address the imposition of non-monetary bail conditions and the criminal offences that result from their breach. A similarly wide-angle lens is required. Offences under s. 145(3) are very common, on the rise, and often involve questionable conditions imposed upon vulnerable and marginalized persons. Parliament has recently acted to address how numerous and onerous bail conditions interact with s. 145(3) to create a cycle of incarceration, especially among the most vulnerable in our population. This Court cannot ignore the current context in which the bail system operates, and in response provides guidance on both the interpretation of s. 145(3) and the imposition of the bail conditions that lead to these charges.

[6] All those involved in the bail system are to be guided by the principles of restraint and review when imposing or enforcing bail conditions. The principle of restraint requires any conditions of bail to be clearly articulated, minimal in number, necessary, reasonable, least onerous in the circumstances, and sufficiently linked to the accused's risks regarding the statutory grounds for detention in s. 515(10). The principle of review requires everyone, and especially judicial officials, to carefully scrutinize bail conditions at the release stage whether the bail is contested or is on consent. Most bail conditions restrict the liberty of a person who is presumed innocent. Breach can lead to serious legal consequences for the accused and the large number of breach charges has important implications for the already over-burdened justice system. Before transforming bail conditions

sur celles-ci. Dans l'arrêt *Antic*, la Cour a confirmé les principes sous-tendant la mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable, se fondant sur des préoccupations rapportées concernant le fonctionnement du système de mise en liberté sous caution au Canada. Trois ans après l'arrêt *Antic*, et avec le même objectif d'orienter les tribunaux, je traiterai de l'imposition de conditions de mise en liberté sous caution de nature non pécuniaire et des infractions criminelles qui découlent du manquement à ces conditions. Pour ce faire, il faut, comme dans l'arrêt *Antic*, adopter une vision d'ensemble. Les infractions prévues au par. 145(3) sont très courantes, sont en hausse et mettent souvent en jeu des conditions discutables imposées à des personnes vulnérables et marginalisées. Le Parlement a récemment pris des mesures pour s'attaquer à la façon dont les nombreuses et lourdes conditions de mise en liberté sous caution interagissent avec le par. 145(3) pour créer un cycle d'incarcération, particulièrement parmi les membres les plus vulnérables de la population. La Cour ne peut faire abstraction du contexte actuel dans lequel fonctionne le système de mise en liberté sous caution et propose, en réponse à cette réalité, une orientation concernant tant l'interprétation à donner au par. 145(3) que l'imposition des conditions de mise en liberté sous caution menant à de telles accusations.

[6] Quiconque participe au système de mise en liberté sous caution doit suivre les principes de retenue et de révision au moment d'imposer ou d'appliquer des conditions de mise en liberté sous caution. Le principe de la retenue exige que les conditions de mise en liberté sous caution soient clairement énoncées, qu'elles soient les moins nombreuses possible et qu'elles soient nécessaires, raisonnables, les moins sévères possible dans les circonstances et suffisamment liées aux risques que pose la personne prévenue au regard des motifs de détention prévus au par. 515(10). Le principe de la révision requiert que tout le monde, et particulièrement les entités judiciaires, examine attentivement les conditions de mise en liberté sous caution à l'étape de la libération, peu importe que la mise en liberté sous caution fasse l'objet d'une contestation ou d'un consentement. La

into personal sources of potential criminal liability, judicial officials should be alive to possible problems with the conditions. Requiring subjective *mens rea* to affix criminal liability under s. 145(3) reflects the principles of restraint and review and mirrors the individualized approach mandated for the imposition of bail conditions.

[7] I approach these reasons as follows. First, I outline the factual background and judicial history of this appeal. Second, I review the legislative and constitutional framework of bail, which provides necessary background for interpreting the failure to comply offence in s. 145(3). Third, I set out why my interpretation of s. 145(3) leads me to conclude that the offence requires subjective *mens rea*. Fourth, I provide broader guidance on what is required for a bail condition to be necessary, reasonable, least onerous, and sufficiently linked to the risks listed in s. 515(10). Fifth, I explain what will be required to prove subjective *mens rea* for the failure to comply offence. Lastly, I describe why I would order a new trial in this case.

## II. Factual Background and Judicial History

[8] Mr. Zora was charged with three counts of possession for the purpose of trafficking contrary to the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, and was granted bail on his own

plupart des conditions de mise en liberté sous caution restreignent la liberté d'une personne qui est présumée innocente. Le manquement à une condition peut mener à de graves conséquences juridiques pour la personne prévenue, et le grand nombre d'accusations de manquement a des conséquences importantes sur le système de justice déjà surchargé. Avant de transformer les conditions de mise en liberté sous caution en sources personnelles d'une potentielle responsabilité criminelle, les entités judiciaires devraient être conscientes des problèmes que pourraient causer les conditions. Le fait d'exiger une *mens rea* subjective pour que la responsabilité criminelle soit engagée en vertu du par. 145(3) tient compte des principes de retenue et de révision et reflète l'approche individualisée requise pour l'imposition de conditions de mise en liberté sous caution.

[7] J'articulerai les présents motifs comme suit. Premièrement, je présenterai le contexte factuel et l'historique judiciaire du pourvoi. Deuxièmement, j'examinerai le cadre législatif et constitutionnel de la mise en liberté sous caution, lequel fournit le contexte nécessaire pour interpréter l'infraction d'omission de se conformer à une condition prévue au par. 145(3). Troisièmement, j'énoncerai pourquoi mon interprétation du par. 145(3) me mène à conclure que l'infraction exige une *mens rea* subjective. Quatrièmement, je fournirai des indications générales sur ce qui est requis pour qu'une condition de mise en liberté sous caution soit considérée comme nécessaire, raisonnable, la moins sévère possible et suffisamment liée aux risques énumérés au par. 515(10). Cinquièmement, j'expliquerai ce qui est nécessaire pour prouver la *mens rea* subjective qu'exige l'infraction d'omission de se conformer à une condition. Enfin, j'expliciterai pourquoi je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès dans la présente affaire.

## II. Contexte factuel et historique judiciaire

[8] Monsieur Zora a été accusé de trois chefs de possession de substances en vue d'en faire le trafic, infraction prévue dans la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19, et a

recognizance<sup>4</sup> with conditions and with his mother as surety.<sup>5</sup> His twelve bail conditions required that he “keep the peace and be of good behaviour”, report to his bail supervisor as directed, remain in the province of British Columbia unless consent was granted by his bail supervisor, obey all rules and regulations of his residence, remain in his residence except during the day in the company of his mother or father or a person approved by his bail supervisor and with the consent of his bail supervisor (referred to as the curfew or house arrest condition), present himself at the door of his residence within five minutes of a peace officer or bail supervisor attending to confirm his compliance with his house arrest condition, not possess any non-prescribed controlled substances, not possess drug paraphernalia, not possess or have a cell phone, attend a residential treatment facility if he consented, and not possess any weapon (A.R., at p. 137).

[9] The police came almost every day, at different times in the evening, to check his compliance with the curfew in the approximately one month between his release from custody on September 17, 2015, and his alleged breaches in October 2015. The trial judge found that due to the nature of the charges, the RCMP “were quite diligent in investigating any possible violation” of Mr. Zora’s bail conditions (B.C. Prov. Ct., Nos. 38980-6-CAC, 38980-7-CAC,

obtenu une mise en liberté sur son propre engagement<sup>4</sup> et sous caution<sup>5</sup>, sa mère ayant accepté d’agir à ce titre. Aux termes des douze conditions de sa mise en liberté sous caution, il était tenu de [TRADUCTION] « ne pas troubler l’ordre public et d’avoir une bonne conduite », de se présenter sur demande à la personne en charge de la surveillance de sa liberté sous caution conformément aux directives données, de rester dans la province de la Colombie-Britannique sauf si la personne en charge de la surveillance de sa liberté sous caution a consenti à ce qu’il en sorte, d’obéir aux règles et règlements de sa résidence, de rester chez lui à moins de sortir le jour en étant accompagné par sa mère ou son père ou une personne approuvée par la personne en charge de la surveillance de sa liberté sous caution et d’avoir obtenu le consentement de celle-ci (condition appelée le couvre-feu ou la condition de détention à domicile), de se présenter à la porte de sa résidence dans un délai de cinq minutes lorsque la police ou une personne en charge de la surveillance de sa liberté sous caution se présente pour confirmer qu’il respecte la condition de détention à domicile, de ne pas être possession de substances désignées non prescrites, d’accessoires facilitant la consommation de drogues ou d’un téléphone cellulaire, de prendre part à un programme de traitement en établissement s’il y consent et de n’être en possession d’aucune arme (d.a., p. 137).

[9] Au cours de la période d’environ un mois entre la mise en liberté de M. Zora le 17 septembre 2015, et les manquements qu’il aurait commis en octobre 2015, la police est allée chez lui presque tous les jours, à différentes heures de la soirée, pour vérifier s’il respectait le couvre-feu. Le juge du procès a conclu qu’en raison de la nature des accusations, la GRC [TRADUCTION] « a fait preuve de beaucoup de diligence en enquêtant sur toute possible

<sup>4</sup> As defined in *Antic*, a recognizance “is the ‘formal record of an acknowledgement of indebtedness to the Crown’ that is usually nullified when the accused attends in court for trial” (fn 2).

<sup>5</sup> As also described in *Antic*, a “surety is an individual who supervises the accused and ensures that the accused remains faithful to his or her pledge to the court to appear for trial” (fn 1).

<sup>4</sup> Selon la définition donnée dans l’arrêt *Antic*, un engagement « est la “reconnaissance formelle d’une dette envers le ministère public”, reconnaissance étant généralement annulée lorsque [la personne accusée] se présente devant le tribunal pour son procès » (note 2).

<sup>5</sup> L’arrêt *Antic* comprend également une définition du terme « caution » : « [u]ne caution est une personne qui supervise [la personne accusée] et qui s’assure que [celle]-ci respecte son engagement envers le tribunal de comparaître au procès » (note 1).

March 29, 2017, at para. 2 (“Trial Judge reasons”), reproduced in A.R., at p. 2).

[10] On two evenings on Thanksgiving weekend, October 9 and 11, 2015, Mr. Zora failed to present himself at his door when police attended his residence around 10:30 p.m. Mr. Zora did not know that he had missed the police at his door until two weeks later when informed that he was being charged with two counts of breaching his curfew condition and two counts of breaching his condition to answer the door. Following his breach charges, Mr. Zora was released on bail on a similar recognizance, but with the added condition that he personally and immediately answer the phone at his residence when any peace officer or bail supervisor called the residence. Mr. Zora testified that he subsequently set up an audio-visual system at his front door and moved his bedroom so that he would not miss future police checks.

[11] Mr. Zora, his mother, and his girlfriend testified that they were all at home during the Thanksgiving weekend. Mr. Zora said it would have been difficult, if not impossible, to hear the doorbell or someone knocking on the front door from his bedroom. His bedroom was downstairs on the far side of the residence, and he was tired and retiring early because he was withdrawing from heroin and in a methadone treatment program. The trial judge raised concerns with the credibility and reliability of the defence witnesses, but did not make clear findings of fact, however, on whether Mr. Zora knew that he was unable to hear his doorbell from his room when police attended his door that weekend (Trial Judge reasons, at paras. 11-14).

[12] The trial judge acquitted Mr. Zora on the alleged curfew violations as he was not satisfied beyond

violation » des conditions de mise en liberté sous caution de M. Zora (C. prov. C.-B., Nos. 38980-6-CAC, 38980-7-CAC, 29 mars 2017, par. 2 (« motifs du juge du procès »), reproduits dans le d.a., p. 2).

[10] Deux soirs au cours de la fin de semaine de l’Action de grâces, les 9 et 11 octobre 2015, M. Zora ne s’est pas présenté à sa porte lorsque la police s’est rendue à sa résidence vers 22 h 30. Monsieur Zora a appris qu’il avait raté les visites de la police seulement deux semaines plus tard lorsqu’il a été informé des deux chefs d’accusation dont il faisait l’objet pour ne pas avoir respecté sa condition de couvre-feu et des deux chefs relatifs au manquement à sa condition de répondre à la porte. À la suite de ces accusations, M. Zora a été libéré sous caution aux termes d’un engagement semblable, mais avec la condition supplémentaire qu’il réponde personnellement et immédiatement au téléphone de sa résidence lorsqu’appelle la police ou une personne en charge de la surveillance de sa liberté sous caution. M. Zora a témoigné qu’il avait par la suite installé un système audiovisuel à sa porte d’entrée et qu’il avait changé de chambre à coucher pour s’assurer de ne pas manquer les prochaines vérifications de la police.

[11] Monsieur Zora, sa mère et sa petite amie ont témoigné que les trois se trouvaient à la maison la fin de semaine de l’Action de grâces. Monsieur Zora a déclaré qu’il lui aurait été difficile, voire impossible, d’entendre quelqu’un sonner ou frapper à la porte d’entrée à partir de sa chambre à coucher. Celle-ci se trouvait au sous-sol, à l’autre extrémité de la maison, et il était fatigué ce soir-là et était allé se coucher tôt parce qu’il était en sevrage d’héroïne et suivait un programme de traitement à la méthadone. Le juge du procès a exprimé certains doutes quant à la crédibilité et à la fiabilité des personnes témoignant pour la défense, mais n’a toutefois tiré aucune conclusion de fait claire sur la question de savoir si M. Zora savait qu’il était incapable d’entendre de sa chambre la sonnette de la porte quand la police s’est présentée chez lui cette fin de semaine-là (motifs du juge du procès, par. 11-14).

[12] Le juge du procès a acquitté M. Zora relativement aux allégations de violation du couvre-feu,

a reasonable doubt that Mr. Zora had been outside of his house at the time. He convicted Mr. Zora on the two counts of failing to appear at the door for curfew compliance checks. The trial judge analogized s. 145(3) offences to strict liability offences and therefore found that Mr. Zora was guilty of breach of his conditions as he had not “arrange[d his] life to comply with the terms of bail” (Trial Judge reasons, at para. 16). Mr. Zora was fined a total of \$920.

[13] The summary conviction appeal judge dismissed the appeal and concluded that objective *mens rea* was sufficient for a conviction under s. 145(3) because the British Columbia Court of Appeal decision in *R. v. Ludlow*, 1999 BCCA 365, 125 B.C.A.C. 194, adopted an objective fault standard for these types of offences (2017 BCSC 2070, at para. 7 (CanLII)). This meant that Mr. Zora’s convictions were upheld because his behaviour was a marked departure from what a reasonable person would do to ensure they complied with their conditions.

[14] A five-judge panel of the British Columbia Court of Appeal dismissed the appeal (2019 BCCA 9, 53 C.R. (7th) 373). Stromberg-Stein J.A., writing for the majority of four, concluded that s. 145(3) only requires an objective *mens rea*. The majority found that the text, context, and purpose of s. 145(3) created a duty-based offence grounded in the specific legal duty to comply with bail conditions, which demonstrated Parliament’s intention to create an offence with an objective *mens rea* (paras. 53-58).

[15] Fenlon J.A., concurring in the result, found that s. 145(3) required subjective fault. In her view, this was not a duty-based offence and neither the

car il n’était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que M. Zora était à l’extérieur de la maison à ce moment. Il a déclaré M. Zora coupable des deux chefs d’accusation d’omission de se présenter à la porte lors des vérifications du respect du couvre-feu. Il a assimilé les infractions prévues au par. 145(3) à des infractions de responsabilité stricte et a par conséquent conclu que M. Zora était coupable de manquement à ses conditions étant donné qu’il n’avait pas [TRADUCTION] « organisé sa vie de manière à respecter les conditions de sa mise en liberté sous caution » (motifs du juge du procès, par. 16). M. Zora a été condamné à payer une amende de 920 \$.

[13] Le juge d’appel des poursuites sommaires a rejeté l’appel et conclu qu’une *mens rea* objective était suffisante pour une déclaration de culpabilité en vertu du par. 145(3) parce que, dans l’arrêt *R. c. Ludlow*, 1999 BCCA 365, 125 B.C.A.C. 194, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a retenu une norme de faute objective pour ces types d’infractions (2017 BCSC 2070, par. 7 (CanLII)). Cela signifiait que les déclarations de culpabilité de M. Zora ont été confirmées parce que son comportement constituait un écart marqué par rapport à ce qu’une personne raisonnable aurait fait pour s’assurer qu’elle respectait ses conditions.

[14] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique, composée d’une formation de cinq juges, a rejeté l’appel (2019 BCCA 9, 53 C.R. (7th) 373). La juge Stromberg-Stein, qui a rédigé les motifs des quatre juges majoritaires, a conclu que le par. 145(3) exige seulement une *mens rea* objective. Selon les juges majoritaires, le texte, le contexte et l’objet du par. 145(3) créaient une infraction fondée sur une obligation, laquelle reposait sur l’obligation légale expresse de se conformer aux conditions de la mise en liberté sous caution, ce qui démontrait l’intention du Parlement de créer une infraction nécessitant une *mens rea* objective (par. 53-58).

[15] La juge Fenlon, qui a souscrit au résultat, a quant à elle conclu que le par. 145(3) exigeait une faute subjective. À son avis, il ne s’agissait pas d’une



words nor the scheme nor purpose of the offence supported a clear legislative intent to displace the presumptive subjective fault element. Fenlon J.A. nevertheless dismissed the appeal as she concluded that the Crown had established subjective fault by showing that Mr. Zora was reckless since he knew that there were parts of his house where he would not hear the doorbell and yet he made no effort to address the situation (paras. 95-96).

### III. Legislative Background and the Context of Section 145(3)

[16] Section 145(3) is a hybrid offence that applies to breaches of conditions imposed on an accused by a court order prior to trial, while awaiting sentencing, or during an appeal. The offence falls under Part IV of the *Code*, which deals with offences against the administration of law and justice. There are similarly worded offences for accused persons who fail to attend court when required (s. 145(2), (4), and (5)) or fail to comply with conditions of undertakings issued by peace officers (s. 145(5.1)). Given these offences are substantively similar in text and context, I see no reason why these offences should carry a different fault standard from s. 145(3).

[17] The predecessor to s. 145(3), s. 133(3), was introduced in 1972 through the *Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37. It created an offence where a person bound by conditions of an undertaking or recognizance on bail “fails, without lawful excuse, the proof of which lies upon him, to comply with that condition” (R.S.C. 1970, c. 2 (2nd Supp.), s. 4). Prior to this, there was no offence for failure to comply with bail conditions and the *Code* provided

infraction fondée sur une obligation, et ni les mots utilisés, ni le régime établi par la disposition, ni l’objet de l’infraction ne permettaient de conclure à une intention législative claire voulant écarter la présomption de l’élément de faute subjective. La juge Fenlon a néanmoins rejeté l’appel au motif que la Couronne avait établi une faute subjective en démontrant que M. Zora avait fait preuve d’insouciance puisqu’il savait qu’il y avait des parties de sa maison où il n’entendrait pas la sonnette de la porte et il n’avait pourtant fait aucun effort pour régler la situation (par. 95-96).

### III. Cadre législatif et contexte du par. 145(3)

[16] Le paragraphe 145(3) prévoit une infraction mixte qui s’applique aux manquements à des conditions imposées à une personne prévenue dans une ordonnance judiciaire avant le procès, en attendant la détermination de la peine ou pendant un appel. L’infraction figure à la partie IV du *Code*, qui traite des infractions contre l’application de la loi et l’administration de la justice. Il existe des infractions au libellé semblable visant les personnes prévenues qui omettent d’être présentes au tribunal lorsqu’elles sont tenues de le faire (par. 145(2), (4) et (5)) ou qui omettent de se conformer à une condition d’une promesse imposée par la personne autorisée à le faire selon le par. 145(5.1). Étant donné que ces infractions sont essentiellement semblables pour ce qui est du texte et du contexte, je ne vois aucune raison pour laquelle ces infractions devraient être assorties d’une norme de faute différente de l’infraction prévue au par. 145(3).

[17] L’ancêtre du par. 145(3), le par. 133(3), a été adopté en 1972 au moyen de la *Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970-71-72, c. 37. Il créait une infraction pour les cas où une personne assujettie aux conditions d’une promesse ou d’un engagement dans le cadre d’une mise en liberté sous caution « omet, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, de se conformer à cette condition » (S.R.C. 1970, c. 2 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 4). Avant cette disposition,

no guidance for imposing bail conditions (*Antic*, at para. 23).

[18] Section 145(3) was amended in 2018 to remove the reverse onus on the accused to prove lawful excuse (S.C. 2018, c. 29, s. 9(7)). On December 18, 2019, as part of larger amendments to the bail scheme, the offence under s. 145(3) was split into two subsections to separately address the failure to comply with an undertaking under s. 145(4) and a release order or a no-communication order under s. 145(5) (S.C. 2019, c. 25, s. 47(1)). While these changes do not really alter the failure to comply with offence, Parliament also made significant changes to address mounting concerns about the imposition of excessive and unfair bail terms and the overuse of criminal sanctions for the failure to comply with conditions of bail (see *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 300, 1st Sess., 42nd Parl., May 24, 2018, at pp. 19603 and 19606, Hon. Jody Wilson-Raybould, Minister of Justice and Attorney General).

[19] The parties and interveners recognize that the particular question before the Court needs to be situated within the complex legal and factual context in which bail operates in Canada. Not only does the fault element under s. 145(3) have far-reaching implications for civil liberties and the fair and efficient functioning of bail in this country, there is a direct link between what conditions may be imposed in a bail order and Parliament's intent in criminalizing their breach under s. 145(3). Before looking to how s. 145(3) should be interpreted, it is necessary to provide a brief overview of the factors and framework which structure how bail conditions are established. The release conditions to which s. 145(3) applies are imposed in a bail system bounded by the *Charter*,

il n'existait pas d'infraction pour l'omission de se conformer à une condition de mise en liberté sous caution et le *Code* ne fournissait aucune indication pour ce qui est de l'imposition de telles conditions (*Antic*, par. 23).

[18] Le paragraphe 145(3) a été modifié en 2018 pour supprimer le fardeau inversé qui incombait à la personne prévenue de prouver qu'elle avait une excuse légitime (L.C. 2018, c. 29, par. 9(7)). Le 18 décembre 2019, dans le cadre d'un ensemble de changements apportés au régime de mise en liberté sous caution, l'infraction prévue au par. 145(3) a été divisée en deux paragraphes pour traiter séparément l'omission de se conformer à une promesse au par. 145(4), et l'omission de se conformer à une ordonnance de mise en liberté ou de non-communication au par. 145(5) (L.C. 2019, c. 25, par. 47(1)). Bien que ces changements ne modifient pas réellement l'infraction d'omission de se conformer à une condition, le Parlement a aussi apporté des changements importants pour répondre aux préoccupations croissantes concernant l'imposition de conditions de mise en liberté excessives et inéquitables et le recours abusif à des sanctions pénales pour le non-respect de conditions de mise en liberté sous caution (voir *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 300, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 24 mai 2018, p. 19603 et 19606, l'hon. Jody Wilson-Raybould, ministre de la Justice et procureure générale).

[19] Les parties et les parties intervenantes reconnaissent que la question particulière dont est saisie la Cour doit être située dans le contexte juridique et factuel complexe de mise en liberté sous caution au Canada. Non seulement l'élément de faute qu'exige le par. 145(3) a des conséquences d'une portée considérable sur les libertés civiles et le fonctionnement équitable et efficace de la mise en liberté sous caution dans notre pays, mais il existe un lien direct entre les conditions qui peuvent être imposées dans une ordonnance de mise en liberté sous caution et l'intention législative de criminaliser le manquement à celles-ci aux termes du par. 145(3). Avant de regarder de quelle façon le par. 145(3) devrait être interprété, il est nécessaire de donner un aperçu des facteurs et



governed by the *Code*, and informed by the jurisprudence.

[20] From a constitutional perspective, most bail conditions restrict the liberty of persons who are presumed innocent and impose a risk of further criminal liability on those persons because of the failure to comply offence under s. 145(3). Therefore, the setting of bail conditions must be consistent with the presumption of innocence and the right not to be denied reasonable bail without just cause under s. 11(e) of the *Charter* (see *Antic*, at para. 67; *R. v. Tunney*, 2018 ONSC 961, 44 C.R. (7th) 221, at para. 36). Section 11(e) protects both the right not to be denied bail without “just cause” and the right to bail on reasonable terms and conditions (*R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at p. 689; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, at p. 735; *Antic*, at paras. 36-41). The s. 11(e) right is “an essential element of an enlightened criminal justice system” that “entrenches the effect of the presumption of innocence at the pre-trial stage of the criminal trial process and safeguards the liberty of accused persons” (*Antic*, at para. 1).<sup>6</sup> The presumption of innocence is “a hallowed principle lying at the very heart of criminal law [that] confirms our faith in humankind” (*Antic*, at paras. 66-67(a), quoting *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 119-20; see also *R. v. Myers*, 2019 SCC 18, [2019] 2 S.C.R. 105, at para. 1). The presumption of innocence is only satisfied in the bail process when the requirements of s. 11(e) are met (*Pearson*, at pp. 688-89; *Morales*, at p. 748). As described by Andrew Ashworth and Lucia Zedner, the presumption of innocence and the protection of liberty rights mean that “the state should presume each person to be harmless . . . therefore it is in principle wrong to take coercive measures

du cadre qui structurent la façon dont les conditions de mise en liberté sous caution sont établies. Les conditions de mise en liberté auxquelles s’applique le par. 145(3) sont imposées dans le cadre d’un système de mise en liberté sous caution circonscrit par la *Charte*, régi par le *Code* et reposant sur la jurisprudence.

[20] D’un point de vue constitutionnel, la plupart des conditions de mise en liberté sous caution restreignent la liberté des personnes qui sont présumées innocentes et leur font courir le risque que leur responsabilité criminelle soit engagée en raison de l’infraction d’omission de se conformer à une condition, aux termes du par. 145(3). Par conséquent, la détermination des conditions de mise en liberté sous caution doit être conforme à la présomption d’innocence et au droit de ne pas se voir priver sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable garanti par l’al. 11e) de la *Charte* (voir *Antic*, par. 67; *R. c. Tunney*, 2018 ONSC 961, 44 C.R. (7th) 221, par. 36). L’alinéa 11e) protège à la fois le droit de ne pas se voir privé « sans juste cause » d’une mise en liberté sous caution et le droit à des conditions de mise en liberté raisonnables (*R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, p. 689; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, p. 735; *Antic*, par. 36-41). Le droit prévu à l’al. 11e) est « un élément essentiel d’un système de justice pénale éclairé » qui « consacre l’effet de la présomption d’innocence à l’étape préalable au procès criminel et protège la liberté des [personnes accusées] » (*Antic*, par. 1)<sup>6</sup>. La présomption d’innocence est « un principe consacré qui se trouve au cœur même du droit criminel [qui] confirme notre foi en l’humanité » (*Antic*, par. 66-67a), citant *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 119-120; voir aussi *R. c. Myers*, 2019 CSC 18, [2019] 2 R.C.S. 105, par. 1). Dans le cadre du processus de mise en liberté sous caution, la présomption d’innocence n’est respectée que lorsque les exigences de l’al. 11e) sont satisfaites (*Pearson*,

<sup>6</sup> With the exception of bail conditions for bail following conviction, as is the case for bail between conviction and sentencing or bail on appeal (see *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328, at para. 117; *R. v. Oland*, 2017 SCC 17, [2017] 1 S.C.R. 250, at para. 35).

<sup>6</sup> Exception faite des conditions de mise en liberté sous caution imposées à la suite d’une déclaration de culpabilité, par exemple dans le cas de la mise en liberté sous caution entre la déclaration de culpabilité et la détermination de la peine ou dans l’attente de l’issue d’un appel (voir *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 117; *R. c. Oland*, 2017 CSC 17, [2017] 1 R.C.S. 250, par. 35).

against people for preventive reasons unless there are very strong justifications for doing so” (*Preventive Justice* (2014), at p. 53). The *Charter* therefore protects accused persons from unreasonable terms and conditions of bail.

[21] Section 515 of the *Code* governs how judicial officials are to exercise their discretion to grant bail, establishes the legal forms of bail, and requires that the conditions of bail are only as onerous as necessary to address the risks listed in s. 515(10): being, the risk of the accused not attending court, harm to public protection and safety, and loss of confidence in the administration of justice. Subsections 515(1) to (3) codify the “ladder principle”, a principle premised on restraint, which “requires that the form of release imposed on an accused be no more onerous than necessary” (*Antic*, at para. 44). A judicial official is only permitted to impose a more onerous form of release “if the Crown shows why a less onerous form of release is inappropriate” (*Antic*, at para. 47). Therefore, the default form of release for an accused charged with an offence, other than the very serious offences listed in s. 469, is release on an undertaking *without conditions* (s. 515(1)). Under s. 515(2) (a), if the Crown shows that an accused should not be released on an undertaking without conditions, the judicial official should consider releasing the accused on an undertaking with conditions.

[22] The *Code* provides for enumerated and non-enumerated conditions of bail. The enumerated conditions in s. 515(4) to (4.2) provide guidance

p. 688-689; *Morales*, p. 748). Pour reprendre les mots d’Andrew Ashworth et de Lucia Zedner, la présomption d’innocence et la protection des droits à la liberté signifient que [TRADUCTION] « l’État devrait présumer que les personnes sont inoffensives [. . .] par conséquent, on aurait en principe tort de prendre des mesures coercitives contre des personnes à titre préventif à moins qu’il y ait des justifications impérieuses de le faire » (*Preventive Justice* (2014), p. 53). La *Charte* protège donc les personnes prévenues de l’imposition de conditions déraisonnables de mise en liberté sous caution.

[21] L’article 515 du *Code* régit la façon dont les entités judiciaires exercent leur pouvoir discrétionnaire pour accorder la mise en liberté sous caution, prévoit les formes juridiques que celle-ci peut revêtir et exige que les conditions imposées ne soient pas plus sévères que nécessaire pour répondre aux risques énumérés au par. 515(10), à savoir le risque que la personne prévenue ne se présente pas au tribunal, le risque pour la protection ou la sécurité du public et le risque que le public perde confiance envers l’administration de la justice. Les paragraphes 515(1) à (3) codifient le « principe de l’échelle », fondé sur la retenue, selon lequel « la forme de mise en liberté imposée à [la personne accusée] ne doit pas être plus sévère que ce qui est nécessaire » (*Antic*, par. 44). L’entité judiciaire n’est autorisée à imposer une forme de mise en liberté plus sévère que si la Couronne « démontre pourquoi une forme qui l’est moins serait inappropriée » (*Antic*, par. 47). Par conséquent, la forme de mise en liberté par défaut qui devrait être imposée à une personne prévenue inculpée d’une infraction, autre que les infractions très graves énumérées à l’art. 469, est la mise en liberté sur remise d’une promesse *sans conditions* (par. 515(1)). Aux termes de l’al. 515(2)a), si la Couronne démontre que la personne prévenue ne devrait pas être mise en liberté sur remise d’une promesse sans conditions, l’entité judiciaire devrait envisager de la mettre en liberté sur remise d’une promesse assortie de conditions.

[22] Le *Code* prévoit certaines conditions précises ainsi que d’autres conditions non précisées de mise en liberté sous caution. Les conditions énumérées

regarding the individualized nature of conditions and the expected degree of connection between the condition and the risks listed in s. 515(10). Most discretionary conditions enumerated in s. 515(4) address an individual accused's flight risk or risk of not attending their court date: reporting to a peace officer (s. 515(4)(a)), remaining within a territorial jurisdiction (s. 515(4)(b)), notifying a peace officer of a change in address and employment (s. 515(4)(c)), and depositing a passport (s. 515(4)(e)) (see G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), at pp. 6-27 to 6-32). Enumerated conditions related to no-communication orders (ss. 515(4)(d) and 515(4.2)), geographical restrictions (s. 515(4)(d)), and mandatory weapons prohibitions for specific offences (s. 515(4.1)) are directly linked to the second ground of detention: public safety and security. In fact, even mandatory weapons prohibitions give the judicial official some leeway to not impose the weapons prohibition if they consider that the condition is not necessary to protect the safety of the accused, or the safety and security of a victim or any other person (s. 515(4.1)).

[23] Under s. 515(4)(f),<sup>7</sup> judicial officials are also given flexibility to impose non-enumerated conditions, defined as: “. . . such other reasonable conditions . . . as the justice considers desirable”. As shown by Mr. Zora's twelve, and then thirteen, release conditions, non-enumerated bail conditions often cover a broad range of activities. It is common for conditions to range from requiring an accused to keep the peace and be of good behaviour, prohibiting cellphone use and internet access, controlling alcohol and drug consumption, imposing a curfew, limiting where an accused can go over large areas of a city, requiring compliance with random searches, and even restricting the accused's ability to exercise

aux par. 515(4) à (4.2) donnent des indications quant à la nature individualisée des conditions et le degré attendu de lien entre la condition imposée et les risques énumérés au par. 515(10). La plupart des conditions discrétionnaires énumérées au par. 515(4) visent le risque de fuite de la personne prévenue ou le risque qu'elle ne se présente pas au tribunal au moment indiqué : se présenter à la personne responsable (al. 515(4)a), demeurer dans le ressort de la juridiction (al. 515(4)b), aviser la personne responsable de tout changement d'adresse et d'emploi (al. 515(4)c) et remettre son passeport (al. 515(4)e)) (voir G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (3<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 6-27 à 6-32). Les conditions énumérées relatives aux ordonnances de non-communication (al. 515(4)d et par. 515(4.2)), aux restrictions géographiques (al. 515(4)d) et aux interdictions impératives de possession d'armes pour des infractions précises (par. 515(4.1)) sont directement liées au deuxième motif de détention : la sécurité publique. En fait, même dans le cas des interdictions impératives de possession d'armes, l'entité judiciaire dispose d'une certaine marge de manœuvre pour ne pas imposer de telles interdictions si elle considère que la condition n'est pas nécessaire pour protéger la sécurité de la personne prévenue, de la victime ou de toute autre personne (art. 515(4.1)).

[23] Aux termes de l'alinéa 515(4)f)<sup>7</sup>, les entités judiciaires ont aussi une certaine marge de manœuvre pour imposer des conditions non énumérées, définies de la façon suivante : « . . . telles autres conditions raisonnables [. . .] que le juge de paix estime opportunes ». Comme il ressort des douze, et ensuite treize, conditions de mise en liberté imposées à M. Zora, les conditions de mise en liberté sous caution non énumérées couvrent souvent un vaste éventail d'activités. L'éventail des conditions fréquemment imposées inclut l'exigence que la personne prévenue ne trouble pas l'ordre public et ait une bonne conduite, l'interdiction d'utiliser un téléphone cellulaire et d'avoir accès à l'Internet, le contrôle de la consommation

<sup>7</sup> This is now s. 515(4)(h) as of December 18, 2019. Although the other enumerated conditions have been numbered differently, their content has not changed.

<sup>7</sup> Cette disposition se trouve à l'al. 515(4)h) depuis le 18 décembre 2019. Les autres conditions énumérées sont numérotées différemment, mais leur contenu n'a pas changé.

their rights to freedom of expression and peaceful assembly (see, e.g., *Trotter*, at p. 6-44.1).

[24] The jurisprudence mandates that judicial officials respect the ladder principle, meaning that they must consider release with fewer and less onerous conditions before release on more onerous ones (see *R. v. Schab*, 2016 YKTC 69, 35 C.R. (7th) 48, at para. 29; *R. v. Prychitko*, 2010 ABQB 563, 618 A.R. 146, at para. 14). The case law is clear that non-enumerated conditions imposed under s. 515(4)(f), like enumerated conditions, must be minimal, necessary, reasonable, the least onerous in the circumstances, and sufficiently connected to a risk listed in s. 515(10) (*Antic*, at para. 67(j); see also *R. v. Penunsi*, 2019 SCC 39, [2019] 3 S.C.R. 91, at paras. 78-80). The ladder principle applies to conditions of release just as it applies to forms of release. There is a link between the ladder principle and the number and content of bail conditions. Without a restrained approach to bail conditions, a less onerous form of bail, such as an undertaking with conditions, can become just as or more onerous than other steps up the bail ladder or, in some cases, even more restrictive than conditional sentence and probation orders issued after conviction (*R. v. McCormack*, 2014 ONSC 7123, at para. 23 (CanLII); *R. v. Burdon*, 2010 ABCA 171, 487 A.R. 220, at para. 8).

[25] Only conditions that are specifically tailored to the individual circumstances of the accused can meet these criteria. Bail conditions are thus intended to be particularized standards of behavior designed to curtail statutorily identified risks posed by a particular person. They are to be imposed with restraint not

d'alcool et de drogue, l'imposition d'un couvre-feu, l'imposition de restrictions de déplacement dans de grandes parties d'une ville, l'exigence de se soumettre à des fouilles effectuées au hasard, et même des restrictions quant à l'exercice par la personne prévenue de son droit à la liberté d'expression et de son droit de réunion pacifique (voir, p. ex., *Trotter*, p. 6-44.1).

[24] La jurisprudence exige que les entités judiciaires respectent le principe de l'échelle : elles doivent d'abord considérer une mise en liberté sous caution assortie de peu de conditions, peu sévères, avant de considérer une mise en liberté sous caution assortie de conditions plus sévères (voir *R. c. Schab*, 2016 YKTC 69, 35 C.R. (7th) 48, par. 29; *R. c. Prychitko*, 2010 ABQB 563, 618 A.R. 146, par. 14). La jurisprudence indique clairement que les conditions non énumérées imposées au titre de l'al. 515(4)f), comme les conditions énumérées, doivent être minimales, nécessaires, raisonnables, les moins sévères possible dans les circonstances et suffisamment liées au risque indiqué au par. 515(10) (*Antic*, par. 67j); voir aussi *R. c. Penunsi*, 2019 CSC 39, [2019] 3 R.C.S. 91, par. 78-80). Le principe de l'échelle s'applique aux conditions de mise en liberté tout comme il s'applique aux formes de mise en liberté. Il existe un lien entre le principe de l'échelle et le nombre et le contenu des conditions de mise en liberté sous caution. Sans une approche empreinte de retenue dans l'imposition des conditions, une forme moins sévère de mise en liberté sous caution, comme une promesse assortie de conditions, peut devenir tout aussi sinon plus sévère que d'autres mesures à des échelons plus élevés de la mise en liberté sous caution, voire, dans certains cas, encore plus restrictive qu'une ordonnance de sursis et une ordonnance de probation rendues à la suite d'une déclaration de culpabilité (*R. c. McCormack*, 2014 ONSC 7123, par. 23 (CanLII); *R. c. Burdon*, 2010 ABCA 171, 487 A.R. 220, par. 8).

[25] Seules les conditions qui sont expressément adaptées à la situation personnelle de la personne prévenue peuvent satisfaire à ces critères. Les conditions de mise en liberté sous caution se veulent donc des normes de comportement particularisées conçues pour limiter les risques énoncés dans la loi que pose

only because they limit the liberty of someone who is presumed innocent of the underlying offence, but because the effect of s. 145(3) is often to criminalize behaviour that would otherwise be lawful. In effect, each imposed bail condition creates a new source of potential criminal liability personal to that individual accused.

[26] Many interveners drew attention to the widespread problems which continue to exist, even after this Court's decision in *Antic*, with the ongoing imposition of bail conditions which are unnecessary, unreasonable, unduly restrictive, too numerous, or which effectively set the accused up to fail. Any such practice offends the principle of restraint which has always been at the core of the law governing the setting of bail conditions. Restraint has a constitutional dimension, a legislative footing, and is not only recognized in case law, but was also recently expressly reinforced by the amendments that came into force on December 18, 2019. Section 493.1 now explicitly sets out a "principle of restraint" for any interim release decisions, requiring a peace officer or judicial official to "give primary consideration" to imposing release on the "least onerous conditions that are appropriate in the circumstances, including conditions that are reasonably practicable for the accused to comply with". Section 493.2 requires judicial officials making bail decisions to give particular attention to the circumstances of accused persons who are Indigenous or who belong to a vulnerable population that is overrepresented in the criminal justice system and disadvantaged in obtaining release.

[27] Parliament also acted to address concerns regarding the over-criminalization of bail breaches, which is in part explained by the initial imposition of numerous and onerous bail conditions. Besides

une personne en particulier. Elles doivent être imposées avec retenue, non seulement parce qu'elles restreignent la liberté d'une personne présumée innocente de l'infraction sous-jacente, mais aussi parce que le par. 145(3) a souvent pour effet de criminaliser un comportement qui serait autrement légal. En fait, chaque condition de mise en liberté sous caution imposée crée une nouvelle source de responsabilité criminelle éventuelle propre à la personne prévenue visée.

[26] Beaucoup de parties intervenantes ont attiré l'attention sur les problèmes répandus qui persistent, même après la publication de l'arrêt *Antic* de la Cour, en raison du fait que les personnes prévenues continuent de se voir imposer des conditions de mise en liberté sous caution inutiles, déraisonnables, indûment restrictives, trop nombreuses ou qui, dans les faits, vouent la personne prévenue à l'échec. Une telle pratique contrevient au principe de la retenue qui a toujours été la pierre angulaire du droit régissant l'établissement des conditions de mise en liberté sous caution. La retenue comporte une dimension constitutionnelle et une assise législative, et est non seulement reconnue dans la jurisprudence, mais a aussi été expressément confirmée par les modifications récentes qui sont entrées en vigueur le 18 décembre 2019. L'article 493.1 énonce maintenant explicitement le « principe de la retenue » applicable à toutes les décisions de mise en liberté provisoire. Ce principe implique de « cherche[r] en premier lieu » à accorder à la personne prévenue une mise en liberté aux « conditions les moins sévères possible dans les circonstances, notamment celles qu'[elle] peut raisonnablement respecter ». L'article 493.2 exige que les entités judiciaires qui prennent des décisions sur la mise en liberté sous caution accordent une attention particulière aux circonstances propres aux personnes prévenues autochtones ou aux personnes prévenues appartenant à des populations vulnérables qui sont surreprésentées au sein du système de justice pénale et qui souffrent d'un désavantage lorsqu'il s'agit d'obtenir une mise en liberté.

[27] Le Parlement a aussi pris des mesures pour dissiper les préoccupations concernant la surcriminalisation des manquements aux conditions de mise en liberté sous caution, qui s'explique en partie par



changes to bail revocation under s. 524, Parliament has enacted a new procedure for managing failure to comply charges under s. 145(3), called a “judicial referral hearing” (s. 523.1). If an accused has failed to comply with their conditions of release, and has not caused harm to a victim, property damage, or economic loss, the Crown can opt to direct the accused to a judicial referral hearing. If satisfied that the accused failed to comply with their court order or failed to attend court, a judicial official must review the accused’s conditions of bail while taking special note of the accused’s particular circumstances. The judicial official can then decide to take no action, release the accused on new conditions, or detain the accused. If the accused was charged with a failure to comply offence, the judicial official must dismiss the charge after making their decision (s. 523.1; *R. v. Rowan*, 2018 ABPC 208, at paras. 39-40 (CanLII)).

[28] Although these amendments occurred after Mr. Zora was charged, I note that my interpretation of the *mens rea* in s. 145(3), based on the relevant statutory context of the bail scheme, is consistent with the concerns acknowledged and addressed in Parliament’s recent amendments.

#### IV. Interpretation of the *Mens Rea* of Section 145(3)

##### A. *Subjective and Objective Mens Rea*

[29] The main issue in this appeal is whether the *mens rea* for s. 145(3) is subjective or objective. A subjective fault standard would focus on what was in the accused’s mind at the time they breached their bail condition. It directs a court to consider whether the accused “actually intended, knew or foresaw the

l’imposition initiale de conditions nombreuses et sévères. En plus des changements apportés à la révocation de la mise en liberté sous caution à l’art. 524, le Parlement a adopté une nouvelle procédure pour gérer les accusations relatives aux omissions de se conformer aux conditions de mise en liberté visées au par. 145(3), appelée la « comparution pour manquement » (art. 523.1). Si une personne prévenue a omis de se conformer aux conditions de sa mise en liberté sous caution, et qu’elle n’a pas causé de dommage à une victime, de dommages matériels ou de pertes économiques, la Couronne peut choisir de la renvoyer à une comparution pour manquement. Si elle est convaincue que la personne prévenue a omis de se conformer à l’ordonnance du tribunal ou d’être présente au tribunal, l’entité judiciaire doit examiner les conditions de mise en liberté sous caution imposées à la personne prévenue tout en tenant spécialement compte de la situation particulière de celle-ci. L’entité judiciaire peut alors décider de ne pas agir, de remettre la personne prévenue en liberté sous de nouvelles conditions ou de la détenir. Si la personne prévenue a été inculpée d’une infraction d’omission de se conformer à une condition, l’entité judiciaire doit rejeter l’accusation après avoir pris sa décision (art. 523.1; *R. c. Rowan*, 2018 ABPC 208, par. 39-40 (CanLII)).

[28] Même si ces modifications ont été apportées après que M. Zora a été accusé, je remarque que mon interprétation de la *mens rea* exigée par le par. 145(3), basée sur le contexte législatif pertinent du régime de mise en liberté sous caution, cadre avec les préoccupations dont a pris acte le Parlement et auxquelles il a répondu récemment par ces modifications.

#### IV. Interprétation de la *mens rea* qu’exige le par. 145(3)

##### A. *Mens rea subjective et objective*

[29] La principale question dans le présent pourvoi est de savoir si la *mens rea* qu’exige le par. 145(3) est subjective ou objective. La norme de la faute subjective serait axée sur ce qu’avait à l’esprit la personne prévenue au moment où elle a manqué à la condition de mise en liberté sous caution. Elle commande au

consequence and/or circumstance as the case may be. Whether [they] ‘could’, ‘ought’ or ‘should’ have foreseen or whether a reasonable person would have foreseen is not the relevant criterion of liability” (*R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, at pp. 882-83, quoting D. Stuart, *Canadian Criminal Law* (2nd ed. 1987), at pp. 123-24). In applying a subjective *mens rea*, courts can consider personal circumstances and challenges of the accused in a manner which mirrors the individualized manner in which bail conditions are to be imposed.

[30] Under objective *mens rea*, the question would be whether the accused’s behaviour was a marked departure from the behaviour of a reasonable person subject to the accused’s bail conditions (C.A. reasons, at para. 68). The standard is based on what the reasonable person would know or do or have foreseen in the circumstances and it does not matter if the accused does not know they were breaching their condition. Objective fault is premised on uniform societal standards of behavior and therefore does not permit consideration of the inexperience, lack of education, youth, cultural experience, or any other circumstance of the accused, short of an incapacity or virtual inability to comply (C.A. reasons, at para. 87 (Fenlon J.A. concurring), citing *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at pp. 58-74 (per McLachlin J.) and pp. 38-39 (per La Forest J.); *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122, at p. 148 (per McLachlin J.) and p. 149 (per L’Heureux-Dubé J.)).

[31] This is the first time this Court has been asked to consider the *mens rea* for this offence. Courts across the country have divided on whether the mental element for the crime of breaching a bail condition, or similar offences under s. 145(2), (4), (5) and (5.1), are to be assessed subjectively or objectively. Courts in Manitoba, Ontario, Quebec, Saskatchewan, New Brunswick, and the territories usually require subjective *mens rea* for these offences (see, e.g., *R. v.*

tribunal de se demander si la personne prévenue « voulait, connaissait ou prévoyait réellement les conséquences ou les circonstances, selon le cas, ou les deux. Quant à savoir [si elle] “aurait pu” ou “aurait dû” les prévoir ou si une personne raisonnable les aurait prévues, ce n’est pas le critère pertinent aux fins de décider de la culpabilité » (*R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, p. 882-883, citant D. Stuart, *Canadian Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1987), p. 123-124). En appliquant une norme de *mens rea* subjective, les tribunaux peuvent tenir compte des circonstances et des difficultés personnelles de la personne prévenue d’une manière qui fait écho à l’individualisation des conditions de mise en liberté sous caution imposées.

[30] Selon la norme de la *mens rea* objective, la question serait de savoir si le comportement de la personne prévenue constituait un écart marqué par rapport au comportement d’une personne raisonnable assujettie aux conditions de mise en liberté sous caution de la personne prévenue (motifs de la C.A., par. 68). La norme repose sur ce que la personne raisonnable saurait, ferait ou aurait prévu dans les circonstances, et il importe peu que la personne prévenue ne sache pas qu’elle manque à une condition. La faute objective est fondée sur des normes sociétales uniformes de comportement et ne permet donc pas de tenir compte de l’inexpérience, du manque d’éducation, de la jeunesse, de l’expérience culturelle ni d’aucune autre circonstance propre à la personne prévenue qui ne constitue pas une incapacité ou une quasi-incapacité de respecter la condition (motifs de la C.A., par. 87 (la juge Fenlon, motifs concordants), citant *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, p. 58-74 (la juge McLachlin), et p. 38-39 (le juge La Forest); *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122, p. 148 (la juge McLachlin) et p. 149 (la juge L’Heureux-Dubé)).

[31] C’est la première fois que la Cour est appelée à examiner la *mens rea* rattachée à cette infraction. Les tribunaux canadiens sont divisés sur la question de savoir si l’élément mental du crime de manquement à une condition de mise en liberté sous caution, ou d’infractions similaires prévues aux par. 145(2), (4), (5) et (5.1), doit être évalué subjectivement ou objectivement. Au Manitoba, en Ontario, au Québec, en Saskatchewan, au Nouveau-Brunswick et dans

*Custance*, 2005 MBCA 23, 194 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Legere* (1995), 22 O.R. (3d) 89 (C.A.); *R. v. Lemay*, 2018 QCCS 1956; *R. v. J.A.D.*, 1999 SKQB 262, 187 Sask. R. 95; *R. v. Howe*, 2014 NBQB 259, 430 N.B.R. (2d) 202; *R. v. Mullin*, 2003 YKTC 26, 13 C.R. (6th) 54; *R. v. Selamio*, 2002 NWTSC 15; *R. v. Josephie*, 2010 NUCJ 7). In contrast, as shown by this case, British Columbia appellate courts have adopted an objective *mens rea* (see also *Ludlow*). Courts in Alberta, Nova Scotia, and Newfoundland and Labrador have adopted varying and modified approaches to the *mens rea* for these offences (subjective: e.g., *R. v. Ritter*, 2007 ABCA 395, 422 A.R. 1; *R. v. Loutitt*, 2011 ABQB 545, 527 A.R. 212; *R. v. Lofstrom*, 2016 ABPC 197, 39 Alta. L.R. (6th) 367; *R. v. Al Khatib*, 2014 NSPC 62, 350 N.S.R. (2d) 133; *R. v. A.M.Y.*, 2017 NSSC 99; *R. v. L.T.W.*, 2004 CanLII 2897 (N.L. Prov. Ct.); *R. v. Companion*, 2019 CanLII 119787 (N.L. Prov. Ct.); objective: e.g., *R. v. Hammoud*, 2012 ABQB 110, 534 A.R. 80; *R. v. Qadir*, 2016 ABPC 27; *R. v. Osmond*, 2006 NSPC 52, 248 N.S.R. (2d) 221; *R. v. Brown*, 2012 NSPC 64, 319 N.S.R. (2d) 128; *R. v. Foote*, 2018 CanLII 38297 (N.L. Prov. Ct.)).

#### B. *Statutory Interpretation and the Presumption of Subjective Fault*

[32] Determining the *mens rea* of s. 145(3) involves an exercise in statutory interpretation to discern the fault standard intended by Parliament. A key part of the context in interpreting s. 145(3) is the long-standing presumption that Parliament intends crimes to have a subjective fault element (*R. v. A.D.H.*, 2013 SCC 28, [2013] 2 S.C.R. 269, at para. 23, citing *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at pp. 1303 and 1309-10, per Dickson J.).

[33] As described by this Court in *A.D.H.*, this presumption of subjective fault reflects the underlying value in criminal law that the “morally innocent should not be punished” (*A.D.H.*, at para. 27). This

les territoires, les tribunaux exigent habituellement une *mens rea* subjective pour ces infractions (voir, p. ex., *R. c. Custance*, 2005 MBCA 23, 194 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Legere* (1995), 22 O.R. (3d) 89 (C.A.); *R. c. Lemay*, 2018 QCCS 1956; *R. c. J.A.D.*, 1999 SKQB 262, 187 Sask. R. 95; *R. c. Howe*, 2014 NBQB 259, 430 R.N.-B. (2e) 202; *R. c. Mullin*, 2003 YKTC 26, 13 C.R. (6th) 54; *R. c. Selamio*, 2002 NWTSC 15; *R. c. Josephie*, 2010 NUCJ 7). En revanche, comme le montre la présente affaire, les cours d’appel de la Colombie-Britannique ont retenu une *mens rea* objective (voir aussi l’arrêt *Ludlow*). Les tribunaux en Alberta, en Nouvelle-Écosse et à Terre-Neuve-et-Labrador ont adopté des approches diverses et modifiées en ce qui concerne la *mens rea* rattachée à ces infractions (subjective : p. ex., *R. c. Ritter*, 2007 ABCA 395, 422 A.R. 1; *R. c. Loutitt*, 2011 ABQB 545, 527 A.R. 212; *R. c. Lofstrom*, 2016 ABPC 197, 39 Alta. L.R. (6th) 367; *R. c. Al Khatib*, 2014 NSPC 62, 350 N.S.R. (2d) 133; *R. c. A.M.Y.*, 2017 NSSC 99; *R. c. L.T.W.*, 2004 CanLII 2897 (C. prov. T.-N.-L.); *R. c. Companion*, 2019 CanLII 119787 (C. prov. T.-N.-L.); objective : p. ex., *R. c. Hammoud*, 2012 ABQB 110, 534 A.R. 80; *R. c. Qadir*, 2016 ABPC 27; *R. c. Osmond*, 2006 NSPC 52, 248 N.S.R. (2d) 221; *R. c. Brown*, 2012 NSPC 64, 319 N.S.R. (2d) 128; *R. c. Foote*, 2018 CanLII 38297 (C. prov. T.-N.-L.)).

#### B. *Interprétation législative et présomption de faute de nature subjective*

[32] Afin de déterminer la *mens rea* qu’exige le par. 145(3), il faut procéder à une opération d’interprétation législative pour dégager la norme de faute qu’avait à l’esprit le Parlement. L’un des éléments importants du contexte de l’interprétation du par. 145(3) est la présomption de longue date selon laquelle le Parlement veut qu’un crime s’accompagne d’une faute subjective (*R. c. A.D.H.*, 2013 CSC 28, [2013] 2 R.C.S. 269, par. 23, citant *R. c. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, p. 1303 et 1309-1310, le juge Dickson).

[33] Comme l’a décrit la Cour dans l’arrêt *A.D.H.*, cette présomption selon laquelle la faute doit être subjective traduit l’une des valeurs qui sous-tendent le droit criminel, à savoir que « la personne moralement



starting point is not an absolute rule, but rather captures what was assumed to be present in the mind of Parliament when enacting the provision (para. 26). The presumption of subjective fault will only be overridden by “clear expressions of a different legislative intent” (paras. 27-29). Courts must read the words of the statute in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and objects of the statute to discern whether there is a clear legislative intention to overturn the presumption of subjective fault (at paras. 19-21, citing *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at p. 41 (quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87)). If a criminal offence in the *Code* is ambiguous as to the *mens rea*, then the presumption of subjective fault has not been displaced.

[34] Subsection 145(3) is a criminal offence, as indicated by its enactment in the *Code*, its purposes of deterrence and punishment (as is further described below), and the serious criminal consequences that flow from conviction, including up to two years’ imprisonment (see D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (6th ed. 2011), at p. 202; *Hammoud*, at paras. 11-15). Accordingly, the presumption is that s. 145(3) requires subjective fault. The question then becomes whether the text, context, scheme and purpose of s. 145(3) evince a clear intention of Parliament to enact an objective *mens rea* standard.

[35] In my view, they do not. Not only is there no reason in the text or context of the offence to suggest that Parliament intended to depart from requiring subjective fault, I conclude that Parliament intended for subjective fault to apply to s. 145(3). The wording in s. 145(3) is neutral and does not create a duty-based offence with objective *mens rea* as defined in *A.D.H.* All the other relevant factors support a subjective fault element. This Court has previously decided that subjective intent is required for the similar offence of breach of probation. Further, the legislative history, context, and purpose of s. 145(3)

innocente ne doit pas être punie » (*A.D.H.*, par. 27). Ce point de départ n’est pas une règle absolue, mais représente plutôt une idée qu’on peut supposer présente à l’esprit du Parlement lorsqu’il a adopté la disposition (par. 26). La présomption de la faute de nature subjective ne sera écartée qu’en présence d’une « intention différente clairement exprimée par le [Parlement] » (par. 27-29). Les tribunaux doivent interpréter les termes utilisés dans la loi dans leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi et son objet pour déterminer s’il existe une intention claire de la part du Parlement d’écarter la présomption de la faute subjective (par. 19-21, citant *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, p. 41 (citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87)). S’il existe une ambiguïté quant à la *mens rea* requise pour une infraction criminelle prévue dans le *Code*, alors la présomption de la faute de nature subjective n’a pas été écartée.

[34] Le paragraphe 145(3) prévoit une infraction criminelle, comme l’indiquent le texte adopté se trouvant dans le *Code*, ses objectifs de dissuasion et de punition (décrits en détail plus loin) et les conséquences criminelles graves en cas de déclaration de culpabilité, lesquelles peuvent aller jusqu’à un emprisonnement de deux ans (voir D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (6<sup>e</sup> éd. 2011), p. 202; *Hammoud*, par. 11-15). Par conséquent, il faut présumer que le par. 145(3) exige une faute subjective. La question devient donc de savoir si le texte, le contexte, l’économie et l’objet du par. 145(3) témoignent d’une intention claire du Parlement de créer une norme de *mens rea* objective.

[35] À mon avis, ce n’est pas le cas. Non seulement il n’y a pas de raison dans le texte ni le contexte de l’infraction laissant entendre que le Parlement a voulu écarter la norme de faute subjective, mais je conclus que celui-ci voulait que la norme de la faute subjective s’applique au par. 145(3). Le libellé du par. 145(3) est neutre et ne crée pas une infraction fondée sur une obligation qui requiert une *mens rea* objective telle qu’elle est définie dans l’arrêt *A.D.H.* Tous les autres facteurs pertinents appuient l’élément de faute subjective. La Cour a déjà jugé que l’intention subjective est requise pour l’infraction similaire

within the larger legislative scheme, as well as the significant consequences associated with a charge or conviction under s. 145(3), call for a subjective *mens rea* element. The realities of the bail system further support Parliament's intention to require subjective fault to ensure that the individual characteristics of the accused are considered throughout the bail process. Considering this social and practical context affirms that the consequences that would flow from requiring only an objective *mens rea* for the failure to comply offence would not uphold the intention of Parliament (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 643 and 648).

C. *The Text of Section 145(3) Is Neutral and Does Not Create a Duty-Based Offence*

[36] The text of s. 145(3) is neutral insofar as it does not show a clear intention on the part of Parliament with regard to either subjective or objective *mens rea*. When Mr. Zora was charged in 2015, the failure to comply offence read:

[145] (3) Every person who is at large on an undertaking or recognizance given to or entered into before a justice or judge and is bound to comply with a condition of that undertaking or recognizance, and every person who is bound to comply with a direction under subsection 515(12) or 522(2.1) or an order under subsection 516(2), and who fails, without lawful excuse, the proof of which lies on them, to comply with the condition, direction or order is guilty of

- (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction.

[37] I start by noting that the inclusion of the statutory defence of a "lawful excuse" in s. 145(3) plays no role in the interpretation of the *mens rea* of the

de défaut de se conformer à une ordonnance de probation. De plus, l'historique législatif, le contexte et l'objet du par. 145(3) au regard de l'ensemble du régime législatif, ainsi que les conséquences importantes associées à une accusation ou une déclaration de culpabilité en vertu du par. 145(3), commandent une *mens rea* subjective. Les réalités du système de mise en liberté sous caution vont également dans le sens de l'intention du Parlement d'exiger une faute subjective pour faire en sorte que les caractéristiques individuelles de la personne prévenue soient prises en compte tout au long du processus de mise en liberté sous caution. La prise en compte de ce contexte social et pratique confirme que les conséquences qui découleraient du fait d'exiger seulement une *mens rea* objective pour l'infraction d'omission de se conformer à une condition ne respecterait pas l'intention du Parlement (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 643 et 648).

C. *Le texte du par. 145(3) est neutre et ne crée pas une infraction fondée sur une obligation*

[36] Le texte du par. 145(3) est neutre en ce sens qu'il n'indique pas une intention claire de la part du Parlement à l'égard d'une *mens rea* subjective ou objective. Lorsque M. Zora a été accusé en 2015, l'infraction d'omission de se conformer à une condition était rédigée comme suit :

[145] (3) Quiconque, étant en liberté sur sa promesse remise ou son engagement contracté devant un juge de paix ou un juge et étant tenu de se conformer à une condition de cette promesse ou de cet engagement, ou étant tenu de se conformer à une ordonnance prise en vertu des paragraphes 515(12), 516(2) ou 522(2.1), omet, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, de se conformer à cette condition ou ordonnance est coupable :

- a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

[37] Je note d'emblée que l'inclusion du moyen de défense de l'« excuse légitime » prévu au par. 145(3) ne joue aucun rôle dans l'interprétation

offence. Lawful excuse provides an additional defence that would not otherwise be available to the accused (see *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, at pp. 948-49, see also interpretations of “reasonable excuse” in *R. v. Moser* (1992), 7 O.R. (3d) 737 (C.A.), at pp. 748-50, per Doherty J.A., concurring; *R. v. Goleski*, 2014 BCCA 80, 307 C.C.C. (3d) 1, aff’d 2015 SCC 6, [2015] 1 S.C.R. 399). It should not be confused with *mens rea* (M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (5th ed. 2015), at p. 805; Trotter, at p. 12-16). The availability of the defence does not change the burden on the Crown to prove all elements of the offence, including *mens rea*, beyond a reasonable doubt (*Legere*, at pp. 99-100, citing *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35 (Ont. C.A.), at p. 44; *Custance*, at para. 24; *Josephie*, at para. 28 (CanLII)). Therefore, it is not material to the issue of whether the *mens rea* element of the offence is subjective or objective.

[38] In evaluating whether there is an expression of legislative intent that displaces the presumption of subjective fault, courts look both to the words included in the provision as well as the words that were not (*A.D.H.*, at para. 42). It is true that s. 145(3) does not contain express words indicating a subjective intent, like “wilful” or “knowing”. However, this absence cannot, on its own, displace the presumption. In fact, it is precisely when the words and context are neutral that the presumption of subjective *mens rea* operates with full effect.

[39] The majority of the Court of Appeal emphasized that the words “undertaking”, “recognizance”, “[b]ound to comply”, and “[f]ails” indicate that the accused has a binding legal obligation to meet an objectively determined standard of conduct (para. 53). They looked to the five categories of objective *mens rea* offences outlined by this Court in *A.D.H.*, at paras. 57-63: dangerous conduct offences; careless conduct offences; predicate offences; criminal negligence offences; and duty-based offences. The majority, at para. 54, found that this language meant that s. 145(3) fell within the last category, namely

de la *mens rea* de l’infraction. L’excuse légitime constitue un moyen de défense supplémentaire que la personne prévenue ne pourrait autrement pas invoquer (voir *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, p. 948-949, voir aussi des interprétations de l’expression « excuse raisonnable » dans *R. c. Moser* (1992), 7 O.R. (3d) 737 (C.A.), p. 748-750, le juge Doherty, motifs concordants; *R. c. Goleski*, 2014 BCCA 80, 307 C.C.C. (3d) 1, conf. par 2015 CSC 6, [2015] 1 R.C.S. 399). Il ne faudrait pas la confondre avec la *mens rea* (M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (5<sup>e</sup> éd. 2015), p. 805; Trotter, p. 12-16). La possibilité d’invoquer ce moyen de défense ne change pas le fardeau de la Couronne de prouver tous les éléments de l’infraction, y compris la *mens rea*, hors de tout doute raisonnable (*Legere*, p. 99-100, citant *R. c. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35 (C.A. Ont.), p. 44; *Custance*, par. 24; *Josephie*, par. 28 (CanLII)). Par conséquent, ce moyen de défense n’est pas pertinent pour la question de savoir si la *mens rea* de l’infraction est subjective ou objective.

[38] Pour évaluer s’il y a une intention législative manifeste qui écarte la présomption de la faute subjective, les tribunaux doivent regarder à la fois les mots utilisés dans la disposition et ceux qui n’y figurent pas (*A.D.H.*, par. 42). Il est vrai que le par. 145(3) ne contient pas de mots exprès indiquant une intention subjective, comme « volontaire » ou « conscient ». Toutefois, cette absence ne suffit pas, à elle seule, à écarter la présomption. En fait, c’est précisément lorsque les mots et le contexte sont neutres que la présomption d’une *mens rea* subjective s’applique pleinement.

[39] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont souligné que les mots « promesse », « engagement », « [t]enu de se conformer » et « [o]met » indiquent que la personne prévenue a l’obligation juridique exécutoire de satisfaire à une norme de conduite déterminée de façon objective (par. 53). Ces juges ont examiné les cinq catégories d’infractions nécessitant une *mens rea* objective recensées par la Cour dans l’arrêt *A.D.H.* aux par. 57-63 : les infractions de conduite dangereuse; les infractions axées sur le comportement négligent; les infractions sous-jacentes; les infractions relatives à la négligence

duty-based offences. Duty-based offences, such as failing to provide the necessities of life under s. 215, are offences based on a failure to perform specific “legal duties arising out of defined relationships” (*A.D.H.*, at para. 67, citing *Naglik*, at p. 141).

[40] The Crown also argues that the legislative history of s. 145(3) supports this interpretation, since when it was enacted, the then Minister of Justice referred to the “responsibility” or “duty” of a person on bail to attend court and comply with conditions to ensure that the bail system can rely on voluntary appearance rather than pre-trial custody (House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, vol. 1, No. 8, 3rd Sess., 28th Parl., February 23, 1971, at pp. 12 and 29; *House of Commons Debates*, vol. 3, 3rd Sess., 28th Parl., February 5, 1971, at p. 3117 (Hon. John Turner)).

[41] With respect, I disagree that either the text of s. 145(3) or the Minister’s comments establish a clear intention to create a duty-based offence which calls for the uniform normative standard associated with objective *mens rea*. First, the text of s. 145(3) does not contain any of the language typically used by Parliament when it intends to create an offence involving objective fault (see *A.D.H.*, at para. 73). Unlike the duties in ss. 215, 216, 217 and 217.1 of the *Code*, s. 145(3) does not expressly include the word “duty”, a word which may suggest objective fault (*A.D.H.*, at para. 71; *Naglik*, at p. 141). I agree with Fenlon J.A. that “the omission is a significant one” (C.A. reasons, at para. 80) when we are looking for a clear intention of Parliament to rebut the presumption of subjective fault. I also accept that the word “fails” in this context is neutral:

criminelle; et les infractions fondées sur une obligation. Au paragraphe 54, les juges majoritaires ont conclu qu’il ressortait du libellé du par. 145(3) que cette disposition tombait sous le coup de la dernière catégorie, soit les infractions fondées sur une obligation. Ces dernières, comme l’omission de s’acquitter de l’obligation de fournir les choses nécessaires à l’existence prévue à l’art. 215, reposent sur l’omission de s’acquitter d’« obligations [légales] en fonction de l’existence de liens déterminés » (*A.D.H.*, par. 67, citant *Naglik*, p. 141).

[40] La Couronne fait aussi valoir que l’historique législatif du par. 145(3) appuie cette interprétation. En effet, le ministre de la Justice de l’époque a mentionné, lors de l’adoption de cette disposition, la « responsabilité » ou l’« obligation » des personnes en liberté sous caution de se présenter au tribunal et de se conformer aux conditions pour faire en sorte que le système de mise en liberté sous caution puisse compter sur la comparution volontaire plutôt que sur la détention préventive (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, vol. 1, n° 8, 3<sup>e</sup> sess., 28<sup>e</sup> lég., 23 février 1971, p. 12 et 29; *Débats de la Chambre des communes*, vol. 3, 3<sup>e</sup> sess., 28<sup>e</sup> lég., 5 février 1971, p. 3117 (l’hon. John Turner)).

[41] En toute déférence, je ne crois pas que le texte du par. 145(3) ou les commentaires du ministre démontrent qu’il y a une intention claire de créer une infraction fondée sur une obligation qui appelle une norme uniforme associée à une *mens rea* objective. Premièrement, le libellé du par. 145(3) ne renferme aucun des termes dont se sert habituellement le Parlement pour créer une infraction dont la perpétration exige une faute objective (voir *A.D.H.*, par. 73). Contrairement aux obligations prévues aux art. 215, 216, 217 et 217.1 du *Code*, le par. 145(3) n’inclut pas expressément les mots « obligation » ou « devoir », mots qui suggèrent une faute objective (*A.D.H.*, par. 71; *Naglik*, p. 141). Je suis d’accord avec la juge Fenlon pour dire que [TRADUCTION] « l’omission est importante » (motifs de la C.A., par. 80) lorsqu’on recherche une intention législative claire d’écarter la présomption de faute subjective. J’accepte aussi que le mot « *fails* » dans ce contexte est neutre :

“Fails” can connote neglect, but as my colleague notes, also means acting contrary to the agreed legal duty or obligation and being unable to meet set standards or expectations: *The Oxford English Dictionary*, 11th ed, *sub verbo* “fail”. That definition is equally compatible with intentional conduct or inadvertence.

(C.A. reasons, at para. 78)

Similarly, the word “*omet*” in the French version of s. 145(3) can refer to neglecting, but also refraining, from acting in accordance with a duty (H. Reid, with S. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (5th ed. 2015)), at pp. 446-47, “*omission*”). Neither the words “fails” or “*omet*” demonstrate a clear intention of Parliament to establish objective fault.

[42] Second, there is a danger in putting too much weight on the word choice of one minister, especially when his statement does not clearly evince an intention of Parliament to create an objective *mens rea* offence. For example, contemporaneous commentary described that the aim of these offences were to “ensure an accused [did] not disregard the new system with impunity”, which seems to suggest a subjective *mens rea* (J. Scollin, Q.C., *The Bail Reform Act: An Analysis of Amendments to the Criminal Code Related to Bail and Arrest* (1972), at p. 19). There is no clear indication from the legislative history that Parliament intended to create an objective *mens rea* offence.

[43] The Minister saying that a provision that establishes a criminal offence imposes a responsibility or duty in a general sense does not make it the type of duty-based offence at issue in *Naglik*. The wording in s. 145(3) speaks only of being bound to comply and failing to do so. This wording does not displace the presumption of subjective intent. All criminal prohibitions impose obligations to act or not in particular ways and inflict sanctions when people fail to comply. If accepted, the Crown’s argument and the Court of Appeal’s conclusion would make all

[TRADUCTION] Le mot « *fails* » [omet] peut avoir une connotation de négligence mais, comme le fait remarquer ma collègue, cela veut aussi dire agir de façon contraire à l’obligation ou au devoir légal convenu et être incapable de respecter les normes ou attentes fixées : *The Oxford English Dictionary*, 11<sup>e</sup> éd., *sub verbo* « *fail* ». Cette définition est aussi compatible avec une conduite intentionnelle ou l’inadvertance.

(motifs de la C.A., par. 78)

De façon similaire, le mot « omet » dans la version française du par. 145(3) peut renvoyer à la négligence, mais aussi au fait de s’abstenir d’agir conformément à un devoir (H. Reid, avec S. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (5<sup>e</sup> éd. 2015), p. 446-447, « omission »). Ni le mot « *fails* » ni le mot « omet » n’indiquent une intention législative claire d’établir une faute objective.

[42] Deuxièmement, il est dangereux d’accorder trop de poids au choix de mots d’un seul ministre, particulièrement lorsque son affirmation ne révèle pas clairement l’intention du Parlement de créer une infraction exigeant une *mens rea* objective. Par exemple, selon des commentaires formulés à la même époque, l’objectif de ces infractions était de [TRADUCTION] « veiller à ce que la personne accusée ne passe pas outre au nouveau système en toute impunité », ce qui semble suggérer une *mens rea* subjective (J. Scollin, c.r., *The Bail Reform Act : An Analysis of Amendments to the Criminal Code Related to Bail and Arrest* (1972), p. 19). L’historique législatif ne comporte aucun indice clair que le Parlement entendait créer une infraction exigeant une *mens rea* objective.

[43] Ce n’est pas parce que le ministre dit qu’une disposition qui crée une infraction criminelle impose une responsabilité ou une obligation au sens général qu’il s’agit du type d’infraction fondée sur une obligation qui était en cause dans l’arrêt *Naglik*. Le libellé du par. 145(3) ne renvoie qu’au fait d’être tenu de se conformer à une obligation et à l’omission de le faire. Il n’écarte pas la présomption d’intention subjective. Toutes les interdictions criminelles imposent des obligations d’agir ou de ne pas agir de façons précises et sont assorties de sanctions à infliger aux



compliance obligations into “duties” and all crimes into duty-based offences. However, the duty-based offences discussed in *A.D.H.* are a far more limited category and are directed at legal duties very different from the obligation of an accused to comply with the conditions of a judicial order.

[44] Section 145(3) simply does not share the defining characteristics of those duty-based offences requiring objective fault that were at issue in *Naglik* and discussed in *A.D.H.* The points of distinction include the different nature of the relationships to which these legal duties attach, the varying levels of risk to the public when duties are not met, whether the duty must be defined according to a uniform, societal standard of conduct, and whether applying such a uniform standard is possible and appropriate in the circumstances.

[45] Legal duties, like those in ss. 215 to 217.1, tend to impose a positive obligation to act in certain identifiable relationships, address a duty of a more powerful party towards a weaker party, and involve a direct risk to life or health if a uniform community standard of behaviour is not met (*A.D.H.*, at para. 67). An obligation to not breach a bail condition is not comparable to the power imbalance and risks to public health and safety addressed by the duties imposed by ss. 215 to 217.1: providing the necessities of life to certain defined persons (s. 215), undertaking medical procedures that may endanger the life of another person (s. 216), or undertaking to do an act or direct work where there is a danger to life or risk of bodily harm (ss. 217 and 217.1).

personnes qui ne les respectent pas. Si on les accepte, l’argument de la Couronne et la conclusion de la Cour d’appel transformeraient toutes les obligations de se conformer à des conditions en des « devoirs » ou « obligations » et tous les crimes en des infractions fondées sur des obligations. Toutefois, les infractions fondées sur des obligations dont il était question dans l’arrêt *A.D.H.* constituent une catégorie beaucoup plus limitée et se rapportent à des obligations légales très différentes de celle d’une personne prévenue de se conformer aux conditions d’une ordonnance judiciaire.

[44] L’infraction prévue au par. 145(3) ne comporte tout simplement pas les caractéristiques distinctives de ces infractions fondées sur une obligation exigeant une faute objective qui étaient en cause dans l’arrêt *Naglik* et examinées dans l’arrêt *A.D.H.* Parmi les points de distinction, mentionnons la nature différente des relations à l’origine des obligations légales, les niveaux variables de risque pour le public advenant le non-respect des obligations, la question de savoir si l’obligation doit être définie en fonction d’une norme sociale uniforme de conduite et celle de savoir s’il est possible et approprié dans les circonstances d’appliquer une telle norme uniforme.

[45] Les devoirs légaux, comme ceux prévus aux art. 215 à 217.1, tendent à imposer une obligation positive d’agir découlant de l’existence de certains liens identifiables, visent une obligation d’une partie plus puissante envers une partie plus vulnérable et comportent un risque direct pour la vie ou la santé si une norme sociale uniforme de conduite n’est pas respectée (*A.D.H.*, par. 67). L’obligation de ne pas manquer à une condition de mise en liberté sous caution n’est pas comparable au déséquilibre de pouvoir et aux risques pour la santé et la sécurité publiques que visent à empêcher les devoirs imposés par les art. 215 à 217.1 : fournir les choses nécessaires à l’existence de certaines personnes définies (art. 215), entreprendre des procédures médicales qui peuvent mettre en danger la vie d’une autre personne (art. 216) ou entreprendre d’accomplir un acte ou de diriger l’accomplissement d’un travail lorsque la vie humaine est en danger ou qu’il existe un risque de blessure corporelle pour autrui (art. 217 et 217.1).



[46] Further, the duty-based offence in *Naglik* and other types of objective *mens rea* offences involve legal standards that would be “meaningless if every individual defined its content for [themselves] according to [their] subjective beliefs and priorities” (p. 141). The majority of the Court of Appeal thought that bail conditions impose just such “a minimum uniform standard of conduct having regard to societal interests rather than personal standards of conduct” (para. 57). With respect, I disagree. Although societal interests can be at play when bail conditions are set, there is no uniform standard of care for abiding by bail conditions, as there is for driving a car, storing a firearm, or providing the necessities of life to a dependant. Parliament legislated a bail system based upon an individualized process, which only permits conditions which address risks specific to the accused to ensure their attendance in court, protect public safety, or maintain confidence in the administration of justice. The bail order is expected to list personalized and precise standards of behavior. As a result, there is no need to resort to a uniform societal standard to make sense of what standard of care is expected of an accused in fulfilling their bail conditions and no need to consider what a reasonable person would have done in the circumstances to understand the obligation imposed by s. 145(3).

[47] In addition, the lack of a uniform standard from which to assess the breach of these conditions means that it is also not obvious what degree of breach would attract criminal liability if an objective standard applied to s. 145(3). Only a marked departure from the conduct of a reasonable person would draw criminal liability under an objective standard of *mens rea*. However, unlike an activity like driving where there is a spectrum of conduct ranging from prudent to careless to criminal based on

[46] De plus, l’infraction fondée sur une obligation dont il était question dans l’arrêt *Naglik* et d’autres types d’infractions qui requièrent une *mens rea* objective comportent des normes légales qui seraient « vide[s] de sens si [chaque personne] en définissait le contenu selon ses croyances et ses priorités personnelles » (p. 141). Selon les juges majoritaires de la Cour d’appel, les conditions de mise en liberté sous caution imposent une telle [TRADUCTION] « norme de conduite minimale uniforme en fonction d’intérêts de la société, et non de normes de conduite personnelles » (par. 57). En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Bien que des intérêts sociaux puissent entrer en jeu lorsque des conditions de mise en liberté sous caution sont fixées, il n’existe pas de norme de diligence uniforme pour le respect de ces conditions, comme il en existe pour la conduite automobile, l’entreposage d’une arme à feu ou le devoir de fournir les choses nécessaires à l’existence d’une personne à charge. Le Parlement a adopté un processus individualisé, qui ne permet l’imposition que de conditions qui répondent aux risques précis que pose la personne prévenue et qui visent à assurer sa présence au tribunal, protéger la sécurité du public ou maintenir la confiance du public envers l’administration de la justice. L’ordonnance de mise en liberté sous caution devrait énumérer des normes de conduite personnalisées et précises. Par conséquent, il n’est pas nécessaire de recourir à une norme sociale uniforme pour bien comprendre à quelle norme de diligence on s’attend que se conforme la personne prévenue dans le cadre du respect des conditions de sa mise en liberté sous caution, et il n’est pas nécessaire d’examiner ce qu’une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances pour comprendre l’obligation imposée par le par. 145(3).

[47] De plus, en raison de l’absence de norme uniforme à partir de laquelle on pourrait évaluer le manquement aux conditions, il n’est pas non plus facile de savoir quel degré de gravité du manquement entraînerait une responsabilité criminelle si une norme objective s’appliquait au par. 145(3). Seul un écart marqué par rapport à la conduite d’une personne raisonnable engagerait une responsabilité criminelle selon une norme objective de *mens rea*. Toutefois, contrairement à une activité comme la

the foreseeable risks of the conduct to a reasonable person, the highly individualized nature of bail conditions excludes the possibility of a uniform societal standard of conduct applicable to all potential failure to comply offences. Bail conditions may restrict normal activities like travelling and communicating with other people and are specifically tailored to address the *individual* risks posed by each accused. Bail conditions and the risks they address vary dramatically among individuals on release, so that it is not intelligible to refer to the concepts of a “marked” or “mere” departure from the standard of a reasonable person. In the absence of a bail condition, the regulated conduct would usually not be a departure from any uniform societal standard of behaviour. Without this ability to distinguish a marked departure from a mere departure, there is a risk that the objective fault standard slips into absolute liability for s. 145(3).

[48] Similarly, the offence in s. 145(3) is not comparable to other objective fault offences listed in *A.D.H.* Although a risk assessment is involved in the setting of bail conditions, this individualized risk will rarely be the same as the broad societal risks posed by objective fault offences like dangerous driving or careless firearms storage. As stated by the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, failure to comply offences, like many offences against the administration of justice, differ from other criminal offences because they rarely involve harm to a victim, they usually do not involve behaviour that would otherwise be considered criminal without a court order, and they are secondary offences that only arise after someone has been charged with an underlying offence (*Delaying Justice is Denying Justice: An Urgent Need to Address Lengthy Court Delays in Canada* (June 2017) (online), at p. 139 (“Senate Committee

conduite automobile pour laquelle il existe toute une gamme de conduites, allant de la conduite prudente à la conduite criminelle, en passant par la conduite négligente, basées sur les risques prévisibles de la conduite d’une personne raisonnable, la nature hautement individualisée des conditions de mise en liberté sous caution exclut la possibilité d’une norme sociale uniforme de conduite qui serait applicable à toutes les éventuelles infractions d’omission de se conformer à une condition. Les conditions de mise en liberté sous caution peuvent restreindre les activités normales comme les déplacements et la communication avec autrui et sont spécifiquement conçues pour répondre aux risques *particuliers* que pose chaque personne prévenue. Ces conditions et les risques auxquels elles répondent varient énormément parmi les individus faisant l’objet d’une mise en liberté, de sorte qu’il n’est pas sensé de renvoyer aux concepts d’écart « marqué » ou « simple » par rapport à la norme de la personne raisonnable. En l’absence d’une condition de mise en liberté sous caution, la conduite réglementée ne constituerait normalement pas un écart par rapport à une norme sociale uniforme de conduite. Sans cette capacité de faire la distinction entre un écart marqué et un simple écart, il existe un risque que la norme de la faute objective entraîne insidieusement une responsabilité absolue pour l’infraction prévue au par. 145(3).

[48] De même, l’infraction prévue au par. 145(3) n’est pas comparable aux autres infractions dont la perpétration suppose une faute objective énumérées dans l’arrêt *A.D.H.* Bien qu’une évaluation du risque soit effectuée lors de l’établissement des conditions de mise en liberté sous caution, ce risque individualisé sera rarement le même que les risques sociaux généraux que posent les infractions dont la perpétration suppose une faute objective comme la conduite dangereuse ou l’entreposage négligent d’armes à feu. Comme l’a déclaré le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, les infractions d’omission de se conformer à une condition, à l’instar de beaucoup d’infractions contre l’administration de la justice, diffèrent des autres infractions criminelles parce qu’elles causent rarement du tort à une victime, elles ne visent habituellement pas un comportement qui serait par ailleurs considéré comme criminel en l’absence d’une ordonnance

Report’’)). A departure from many bail conditions would not automatically lead to a threat to public health and safety.

[49] Finally, reasonable bail is a right under s. 11(e) of the *Charter* and cannot be compared to a regulated activity that is voluntarily entered into like driving or firearm ownership where an objective fault standard for related offences is further justified (*Hundal*, at p. 884). An accused person who is presumed innocent has a right to regain their liberty following their arrest subject to the least onerous measures to address their individual risk of not attending their court date, risk to public protection and safety, and risk to the administration of justice. The fact that accused persons consent to bail conditions in order to be released does not mean that they have chosen to enter into a regulated activity comparable to driving or owning firearms.

D. *Subjective Mens Rea Is Required for Breaches of Probation*

[50] This Court’s jurisprudence requiring subjective *mens rea* for the breach of probation offence further supports a subjective *mens rea* for the failure to comply offence. The offences of breach of probation (s. 733.1) and failure to comply with bail conditions (s. 145(3)) are similar offences, which both arise from an accused’s breach of conditions set out in a court order. In *R. v. Docherty*, [1989] 2 S.C.R. 941, the Court determined that a subjective *mens rea* was required for the breach of probation offence. That offence used the words “wilfully” and “refuses”, which reinforced the presumption of subjective fault,

judiciaire, et elles constituent des infractions secondaires qui ne peuvent survenir qu’après que la personne a été accusée d’une infraction sous-jacente (*Justice différée, justice refusée : L’urgence de réduire les longs délais dans le système judiciaire au Canada* (juin 2017) (en ligne), p. 156 (« Rapport du Comité sénatorial »)). Un manquement à de nombreuses conditions de mise en liberté sous caution n’entraînerait pas automatiquement un risque pour la santé et la sécurité du public.

[49] Enfin, la mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable est un droit que garantit l’al. 11e) de la *Charte* et ne peut être comparée à une activité réglementée que l’on entreprend volontairement, comme la conduite automobile ou la possession d’armes à feu pour laquelle une norme de faute objective pour des infractions connexes est encore plus justifiée (*Hundal*, p. 884). La personne prévenue qui est présumée innocente a le droit de recouvrer sa liberté après son arrestation sous réserve des mesures les moins sévères possible pour répondre au risque particulier qu’elle pose en ce qui concerne l’omission d’être présente au tribunal au moment demandé, la protection et la sécurité du public et l’administration de la justice. Le fait que la personne prévenue consente aux conditions de sa mise en liberté sous caution pour être libérée ne signifie pas qu’elle a choisi de se livrer à une activité réglementée comparable à la conduite automobile ou à la possession d’armes à feu.

D. *Une mens rea subjective est requise pour le défaut de se conformer à une ordonnance de probation*

[50] La jurisprudence de la Cour exigeant une *mens rea* subjective pour l’infraction de défaut de se conformer à une ordonnance de probation tend également à confirmer que l’infraction d’omission de se conformer à une condition de mise en liberté exige une *mens rea* subjective. Les infractions de défaut de se conformer à une ordonnance de probation (art. 733.1) et d’omission de se conformer à une condition de mise en liberté sous caution (par. 145(3)) sont des infractions semblables, qui découlent toutes deux d’un manquement par la personne prévenue à des conditions énoncées dans une

and are not in s. 145(3). However, even after the word “wilfully” was removed from the current breach of probation offence, most courts continue to interpret the offence to require subjective *mens rea*, based on this Court’s reasoning in *Docherty* and the fact that the removal of the word “wilfully” does not on its own indicate an intent to create an objective *mens rea* offence (see, e.g., *R. v. Eby*, 2007 ABPC 81, 77 Alta. L.R. (4th) 149; *R. v. Bingley*, 2008 BCPC 245, at para. 18 (CanLII); *R. v. Laferrière*, 2013 QCCA 944, at paras. 82-83 (CanLII); *R. v. John*, 2015 ONSC 2040, at para. 16 (CanLII); *contra*, *R. v. Bremmer*, 2006 ABPC 93, at paras. 3-7 (CanLII)).

[51] Beyond the text of s. 733.1, the Court in *Docherty* found that subjective *mens rea* was supported by the presumption of subjective fault, the possibility of imprisonment if an accused was convicted, and the purpose of the provision to deter people from breaching their probation orders (pp. 950-52). These factors similarly favour a subjective *mens rea* for s. 145(3). And the point of differentiation, that a probation order governs the behaviour of someone who has already been convicted of a crime while bail conditions primarily restrict the civil liberties of those who are presumed innocent of the underlying offence, further supports a subjective fault element for s. 145(3) (see, e.g., M. Manikis and J. De Santi, “Punishing while Presuming Innocence: A Study on Bail Conditions and Administration of Justice Offences” (2019), 60 *C. de D.* 873, at pp. 879-80).

ordonnance judiciaire. Dans *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941, la Cour a statué que l’infraction de défaut de se conformer à une ordonnance de probation exige une *mens rea* subjective. Le libellé de cette infraction comportait les mots « volontairement » et « refuse », qui renforcent la présomption de faute subjective, et ne se retrouvent pas au par. 145(3). Toutefois, même après le retrait du mot « volontairement » du libellé de l’infraction actuelle de défaut de se conformer à une ordonnance de probation, la plupart des tribunaux continuent à interpréter l’infraction comme exigeant une *mens rea* subjective en se fondant sur le raisonnement de la Cour dans l’arrêt *Docherty* et sur le fait que le retrait du mot « volontairement » n’indique pas, à lui seul, l’intention de créer une infraction exigeant une *mens rea* objective (voir, p. ex., *R. c. Eby*, 2007 ABPC 81, 77 Alta. L.R. (4th) 149; *R. c. Bingley*, 2008 BCPC 245, par. 18 (CanLII); *R. c. Laferrière*, 2013 QCCA 944, par. 82-83 (CanLII); *R. c. John*, 2015 ONSC 2040, par. 16 (CanLII); *contra*, *R. c. Bremmer*, 2006 ABPC 93, par. 3-7 (CanLII)).

[51] Allant au-delà du texte du par. 733.1, la Cour a conclu dans l’arrêt *Docherty* que l’exigence d’une *mens rea* subjective était étayée par la présomption de faute subjective, la possibilité d’emprisonnement advenant une déclaration de culpabilité et l’objectif de la disposition de dissuader les gens de ne pas se conformer aux ordonnances de probation (p. 950-952). De la même façon, ces facteurs militent en faveur d’une *mens rea* subjective pour l’infraction prévue au par. 145(3). De plus, la différence entre les deux situations, à savoir qu’une ordonnance de probation régit le comportement d’une personne qui a déjà été déclarée coupable d’un crime alors que les conditions de mise en liberté sous caution restreignent principalement les libertés civiles de personnes présumées innocentes de l’infraction sous-jacente, tend également à confirmer que la faute doit être subjective pour l’infraction prévue au par. 145(3) (voir, p. ex., M. Manikis et J. De Santi, « Punishing while Presuming Innocence : A Study on Bail Conditions and Administration of Justice Offences » (2019), 60 *C. de D.* 873, p. 879-880).

*E. Section 145(3) in the Legislative Scheme*

[52] A subjective fault requirement for s. 145(3) is consistent with: (1) the penalties and consequences which flow from conviction under s. 145(3); (2) the role of s. 145(3) within the legislative framework for reviewing and enforcing bail conditions; and (3) the restrained and individualized approach to granting bail and imposing bail conditions.

(1) The Consequences of Charges and Conviction of Failure to Comply

[53] While in general the “range of punishments says little about the required fault element” for most offences (*A.D.H.*, at para. 72), s. 145(3) is different from other offences as it may criminalize otherwise lawful conduct, charges can accumulate quickly, and convictions, and even charges, impact the accused’s ability to obtain bail in the future. Therefore, the multiple serious consequences which flow from a conviction, or even a charge under s. 145(3), demonstrate Parliament’s acceptance of subjective fault for this crime.

[54] A conviction under s. 145(3) has profound implications for the liberty interests of the offender. Parliament has imposed up to a two-year term of imprisonment for conduct, which in many cases was not otherwise criminal, was without violence or a victim, and not only occurred when the accused was presumed innocent of the underlying offence, but may result in criminal liability even if the accused is acquitted of that underlying charge. In addition to possible imprisonment for up to two years for each offence, there is the real prospect of further conditions being imposed as part of the sentence. A conviction under s. 145(3) creates or adds to that person’s criminal record, with the associated stigma

*E. Le paragraphe 145(3) dans le régime législatif*

[52] L’exigence d’une faute subjective pour l’infraction prévue au par. 145(3) cadre avec : (1) les pénalités et conséquences qui découlent d’une déclaration de culpabilité aux termes du par. 145(3); (2) le rôle du par. 145(3) en matière de révision et d’application des conditions de mise en liberté sous caution au sein du cadre législatif; (3) l’approche individualisée et empreinte de retenue qui doit guider l’octroi d’une mise en liberté sous caution et l’imposition de conditions.

(1) Les conséquences d’une accusation et d’une déclaration de culpabilité relatives à l’omission de se conformer à une condition

[53] Si « l’échelle des peines est [généralement] peu révélatrice de l’élément de faute requis » pour la plupart des infractions (*A.D.H.*, par. 72), l’infraction prévue au par. 145(3) est différente des autres pour les raisons suivantes : elle peut criminaliser une conduite par ailleurs légale, les accusations peuvent s’accumuler rapidement et les déclarations de culpabilité (et même les accusations) peuvent avoir une incidence sur la capacité de la personne prévenue à obtenir une mise en liberté sous caution dans le futur. Par conséquent, les graves et nombreuses conséquences qui découlent d’une déclaration de culpabilité, voire d’une accusation en vertu du par. 145(3), démontrent que le Parlement a accepté que ce crime exige une faute subjective.

[54] Une déclaration de culpabilité fondée sur le par. 145(3) a des répercussions profondes sur le droit à la liberté de la personne contrevenante. Le Parlement a prévu une peine pouvant aller jusqu’à deux ans d’emprisonnement pour une conduite qui, dans bien des cas, n’était par ailleurs pas criminelle, ne comportait pas de violence, n’a pas fait de victime et non seulement a eu lieu à un moment où la personne prévenue était présumée innocente de l’infraction sous-jacente, mais peut aussi entraîner une responsabilité criminelle même si la personne prévenue est acquittée de cette accusation. Outre un éventuel emprisonnement d’une durée maximale de deux ans pour chaque infraction, il existe une



and difficulties this can bring in respect of employment, housing, and family responsibilities.

[55] A charge under s. 145(3) also has serious negative consequences for the legal position of a person on further bail hearings prior to conviction. The mere fact of being charged under s. 145(3) places a reverse onus on accused persons to show why they should be released on bail again, whether prior to their hearing for their s. 145(3) charge or the underlying charge (s. 515(6)(c)). As a result, the accused who fails to discharge the reverse onus may not receive bail on the breach charge, may lose their freedom, and await their trial(s) in detention.

[56] Previous convictions under s. 145 may also inform bail hearings for any future offences (see s. 518(1)(c)(iii)). Convictions for failure to comply under s. 145(3) are treated by Parliament and the courts as often indicating that an accused has a history of intentionally disobeying court orders, and therefore is more likely to breach their court orders again. A failure to comply conviction can result in assumptions that an accused has a “lack of respect . . . for court orders and for the law”, which may affect future sentencing and release decisions (*R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 118; see also *Schab*, at para. 24; *R. v. Omeasoo*, 2013 ABPC 328, 94 Alta. L.R. (5th) 244, at para. 47). A Department of Justice study of closed cases from 2008 found that 43.9 percent of accused persons with a prior history of convictions for s. 145 offences were denied bail, which is a remand rate significantly higher than accused persons with no such history, and even slightly higher than the remand rate for accused persons who were previously convicted of violent offences (39.9 percent) or sexual

possibilité bien réelle que des conditions additionnelles soient imposées dans le cadre de la détermination de la peine. Une déclaration de culpabilité au titre du par. 145(3) engendre un casier judiciaire ou l'alourdit, avec tous les stigmates et les difficultés que cela peut entraîner sur les plans de l'emploi, du logement et des responsabilités familiales.

[55] Une accusation fondée sur le par. 145(3) a aussi de graves conséquences négatives sur la situation juridique de la personne prévenue lors d'enquêtes ultérieures sur le cautionnement avant la déclaration de culpabilité. Le simple fait de faire l'objet d'une accusation en vertu du par. 145(3) inverse le fardeau de la preuve en imposant aux personnes prévenues la charge de démontrer pourquoi elles devraient être libérées sous caution, que ce soit avant leur audience concernant une accusation portée en vertu du par. 145(3) ou avant celle concernant l'accusation sous-jacente (al. 515(6)c)). Par conséquent, la personne prévenue qui ne s'acquitte pas du fardeau de preuve inversé risque de ne pas obtenir une mise en liberté sous caution à la suite de l'accusation de manquement, pourrait perdre sa liberté et devoir attendre son ou ses procès en détention.

[56] Les déclarations de culpabilité antérieures prononcées en vertu de l'art. 145 peuvent également être prises en compte lors d'enquêtes sur le cautionnement tenues relativement à des infractions ultérieures (voir sous-al. 518(1)c)(iii)). Le Parlement et les tribunaux considèrent souvent les déclarations de culpabilité pour omission de se conformer à une condition fondées sur le par. 145(3) comme indiquant que la personne prévenue a des antécédents de désobéissance délibérée aux ordonnances judiciaires et qu'elle est donc plus susceptible de violer à nouveau les ordonnances rendues à son égard. Une déclaration de culpabilité pour omission de se conformer à une condition peut donner lieu à des suppositions selon lesquelles la personne prévenue a fait preuve de « manque de respect [. . .] à l'égard des ordonnances des tribunaux et de la loi », ce qui pourrait avoir une incidence sur les décisions ultérieures concernant la détermination de la peine et la libération (*R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 118; voir aussi *Schab*, par. 24; *R. c. Omeasoo*, 2013 ABPC 328, 94 Alta. L.R. (5th)



offences (39.5 percent): K. Beattie, A. Solecki and K. E. Morton Bourgon, *Police and Judicial Detention and Release Characteristics: Data from the Justice Effectiveness Study* (2013), at pp. 17-18. Thus, conviction under s. 145(3) may lead to the denial of bail or the increased likelihood of more stringent bail conditions for future unrelated offences.

244, par. 47). Une étude du ministère de la Justice sur des dossiers fermés de 2008 a révélé que 43,9 p. 100 des personnes prévenues ayant été déclarées coupables d'une infraction prévue au par. 145 dans le passé se voyaient refuser la mise en liberté sous caution, ce qui constitue un taux de détention provisoire beaucoup plus élevé que celui associé aux personnes prévenues qui n'ont pas de tels antécédents, et même légèrement plus élevé que le taux de détention provisoire des personnes prévenues qui ont déjà été déclarées coupables d'une infraction avec violence (39,9 p. 100) ou d'une infraction d'ordre sexuel (39,5 p. 100) : K. Beattie, A. Solecki et K. E. Morton-Bourgon, *Les caractéristiques de la détention et de la mise en liberté par la police et par le tribunal : Données tirées de l'Étude sur l'Efficacité du Système de Justice* (2013), p. 17-18. Ainsi, une déclaration de culpabilité au titre du par. 145(3) peut mener à ce que la mise en liberté sous caution soit refusée ou à ce qu'il y ait une probabilité accrue que des conditions de mise en liberté sous caution plus sévères soient imposées en cas d'infractions ultérieures non liées.

[57] This is problematic because breach charges often accumulate quickly: Mr. Zora's failure to answer a door twice on one weekend resulted in four separate charges under s. 145(3). People with addictions, disabilities, or insecure housing may have criminal records with breach convictions in the double digits. Convictions for failure to comply offences can therefore lead to a vicious cycle where increasingly numerous and onerous conditions of bail are imposed upon conviction, which will be harder to comply with, leading to the accused accumulating more breach charges, and ever more restrictive conditions of bail or, eventually, pre-trial detention (C. M. Webster, "Broken Bail" in *Canada: How We Might Go About Fixing It* (June 2015), at p. 8 ("Webster Report"); 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), at pp. 49 and 66 ("CCLA Report"); M.-E. Sylvestre, N. K. Blomley and C. Bellot, *Red Zones: Criminal Law and the Territorial Governance of Marginalized People* (2019), at p. 132; Pivot Legal Society, *Project Inclusion: Confronting Anti-Homelessness*

[57] Ce constat pose problème parce que les accusations de manquement s'accumulent souvent rapidement : l'omission de M. Zora de répondre à la porte deux fois pendant la même fin de semaine a donné lieu à quatre accusations distinctes au titre du par. 145(3). Les personnes ayant des dépendances ou des handicaps et celles vivant dans des conditions précaires peuvent se retrouver avec un casier judiciaire comptant plus de 10 déclarations de culpabilité pour manquement. Les déclarations de culpabilité pour des infractions d'omission de se conformer à une condition peuvent par conséquent mener à un cercle vicieux où des conditions de mise en liberté sous caution de plus en plus nombreuses et sévères sont imposées lors de la déclaration de culpabilité, ce qui rend le respect desdites conditions encore plus difficile, menant ainsi la personne prévenue à faire l'objet de plus d'accusations de manquement et à se voir imposer des conditions de mise en liberté sous caution plus restrictives, voire une détention avant procès (C. M. Webster, *Lacunes relatives à la mise en liberté sous caution au Canada : comment y remédier?* (juin 2015), p. 8 (« rapport Webster »); Association canadienne des libertés civiles et le

& *Anti-Substance User Stigma in British Columbia*, by D. Bennett and D.J. Larkin (2019) (online), at p. 101 (“Pivot Report”).

Fidécimmis canadien d’éducation en libertés civiles, *Set Up to Fail : Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, A. Deshman et N. Myers (2014) (en ligne), p. 49 et 66 (« rapport de l’ACLC »); M.-E. Sylvestre, N. K. Blomley et C. Bellot, *Red Zones : Criminal Law and the Territorial Governance of Marginalized People* (2019), p. 132; Pivot Legal Society, *Project Inclusion : Confronting Anti-Homelessness & Anti-Substance User Stigma in British Columbia*, D. Bennett et D. J. Larkin (2019) (en ligne), p. 101 (« rapport Pivot »).

[58] The significant and long-lasting legal consequences of a charge or conviction under s. 145(3) support the existence of a subjective *mens rea* requirement. If a subjectively guilty mind was not required for a conviction under s. 145(3), there would be considerably less logic in Parliament’s choice to deem someone who failed to comply with certain bail conditions as having “a lack of respect . . . for court orders and the law” and as being less likely to comply again with different bail conditions (*Lacasse*, at para. 118; *Code*, s. 518(1)(c)(iii)). The fact that a charge of breach of bail creates serious consequences for the accused by reversing the onus of proof on release and making bail for other offences more difficult to obtain presupposes that the person knowingly, rather than inadvertently, breached their bail condition.

[58] Les conséquences juridiques importantes et de longue durée d’une accusation ou d’une déclaration de culpabilité fondée sur le par. 145(3) militent en faveur d’une exigence de *mens rea* subjective. Si une intention subjectivement coupable n’était pas requise pour une déclaration de culpabilité en vertu du par. 145(3), il serait beaucoup moins justifié sur le plan de la logique que le Parlement choisisse de présumer que la personne qui a omis de se conformer à certaines conditions de mise en liberté sous caution a « manqué de respect [. . .] à l’égard des ordonnances des tribunaux et de la loi » et est moins susceptible de se conformer dans le futur à des conditions différentes de mise en liberté sous caution (*Lacasse*, par. 118; *Code*, sous-al. 518(1)c)(iii)). Le fait qu’une accusation de manquement à une ordonnance de mise en liberté sous caution crée de graves conséquences pour la personne prévenue en inversant le fardeau de la preuve lors de la libération et en rendant plus difficile l’obtention d’une mise en liberté sous caution à l’égard d’autres infractions presuppose que la personne a violé sa condition de mise en liberté sous caution sciemment, et non par inadvertance.

(2) The Role of Section 145(3) Within the Legislative Framework

(2) Le rôle du par. 145(3) au sein du cadre législatif

[59] Parliament’s intention to require subjective fault for s. 145(3) is further demonstrated by examining the role of this offence in the *Code*. Parliament understood that bail takes place as part of an expedited process and is often based on limited information and so it created many mechanisms to review and enforce bail conditions once imposed. When it

[59] L’intention du Parlement d’exiger une faute subjective pour l’infraction prévue au par. 145(3) ressort également de l’examen du rôle de cette infraction au sein du *Code*. Le Parlement a compris que la mise en liberté sous caution fait partie d’un processus accéléré et est souvent fondée sur des renseignements limités, et a ainsi créé de nombreux

appears that an accused should not be bound by a condition or is not complying with a bail condition, there may be applications by the Crown or the accused to review or vacate the bail order, or a decision by the Crown to seek bail revocation or lay a criminal charge under s. 145(3). Considering the availability of these other mechanisms that manage risk from an accused's inability or failure to comply with conditions of bail, it is clear that s. 145(3) serves a distinct purpose: to punish and deter those who knowingly or recklessly breach their bail conditions.

[60] The respondent argued that s. 145(3) has become “a prime means of enforcing release conditions in order to mitigate the risks and concerns that would otherwise have justified detaining a person” (R.F., at paras. 63-67). Criminal charges under s. 145(3) are common, increasing, and often result in the loss of liberty. Statistics Canada reports that the charging and prosecuting of breaches of court orders, including bail conditions, has risen since 2004, and in 2008/2009 it was estimated that one in five people in pre-trial detention were there because they failed to comply with conditions in a court order or probation order (*Trends in the Use of Remand in Canada* (May 2011); *Trends in offences against administration of justice* (October 2015), at p. 13 (“Statistics Canada Report”); *Table 35-10-0177-01—Incident-based crime statistics, by detailed violations, Canada, provinces, territories and Census Metropolitan Areas* (online)).

[61] Offences relating to the administration of justice represented about 1 in 10 police reported crimes in 2014 (Statistics Canada Report, at p. 6).

mécanismes pour assurer la révision et l'application des conditions de mise en liberté sous caution une fois imposées. Lorsqu'il appert que la personne prévenue ne devrait pas être assujettie à une condition ou ne respecte pas une condition de sa mise en liberté sous caution, celle-ci ou la Couronne, selon le cas, peut demander une révision ou une annulation de l'ordonnance de mise en liberté sous caution. La Couronne peut aussi demander la révocation de la mise en liberté sous caution ou porter une accusation criminelle en vertu du par. 145(3). Vu l'existence de ces autres mécanismes qui gèrent le risque découlant de l'incapacité ou de l'omission de la personne prévenue de se conformer aux conditions de mise en liberté sous caution, il est manifeste que le par. 145(3) a un objectif distinct : punir et dissuader les personnes prévenues qui manquent sciemment ou par insouciance à leurs conditions de mise en liberté sous caution.

[60] L'intimée a fait valoir que le par. 145(3) est devenu [TRADUCTION] « un excellent moyen de faire exécuter les conditions de mise en liberté pour atténuer les risques et répondre aux préoccupations qui auraient autrement justifié la détention d'une personne » (m.i., par. 63-67). Les accusations criminelles portées en vertu du par. 145(3) sont courantes, en hausse et entraînent souvent une perte de liberté. Selon Statistique Canada, le nombre d'accusations et de poursuites pour des violations d'ordonnances judiciaires, y compris les conditions de mise en liberté sous caution, a augmenté depuis 2004, et on estime qu'en 2008-2009 une personne sur cinq en détention avant le procès l'était en raison d'un manquement à des conditions d'une ordonnance judiciaire ou d'une ordonnance de probation (*Tendances de l'utilisation de la détention provisoire au Canada* (mai 2011); *Tendances des infractions contre l'administration de la justice* (octobre 2015), p. 13 (« rapport de Statistique Canada »); *Tableau 35-10-0177-01 : Statistiques des crimes fondés sur l'affaire, par infractions détaillées, Canada, provinces, territoires et régions métropolitaines de recensement* (en ligne)).

[61] Les infractions relatives à l'administration de la justice représentaient environ un dixième des crimes déclarés par la police en 2014 (rapport de

Offences for failure to comply with a court order, including the offence under s. 145(3),<sup>8</sup> represented 57 percent of those administration of justice offences reported in 2014 (Statistics Canada Report, at p. 7). In 2016/2017, failure to comply with an order was the most serious offence charged in 9 percent of all completed adult criminal cases (Statistics Canada, *Adult criminal and youth court statistics in Canada, 2016/2017* (January 2019)). The rate of all persons charged for failure to comply with an order continued to increase between 2017 and 2018 (*Table 35-10-0177-01*). While rates of failure to comply charges also vary across the country, between 2005/2006 and 2013/2014, most provinces reported an increase in the proportion of completed adult criminal cases that included at least one offence against the administration of justice (Statistics Canada Report, at pp. 13-14).

Statistique Canada, p. 6). Les infractions d'omission de se conformer à une ordonnance judiciaire, y compris l'infraction prévue au par. 145(3)<sup>8</sup>, représentaient 57 p. 100 des infractions relatives à l'administration de la justice déclarées en 2014 (Rapport de Statistique Canada, p. 7). En 2016-2017, l'omission de se conformer à une ordonnance était l'infraction la plus grave reprochée dans 9 p. 100 de toutes les affaires criminelles réglées visant des délinquants adultes (Statistique Canada, *Statistiques sur les tribunaux de juridiction criminelle pour adultes et les tribunaux de la jeunesse au Canada, 2016-2017* (janvier 2019)). Le taux global des personnes accusées d'avoir omis de se conformer à une ordonnance a continué d'augmenter entre 2017 et 2018 (*Tableau 35-10-0177-01*). Bien que les taux d'accusations relatives à une omission de se conformer à une condition varient aussi dans l'ensemble du pays, entre 2005-2006 et 2013-2014, la plupart des provinces ont rapporté une augmentation de la proportion des affaires criminelles closes visant des personnes délinquantes adultes qui comprenaient au moins une infraction contre l'administration de la justice (Rapport de Statistique Canada, p. 13-14).

[62] Professor Friedland, whose study *Detention Before Trial* contributed to significant reform of the bail system in the 1970s, has suggested that the growth in failure to comply charges has likely contributed to the increase in people held in pre-trial custody (M. L. Friedland, "Reflections on Criminal Justice Reform in Canada" (2017), 64 *Crim. L.Q.* 274; M. L. Friedland, "The Bail Reform Act Revisited" (2012), 16 *Can. Crim. L.R.* 315, at p. 321; M. L. Friedland, *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts* (1965)). Pre-trial detention can result in negative impacts on accused persons' employment and income, housing, health and access to medication, relationships, personal possessions, and ability to fulfill parental obligations (Canadian Committee on Corrections, *Report of the Canadian Committee on Corrections* (1969),

[62] Le professeur Friedland, dont l'étude intitulée *Detention Before Trial* a été utilisée pour la réalisation de l'importante réforme du système de mise en liberté sous caution dans les années 1970, a affirmé que l'augmentation du nombre d'accusations d'omission de se conformer à une condition de mise en liberté sous caution avait probablement contribué à la croissance du nombre de personnes détenues avant le procès (M. L. Friedland, « Reflections on Criminal Justice Reform in Canada » (2017), 64 *Crim. L.Q.* 274; M. L. Friedland, « The Bail Reform Act Revisited » (2012), 16 *Rev. can. D.P.* 315, p. 321; M. L. Friedland, *Detention before Trial : A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts* (1965)). La détention avant le procès peut avoir des conséquences négatives sur l'emploi et les revenus de la personne prévenue ainsi que sur

<sup>8</sup> Failure to comply offences in the Statistics Canada Report include s. 145(3) to (5.1), but also offences related to failure to comply with conditional sentences or probation orders (s. 161(1) to (4)), or peace bonds (s. 811(a) and (b)).

<sup>8</sup> Dans le rapport de Statistique Canada, ces infractions comprennent les infractions prévues aux par. 145(3) à (5.1), mais aussi les infractions relatives à l'omission de se conformer à une peine avec sursis ou à une ordonnance de probation (par. 161(1) à (4)), ou à un engagement à ne pas troubler l'ordre public (al. 811a et b)).

at pp. 101-2 (“Ouimet Report”); CCLA Report, at pp. 8-10; Pivot Report, at p. 81). The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs also found that failure to comply offences were clogging the courts despite being offences that are not “strictly indictable” and “involve no harm to a victim” (Senate Committee Report, at pp. 138-40).

[63] In my view, despite high rates of criminal charges for failure to comply, Parliament did not intend for criminal sanctions to be the primary means of managing any risks or concerns associated with individuals released with bail conditions. The scheme of the *Code* illustrates that such concerns are to be managed through the setting of conditions that are minimal, reasonable, necessary, least onerous, and sufficiently linked to the accused’s risk; variations to those conditions when necessary through bail reviews and vacating bail orders; and bail revocation when bail conditions are breached, which may result in release on the same conditions with altered behaviour expected of the accused, changed conditions, or detention. Charges under s. 145(3) are not, and should not be, the principal means of mitigating risk.

[64] A bail review under ss. 520 and 521 is the primary way to challenge or change bail conditions which are not, or which are no longer, minimal, reasonable, necessary, least onerous, and sufficiently linked to risks posed by the accused (except for accused charged with very serious offences under

sa possibilité de trouver un logement, sa santé et son accès aux médicaments, ses relations, ses possessions personnelles et sa capacité à s’acquitter de ses obligations parentales (Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle* (1969), p. 101-102 (« rapport Ouimet »); rapport de l’ACLC, p. 8-10; rapport Pivot, p. 81). Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles a aussi conclu que les infractions d’omission de se conformer à une condition congestionnaient les cours malgré qu’il ne s’agisse pas d’« actes criminels au sens strict » et qu’elles « ne causent de tort à aucune victime » (rapport du Comité sénatorial, p. 154-157).

[63] À mon avis, malgré les hauts taux d’accusations criminelles pour omission de se conformer à une condition, le Parlement ne voulait pas que les sanctions pénales soient le principal moyen de gérer les risques ou les préoccupations associés aux individus libérés sous conditions. Le régime établi par le *Code* indique que de telles préoccupations doivent être prises en compte par l’établissement de conditions qui sont minimales, raisonnables, nécessaires, les moins sévères possible et suffisamment liées au risque que pose la personne prévenue; des modifications peuvent être apportées à ces conditions lorsque cela est nécessaire au moyen de révisions de la mise en liberté sous caution et de l’annulation des ordonnances de mise en liberté sous caution; et la mise en liberté sous caution peut être révoquée lorsque les conditions ne sont pas respectées, ce qui peut donner lieu à une libération aux mêmes conditions avec un comportement différent attendu de la part de la personne prévenue, une modification des conditions ou une détention. Les accusations portées en vertu du par. 145(3) ne sont pas, et ne devraient pas être, le principal moyen d’atténuer le risque.

[64] La révision d’une mise en liberté sous caution effectuée conformément aux art. 520 et 521 constitue la principale façon de contester ou de modifier des conditions de mise en liberté sous caution qui ne sont pas, ou ne sont plus, minimales, raisonnables, nécessaires, les moins sévères possible et suffisamment



s. 469).<sup>9</sup> Conditions set in the bustle of a busy bail court with limited information can, and when necessary should, be fine-tuned through bail review. A bail review involves a hybrid process, rather than a *de novo* proceeding (*St-Cloud*, at paras. 92 and 118). A reviewing judge may intervene if the judicial official has erred in law, if the impugned decision was clearly inappropriate, or if new evidence shows a material and relevant change in the circumstances (para. 121). In addition, s. 523(2) allows for the judicial official, in certain circumstances, to vacate a previous release order and make a different order, including when the accused and the Crown consent to vacating the order (s. 523(2)(c)).

[65] Parliament also enacted two tools to address breaches of bail conditions: bail revocation under s. 524 and criminal charges under s. 145(3). These two provisions work together to promote compliance with conditions of bail, along with forfeiture provisions for monetary amounts set out in a recognizance (see Part XXV of the *Code*). However, these two mechanisms serve distinct and different legislative purposes. Whereas revocation under s. 524 fulfills a risk management role, criminal liability under s. 145(3) exists to punish and deter.

[66] Revocation of bail occurs under s. 524. An accused may be arrested where there are reasonable grounds to believe that the accused has contravened or is about to contravene any summons, appearance

liées aux risques que pose la personne prévenue (sauf pour la personne prévenue inculpée d'infractions très graves prévues à l'art. 469)<sup>9</sup>. Les conditions imposées dans l'agitation d'une séance occupée de libération sous caution, à l'aide de renseignements limités, peuvent, et devraient lorsque cela est nécessaire, être peaufinées au moyen d'une révision de la mise en liberté sous caution. Une telle révision suppose un processus hybride, et non une instance *de novo* (*St-Cloud*, par. 92 et 118). Les juges en révision peuvent intervenir si l'entité judiciaire a commis une erreur de droit, si la décision contestée était manifestement inappropriée ou si la nouvelle preuve démontre un changement important et pertinent dans les circonstances (par. 121). De plus, le par. 523(2) permet à l'entité judiciaire, dans certaines circonstances, d'annuler une ordonnance de libération antérieure et de rendre une ordonnance différente, notamment lorsque la personne prévenue et la Couronne consentent à l'annulation de l'ordonnance (al. 523(2)c)).

[65] Le Parlement a aussi prévu deux outils pour répondre aux manquements aux conditions de mise en liberté sous caution : la révocation de la mise en liberté sous caution en vertu de l'art. 524 et les accusations criminelles en vertu du par. 145(3). Ces deux dispositions ont pour effet combiné de favoriser le respect des conditions de mise en liberté sous caution, de pair avec les dispositions relatives à la confiscation pour les sommes d'argent prévues dans un engagement (voir la partie XXV du *Code*). Toutefois, ces deux mécanismes ont des objectifs législatifs distincts et différents. Alors que la révocation au titre de l'art. 524 joue un rôle de gestion de risque, la responsabilité criminelle dont il est question au par. 145(3) vise à punir et dissuader certaines conduites.

[66] La révocation de la mise en liberté sous caution se fait en vertu de l'art. 524. Une personne prévenue peut être arrêtée lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'elle a violé ou est sur le

<sup>9</sup> Offences listed under s. 469 have a different mechanism of bail review under ss. 522(4) and 680 of the *Code*.

<sup>9</sup> Les infractions indiquées à l'art. 469 sont assorties d'un mécanisme différent de révision de la mise en liberté sous caution aux termes du par. 522(4) et de l'art. 680 du *Code*.



notice, promise to appear, undertaking, or recognizance issued to them or has committed an indictable offence after being released (s. 524(1) and (2)). The Crown can then decide whether to proceed with a revocation hearing before a judicial official (Trotter, at pp. 11-9 to 11-10). Where the judicial official finds, on a balance of probabilities, that the accused contravened or was about to contravene the relevant order or that there are reasonable grounds to believe that the accused committed another indictable offence while on bail, the judicial official must cancel the order and detain the accused (s. 524(4) and (8); see *R. v. Parsons* (1997), 161 Nfld. & P.E.I.R. 145 (N.L.C.A.), at para. 21; *R. v. Morris*, 2013 ONCA 223, 305 O.A.C. 47, at para. 18). The accused then has the onus to show why their detention is not justified. If the accused establishes that the detention is not justified, the judicial official can order release with any of the options available under s. 515, including changing the conditions of the undertaking or recognizance (s. 524(4) to (9)). This means that the judicial official has the ability to consider the appropriateness of the original release order and may remove or narrow conditions from the release order where the accused shows that they are no longer necessary, reasonable, least onerous, or sufficiently linked to the statutory criteria in s. 515(10) (Trotter, at p. 11-1).

[67] Revocation under s. 524 ensures that those who do not follow bail conditions can be arrested to re-assess whether, and on what conditions, they should be released into the community, where it becomes apparent that the accused will not or cannot abide by the conditions originally set. Revocation provides the court with greater flexibility in determining whether, despite a contravention of bail, the accused has shown cause that they should be released again either on the same conditions or different conditions (see, e.g., *R. v. Badgerow*, 2010 ONCA 236, 260 O.A.C. 273, at para. 36; *R. v. T.J.J.*, 2011 BCPC 155, at paras. 57-59 (CanLII); *R. v. Mehan*, 2016

point de violer une sommation, une citation à comparaître, une promesse de comparaître ou autre promesse ou un engagement dont elle fait l'objet ou si elle a commis un acte criminel après avoir été libérée (par. 524(1) et (2)). La Couronne peut alors décider si elle procédera à une audience sur la révocation devant une entité judiciaire (Trotter, p. 11-9 à 11-10). Lorsque l'entité judiciaire conclut, selon la prépondérance des probabilités, que la personne prévenue a violé ou était sur le point de violer l'ordonnance applicable ou qu'il existe des motifs raisonnables de croire que la personne prévenue a commis un autre acte criminel pendant qu'elle était en mise en liberté sous caution, elle doit annuler l'ordonnance et ordonner la détention de la personne prévenue (par. 524(4) et (8); voir *R. c. Parsons* (1997), 161 Nfld. & P.E.I.R. 145 (C.A. T.-N.-L.), par. 21; *R. c. Morris*, 2013 ONCA 223, 305 O.A.C. 47, par. 18). La personne prévenue a alors le fardeau de démontrer pourquoi sa détention n'est pas justifiée. Si elle parvient à le faire, l'entité judiciaire peut ordonner sa libération et l'assortir d'une ou de plusieurs des options prévues à l'art. 515, et peut notamment changer les conditions de la promesse ou de l'engagement (par. 524(4) à (9)). Cela signifie que l'entité judiciaire est habilitée à examiner si l'ordonnance de mise en liberté originale était appropriée et elle peut retirer ou restreindre des conditions de cette ordonnance lorsque la personne prévenue démontre qu'elles ne sont plus nécessaires, raisonnables, les moins sévères possible ou suffisamment liées aux critères prévus au par. 515(10) (Trotter, p. 11-1).

[67] La révocation aux termes de l'art. 524 fait en sorte que la personne prévenue qui ne respecte pas les conditions de sa mise en liberté sous caution peut être arrêtée pour qu'on réévalue si elle devrait être libérée dans la collectivité, et à quelles conditions, dans le cas où il est évident qu'elle ne se conformera pas, ou ne pourra se conformer, aux conditions initialement imposées. La révocation fournit au tribunal plus de souplesse pour établir si, malgré le manquement aux conditions de mise en liberté sous caution, la personne prévenue a démontré qu'elle devrait être à nouveau libérée, que ce soit selon les mêmes conditions ou des conditions différentes

BCCA 129, 386 B.C.A.C. 1). Conditions can be revised to address the risk of further breach while ensuring the accused can reasonably comply.

[68] If detention is the proportionate result for the accused's breach of bail then revocation under s. 524 is the appropriate avenue. Bail revocation was the process designed for determining whether a person's risk factors are such that their failure to abide by bail conditions means they ought to be detained rather than released on different conditions. Revocation can therefore address negligent and careless breaches of bail conditions without creating additional criminal liability. While revocation carries the threat of detention and should be sought only when the negative impacts that can arise from detention are justified, it can address risks arising from breaches of bail conditions without adding offences against the administration of justice to the criminal record of the accused.

[69] In addition to revocation, Parliament enacted s. 145(3) of the *Code*, making it a separate crime against the administration of justice to breach bail conditions, which carries a maximum penalty of two years' imprisonment and has other important consequences for the accused (as discussed above). It is a criminal offence which requires the Crown to prove all constituent elements of the offence beyond a reasonable doubt. Charges for breach of bail conditions under s. 145(3) can be brought in addition to an application for bail revocation (*Parsons*, at paras. 28 and 37). Section 145(3) adds criminal liability on top

(voir, p. ex., *R. c. Badgerow*, 2010 ONCA 236, 260 O.A.C. 273, par. 36; *R. c. T.J.J.*, 2011 BCPC 155, par. 57-59 (CanLII); *R. c. Mehan*, 2016 BCCA 129, 386 B.C.A.C. 1). Il peut y avoir révision des conditions pour répondre au risque qu'il y ait un nouveau manquement tout en faisant en sorte que la personne prévenue puisse raisonnablement se conformer à ces conditions.

[68] Si la détention constitue le résultat proportionné à la violation par la personne prévenue des conditions de mise en liberté sous caution, alors la révocation aux termes de l'art. 524 est la bonne façon de procéder. La révocation de la mise en liberté sous caution est le processus qui a été conçu pour établir si les facteurs de risque associés à une personne prévenue faisaient en sorte que son omission de se conformer aux conditions de mise en liberté sous caution signifiait qu'elle devait être détenue plutôt que libérée selon des conditions différentes. La révocation peut donc être une réponse aux manquements aux conditions de mise en liberté sous caution commis par négligence ou insouciance, sans créer de responsabilité criminelle supplémentaire. Bien que la révocation s'accompagne de la menace de détention et qu'elle ne devrait être sollicitée que lorsque les répercussions négatives pouvant découler de la détention sont justifiées, elle permet aussi de répondre aux risques qui découlent des manquements aux conditions de mise en liberté sous caution sans ajout de nouvelles infractions contre l'administration de la justice au casier judiciaire de la personne prévenue.

[69] En plus de prévoir la révocation, le Parlement a adopté le par. 145(3) du *Code*, qui fait du manquement aux conditions de mise en liberté sous caution un crime distinct contre l'administration de la justice, passible d'une peine maximale de deux ans d'emprisonnement et comportant d'autres conséquences importantes pour la personne prévenue (comme nous l'avons vu). Il s'agit d'une infraction criminelle qui exige que la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable tous les éléments constitutifs de l'infraction. Des accusations de manquement aux conditions de mise en liberté sous caution portées en vertu du

of the possibility of an accused losing their ability to be out on bail prior to trial. Therefore criminal charges are intended as a means of last resort to punish harmful behaviors when other risk management tools have not served their purposes.

[70] This legislative framework indicates that Parliament intended for the Crown to primarily use bail review and revocation, rather than criminal charges, to manage accused persons who cannot or will not comply with their bail conditions, especially when those bail conditions address conduct that would not otherwise be criminal. Of course, different considerations apply for a breach of condition that involves conduct that is otherwise criminal or which harms or threatens people, for example, where an accused breaches a no-communication condition by threatening or intimidating a victim. In those circumstances, criminal charges may be justified. Parliament has now created a judicial referral hearing process under s. 523.1 to allow prosecutors to divert charges under s. 145(3) that involve no physical or emotional harm to a victim, property damage, or economic loss. This further emphasizes that prosecutions and conviction under s. 145(3) should be a last resort measure to primarily address harmful intentional breaches of bail conditions where the remedies available through bail review and revocation would not be sufficient.

par. 145(3) peuvent s'ajouter à une demande de révocation de la mise en liberté sous caution (*Parsons*, par. 28 et 37). En plus de pouvoir perdre la mise en liberté sous caution avant le procès, la personne prévenue pourrait voir sa responsabilité criminelle engagée aux termes du par. 145(3). Par conséquent, les accusations criminelles doivent être considérées comme une mesure de dernier recours pour sanctionner des comportements répréhensibles lorsque les autres outils de gestion du risque n'ont pas rempli leur fonction.

[70] Ce cadre législatif indique que le Parlement entendait que la Couronne recoure principalement à la révision et à la révocation de la mise en liberté sous caution, plutôt qu'aux accusations criminelles, pour gérer les personnes prévenues qui ne peuvent ou ne pourront se conformer à leurs conditions de mise en liberté sous caution, particulièrement lorsque ces conditions concernent une conduite qui ne serait par ailleurs pas criminelle. Évidemment, différentes considérations s'appliquent au manquement à une condition visant une conduite qui est par ailleurs criminelle ou qui cause du tort ou constitue une menace à autrui, par exemple, lorsqu'une personne prévenue viole une condition d'interdiction de communiquer en menaçant ou en intimidant une victime. Dans de telles circonstances, les accusations criminelles peuvent être justifiées. Le Parlement a créé un processus de comparution pour manquement à l'art. 523.1 afin de permettre à la poursuite d'écarter les accusations fondées sur le par. 145(3) lorsque le manquement n'a pas causé de dommages — matériels, corporels ou moraux — ou de pertes économiques à une victime. Cela vient étayer encore davantage la thèse selon laquelle les poursuites et la déclaration de culpabilité au titre du par. 145(3) devraient constituer une mesure de dernier recours, conçue pour répondre avant tout aux manquements préjudiciables et intentionnels à des conditions de mise en liberté sous caution lorsque les mesures possibles dans le cadre des processus de révision et de révocation de la mise en liberté sous caution seraient insuffisantes.

[71] Even with this new process, a bail variation or revocation application should be among the responses seriously considered by the Crown when faced with certain types of alleged breaches in an effort to reduce the number of criminal breach charges burdening the courts. Where the accused's failure to comply with a condition might justify detention, revocation may be appropriate. The benefits of this option can be seen by examining Mr. Zora's charges for allegedly breaching his curfew and failing to answer his door — charges that resulted in no harm to anyone else and relate to conduct that would not have been criminal but for his bail conditions. If the Crown had sought bail revocation instead of bringing charges, Mr. Zora would have been arrested and he would have had to show cause why he should be released again despite his breach. (He was in a comparable position to show cause why he should be released when he was charged under s. 145(3).) The bail revocation procedure, however, expressly permits the judicial official to release him on modified conditions. These modified conditions might have managed the same risk in a more focussed and feasible way, without Mr. Zora facing the serious consequences of additional criminal convictions for failing to answer his door.

[72] Given this, the primary purpose of s. 145(3) is not to manage future risk, but to sanction past behaviour and deter further breaches. As noted by Wilson J. in *Docherty*, at pp. 951-52, regarding breach of probation conditions, specific deterrence has little or no effect if an accused does not know they were doing anything wrong. An accused must know what standard of behaviour to meet and that their conduct is failing to meet that standard in order to be deterred from engaging in prohibited conduct. If the purpose of s. 145(3) is to deter and punish those who breach bail conditions, the same logic in

[71] Malgré l'existence de ce nouveau processus, la Couronne devrait examiner sérieusement la possibilité de demander une modification ou une révocation de la mise en liberté sous caution pour certains types de manquements allégués afin de réduire le nombre d'accusations criminelles de manquements à des conditions qui encombrant les tribunaux. Lorsque l'omission de la personne prévenue de se conformer à une condition peut justifier la détention, la révocation pourrait être appropriée. On peut voir les avantages de cette possibilité en examinant les accusations dont fait l'objet M. Zora parce qu'il aurait violé le couvre-feu et omis de répondre à la porte — accusations qui n'ont pas causé de préjudice à autrui et qui concernent une conduite qui n'aurait pas été criminelle n'eût été ses conditions de mise en liberté sous caution. Si la Couronne avait cherché à obtenir la révocation de la mise en liberté sous caution au lieu de porter des accusations, M. Zora aurait été arrêté et aurait eu à démontrer pourquoi il devrait être à nouveau libéré malgré son manquement. (Il se trouvait dans une situation comparable quand il a été accusé en vertu du par. 145(3) et devait démontrer pourquoi il devrait être libéré.) Toutefois, la procédure de révocation de la mise en liberté sous caution permet expressément à l'entité judiciaire de le libérer selon des conditions modifiées. Celles-ci pourraient permettre de gérer le même risque d'une façon plus ciblée et viable, sans exposer M. Zora aux graves conséquences découlant des déclarations de culpabilité additionnelles pour ne pas avoir répondu à la porte.

[72] Compte tenu de ce qui précède, l'objectif principal du par. 145(3) n'est pas la gestion d'un risque futur, mais la sanction d'un comportement passé et la dissuasion d'autres manquements. Comme l'a fait remarquer la juge Wilson dans l'arrêt *Docherty*, aux p. 951-952, concernant les manquements à des conditions de probation, l'effet de dissuasion individuelle n'existe que peu ou pas si la personne accusée ignorait qu'elle faisait quelque chose de mal. Pour être dissuadée d'adopter la conduite interdite, la personne accusée doit savoir quelle norme de comportement elle doit respecter et que sa conduite n'y

*Docherty* supports a subjective *mens rea* element for s. 145(3).

(3) Setting Bail Conditions and Their Breach Under Section 145(3)

[73] There is a strong, indeed inexorable, connection between the setting of bail conditions and the operation of s. 145(3), including its *mens rea* element. In this section, I address the argument that because bail conditions are tailored to the individual, Parliament intended an objective *mens rea* for breaches under s. 145(3). In my view, this argument lacks a sound conceptual basis and fails to take into account the manner in which bail conditions continue to be imposed despite the principles articulated in the *Charter*, the *Code*, and by this Court in *Antic*. I conclude that the opposite is true: the requirement that bail conditions must be tailored to the accused points to a subjective *mens rea* so that the individual characteristics of the accused are considered both when bail is set and if bail is breached.

[74] The respondent and the intervener Attorney General of British Columbia (“AGBC”) submit that the *mens rea* for s. 145(3) can be satisfied on proof of an objective fault standard. They argue that bail conditions, set at the beginning of the bail process, are carefully tailored to the accused and would lead to only minimal criminal liability for the accused. The AGBC links the various phases of the bail system, but claims that the “[l]egitimate concern about marginalized people whose breach of bail pose an attenuated risk is effectively tackled at the front-end

répond pas. Si le paragraphe 145(3) a pour objet de dissuader et de punir les personnes qui manquent à leurs conditions de mise en liberté sous caution, la même logique que celle exposée dans l’arrêt *Docherty* étaye l’existence d’une *mens rea* subjective pour le par. 145(3).

(3) Établissement des conditions de mise en liberté sous caution et manquement à celles-ci aux termes du par. 145(3)

[73] Il existe un lien puissant, et même inexorable, entre l’établissement des conditions de mise en liberté sous caution et l’application du par. 145(3), notamment en matière de *mens rea*. Dans la présente section, j’examinerai l’argument selon lequel le Parlement entendait que les infractions prévues au par. 145(3) requièrent une *mens rea* objective parce que les conditions de mise en liberté sous caution sont adaptées à la personne visée. À mon avis, cet argument est dénué d’un fondement conceptuel solide et ne tient pas compte de la façon dont les conditions de mise en liberté sous caution continuent d’être imposées malgré les principes exposés dans la *Charte*, dans le *Code* et par la Cour dans l’arrêt *Antic*. Je conclus que l’opposé est vrai : l’exigence voulant que les conditions de mise en liberté sous caution soient adaptées à la personne prévenue indique qu’il faut une *mens rea* subjective de manière à ce que les caractéristiques individuelles de celle-ci soient prises en considération tant lors de l’établissement des conditions de mise en liberté sous caution qu’en cas de manquement à celles-ci.

[74] L’intimée et l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique (« PGCB ») soutiennent que la *mens rea* requise au par. 145(3) peut être établie par la preuve d’une norme de faute objective. L’intimée et l’intervenant font valoir que les conditions de mise en liberté sous caution, fixées au début du processus, sont soigneusement adaptées à la personne prévenue et ne devraient entraîner qu’une responsabilité criminelle minimale pour celle-ci. Le PGCB établit un lien entre les divers stades du système de mise en liberté sous caution,

of the process” (I.F. (AGBC), at para. 3). In other words, concerns about the treatment of marginalized individuals are factored into the conditions themselves, which obviates the need for a subjective fault standard if those conditions are breached.

[75] I do not accept this line of reasoning. This proposition is premised on a false dichotomy which assumes that a focus on the individual accused may occur only at one stage or the other. Conceptually, there is no reason why the rights and interests of the accused should be bargained away in an either/or formulation. Nothing prevents an individualized focus both at the time when the conditions are imposed and at the time of breach. The ethos of *Antic* favours a consistent and complementary approach under which the relevant rights in the *Charter* and the salient protections in the *Code* animate all aspects of the bail system: from imposition to breach. Requiring a subjective *mens rea* reinforces, mirrors, and respects the individualized approach mandated for the impositions of any bail conditions.

[76] I would also reject the position put forward by the AGBC because of the prevalence of bail conditions that fail to reflect the requirements for bail under the *Charter*, the *Code*, and this Court’s principles in *Antic*. In practice, the number of unnecessary and unreasonable bail conditions, and the rising number of breach charges, undercut the claim that there is sufficient individualization of bail conditions. Many interveners described how, despite the fact that the default form of release should be an undertaking without conditions under s. 515(1), studies across the country have shown that the majority of bail orders include numerous conditions of release, which often do not clearly address an

mais soutient qu’on [TRADUCTION] « répond efficacement, au stade initial du processus, à la préoccupation légitime concernant les personnes marginalisées pour lesquelles le manquement aux conditions de mise en liberté sous caution pose un risque atténué » (m. interv. (PGCB), par. 3). Autrement dit, les préoccupations concernant le traitement des personnes marginalisées sont prises en compte dans les conditions mêmes qui sont imposées, ce qui écarte la nécessité d’une norme de faute subjective s’il y a manquement à ces conditions.

[75] Je ne souscris pas à ce raisonnement. Cet argument repose sur une fausse dichotomie qui suppose qu’une analyse de la situation de la personne prévenue ne peut avoir lieu qu’à un seul stade du processus. Sur le plan conceptuel, il n’y a aucune raison pour laquelle les droits et intérêts de la personne prévenue devraient être abandonnés à l’une ou l’autre des étapes. Rien n’empêche une appréciation individualisée tant au moment où les conditions sont imposées qu’au moment du manquement. Les valeurs prônées dans l’arrêt *Antic* militent en faveur d’une approche cohérente et complémentaire selon laquelle les droits applicables garantis par la *Charte* et les principales protections conférées par le *Code* sous-tendent tous les aspects du système de mise en liberté sous caution : de l’imposition des conditions au manquement à celles-ci. Exiger une *mens rea* subjective renforce, reflète et respecte l’approche individualisée que commande l’imposition de toute condition de mise en liberté sous caution.

[76] Je rejetterais aussi la thèse avancée par le PGCB en raison de la prépondérance des conditions de mise en liberté sous caution qui ne reflètent pas les exigences de la mise en liberté sous caution prévues par la *Charte*, le *Code* et les principes qu’a énoncés la Cour dans l’arrêt *Antic*. En pratique, le nombre de conditions de mise en liberté sous caution inutiles et déraisonnables, et la croissance du nombre d’accusations de manquement à une condition mettent à mal l’argument selon lequel les conditions de mise en liberté sous caution sont suffisamment individualisées. Bon nombre de parties intervenantes ont expliqué qu’il ressort d’études effectuées partout au pays que, malgré le fait que la forme de mise en liberté par



individual accused's risks in relation to failing to attend their court date, public safety, or confidence in the administration of justice (see Sylvestre, Blomley and Bellot, at pp. 67-68; N. M. Myers, "Eroding the Presumption of Innocence: Pre-Trial Detention and the Use of Conditional Release on Bail" (2017), 57 *Brit. J. Criminol.* 664, at p. 677; Webster Report, at p. 7; John Howard Society of Ontario, *Reasonable Bail?* (September 2013) (online), at p. 11; CCLA Report, at pp. 48-49; Department of Justice, Research and Statistics Division, *Research in Brief: Assessments and Analyses of Canada's Bail System* (2018)). Research into bail conditions in Vancouver and Montreal suggests that the likelihood of an accused person being charged with breaching their bail conditions increases when they are subject to a greater number of conditions and a longer court order (Sylvestre, Blomley and Bellot, at pp. 67-68).

[77] Several factors contribute to the imposition of numerous and onerous bail conditions. Courts and commentators have consistently described a culture of risk aversion that contributes to courts applying excessive conditions (*Tunney*, at para. 29; see also pp. 223-24 (Comment by T. Quigley); *Schab*, at para. 15; Friedland (2017); B. L. Berger and J. Stribopoulos, "Risk and the Role of the Judge: Lessons from Bail", in B. L. Berger, E. Cunliffe and J. Stribopolous, eds., *To Ensure that Justice is Done: Essays in Memory of Marc Rosenberg* (2017), at pp. 308 and 323-24). In *Tunney*, Di Luca J. emphasized that this culture continues despite the directions of *Antic*. He rightly noted, in my view, that "the culture of risk aversion must be tempered by the constitutional principles that animate the right to reasonable bail" (para. 29).

défaut devrait être une promesse sans condition en vertu du par. 515(1), la majorité des ordonnances de mise en liberté sous caution prévoient de nombreuses conditions, qui souvent ne tiennent manifestement pas compte des risques que pose la personne prévenue quant à son éventuelle omission d'être présente au tribunal, quant à la sécurité du public ou à la confiance envers l'administration de la justice (voir Sylvestre, Blomley et Bellot, p. 67-68; N. M. Myers, « Eroding the Presumption of Innocence : Pre-Trial Detention and the Use of Conditional Release on Bail » (2017), 57 *Brit. J. Criminol.* 664, p. 677; rapport Webster, p. 7; Société John Howard de l'Ontario, *Reasonable Bail?* (septembre 2013) (en ligne), p. 11; rapport de l'ACLC, p. 48-49; Ministère de la Justice, Division de la recherche et de la statistique, *Recherche en bref : Évaluations et analyses du système de mise en liberté sous caution du Canada* (2018)). Selon des recherches effectuées sur les conditions de mise en liberté sous caution à Vancouver et à Montréal, la probabilité qu'une personne prévenue soit accusée d'avoir manqué à ses conditions augmente lorsqu'elle est assujettie à un grand nombre de conditions et à une longue ordonnance judiciaire (Sylvestre, Blomley et Bellot, p. 67-68).

[77] Plusieurs facteurs contribuent à l'imposition de conditions de mise en liberté nombreuses et sévères. Les tribunaux et les commentaires ont invariablement fait état d'une culture d'aversion du risque qui contribue à ce que les tribunaux imposent des conditions excessives (*Tunney*, par. 29; voir aussi p. 223-224 (commentaire de T. Quigley); *Schab*, par. 15; Friedland (2017); B. L. Berger et J. Stribopoulos, « Risk and the Role of the Judge : Lessons from Bail », dans B. L. Berger, E. Cunliffe et J. Stribopolous, dir., *To Ensure that Justice is Done : Essays in Memory of Marc Rosenberg* (2017), p. 308 et 323-324). Dans la décision *Tunney*, le juge Di Luca a souligné que cette culture se poursuit malgré les directives données dans l'arrêt *Antic*. Il a déclaré, avec raison selon moi, que [TRADUCTION] « la culture de l'aversion du risque doit être tempérée par les principes constitutionnels qui sous-tendent le droit à une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable » (par. 29).

[78] The expeditious nature of bail hearings also generates a culture of consent, which aggravates the lack of restraint in imposing excessive bail conditions. This is the practical reality of bail courts, which must work efficiently to minimize the time accused persons spend unnecessarily in pre-trial detention. As this Court has previously recognized, the timing and speed of bail hearings impacts accused persons by making it difficult to find counsel, resulting in many accused who are self-represented or reliant on duty counsel who are often given little time to prepare (*St-Cloud*, at para. 109). This process encourages accused persons to agree to onerous terms of release rather than run the risk of detention both before and after a contested bail hearing (see CCLA Report, at pp. 46-47; Pivot Report, at p. 79; Myers, at pp. 667 and 676-77; Sylvestre, Blomley and Bellot, at p. 118; Berger and Stribopolous, at p. 319; *R. v. Birtchnell*, 2019 ONCJ 198, [2019] O.J. No. 1757 (QL), at para. 29). Where joint submissions are made, some observers have gone so far as to suggest that the Crown is rarely asked to justify the proposed conditions of release, which is “arguably a key contributing factor to the higher number of conditions imposed in consent release cases than would be expected based on the law” (C. Yule and R. Schumann, “Negotiating Release? Analysing Decision Making in Bail Court” (2019), 61 *Can. J. Crimin. & Crim. Just.* 45, at pp. 57-60).

[79] A third reality of bail is that onerous conditions disproportionately impact vulnerable and marginalized populations (CCLA Report, at pp. 72-79). Those living in poverty or with addictions or mental illnesses often struggle to meet conditions by which they cannot reasonably abide (see, e.g., *Schab*, at paras. 24-25; *Omeasoo*, at paras. 33 and 37; *R. v. Coombs*, 2004 ABQB 621, 369 A.R. 215, at para. 8; M. B. Rankin, “Using Court Orders to

[78] Le caractère expéditif des enquêtes sur le cautionnement engendre aussi une culture de consentement, qui aggrave le manque de retenue dans l'imposition de conditions de mise en liberté excessives. Il s'agit de la réalité pratique des tribunaux chargés des mises en liberté sous caution, qui doivent travailler efficacement pour réduire au minimum le temps que les personnes prévenues passent inutilement en détention avant le procès. Comme l'a déjà reconnu la Cour, le moment où ont lieu les enquêtes sur le cautionnement et la rapidité à laquelle elles se déroulent ont des conséquences sur les personnes prévenues du fait que cela rend difficile pour elles de se trouver de la représentation juridique. Ainsi, beaucoup d'entre elles ne sont pas représentées ou se fient au service de représentation du tribunal, qui ne dispose souvent que de peu de temps pour se préparer (*St-Cloud*, par. 109). Ce processus incite les personnes prévenues à consentir à des conditions sévères de mise en liberté plutôt qu'à courir le risque d'être détenues avant et après une enquête sur le cautionnement contestée (voir le rapport de la CCLA, p. 46-47; rapport Pivot, p. 79; Myers, p. 667 et 676-677; Sylvestre, Blomley et Bellot, p. 118; Berger et Stribopolous, p. 319; *R. c. Birtchnell*, 2019 ONCJ 198, [2019] O.J. No. 1757 (QL), par. 29). Lorsque des propositions conjointes sont présentées, il a même été affirmé qu'on demande rarement à la Couronne de justifier les conditions de mise en liberté proposées, ce qui est [TRADUCTION] « peut-être un facteur clé qui contribue au grand nombre de conditions imposées dans les cas de libération sur consentement par rapport à ce à quoi on pourrait s'attendre selon la loi » (C. Yule et R. Schumann, « Negotiating Release? Analysing Decision Making in Bail Court » (2019), 61 *Rev. can. crim. just. pén.* 45, p. 57-60).

[79] Une troisième constatation en ce qui concerne la mise en liberté sous caution est que l'imposition de conditions sévères touche de façon disproportionnée les populations vulnérables et marginalisées (rapport de l'ACLIC, p. 72-79). Les personnes vivant dans la pauvreté ou aux prises avec des problèmes de toxicomanie ou des maladies mentales ont souvent de la difficulté à respecter les conditions auxquelles elles ne sont pas raisonnablement en mesure

Manage, Supervise and Control Mentally Disordered Offenders: A Rights-Based Approach” (2018), 65 *C.L.Q.* 280). Indigenous people, overrepresented in the criminal justice system, are also disproportionately affected by unnecessary and unreasonable bail conditions and resulting breach charges (see, e.g., *R. v. Murphy*, 2017 YKSC 34, at paras. 31-34 (CanLII); *Omeasoo*, at para. 44; CCLA Report, at pp. 75-79; J. Rogin, “Gladue and Bail: The Pre-Trial Sentencing of Aboriginal People in Canada” (2017), 95 *Can. Bar. Rev.* 325; *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165, at paras. 57-60; also s. 493.2, as of December 18, 2019). The oft-cited CCLA Report provides the following trenchant summary:

Canadian bail courts regularly impose abstinence requirements on those addicted to alcohol or drugs, residency conditions on the homeless, strict check-in requirements in difficult to access locations, no-contact conditions between family members, and rigid curfews that interfere with employment and daily life. Numerous and restrictive conditions, imposed for considerable periods of time, are setting people up to fail — and failing to comply with a bail condition is a criminal offence, even if the underlying behaviour is not otherwise a crime. [p. 1]

[80] The presence of too many unnecessary conditions and the prevalence of breach charges resulting from the imposition of excessive and onerous conditions is part of the relevant legislative context in interpreting s. 145(3) (*Sullivan*, at pp. 648-49). It is the same context to which Parliament has recently responded by amending the bail scheme. Bail conditions cannot be assumed to be sufficiently individualized and the Court will not pretend that the bail scheme is functioning perfectly, when it clearly is not. There is no basis in theory or practice to accept that an individualized imposition of bail conditions

de se conformer (voir, p. ex., *Schab*, par. 24-25; *Omeasoo*, par. 33 et 37; *R. c. Coombs*, 2004 ABQB 621, 369 A.R. 215, par. 8; M. B. Rankin, « Using Court Orders to Manage, Supervise and Control Mentally Disordered Offenders : A Rights-Based Approach » (2018), 65 *C.L.Q.* 280). Les personnes autochtones, surreprésentées au sein du système de justice criminelle, sont aussi touchées de façon disproportionnée par l'imposition de conditions de mise en liberté sous caution inutiles et déraisonnables et des accusations pour manquement qui en découlent (voir, p. ex., *R. c. Murphy*, 2017 YKSC 34, par. 31-34 (CanLII); *Omeasoo*, par. 44; rapport de l'ACLC, p. 75-79; J. Rogin, « Gladue and Bail : The Pre-Trial Sentencing of Aboriginal People in Canada » (2017), 95 *R. du B. can.* 325; *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165, par. 57-60; voir aussi la version de l'art. 493.2 en vigueur en date du 18 décembre 2019). On retrouve dans le rapport souvent cité de l'ACLC le résumé percutant suivant :

[TRADUCTION] Les tribunaux canadiens chargés des mises en liberté sous caution imposent régulièrement l'abstinence à des personnes alcooliques ou toxicomanes, des conditions de résidence à des sans-abri, des exigences de contrôle strictes dans des lieux difficiles d'accès, des conditions interdisant les contacts entre des membres d'une même famille et des couvre-feux stricts qui perturbent l'emploi et la vie quotidienne. De nombreuses conditions restrictives, imposées pour de longues périodes de temps, font en sorte que les personnes échouent; or, l'omission de se conformer à une condition de mise en liberté sous caution est une infraction criminelle, même si le comportement qui sous-tend cette infraction ne constitue pas par ailleurs un acte criminel. [p. 1]

[80] La présence d'un trop grand nombre de conditions inutiles et le caractère généralisé des accusations de manquement découlant de l'imposition de conditions excessives et sévères font partie du contexte législatif pertinent pour l'interprétation du par. 145(3) (*Sullivan*, p. 648-649). Il s'agit du même contexte pour lequel le Parlement est récemment intervenu en modifiant le régime de mise en liberté sous caution. On ne peut présumer que les conditions de mise en liberté sous caution sont suffisamment individualisées et la Cour ne prétendra pas que le régime actuel fonctionne parfaitement, alors que ce

at the front end shows a clear intent to displace the presumed subjective fault standard. Indeed, the consistent and convincing studies presented to the Court illustrate the need to articulate, with greater precision and increased urgency, how Parliament's intent to punish those who intentionally breach their bail conditions under s. 145(3), while ensuring their right to reasonable bail on the least onerous terms necessary, requires those in the bail system to exercise restraint and carefully review conditions for compliance with the *Charter*, the *Code*, and *Antic*. It is to that task that I now turn.

V. Restraint and Review: Necessary and Reasonable Bail Conditions and Section 145(3)

[81] In *Antic*, this Court set out the proper approach to the *Code*'s bail provisions when it addressed the overuse of cash bail and sureties. As issues concerning bail are particularly evasive of review (see *Penunsi*, at para. 11), it has become necessary to build upon the *Antic* framework and provide guidance on non-monetary conditions of bail and the serious consequences which flow from their breach.

[82] We can learn a great deal about how to set bail conditions upon seeing how they become criminal offences under s. 145(3). Each condition added onto a release order not only limits the freedom of someone presumed to be innocent, it creates a new risk of criminal liability, particular to the accused, and may result in the loss of liberty, whether through bail revocation or imprisonment. The direct connection between the behaviour addressed in bail conditions and

n'est manifestement pas le cas. Il n'y a aucun fondement théorique ou pratique justifiant d'accepter qu'une imposition individualisée de conditions de mise en liberté sous caution dès le départ démontre une intention claire d'écarter la norme présumée de faute subjective. De fait, les études concordantes et convaincantes présentées à la Cour illustrent la nécessité d'exposer, avec davantage de précision et d'insistance, comment l'intention du Parlement de sanctionner les personnes qui manquent intentionnellement à leurs conditions de mise en liberté sous caution aux termes du par. 145(3), tout en garantissant leur droit à une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable et des conditions nécessaires les moins sévères possible, exige que les acteurs du système de mise en liberté sous caution agissent avec retenue et examinent attentivement les conditions pour s'assurer qu'elles sont conformes à la *Charte*, au *Code* et à l'arrêt *Antic*. C'est ce que je vais maintenant faire.

V. Retenue et révision : conditions de mise en liberté sous caution nécessaires et raisonnables et par. 145(3)

[81] Dans l'arrêt *Antic*, lorsqu'elle s'est penchée sur le recours excessif au cautionnement en espèces et aux cautions, la Cour a énoncé l'approche à adopter pour l'application des dispositions relatives à la mise en liberté sous caution du *Code*. Comme les questions concernant ce sujet sont particulièrement susceptibles d'échapper à l'examen judiciaire (voir *Penunsi*, par. 11), il est devenu nécessaire de reprendre le cadre énoncé dans l'arrêt *Antic* pour donner des indications sur l'imposition de conditions non pécuniaires de mise en liberté sous caution et les graves conséquences qui découlent du manquement à celles-ci.

[82] Nous pouvons en apprendre beaucoup sur la façon de fixer des conditions de mise en liberté sous caution lorsqu'on voit comment elles peuvent devenir des infractions criminelles aux termes du par. 145(3). Chaque condition ajoutée à une ordonnance de mise en liberté non seulement limite la liberté d'une personne présumée innocente, mais crée un nouveau risque de responsabilité criminelle, propre à la personne prévenue, et peut conduire à une

the conduct which is criminalized under s. 145(3) flows both ways. The individualized process of setting bail conditions moves forward into and informs the subjective fault standard for breach. Conversely, understanding how s. 145(3) gives rise to potential criminal liability reinforces that the principles of restraint and review must guide the initial decision to impose bail conditions in practice. Section 145(3) therefore provides an essential perspective through which we can consider the general bail principles; concerns over specific conditions; and how all those involved in the bail system have responsibilities in respect of restraint and review.

#### A. *General Principles Governing Bail Conditions*

[83] All those involved in setting bail terms must turn their minds to the general principles for setting bail, which restrain how bail conditions are set. As the default position in the *Code* is bail without conditions, the first issue is whether a need for any condition has been demonstrated. Restraint and the ladder principle require anyone proposing to add bail conditions to consider if any of the risks in s. 515(10) are at issue and understand which specific risks might arise if the accused is released without conditions: is this person a flight risk, will their release pose a risk to public protection and safety, or is their release likely to result in a public loss of confidence in the administration of justice?

perte de liberté, que ce soit en raison de la révocation de la mise en liberté sous caution ou d'un emprisonnement. Le lien direct entre le comportement visé dans les conditions de mise en liberté sous caution et la conduite qui est criminalisée au par. 145(3) peut s'établir dans les deux sens. Le processus individualisé d'établissement des conditions de mise en liberté sous caution donne lieu à la norme de faute subjective applicable au manquement et sert de base à celle-ci. À l'inverse, le fait de comprendre la façon dont le par. 145(3) pourrait entraîner une responsabilité criminelle renforce la règle selon laquelle les principes de retenue et de révision doivent dans les faits orienter la décision initiale d'imposer des conditions de mise en liberté sous caution. Le paragraphe 145(3) apporte donc une perspective essentielle par laquelle nous pouvons prendre en considération les principes généraux de mise en liberté sous caution; les préoccupations concernant des conditions précises; et la façon dont toutes les personnes jouant un rôle dans le système de mise en liberté sous caution ont des responsabilités en matière de retenue et de révision.

#### A. *Principes généraux régissant les conditions de mise en liberté sous caution*

[83] Toutes les personnes qui jouent un rôle dans l'établissement des conditions de mise en liberté sous caution doivent se reporter aux principes généraux en cette matière, qui restreignent la façon dont les conditions sont établies. Comme le *Code* prévoit par défaut la mise en liberté sans condition, la première question consiste à savoir s'il a été démontré que l'imposition de conditions est nécessaire. Selon les principes de retenue et de l'échelle, quiconque propose d'ajouter des conditions de mise en liberté sous caution doit chercher à savoir si l'un des risques mentionnés au par. 515(10) est en cause et comprendre quels risques précis se poseraient si la personne prévenue était libérée sans condition : cette personne présente-t-elle un risque de fuite, sa mise en liberté pose-t-elle un risque pour la protection ou la sécurité du public ou est-elle susceptible de miner la confiance du public envers l'administration de la justice?



[84] Only conditions which target those specific s. 515(10) risk(s) are necessary. If an accused is a flight risk, but poses no other risks, only those conditions that minimize their risk of absconding should be imposed. Similarly, if an accused poses a risk to public safety and protection, only the least onerous conditions to address that specific threat should be imposed (*R. v. S.K.*, 1998 CanLII 13344 (Sask. Prov. Ct.), at paras. 16-19). Further, such conditions will not be necessary for public protection and safety merely because an accused poses a risk of committing another offence while on bail, unless they pose a “substantial likelihood” of committing an offence that endangers public protection and safety (*Morales*, at pp. 736-37; s. 515(10)(b)). Any condition imposed to maintain confidence in the administration of justice must be based on a consideration of the combined effect of all the relevant circumstances from the perspective of a reasonable member of the public, especially the four factors set out in s. 515(10)(c): the apparent strength of the prosecution’s case, the gravity of the offence, the circumstances surrounding the commission of the offence, and whether the accused is liable for a potential lengthy term of imprisonment (*St-Cloud*, at paras. 55-71 and 79).

[85] The requirement of necessity also means that the particular condition must attenuate risks that would otherwise prevent the accused’s release without that condition. Conditions cannot be imposed for gratuitous or punitive purposes (*Antic*, at para. 67(j); *Birtchnell*, at paras. 27-28; *R. v. McDonald*, 2010 ABQB 770, at paras. 34-36 (CanLII)). A condition that may be suitable for a sentencing purpose, like rehabilitation, will not be appropriate unless it is directed towards the risks in s. 515(10) (*Omeasoo*, at para. 31). Conditions should not be behaviourally-based (*R. v. K. (R.)*, 2014 ONCJ 566, at paras. 14-19 (CanLII); *J.A.D.*, at paras. 9 and 11). A condition that merely seems “good to have”, but is not necessary for the accused’s release, is not appropriate (*Birtchnell*, at para. 40). Even if some condition is thought to be therapeutic, intended to help, or “couldn’t hurt”, the prospect of additional criminal

[84] Seules les conditions qui ciblent les risques précis mentionnés au par. 515(10) sont nécessaires. Si la personne prévenue pose un risque de fuite, mais aucun autre risque, seules les conditions qui réduisent ce risque au minimum devraient être imposées. De même, si la personne prévenue pose un risque pour la sécurité ou la protection du public, seules les conditions les moins sévères possible pour répondre à cette menace précise devraient être imposées (*R. c. S.K.*, 1998 CanLII 13344 (C. prov. Sask.), par. 16-19). De plus, de telles conditions ne seront pas nécessaires pour la protection ou la sécurité du public simplement du fait qu’il est possible que la personne prévenue commette une autre infraction pendant sa mise en liberté sous caution, à moins qu’il n’y ait une « probabilité marquée » qu’elle commette une infraction compromettant la protection ou la sécurité du public (*Morales*, p. 736-737; al. 515(10)b)). Toute condition imposée pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice doit être fondée sur l’examen, du point de vue d’un membre raisonnable du public, de l’effet combiné de toutes les circonstances pertinentes, et tout particulièrement des quatre facteurs énoncés à l’al. 515(10)c) : le fait que l’accusation paraît fondée, la gravité de l’infraction, les circonstances entourant sa perpétration et la question de savoir si la personne prévenue encourt une longue peine d’emprisonnement (*St-Cloud*, par. 55-71 et 79).

[85] L’exigence de nécessité signifie aussi que la condition particulière doit atténuer les risques qui empêcheraient autrement la libération de la personne prévenue sans cette condition. Les conditions ne peuvent être imposées de façon injustifiée ou dans un but punitif (*Antic*, par. 67j); *Birtchnell*, par. 27-28; *R. c. McDonald*, 2010 ABQB 770, par. 34-36 (CanLII)). Une condition qui peut convenir en vue d’un objectif de détermination de la peine, comme la réadaptation, ne sera pas appropriée à moins qu’elle ne vise à répondre aux risques prévus au par. 515(10) (*Omeasoo*, par. 31). Les conditions ne devraient pas être fondées sur un comportement (*R. c. K. (R.)*, 2014 ONCJ 566, par. 14-19 (CanLII); *J.A.D.*, par. 9 et 11). Une condition qui semble simplement [TRADUCTION] « bonne à avoir », mais qui n’est pas nécessaire pour la mise en liberté de la personne prévenue, n’est pas appropriée (*Birtchnell*, par. 40). Même si une



liability under s. 145(3) means any such limits on otherwise lawful behavior may also attract criminal penalties. Restraint was emphasized by the Court in *Antic*, at para. 67(j):

Terms of release imposed under s. 515(4) may “only be imposed to the extent that they are necessary” to address concerns related to the statutory criteria for detention and to ensure that the accused can be released. They must not be imposed to change an accused person’s behaviour or to punish an accused person. [Footnote omitted.]

[86] Moreover, bail conditions must be sufficiently linked to the defined statutory risks. They should be as narrowly defined as possible to meet their objective of addressing the risks under s. 515(10) (*R. v. D.A.*, 2014 ONSC 2166, [2014] O.J. No. 2059 (QL), at paras. 14-17; *R. v. Pammatt*, 2014 ONSC 5597, at paras. 10-12 (CanLII); *R. v. Clarke*, [2000] O.J. No. 5738 (QL) (Sup. Ct.), at paras. 9 and 12; *K. (R.)*, at paras. 14-19; *J.A.D.*, at paras. 9 and 11). As with the setting of probation conditions, the level of connection between a non-enumerated condition and a risk under s. 515(10) should be comparable to the clear linkages between the enumerated conditions in s. 515(4) and the risks under s. 515(10) (*R. v. Shoker*, 2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399, at paras. 13-14). This Court in *Penunsi* recently emphasized this in relation to conditions on peace bonds:

Where the condition is not demonstrably connected to the alleged fear, it may merely set the defendant up for breach . . . Any condition should not be so onerous as effectively to constitute a detention order by setting the defendant up to fail. [Citations omitted; para. 80.]

[87] A bail condition must be reasonable. As with probation conditions, bail conditions cannot contravene federal or provincial legislation or the *Charter* (*Shoker*, at para. 14). The enumerated bail

condition donnée se veut thérapeutique, vise à aider ou « ne pourrait pas faire de mal », la possibilité qu’une responsabilité criminelle additionnelle soit engagée en vertu du par. 145(3) signifie que de telles limites à un comportement qui serait autrement légal pourraient aussi entraîner des sanctions pénales. La Cour insiste sur la retenue dans l’arrêt *Antic*, au par. 67j) :

Les conditions de mise en liberté visées au par. 515(4) ne peuvent [TRADUCTION] « être imposées que dans la mesure où elles sont nécessaires » pour dissiper les préoccupations liées aux critères légaux de détention et pour permettre la mise en liberté de [la personne accusée]. Elles ne doivent pas être imposées pour modifier le comportement de [la personne accusée] ou pour [la] punir. [Note en bas de page omise.]

[86] De plus, les conditions de mise en liberté sous caution doivent être suffisamment liées aux risques définis dans la loi. Elles devraient être définies aussi étroitement que possible pour réaliser leur objectif de répondre aux risques prévus au par. 515(10) (*R. c. D.A.*, 2014 ONSC 2166, [2014] O.J. No. 2059 (QL), par. 14-17; *R. c. Pammatt*, 2014 ONSC 5597, par. 10-12 (CanLII); *R. c. Clarke*, [2000] O.J. No. 5738 (QL) (C.S.), par. 9 et 12; *K. (R.)*, par. 14-19; *J.A.D.*, par. 9 et 11). Comme pour l’établissement des conditions de probation, le lien entre une condition non énumérée et un risque prévu au par. 515(10) devrait être comparable aux liens évidents entre les conditions énumérées au par. 515(4) et les risques prévus au par. 515(10) (*R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399, par. 13-14). Récemment, dans l’arrêt *Penunsi*, la Cour l’a souligné en ce qui a trait aux conditions relatives aux engagements de ne pas troubler l’ordre public :

Lorsqu’elle n’est pas manifestement rattachée à la crainte alléguée, la condition risque davantage d’amener [la partie défenderesse] à ne pas la respecter [. . .] Aucune condition ne devrait être sévère au point de constituer dans les faits une ordonnance de détention en vouant [la partie défenderesse] à l’échec. [Références omises; par. 80.]

[87] Les conditions de mise en liberté sous caution doivent être raisonnables. Comme pour les conditions de probation, les conditions de mise en liberté sous caution ne peuvent contrevenir à une

conditions in s. 515(4) to (4.2) help inform the extent of discretion a judicial official has in imposing other reasonable non-enumerated bail conditions (*Shoker*, at para. 14). Conditions must be clear, minimally intrusive, and proportionate to any risk. Conditions will also only be reasonable if they realistically can and will be met by the accused, as “[r]equiring the accused to perform the impossible is simply another means of denying judicial interim release” by setting them up to fail, as well as adding the risk that the accused will be criminally charged for failing to comply (*Omeasoo*, at paras. 33 and 37-38; see also *Penunsi*, at para. 80). As noted by Rosborough J. in *Omeasoo*, removing an unreasonable condition will not cause any more risk to the community than imposing a condition that is impossible for the accused to respect (para. 39). Reasonable conditions also must not limit the *Charter* rights of an accused, such as their freedom of expression or association, unless that condition is reasonably connected and necessary to address the accused’s risk of absconding, harming public safety, or causing loss of confidence in the administration of justice (*R. v. Manseau*, [1997] AZ-51286266 (Que. Sup. Ct.); *Clarke*).

[88] Bail conditions are to be tailored to the individual risks posed by the accused. There should not be a list of conditions inserted by rote. The only bail condition that should be routinely added is the condition to attend court (*Birtchnell*, at para. 6), as well as those conditions that must be considered for certain offences under s. 515(4.1) to (4.3). There is no problem with referring to checklists to canvass available conditions. The problem arises if conditions are simply added, not because they are strictly necessary, but merely out of habit, because the accused agreed to it, or because some behavior modification is viewed

loi fédérale ou provinciale ou encore à la *Charte* (*Shoker*, par. 14). Les conditions de mise en liberté sous caution énumérées aux par. 515(4) à (4.2) aident à déterminer l’étendue du pouvoir discrétionnaire dont dispose l’entité judiciaire pour imposer d’autres conditions raisonnables non énumérées de mise en liberté sous caution (*Shoker*, par. 14). Les conditions doivent être claires, peu intrusives et proportionnées à tout risque posé. Aussi, elles ne seront raisonnables que si, de façon réaliste, elles peuvent être et seront respectées par la personne prévenue, car [TRADUCTION] « [e]xiger que la personne prévenue soit tenue à l’impossible ne constitue qu’un autre moyen de la priver d’une mise en liberté provisoire par voie judiciaire » en faisant en sorte qu’elle échoue, en plus de lui faire courir le risque d’engager sa responsabilité criminelle si elle omet de se conformer à une condition (*Omeasoo*, par. 33 et 37-38; voir aussi *Penunsi*, par. 80). Comme l’a noté le juge Rosborough dans la décision *Omeasoo*, le retrait d’une condition déraisonnable n’exposera pas la collectivité à plus de risques que l’imposition d’une condition impossible à respecter pour la personne prévenue (par. 39). Les conditions raisonnables ne doivent pas non plus restreindre les droits garantis par la *Charte* à la personne prévenue, comme la liberté d’expression ou d’association, à moins que la condition soit raisonnablement liée aux risques que pose la personne prévenue, soit le risque de fuite, le risque d’atteinte à la sécurité du public ou le risque que le public perde confiance envers l’administration de la justice, ou qu’elle soit nécessaire pour répondre à de tels risques (*R. c. Manseau*, [1997] AZ-51286266 (C.S. Qc); *Clarke*).

[88] Les conditions de mise en liberté sous caution doivent être adaptées aux risques individuels que pose la personne prévenue. On ne devrait pas imposer machinalement une liste de conditions. La seule condition de mise en liberté sous caution qui devrait être systématiquement imposée est celle qui exige la présence au tribunal de la personne prévenue (*Birtchnell*, par. 6), ainsi que celles qui doivent être envisagées pour certaines infractions aux termes des par. 515(4.1) à (4.3). Le recours à des listes de vérification pour passer en revue les conditions possibles ne pose aucun problème. Il n’y a problème que si

as desirable. Bail conditions may be easy to list, but hard to live.

[89] In summary, to ensure the principles of restraint and review are firmly grounded in how people think about appropriate bail conditions, these questions may help structure the analysis:

- If released without conditions, would the accused pose any specific statutory risks that justify imposing any bail conditions? If the accused is released without conditions, are they at risk of failing to attend their court date, harming public safety and protection, or reducing confidence in the administration of justice?
- Is this condition necessary? If this condition was not imposed, would that create a risk of the accused absconding, harm to public protection and safety, or loss of confidence in the administration of justice which would prevent the court from releasing the accused on an undertaking without conditions?
- Is this condition reasonable? Is the condition clear and proportional to the risk posed by the accused? Can the accused be expected to meet this condition safely and reasonably? Based on what is known of the accused, is it likely that their living situation, addiction, disability, or illness will make them unable to fulfill this condition?
- Is this condition sufficiently linked to the grounds of detention under s. 515(10)(c)? Is it narrowly focussed on addressing that specific risk posed by the accused's release?

des conditions sont simplement ajoutées, non parce qu'elles sont strictement nécessaires, mais simplement par habitude, parce que la personne prévenue y a consenti ou parce qu'un changement de comportement serait considéré comme souhaitable. Les conditions de mise en liberté sous caution peuvent être faciles à imposer, mais difficiles à vivre.

[89] En résumé, les questions suivantes peuvent aider à structurer l'analyse afin que les principes de retenue et de révision fassent réellement partie intégrante de l'élaboration de conditions de mise en liberté sous caution appropriées :

- Si elle était libérée sans condition, la personne prévenue poserait-elle un risque précis prévu par la loi qui justifie l'imposition de conditions de mise en liberté sous caution? Si la personne prévenue est libérée sans condition, existe-t-il un risque qu'elle ne se présente pas au tribunal au moment exigé, qu'il y ait atteinte à la sécurité ou à la protection du public ou que soit minée la confiance du public envers l'administration de la justice?
- La condition est-elle nécessaire? Si la condition n'était pas imposée, y aurait-il un risque de fuite de la part de la personne prévenue, un risque d'atteinte à la protection ou à la sécurité du public ou un risque que le public perde confiance envers l'administration de la justice, qui empêcherait le tribunal de libérer la personne prévenue sur remise d'une promesse sans condition?
- La condition est-elle raisonnable? La condition est-elle claire et proportionnelle au risque que pose la personne prévenue? Peut-on s'attendre à ce que la personne prévenue respecte la condition de façon sécuritaire et raisonnable? Sur le fondement de ce que l'on sait de la personne prévenue, est-il probable que ses conditions de vie, sa dépendance, son handicap ou sa maladie fassent en sorte qu'elle serait incapable de se conformer à la condition?
- La condition est-elle suffisamment liée aux motifs de détention prévus à l'al. 515(10)c)? Se limite-t-elle à répondre au risque précis que pose la libération de la personne prévenue?

- What is the cumulative effect of all the conditions? Taken together, are they the fewest and least onerous conditions required in the circumstances?

These questions are inter-related and they do not have to be addressed in any particular order, nor do they have to be asked and answered about every condition in every case. The practicalities of a busy bail court do not make it realistic or desirable to require that the judicial official inquire into conditions which do not raise red flags. What is important is that all those involved in the setting of bail use these types of organizing questions to guide policy and to assess which bail conditions should be sought and imposed.

[90] When considering the appropriateness of bail conditions, the criminal offence created by s. 145(3) not only counsels restraint and review, but provides an additional frame of reference which incorporates considerations of proportionality into the assessment. Given the direct relationship between imposition and breach, the assessments of necessity and reasonableness discussed in *Antic* should also take into account that failures to comply with imposed conditions become separate crimes against the administration of justice. Accordingly, the question becomes: is it necessary and reasonable to impose this condition as a personal source of potential criminal liability knowing that a breach may result in a deprivation of liberty because of a charge or conviction under s. 145(3)? In short, when considering whether a proposed condition meets a demonstrated and specific risk, is it proportionate that a breach of this condition would be a criminal offence or become a reason to revoke the bail?

- Quel est l'effet cumulatif de toutes les conditions? Prises ensemble, constituent-elles les conditions les moins nombreuses et les moins sévères nécessaires dans les circonstances?

Ces questions sont interreliées et n'ont pas besoin d'être abordées dans un ordre particulier, ni d'être posées et de recevoir une réponse concernant chaque condition dans tous les cas. Compte tenu des considérations d'ordre pratique des tribunaux chargés des remises en liberté sous caution, qui sont très occupés, il n'est ni réaliste ni souhaitable d'exiger que les entités judiciaires se penchent sur les conditions qui ne soulèvent pas de préoccupations particulières. Ce qui importe est que quiconque participe à l'établissement des conditions de mise en liberté sous caution recoure à ce type de questions pour orienter les politiques et évaluer quelles conditions devraient être visées et imposées.

[90] Lorsque l'on examine le caractère approprié des conditions de mise en liberté sous caution, il faut garder à l'esprit que l'infraction criminelle créée au par. 145(3) non seulement recommande la retenue et la révision, mais fournit un cadre de référence additionnel qui intègre des considérations de proportionnalité dans l'évaluation. Étant donné la relation directe entre l'imposition de conditions et le manquement, les évaluations de la nécessité et du caractère raisonnable dont il est question dans l'arrêt *Antic* devraient aussi tenir compte du fait que les omissions de se conformer aux conditions imposées deviennent des crimes distincts contre l'administration de la justice. Par conséquent, la question est la suivante : est-il nécessaire et raisonnable d'imposer cette condition susceptible d'entraîner une responsabilité criminelle, alors que l'on sait que le manquement peut donner lieu à une privation de liberté en raison d'une accusation ou d'une déclaration de culpabilité au titre du par. 145(3)? En résumé, lors de l'examen de la question de savoir si une condition proposée répond à un risque établi et précis, il faut chercher à savoir s'il serait proportionné qu'un manquement à cette condition constitue une infraction criminelle ou devienne une raison de révoquer la mise en liberté sous caution.

### B. *Specific Conditions*

[91] I now address some specific non-enumerated conditions commonly included in release orders. Many of these types of conditions were in Mr. Zora's release order. As stated above, the criminalization of non-compliance with conditions under s. 145(3) means the principles of restraint and review call for increased scrutiny to determine if a particular type of condition is necessary, reasonable, least onerous, and sufficiently linked to a risk listed in s. 515(10). The discussion of specific conditions below demonstrates how these common types of conditions must be scrutinized.

[92] First, judicial officials should be wary of conditions that may be directed to symptoms of mental illness. This includes alcohol and drug abstinence conditions for an accused with an alcohol or drug addiction. If an accused cannot possibly abide by such a condition, then it will not be reasonable (*Penunsi*, at para. 80; *Omeasoo*, at para. 37-38). In addition, rehabilitating or treating an accused's addiction or other illness is not an appropriate purpose for a bail condition — a condition will only be appropriate if it is necessary to address the accused's specific risks. Subjecting individuals who are presumed innocent to abstinence conditions may effectively punish them for what are recognized health concerns, "if that individual is suffering from an alcohol addiction, an absolute abstinence may present substantial risk to the health and well-being of that person" and even "give rise to potentially lethal withdrawal effects" (*R. v. Denny*, 2015 NSPC 49, 364 N.S.R. (2d) 49, at paras. 14-15; see also John Howard Society of Ontario, at pp. 12-13). If an abstinence condition is necessary, the condition must be fine-tuned to target the actual risk to public safety, for example, by prohibiting the accused from drinking alcohol outside of their home if their alleged offences occurred when they were drunk outside of their house (*Omeasoo*, at para. 42). Those seeking and imposing bail conditions should also be aware that an accused's substance use disorder, or any other mental illness, may

### B. *Conditions précises*

[91] Je me penche maintenant sur certaines conditions précises non énumérées couramment incluses dans les ordonnances de mise en liberté. Bon nombre de ces types de conditions se retrouvaient dans l'ordonnance de mise en liberté de M. Zora. Comme je l'ai déjà indiqué, en raison de la criminalisation des manquements aux conditions aux termes du par. 145(3), les principes de retenue et de révision commandent un examen approfondi pour établir si un type particulier de condition est nécessaire, raisonnable, le moins sévère possible et suffisamment lié à un risque mentionné au par. 515(10). L'analyse de conditions précises qui suit montre de quelle façon ces types courants de conditions doivent être examinés.

[92] Premièrement, les entités judiciaires doivent être prudentes pour ce qui est des conditions pouvant viser des symptômes de maladie mentale, comme les conditions interdisant de consommer à des personnes prévenues ayant un problème d'alcoolisme ou de toxicomanie. Si la personne prévenue ne peut respecter une telle condition, alors celle-ci n'est pas raisonnable (*Penunsi*, par. 80; *Omeasoo*, par. 37-38). De plus, la réadaptation ou le traitement d'une dépendance ou d'une autre maladie ne constitue pas un objectif approprié pour une condition de mise en liberté sous caution — une condition ne sera appropriée que si elle est nécessaire pour répondre aux risques précis que pose la personne prévenue. Assujettir des personnes qui sont présumées innocentes à des conditions d'abstinence pourrait dans les faits les punir pour ce qui est reconnu comme étant un problème de santé : [TRADUCTION] « si l'individu souffre d'alcoolisme, l'abstinence absolue pourrait présenter un risque important pour sa santé et son bien-être » et même « avoir éventuellement des effets de sevrage létaux » (*R. c. Denny*, 2015 NSPC 49, 364 N.S.R. (2d) 49, par. 14-15; voir aussi la Société John Howard de l'Ontario, p. 12-13). S'il est nécessaire d'imposer une condition d'abstinence, celle-ci doit être rédigée avec soin pour viser le risque réel pour la sécurité publique, par exemple, en interdisant à la personne prévenue de consommer de l'alcool à l'extérieur de son domicile si les infractions reprochées

yet be undiagnosed. And, where necessary, liberal use should be made of the bail review and variation provisions under ss. 520, 521 and 523 to accommodate these circumstances. Bail is a dynamic, ongoing assessment, a joint enterprise among all parties involved to craft the most reasonable and least onerous set of conditions, even as circumstances evolve.

[93] Second, other behavioural conditions that are intended to rehabilitate or help an accused person will not be appropriate unless the conditions are necessary to address the risks posed by the accused. As described by Cheryl Webster in her report for the Department of Justice, “conditions such as ‘attend school’ or ‘attend counselling/treatment’ may serve broader social welfare objectives but are [usually] unrelated to the actual offence alleged to have been committed” (Webster Report, at p. 7). There may be exceptions, such as in *S.K.*, where the judge found that an “attend school” condition was sufficiently linked to the accused’s risks. However, even if a condition seems sufficiently linked to an accused’s risks, the question is also whether the condition is proportional: imposing such conditions means that the accused could be convicted of a criminal offence for skipping a day of school.

[94] Third, the condition to “keep the peace and be of good behaviour” is a required condition in probation orders, conditional sentence orders, and peace bonds, but is not a required condition for bail (*S.K.*, at para. 39). It should be rigorously reviewed when proposed as a condition of bail. This generic condition is

ont eu lieu alors qu’elle était ivre et qu’elle ne se trouvait pas chez elle (*Omeasoo*, par. 42). Quiconque sollicite ou impose des conditions de mise en liberté sous caution devrait aussi tenir compte du fait qu’il est possible que le problème de la personne prévenue lié à la consommation d’une substance, ou toute autre maladie mentale dont elle pourrait souffrir, n’ait pas encore été diagnostiqué. De plus, au besoin, on devrait recourir abondamment aux dispositions relatives à la révision et à la modification de la mise en liberté sous caution prévues aux art. 520, 521 et 523 pour tenir compte de telles circonstances. La mise en liberté sous caution est un processus dynamique d’évaluation continue, une collaboration entre toutes les parties qui jouent un rôle dans l’élaboration des conditions les plus raisonnables et les moins sévères possible, même au fil de l’évolution de la situation.

[93] Deuxièmement, d’autres conditions liées au comportement qui visent à réadapter ou aider la personne prévenue ne seront pas appropriées à moins qu’elles soient nécessaires pour répondre aux risques que pose cette dernière. Comme l’a expliqué Cheryl Webster dans son rapport pour le ministère de la Justice, « des conditions comme l’obligation de “fréquenter l’école” ou “de suivre une thérapie ou un traitement” peuvent s’inscrire dans l’atteinte d’objectifs sociaux plus vastes, mais elles n’ont [généralement] aucun lien avec l’infraction alléguée » (rapport Webster, p. 11). Il peut y avoir des exceptions, comme dans la décision *S.K.*, où la juge a conclu que la condition de [TRADUCTION] « fréquenter l’école » était suffisamment liée aux risques que posait la personne prévenue. Toutefois, même si une condition semble suffisamment liée aux risques que pose la personne prévenue, la question est aussi de savoir si la condition est proportionnelle : l’imposition de telles conditions a pour conséquence que la personne prévenue pourrait être déclarée coupable d’une infraction criminelle pour avoir manqué une journée d’école.

[94] Troisièmement, la condition de [TRADUCTION] « ne pas troubler l’ordre public et avoir une bonne conduite » est obligatoire pour les ordonnances de probation, les ordonnances de sursis et les engagements à ne pas troubler l’ordre public, mais pas pour une mise en liberté sous caution (*S.K.*,



usually understood as prohibiting the accused from breaching the peace or violating any federal, provincial, or municipal statute (*R. v. Grey* (1993), 19 C.R. (4th) 363 (Ont. C.J.); *R. v. D.R.* (1999), 178 Nfld. & P.E.I.R. 200 (Nfld. C.A.); *R. v. Gosai*, [2002] O.J. No. 359 (QL) (Sup. Ct.), at paras. 18-28). Because a breach of a bail condition is a criminal offence, this condition “adds a new layer of sanction, not just to criminal behavior, but to everything from violation of speed limit regulations on federal lands, such as airports, to violation of dog leashing by-laws of a municipality” and “is not in harmony with the presumption of innocence” that usually applies when an accused is on bail (*R. v. Doncaster*, 2013 NSSC 328, 335 N.S.R. (2d) 331, at paras. 16-17; see also *R. v. A.D.B.*, 2009 SKPC 120, 345 Sask. R. 134, at paras. 17 and 20; Trotter at pp. 6-41 to 6-44). Given the breadth of the condition, it is difficult to see how imposing an additional prohibition on the accused for violating any substantive law, whether a traffic ticket or failure to licence a dog, could be reasonable, necessary, least onerous, and sufficiently linked to an accused’s flight risk, risk to public safety and protection, or risk to maintaining confidence in the administration of justice (see *S.K.*, at para. 39).

[95] Fourth, broad conditions requiring an accused to follow or be amenable to the rules of the house or follow the lawful instructions of staff at a residence may be problematic, especially for accused youth. In *J.A.D.*, the Court of Queen’s Bench for Saskatchewan found that such a condition was void for vagueness and an improper delegation of the judicial function (para. 11). These types of conditions prevent the accused from understanding what they must do to avoid violating their condition, as the rules of the house can change based on the whims of

par. 39). Il faudrait sérieusement l’examiner lorsqu’elle est proposée comme condition de mise en liberté sous caution. Cette condition générique est habituellement considérée comme une interdiction pour la personne prévenue de troubler la paix ou de violer toute loi fédérale ou provinciale ou tout règlement municipal (*R. c. Grey* (1993), 19 C.R. (4th) 363 (C.J. Ont.); *R. c. D.R.* (1999), 178 Nfld. & P.E.I.R. 200 (C.A. T.-N.); *R. c. Gosai*, [2002] O.J. No. 359 (QL) (C.S.), par. 18-28). Comme un manquement à une condition de mise en liberté sous caution constitue une infraction criminelle, cette condition [TRANSDUCTION] « ajoute un nouveau niveau de sanction, pas seulement à l’égard d’un comportement criminel, mais aussi de toute violation de règlement, pouvant aller du non-respect de la limite de vitesse sur les biens fonciers fédéraux, comme les aéroports, au non-respect d’un règlement municipal sur le port de la laisse pour les chiens » et « n’est pas compatible avec la présomption d’innocence » qui s’applique habituellement lorsque la personne prévenue est en liberté sous caution (*R. c. Doncaster*, 2013 NSSC 328, 335 N.S.R. (2d) 331, par. 16-17; voir aussi *R. c. A.D.B.*, 2009 SKPC 120, 345 Sask. R. 134, par. 17 et 20; Trotter, par. 6-41 à 6-44). Étant donné la large portée de la condition, il est difficile de voir en quoi l’imposition à la personne prévenue d’une interdiction additionnelle pour la violation de toute règle de droit substantiel, que ce soit une contravention routière ou l’omission d’enregistrer un chien, pourrait être raisonnable, nécessaire, le moins sévère possible et suffisamment liée au risque de fuite de la personne prévenue, au risque pour la sécurité ou la protection du public ou au risque que la confiance du public envers l’administration de la justice soit minée (voir *S.K.*, par. 39).

[95] Quatrièmement, les conditions larges qui exigent que la personne prévenue suive les règles de la maison ou y soit assujettie, ou qu’elle suive les instructions légitimes du personnel dans une résidence, peuvent poser problème, particulièrement pour les jeunes personnes prévenues. Dans *J.A.D.*, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a conclu qu’une telle condition était nulle pour cause d’imprécision et délégation irrégulière de la fonction judiciaire (par. 11). Ces types de conditions empêchent la personne prévenue de comprendre ce qu’elle doit faire

the person who sets them (*K. (R.)*, at paras. 19-22). Imposing a condition that delegates the creation of bail rules to a surety or anyone else bypasses the judicial official's obligation to uphold the principles of restraint and review and assess whether the rules of the house truly address any of the risks posed by the accused.

[96] Fifth, certain conditions may cause perverse consequences or unintended negative impacts on the safety of the accused or the public. These unintended effects underscore the need for careful and rigorous review of each bail condition. For example, a condition that prevents an accused person from using a cellphone may prevent them from calling for help in the event of an emergency or inhibit their ability to work or care for dependents (*Prychitko*, at paras. 19-25; Trotter, at pp. 6-44 to 6-45). Other conditions may hinder the administration of justice by punishing accused persons who are otherwise the victims of crime. In *Omeasoo*, police responded to a complaint of domestic assault where Ms. Omeasoo was the victim. However, she was arrested and charged for failure to comply because she had consumed alcohol contrary to her bail condition (para. 6). She was therefore charged for the offence of being intoxicated while being the victim of an assault. While one hopes that prosecutorial discretion would help prevent these types of unintended consequences, such conditions may become a disincentive to reporting serious crime and significantly increase the vulnerability of certain people.

[97] Further examples of conditions with perverse consequences include “red zone” conditions which prevent an accused from entering a certain geographical area and “no drug paraphernalia” conditions. These conditions may have especially significant impacts on marginalized accused persons. “Red zone” conditions can isolate people

pour éviter de manquer à la condition, étant donné que les règles de la maison peuvent changer au gré de la personne qui les fixe (*K. (R.)*, par. 19-22). Imposer une condition qui délègue la création de règles de mise en liberté sous caution à une caution (ou à quiconque) contourne l'obligation de l'entité judiciaire de respecter les principes de retenue et de révision et d'évaluer si les règles de la maison répondent véritablement aux risques que pose la personne prévenue.

[96] Cinquièmement, certaines conditions peuvent avoir des conséquences malencontreuses ou des incidences négatives non voulues sur la sécurité de la personne prévenue ou du public. Ces effets non voulus mettent en évidence la nécessité de réviser attentivement et rigoureusement chacune des conditions de mise en liberté sous caution. Par exemple, une condition qui empêche la personne prévenue d'utiliser un téléphone cellulaire peut l'empêcher d'appeler à l'aide en cas d'urgence ou faire obstacle à sa capacité de travailler ou de s'occuper de personnes à charge (*Prychitko*, par. 19-25; Trotter, p. 6-44 à 6-45). D'autres conditions peuvent entraver l'administration de la justice en punissant des personnes prévenues qui sont par ailleurs victimes d'actes criminels. Dans la décision *Omeasoo*, la police a répondu à une plainte de violence familiale, dont M<sup>me</sup> Omeasoo était la victime. Cependant, cette dernière a été arrêtée et inculpée d'omission de se conformer à une condition parce qu'elle avait consommé de l'alcool, ce qui était contraire à sa condition de mise en liberté sous caution (par. 6). Elle a donc été accusée de l'infraction d'être en état d'ébriété alors qu'elle était victime d'une agression. Certes, on espère que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite aide à empêcher ce type de conséquences non voulues, mais de telles conditions peuvent décourager la dénonciation de crimes graves et augmenter considérablement la vulnérabilité de certaines personnes.

[97] Mentionnons comme autres exemples de conditions ayant des conséquences malencontreuses les conditions relatives à une « zone rouge », qui empêchent la personne prévenue d'entrer dans une région géographique précise, et celles relatives à l'« interdiction de posséder des accessoires facilitant la consommation de drogues ». De telles conditions

from essential services and their support systems (Sylvestre, Blomley and Bellot). Paraphernalia prohibitions can encourage the sharing of needles if accused persons are not able to carry their own clean needles (Pivot Report, at pp. 89-95). In fact, a guideline for bail conditions for accused persons with substance use disorders released in 2019 by the Public Prosecution Service of Canada has acknowledged that these types of conditions “should generally not be imposed” (*Public Prosecution Service of Canada Deskbook*, Part. III, c. 19, “Bail Conditions to Address Opioid Overdoses” (updated April 1, 2019) (online)). Overall, the impacts of these conditions emphasize that any proposed bail condition needs to be carefully considered and limited to addressing flight risk, public safety, or confidence in the administration of justice, otherwise the condition may have negative unintended consequences on the accused and the public.

[98] Finally, I note that some bail conditions may impact additional *Charter* rights of the accused, beyond their right to be presumed innocent, liberty rights (s. 7), and right to reasonable bail (s. 11(e)). Principles of restraint and review require that judicial officials rigorously examine these conditions and determine whether they do infringe the *Charter*. For example, some accused are subject to bail conditions that require them to submit to searches of their person, vehicle, phone, or residence on demand without a warrant (see, e.g., *R. v. Delacruz*, 2015 MBQB 32; *R. v. Tithi*, 2019 SKQB 299, [2019] S.J. No. 299 (QL), at para. 14; *R. v. Sados*, 2015 SKCA 74, 327 C.C.C. (3d) 107). As noted by this Court in *Shoker*, in the context of probation conditions, a judge does not have jurisdiction to impose a condition that subjects an accused to a lower standard for a search than would otherwise be required, unless

peuvent avoir des incidences particulièrement importantes sur les personnes prévenues marginalisées. Les conditions relatives à une « zone rouge » peuvent empêcher les gens d’avoir accès à des services essentiels et à leur réseau de soutien (Sylvestre, Blomley et Bellot). Les interdictions de posséder des accessoires facilitant la consommation de drogues peuvent encourager le partage de seringues si les personnes prévenues ne peuvent pas avoir sur elles leurs propres seringues propres (rapport Pivot, p. 89-95). En outre, les lignes directrices sur les conditions de mise en liberté sous caution imposées aux personnes prévenues ayant des troubles liés à la consommation d’une substance, publiées en 2019 par le Service des poursuites pénales du Canada, reconnaissent que ces types de conditions « ne devraient pas, en règle générale, être imposées » (*Guide du Service des poursuites pénales du Canada*, Partie III, c. 19, « Conditions de libération provisoire visant les surdoses d’opioïdes » (mis à jour le 1<sup>er</sup> avril 2019) (en ligne)). De façon générale, les incidences de ces conditions font ressortir la nécessité que toute condition de mise en liberté proposée soit attentivement examinée et ne vise qu’à répondre au risque de fuite de la personne prévenue et à protéger la sécurité du public ou la confiance de celui-ci envers l’administration de la justice. Autrement, la condition pourrait avoir des conséquences négatives non voulues sur la personne prévenue et le public.

[98] Enfin, je note que certaines conditions de mise en liberté sous caution peuvent avoir une incidence sur d’autres droits que garantit la *Charte* à la personne prévenue outre son droit d’être présumée innocente, son droit à la liberté (art. 7) et son droit à une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable (al. 11e)). Les principes de retenue et de révision exigent que les entités judiciaires examinent rigoureusement ces conditions et établissent si elles contreviennent à la *Charte*. Par exemple, certaines personnes prévenues font l’objet de conditions de mise en liberté sous caution aux termes desquelles elles sont tenues de se soumettre, sur demande et sans qu’il y ait de mandat, à des fouilles sur leur personne ainsi qu’à des fouilles de leur véhicule, de leur téléphone ou de leur résidence (voir, p. ex., *R. c. Delacruz*, 2015 MBQB 32; *R. c. Tithi*, 2019 SKQB 299, [2019] S.J. No. 299 (QL), par. 14; *R. c.*

Parliament creates a *Charter*-compliant statutory scheme for the search or the accused consents to the search (paras. 22 and 25; see also *R. v. Goddard*, 2019 BCCA 164, 377 C.C.C. (3d) 44, at para. 53; *R. v. Nowazek*, 2018 YKCA 12, 366 C.C.C. (3d) 389, at para. 128). These types of conditions are effectively enforcement mechanisms that “facilitate the gathering of evidence”, “do not simply monitor the [accused’s] behaviour”, and are not linked to an accused’s risk under s. 515(10) (*Shoker*, at para. 22). As such conditions are not supported by the enumerated conditions for bail in s. 515, nor is there a scheme set by Parliament for the searches, they are constitutionally suspect.

[99] Other conditions can also affect an accused’s freedom of expression or freedom of association (see, e.g., *R. v. Singh*, 2011 ONSC 717, [2011] O.J. No. 6389 (QL), at paras. 41-47; *Manseau*, at p. 10; *Clarke*). Such conditions that restrict additional *Charter* rights must be rigorously assessed to determine whether such a restriction is justified and proportional to the risk posed by the accused. It must always be remembered that by making such a condition on bail, the judicial official is criminalizing the accused’s exercise of their *Charter* rights at a time when they are presumed innocent prior to trial.

### C. Responsibilities

[100] All persons involved in the bail system are required to act with restraint and to carefully review what bail conditions they either propose or impose. Restraint is required by law, is at the core

*Sabados*, 2015 SKCA 74, 327 C.C.C. (3d) 107). Comme l’a mentionné la Cour dans l’arrêt *Shoker*, dans le contexte des conditions de probation, les juges n’ont pas compétence pour imposer une condition qui assujettit la personne accusée à une norme inférieure en matière de fouilles et de perquisitions à celle qui serait autrement requise, à moins que le Parlement ne crée un régime législatif conforme à la *Charte* pour les fouilles et les perquisitions ou que la personne accusée ne consente à la fouille ou à la perquisition (par. 22 et 25; voir aussi *R. c. Goddard*, 2019 BCCA 164, 37 C.C.C. (3d) 44, par. 53; *R. c. Nowazek*, 2018 YKCA 12, 366 C.C.C. (3d) 389, par. 128). Ces types de conditions constituent en fait des mécanismes d’application de la loi qui « facilit[ent] l’obtention d’éléments de preuve », « ne permettent pas simplement de surveiller le comportement [de la personne prévenue] » et ne sont pas liés au risque que pose la personne prévenue aux termes du par. 515(10) (*Shoker*, par. 22). Comme de telles conditions ne relèvent pas des conditions de mise en liberté sous caution énumérées à l’art. 515 et qu’il n’existe pas non plus de régime établi par le Parlement pour les fouilles et perquisitions, elles sont suspectes sur le plan constitutionnel.

[99] D’autres conditions peuvent aussi avoir une incidence sur la liberté d’expression ou la liberté d’association de la personne prévenue (voir, p. ex., *R. c. Singh*, 2011 ONSC 717, [2011] O.J. No. 6389 (QL), par. 41-47; *Manseau*, p. 10; *Clarke*). Il convient d’évaluer rigoureusement de telles conditions restreignant d’autres droits garantis par la *Charte* pour établir si cette restriction est justifiée et proportionnelle au risque que pose la personne prévenue. Il ne faut jamais oublier qu’en assortissant la mise en liberté sous caution d’une telle condition, l’entité judiciaire criminalise l’exercice par la personne prévenue des droits que lui garantit la *Charte* à un moment où cette dernière est présumée innocente avant la tenue du procès.

### C. Responsabilités

[100] Toutes les personnes jouant un rôle dans le système de mise en liberté sous caution sont tenues d’agir avec retenue et d’examiner attentivement les conditions de mise en liberté sous caution qu’elles

of the ladder principle, and is reinforced by the requirement that any bail condition must be necessary, reasonable, least onerous in the circumstances, and sufficiently linked to the specific statutory risk factors under s. 515(10) of risk of failing to attend a court date, risk to public protection and safety, or risk of loss of confidence in the administration of justice (Trotter, at p. 1-59; *Antic*, at para. 67(j); see also s. 493.1 of the *Code* as of December 18, 2019). The setting of bail is an individualized process and there is no place for standard, routine, or boilerplate conditions, whether the bail is contested or is the product of consent. The principle of review means everyone involved in the crafting of conditions of bail should stop to consider whether the relevant condition meets all constitutional, legislative, and jurisprudential requirements.

[101] All participants in the bail system also have a duty to uphold the presumption of innocence and the right to reasonable bail (see Berger and Stribopolous, at pp. 323-24). This is because the “automatic imposition of bail conditions that cannot be connected rationally to a bail-related need is not in harmony with the presumption of innocence” (*R. v. A.D.M.*, 2017 NSPC 77, at para. 29 (CanLII), citing *Antic*). The Crown, defence, and the court all have obligations to respect the principles of restraint and review. Other than in reverse onus situations, the Crown should understand, and if asked, be able to explain why proposed bail conditions are necessary, reasonable, least onerous, and sufficiently linked to the risks in s. 515(10). This prosecutorial responsibility of restraint when considering bail conditions is reflected in both Crown counsel policy documents put before us by interveners (Ontario, Ministry of the Attorney General, *Ontario Prosecution Directive*, “Judicial Interim Release (Bail)” (November 2017) (online); and British Columbia, Prosecution Service, *Crown Counsel Policy Manual*, “Bail — Adult” (April 2019)

proposent ou imposent. La retenue est requise par la loi, elle constitue la pierre angulaire du principe de l'échelle et est étayée par l'exigence que toute condition de mise en liberté sous caution soit nécessaire, raisonnable, la moins sévère possible dans les circonstances et suffisamment liée aux facteurs de risque précis que prévoit le par. 515(10), soit le risque que la personne prévenue ne se présente pas au tribunal au moment exigé, le risque pour la protection ou la sécurité du public ou le risque de perte de confiance du public envers l'administration de la justice (Trotter, p. 1-59; *Antic*, par. 67j); voir aussi l'art. 493.1 du *Code* dans sa version en vigueur le 18 décembre 2019). L'établissement des conditions de mise en liberté sous caution est un processus individualisé dans le cadre duquel des conditions normalisées, systématiques ou types n'ont pas leur place, peu importe que la mise en liberté sous caution soit contestée ou qu'elle résulte d'un consentement. Le principe de la révision signifie que quiconque joue un rôle dans l'élaboration des conditions de la mise en liberté sous caution devrait prendre le temps de se demander si la condition pertinente satisfait à toutes les exigences constitutionnelles, législatives et jurisprudentielles.

[101] Quiconque participe au système de mise en liberté sous caution a aussi le devoir de respecter la présomption d'innocence et le droit à une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable (voir Berger et Stribopolous, p. 323-324). En effet, [TRADUCTION] « l'imposition automatique de conditions de mise en liberté sous caution qui ne peuvent se rattacher rationnellement à un besoin lié à la mise en liberté sous caution n'est pas compatible avec la présomption d'innocence » (*R. c. A.D.M.*, 2017 NSPC 77, par. 29 (CanLII), citant l'arrêt *Antic*). La Couronne, la défense et les tribunaux ont l'obligation de respecter les principes de la retenue et de la révision. Sauf dans des situations où le fardeau de la preuve est inversé, la Couronne devrait comprendre, et si on le lui demande, être en mesure d'expliquer, pourquoi les conditions proposées de mise en liberté sous caution sont nécessaires, raisonnables, les moins sévères possible et suffisamment liées aux risques prévus au par. 515(10). Cette responsabilité de retenue qui incombe à la poursuite lorsqu'elle envisage des conditions de mise en liberté sous caution



(online)). Defence counsel also should be alive to bail conditions that are not minimal, necessary, reasonable, least onerous, and sufficiently linked to an accused's risk for both contested and consent release, especially when a client may simply be prepared to agree to excessive and overbroad conditions to gain release. That said, it is not uncommon for counsel to agree to a condition that may seem somewhat onerous but does not warrant turning the matter into a contested hearing, which could result in the accused having to stay in custody for a few more days. In such cases, counsel can also seek a review of the condition after a reasonable length of time and ask that it be altered.

[102] Ultimately, the obligation to ensure that accused persons are released on appropriate bail orders lies with the judicial official. As with the setting of cash deposits in *Antic*, if a judicial official does not understand how a condition is appropriate, “a justice or a judge setting bail is under a positive obligation” to make inquiries into whether the suspect bail condition is necessary, reasonable, least onerous, and sufficiently linked to the accused's risks (paras. 56 and 67(i)). Before transforming bail conditions into personal sources of potential criminal liability, judicial officials are asked to use their discretion with care and review the proposed conditions to make sure they are focussed, narrow, and tightly-framed to address the accused's risks.

se dégage des deux documents de politique des juristes de la Couronne que nous ont présentés les parties intervenantes (Ontario, ministère du Procureur général, *Directives de l'Ontario sur les poursuites*, « Mise en liberté provisoire par voie judiciaire (cautionnement) » (novembre 2017) (en ligne); et British Columbia Prosecution Service, *Crown Counsel Policy Manual*, « Bail — Adult » (avril 2019) (en ligne)). La défense devrait aussi être à l'affût des conditions de mise en liberté sous caution qui ne sont pas minimales, nécessaires, raisonnables, les moins sévères possible et suffisamment liées au risque que pose la personne prévenue, tant en cas de mise en liberté contestée que de mise en liberté avec consentement, particulièrement lorsque la personne cliente peut simplement être prête à consentir à des conditions excessives et trop générales pour obtenir une mise en liberté. Cela dit, il n'est pas inhabituel que la défense accepte une condition qui semble quelque peu sévère mais ne justifie pas la tenue d'une audience avec contestation, ce qui pourrait faire en sorte que la personne prévenue aurait à rester détenue quelques jours supplémentaires. Dans de tels cas, la défense peut aussi demander un examen de la condition après un laps de temps raisonnable et demander qu'elle soit modifiée.

[102] En dernier ressort, l'obligation de faire en sorte que les personnes prévenues soient libérées aux termes d'ordonnances de mise en liberté sous caution appropriées incombe aux entités judiciaires. Comme pour la fixation du montant des dépôts d'argent dans l'arrêt *Antic*, si une entité judiciaire ne comprend pas en quoi une condition est appropriée, « [l'entité judiciaire appelée] à fixer le cautionnement a l'obligation positive » de chercher à savoir si la condition suspecte de mise en liberté sous caution est nécessaire, raisonnable, le moins sévère possible et suffisamment liée aux risques que pose la personne prévenue (par. 56 et 67i)). Avant de transformer les conditions de mise en liberté sous caution en sources personnelles de responsabilité criminelle éventuelle, les entités judiciaires doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire avec sérieux et examiner les conditions proposées pour s'assurer qu'elles sont ciblées, bien circonscrites et formulées de façon précise en vue de répondre aux risques que pose la personne prévenue.



[103] Judicial officials have adequate tools to ensure that bail orders are generally appropriate while conserving judicial resources. They can and should question conditions that seem unusual or excessive. They should also be alert for any pattern that might suggest that conditions are being imposed routinely or unduly.

[104] These obligations carry over to consent releases, where special considerations apply. There are many compelling reasons a person in custody would “accept” suggested restrictions to secure release, even if such restrictions were overbroad. In addition to the universal human impulse towards freedom, individuals are concerned with the effects continued detention would have on their families, their income, their employment, their ability to keep their home, and their ability to access medication and necessary services, as described above. When presented with a promise of release on what may appear to be “take it or leave it conditions” many accused simply acquiesce to avoid continued detention and/or a contested bail hearing. This is why alcohol-addicted persons would agree to a bail term which prohibits them from drinking alcohol, knowing full well that they have previously been unable to overcome their addiction. These factors, and others, exert pressure and have contributed to a culture of consent in which accused persons, who often represent themselves at bail hearings, frequently agree to be bound by conditions which are unnecessary, unreasonable, and even potentially unconstitutional.

[105] The ladder principle and the rigorous assessment of bail conditions will be more strictly applicable when bail is contested, but joint proposals will still be premised on the criteria for bail conditions established by the guarantees in the *Charter*, the provisions of the *Code*, and this Court’s jurisprudence (*Antic*, at para. 44). Judicial officials “should

[103] Les entités judiciaires disposent d’outils adéquats pour faire en sorte que les ordonnances de mise en liberté sous caution soient généralement appropriées, mais aussi que les ressources judiciaires ne soient pas gaspillées. Elles peuvent et devraient remettre en question les conditions qui semblent inhabituelles ou excessives. Elles devraient aussi être à l’affût de tout signe laissant croire que des conditions sont imposées de façon routinière ou abusive.

[104] Ces obligations s’appliquent aussi aux mises en liberté avec consentement, qui appellent des considérations particulières. Il peut exister de nombreuses raisons impérieuses qui pousseraient une personne sous garde à « accepter » les restrictions proposées pour obtenir une libération, même si ces restrictions sont trop larges. En plus de l’aspiration universelle de l’être humain à la liberté, il y a le fait que les individus s’inquiètent des effets de la détention continue sur leur famille, leurs revenus, leur emploi et leur aptitude à conserver leur résidence et à avoir accès à des médicaments et aux services nécessaires, comme je l’ai déjà indiqué. Lorsqu’on leur présente une promesse de mise en liberté qui semble assortie « de conditions à prendre ou à laisser », bon nombre de personnes prévenues se contentent d’acquiescer pour éviter le maintien en détention ou une enquête sur le cautionnement avec contestation. C’est la raison pour laquelle des personnes alcooliques, qui savent pertinemment qu’elles ont déjà échoué à sortir de leur dépendance, consentiraient à une condition qui leur interdit de consommer de l’alcool. Ces facteurs, entre autres, exercent de la pression et ont contribué à une culture de consentement dans le cadre de laquelle des personnes prévenues, qui ne bénéficient pas de représentation juridique aux enquêtes sur le cautionnement, acceptent fréquemment d’être liées par des conditions qui ne sont ni nécessaires ni raisonnables, et qui pourraient même être inconstitutionnelles.

[105] On appliquera plus strictement les principes de l’échelle et de l’évaluation rigoureuse des conditions de mise en liberté sous caution en cas de contestation de celle-ci, mais les propositions conjointes doivent néanmoins reposer sur les critères applicables à ces conditions établis en fonction des droits garantis par la *Charte*, des dispositions

not routinely second-guess joint proposals” given that consent release remains an efficient method of release in busy bail courts (*Antic*, at para. 68). However, everyone should also be aware that judicial officials have the discretion to reject overbroad proposals, and judicial officials must keep top of mind the identified concerns with consent releases. In *R. v. Singh*, 2018 ONSC 5336, [2018] O.J. No. 4757 (QL), Hill J. noted that, even post-*Antic*, counsel sometimes do not appear aware of this judicial discretion:

Too often, as is evident from some transcripts of show cause hearings coming before this court, counsel conduct themselves as though a “consent” bail governs the release/detention result with all that is required of the court is a signature. At times, outright hostility is exhibited toward a presiding justice of the peace who dares to make inquiries, to require more information, or to reasonably challenge the soundness of the submission. This is fundamentally wrong. [para. 24]

[106] I agree. Although bail courts are busy places, where consent releases can encourage efficiency, little efficiency is achieved if an accused person is released on conditions by which they cannot realistically abide, which will inevitably lead to greater use of court time and resources through applications for bail review, bail revocation, or breach charges. Judicial officials must therefore act with caution, with their eyes wide open to the consequences of imposing bail conditions, when reviewing and approving consent release orders.

du *Code* et de la jurisprudence de la Cour (*Antic*, par. 44). Les entités judiciaires « ne devr[ai]ent pas systématiquement remettre en question les propositions conjointes » étant donné que les mises en liberté avec consentement demeurent une méthode efficace pour obtenir une mise en liberté dans le contexte où les tribunaux chargés des mises en liberté sous caution sont occupés (*Antic*, par. 68). Toutefois, l’on devrait aussi savoir que les entités judiciaires ont le pouvoir discrétionnaire de rejeter les propositions trop larges, et elles devraient garder à l’esprit les préoccupations relevées concernant les mises en liberté avec consentement. Dans *R. c. Singh*, 2018 ONSC 5336, [2018] O.J. No. 4757 (QL), le juge Hill a fait remarquer que, même depuis l’arrêt *Antic*, les parties ne semblent parfois pas être conscientes de l’existence de ce pouvoir discrétionnaire :

[TRADUCTION] Comme il ressort de certaines transcriptions d’audiences de justification, les parties agissent trop souvent comme si une mise en liberté sous caution obtenue « avec consentement » régit le résultat de la libération ou de la détention et que la signature du tribunal n’est qu’une formalité. Parfois, celles-ci vont jusqu’à manifester de l’hostilité pure et simple à l’endroit des juges de paix qui président l’audience et qui osent poser des questions, exiger plus d’information ou contester raisonnablement le bien-fondé de la proposition. Cette attitude est fondamentalement inappropriée. [par. 24]

[106] Je suis de cet avis. Les tribunaux chargés des mises en liberté sous caution sont effectivement très occupés, et les mises en liberté avec consentement peuvent favoriser l’efficacité, mais force est de constater que peu est réalisé en matière d’efficacité si la personne prévenue est libérée sous des conditions qu’elle n’est pas dans les faits en mesure de respecter, ce qui mène inévitablement à une utilisation accrue du temps et des ressources du tribunal en raison des demandes de révision ou de révocation des conditions de mise en liberté sous caution ou des accusations pour manquement qui y sont portées. Les entités judiciaires doivent donc agir avec prudence, en gardant à l’esprit les conséquences de l’imposition des conditions de mise en liberté sous caution, dans l’examen et l’approbation des ordonnances de mise en liberté sous caution obtenues avec consentement.

D. *Conclusion on How Section 145(3) Informs the Imposition of Bail Conditions*

[107] In conclusion, the s. 145(3) offence requires subjective *mens rea*. Not only is this conclusion consistent with the presumption of subjective fault for crimes like s. 145(3), it is supported by its place and purpose in the overall bail system, the serious consequences which flow from its breach, and how the consideration of individual circumstances is the proper focus both for setting conditions and determining the mental element for their breach. Understanding that s. 145(3) is designed to criminalize the risk-based conduct proscribed in bail conditions provides guidance on how much the fair and efficient functioning of our bail system depends upon restraint and review to ensure that only suitable conditions are imposed and only intentional failures to comply are prosecuted.

VI. Components of Subjective *Mens Rea* for Section 145(3)

[108] Having concluded that subjective *mens rea* is required for the failure to comply offence, I now describe what the Crown must establish to prove the subjective *mens rea* for s. 145(3).

[109] Subjective *mens rea* generally must be proven with respect to all circumstances and consequences that form part of the *actus reus* of the offence (*Sault Ste. Marie*, at pp. 1309-10; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at p. 139, per Dickson J., dissenting, but not on this point). Therefore, subjective *mens rea* under s. 145(3) can be satisfied where the following elements are proven by the Crown:

D. *Conclusion sur la façon dont le par. 145(3) oriente l'imposition des conditions de mise en liberté sous caution*

[107] En conclusion, l'infraction prévue au par. 145(3) exige une *mens rea* subjective. Non seulement cette conclusion est compatible avec la présomption de faute subjective pour des crimes comme celui visé au par. 145(3), mais elle est aussi étayée par la place et l'objet de cette disposition au sein de l'ensemble du système de mise en liberté sous caution, par les graves conséquences qui découlent d'un manquement et par la façon dont la situation personnelle de la personne prévenue doit fonder l'établissement des conditions et la détermination de l'élément mental nécessaire à leur violation. Le fait de comprendre que le par. 145(3) vise à criminaliser une conduite associée à un risque, conduite qui est interdite dans les conditions de mise en liberté sous caution, donne des indications sur la mesure dans laquelle le bon fonctionnement de notre système de mise en liberté sous caution repose sur la retenue et la révision, afin que seules des conditions convenables soient imposées et que seules les omissions intentionnelles de se conformer à ces conditions fassent l'objet de poursuites.

VI. Éléments constitutifs de la *mens rea* subjective pour l'infraction prévue au par. 145(3)

[108] Ayant conclu qu'une *mens rea* subjective est requise pour l'infraction d'omission de se conformer à une condition, j'expliquerai maintenant ce que la Couronne doit établir pour prouver la *mens rea* subjective requise au par. 145(3).

[109] La *mens rea* subjective doit généralement être prouvée à l'égard de toutes les circonstances et conséquences qui font partie de l'*actus reus* de l'infraction (*Sault Ste. Marie*, p. 1309-1310; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, p. 139, le juge Dickson, dissident, mais pas sur ce point). Par conséquent, la *mens rea* subjective de l'infraction prévue au par. 145(3) peut être établie lorsque la Couronne prouve les éléments suivants :

1. The accused had knowledge of the conditions of their bail order, or they were wilfully blind to those conditions; and
2. The accused knowingly failed to act according to their bail conditions, meaning that they knew of the circumstances requiring them to comply with the conditions of their order, or they were wilfully blind to those circumstances, and failed to comply with their conditions despite that knowledge; or

The accused recklessly failed to act according to their bail conditions, meaning that the accused perceived a substantial and unjustified risk that their conduct would likely fail to comply with their bail conditions and persisted in this conduct.

[110] These elements accord with the *mens rea* required in jurisdictions recognizing a subjective *mens rea* for failure to comply offences by requiring that the Crown show beyond a reasonable doubt that the accused knowingly or recklessly breached the condition (*Legere*, at p. 100; *Custance*, at para. 10).

[111] However, the jurisprudence divides somewhat on the first element: the extent to which the accused must know the terms of their bail conditions, and therefore know that they are breaching a condition. Some cases follow the Manitoba Court of Appeal in *Custance*, which simply required that the accused “knowingly and voluntarily performed or failed to perform the act or omission which constitutes the [*actus reus*] of the offence”, which appears to mean the Crown only needs to prove that the accused intentionally committed the act or omission, but does not need to show that the accused knew their conditions while committing that act or omission (paras. 10 and 12; see, e.g., *Al Khatib*, at para. 27;

1. La personne prévenue connaissait les conditions de sa mise en liberté sous caution ou faisait preuve d’aveuglement volontaire à leur égard;
2. La personne prévenue a sciemment omis d’agir conformément aux conditions de sa mise en liberté sous caution, c’est-à-dire qu’elle connaissait les circonstances qui exigeaient qu’elle se conforme aux conditions de l’ordonnance dont elle faisait l’objet, ou qu’elle faisait preuve d’aveuglement volontaire face aux circonstances, et qu’elle a omis de se conformer aux conditions malgré le fait qu’elle les connaissait; ou

La personne prévenue a par insouciance omis d’agir conformément aux conditions de sa mise en liberté sous caution, c’est-à-dire qu’elle était consciente qu’il y avait un risque important et injustifié que sa conduite ne respecte pas les conditions de sa mise en liberté sous caution mais qu’elle n’a pas cessé d’agir de la sorte.

[110] Ces éléments concordent avec la *mens rea* requise dans les ressorts qui reconnaissent la *mens rea* subjective pour les infractions d’omission de se conformer à des conditions en exigeant que la Couronne démontre hors de tout doute raisonnable que la personne prévenue a manqué sciemment ou par insouciance à la condition (*Legere*, p. 100; *Custance*, par. 10).

[111] La jurisprudence est toutefois quelque peu partagée sur le premier élément : la mesure dans laquelle la personne prévenue doit connaître les conditions de sa mise en liberté sous caution, et donc savoir qu’elle manque à une condition. Certaines décisions suivent l’arrêt *Custance*, où la Cour d’appel du Manitoba a simplement exigé que la personne prévenue ait [TRADUCTION] « sciemment et volontairement accompli ou omis d’accomplir un acte ou de commettre une omission qui constitue [*actus reus*] de l’infraction », ce qui semble signifier que la Couronne a uniquement besoin de prouver que la personne prévenue a intentionnellement commis l’acte ou l’omission, mais n’a pas besoin de

*Companion*, at para. 48; *R. v. Edgar*, 2019 QCCQ 1328, at para. 109 (CanLII); *L.T.W.*, at para. 22).

[112] I prefer the alternative approach. An accused must know or be wilfully blind to their conditions in order to be convicted, although the accused does not need to know the legal consequences or the scope of the condition: see, e.g., *R. v. Smith*, 2008 ONCA 101, 233 O.A.C. 145 (Doherty, Borins, Lang J.J.A., *per curiam*); *R. v. Brown*, 2008 ABPC 128, 445 A.R. 211; *R. v. Chen*, 2006 MBQB 250, 209 Man. R. (2d) 181, at para. 36; *Ritter*, at para. 11; *R. v. Withworth*, 2013 ONSC 7413, 59 M.V.R. (6th) 160, at paras. 13 and 16; *R. v. Syblis*, 2015 ONCJ 73, at paras. 18 and 25 (CanLII)). A number of failure to appear cases also require that the accused know of their court date such that an accused's genuine forgetfulness can negate *mens rea* (*Josephie*, at paras. 30-31; *Loutitt*, at paras. 15 and 22-23; *R. v. Blazevic* (1997), 31 O.T.C. 10 (C.J.); *Mullin*, at para. 6; *R. v. Hutchinson* (1994), 160 A.R. 58; *R. v. Nedlin*, 2005 NWTTC 11, 32 C.R. (6th) 361, at para. 62). I accept the position of the Court of Appeal for Ontario in *Smith*, which held that the fact that the accused misheard the terms of his recognizance and failed to review those terms meant that he did not knowingly breach his condition, nor was he wilfully blind. The accused must know the conditions of their release in order to possess the *mens rea* for the failure to comply offence.

[113] Wilful blindness is a substitute for the accused's knowledge of the facts whenever knowledge is a component of *mens rea* and where the accused is deliberately ignorant (*R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411, at paras. 21 and 24). For a court to find that an accused was wilfully blind in the

démontrer que la personne prévenue connaissait les conditions auxquelles elle était assujettie au moment de la commission de l'acte ou de l'omission (par. 10 et 12; voir, p. ex., *Al Khatib*, par. 27; *Companion*, par. 48; *R. c. Edgar*, 2019 QCCQ 1328, par. 109 (CanLII); *L.T.W.*, par. 22).

[112] Je préfère l'autre approche. La personne prévenue doit connaître les conditions auxquelles elle est tenue ou faire preuve d'aveuglement volontaire à leur égard pour pouvoir être déclarée coupable. Elle n'a toutefois pas besoin de connaître les conséquences juridiques ou la portée des conditions (voir, p. ex., *R. c. Smith*, 2008 ONCA 101, 233 O.A.C. 145 (les juges Doherty, Borins et Lang, *per curiam*); *R. c. Brown*, 2008 ABPC 128, 445 A.R. 211; *R. c. Chen*, 2006 MBQB 250, 209 Man. R. (2d) 181, par. 36; *Ritter*, par. 11; *R. c. Withworth*, 2013 ONSC 7413, 59 M.V.R. (6th) 160, par. 13 et 16; *R. c. Syblis*, 2015 ONCJ 73, par. 18 et 25 (CanLII)). Dans plusieurs affaires portant sur des omissions de comparaître, les tribunaux ont aussi exigé que la personne prévenue connaisse la date de son audience de manière à ce que le véritable oubli de la part de la personne prévenue puisse écarter la *mens rea* (*Josephie*, par. 30-31; *Loutitt*, par. 15 et 22-23; *R. c. Blazevic* (1997), 31 O.T.C. 10 (C.J.); *Mullin*, par. 6; *R. c. Hutchinson* (1994), 160 A.R. 58; *R. c. Nedlin*, 2005 NWTTC 11, 32 C.R. (6th) 361, par. 62). Je souscris à la position de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Smith*, où elle a jugé que le fait que la personne prévenue avait mal entendu les modalités de son engagement et omis d'examiner ces modalités signifiait qu'elle n'avait pas sciemment manqué à sa condition ni qu'elle avait fait preuve d'aveuglement volontaire à son égard. La personne prévenue doit connaître les conditions de sa mise en liberté pour avoir la *mens rea* de l'infraction d'omission de se conformer à une condition.

[113] L'aveuglement volontaire remplace la connaissance des faits par la personne prévenue chaque fois que la connaissance est un élément de la *mens rea* et que la personne prévenue reste délibérément dans l'ignorance (*R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411, par. 21 et 24). Pour qu'un



context of a failure to comply offence, the accused has to know there was a need for inquiry, and deliberately decline to make the inquiries necessary to confirm their exact bail condition (*Smith*, at para. 5; *Withworth*, at para. 13).

[114] Requiring that an accused person has knowledge of, or is wilfully blind to, their conditions of bail does not mean that the accused must have knowledge of the law, which would be contrary to the rule that ignorance of the law is no excuse (s. 19 of the *Code*). While subjective *mens rea* for s. 145(3) means that an accused person who has an honest but mistaken belief about the conditions of their bail order cannot be found liable, this does not mean that an accused must know and understand their legal obligations to fulfill those conditions. Genuinely forgetting a condition could be a mistake of fact and would negate *mens rea*, whereas a mistake regarding the legal scope or effect of a condition is a mistake of law and would not be an excuse for non-compliance with the condition (see *Withworth*, at paras. 16-19, per Trotter J.). In *Custance*, for example, the accused knew he had to stay at a certain apartment, but when he could not get into that apartment he chose to sleep in his car as he thought this would meet his condition. The accused was aware of his bail condition, but made a mistake as to what the law required to meet that condition. This was a mistake of law that did not negate *mens rea*.

[115] The conclusion that an accused must have knowledge of their conditions of bail, or be wilfully blind to their conditions, in order to have the requisite *mens rea* under s. 145(3), also accords with Wilson J.'s reasoning in *Docherty*, which emphasized the importance of knowledge in finding that an accused breached a condition. In that case, she found that proof of breach of a probation order requires

tribunal conclue que la personne prévenue a fait preuve d'aveuglement volontaire dans le contexte de l'infraction d'omission de se conformer à une condition, celle-ci doit savoir qu'elle devait se renseigner et refuser délibérément de faire les démarches nécessaires pour confirmer la nature exacte de la condition de mise en liberté sous caution à laquelle elle était assujettie (*Smith*, par. 5; *Withworth*, par. 13).

[114] Exiger que la personne prévenue connaisse les conditions de sa mise en liberté sous caution, ou qu'elle fasse preuve d'aveuglement volontaire à leur égard, ne veut pas dire qu'elle doit connaître la loi, ce qui serait contraire à la règle voulant que l'ignorance de la loi n'excuse pas la perpétration de l'infraction (art. 19 du *Code*). Bien que la *mens rea* subjective pour l'infraction prévue au par. 145(3) signifie que la personne prévenue qui a une croyance sincère mais erronée quant aux conditions de sa mise en liberté sous caution ne peut être tenue responsable, cela ne veut pas dire que la personne prévenue doit connaître et comprendre son obligation juridique de respecter ces conditions. L'oubli véritable d'une condition pourrait constituer une erreur de fait qui écarterait la *mens rea*, alors qu'une erreur au sujet de la portée ou de l'effet juridique d'une condition constitue une erreur de droit qui n'excuserait pas le non-respect de la condition (voir *Withworth*, par. 16-19, le juge Trotter). Dans l'arrêt *Custance*, par exemple, le prévenu savait qu'il devait rester dans un appartement donné mais comme il ne pouvait y entrer, il a choisi de dormir dans son automobile, pensant qu'il respecterait ainsi la condition qui lui avait été imposée. Le prévenu était au courant de la condition de sa mise en liberté sous caution, mais il s'est trompé sur ce que la loi exigeait pour le respect de cette condition. Il s'agissait d'une erreur de droit qui n'écarterait pas la *mens rea*.

[115] La conclusion selon laquelle la personne prévenue doit connaître les conditions de sa mise en liberté sous caution, ou faire preuve d'aveuglement volontaire à leur égard, pour avoir la *mens rea* qu'exige le par. 145(3) est aussi compatible avec le raisonnement de la juge Wilson dans l'arrêt *Docherty*, qui a souligné l'importance de la connaissance pour conclure que la personne prévenue a manqué à une



evidence that an accused knew they were bound by the probation order, knew there was a term that would be breached by their proposed conduct, and went ahead and engaged in the conduct anyway (pp. 957-58). The reasoning is still helpful even though the condition breached in *Docherty* required that the accused knew he was committing a criminal offence, which meant the accused had to know of the legal consequences of his actions (pp. 960-61). In contrast, s. 145(3) does not require that the accused must have knowledge of the legal consequences or scope of their condition, but they must know that they are bound by the condition. The purpose of s. 145(3), like the breach of probation offence, is to punish and deter failures to comply with bail conditions. As previously mentioned, knowledge and deterrence are linked: an accused will only be deterred from breaching their conditions if they know they are doing something wrong, meaning they must know that they are bound by a particular bail condition (*Docherty*, at pp. 951-52).

[116] The second component of the *mens rea* for s. 145(3) can be met by showing that the accused acted knowingly or recklessly in breaching their condition. Knowledge in this second component means that the accused must be aware of, or be wilfully blind to, the factual circumstances requiring them to act (or refrain from acting) to comply with their conditions at the time of breach (e.g., in Mr. Zora's case, knowing that the police were at his door).

[117] This second component can also be met by showing that the accused was reckless. Where, as here, a higher requirement of "wilfulness" or "intent" is not indicated by the text or nature of an

condition. Dans cette affaire, la juge a conclu que pour prouver qu'il y a eu violation de l'ordonnance de probation, il faut démontrer que la personne accusée savait qu'elle était soumise à l'ordonnance de probation et que celle-ci contenait une condition à laquelle elle dérogerait si elle adoptait une certaine conduite, et qu'elle est quand même allée de l'avant et a adopté la conduite (p. 957-958). Le raisonnement est utile même si la condition violée dont il était question dans l'arrêt *Docherty* exigeait que la personne accusée sache qu'elle commettait une infraction criminelle, ce qui signifiait qu'elle était au courant des conséquences juridiques de ses actes (p. 960-961). À l'inverse, le par. 145(3) n'exige pas que la personne prévenue soit au courant des conséquences juridiques ou de la portée de la condition à laquelle elle est assujettie, mais elle doit savoir qu'elle est liée par la condition. À l'instar de l'infraction de violation d'une ordonnance de probation, le par. 145(3) a pour objet de punir et de dissuader l'omission de se conformer aux conditions de mise en liberté sous caution. Comme je l'ai mentionné précédemment, la connaissance et la dissuasion sont liées : la personne prévenue ne sera dissuadée de manquer à ses conditions que si elle sait qu'elle fait quelque chose de mal, c'est-à-dire qu'elle doit savoir qu'elle est assujettie à une condition particulière de mise en liberté sous caution (*Docherty*, p. 951-952).

[116] Le deuxième élément constitutif de la *mens rea* de l'infraction prévue au par. 145(3) peut être prouvé en démontrant que la personne prévenue agissait sciemment ou par insouciance lorsqu'elle a manqué à sa condition. La connaissance dans ce deuxième élément signifie que la personne prévenue doit, au moment du manquement, être consciente des circonstances factuelles qui exigent qu'elle agisse (ou s'abstienne d'agir) pour se conformer aux conditions, ou fasse preuve d'aveuglement volontaire à leur égard (p. ex., dans l'affaire qui nous occupe, M. Zora devait savoir que la police se trouvait à sa porte).

[117] Ce deuxième élément peut aussi être prouvé en démontrant que la personne prévenue a fait preuve d'insouciance. Lorsque, comme en l'espèce, le texte ou la nature de l'infraction n'indique pas d'exigence

offence, recklessness is generally included in subjective *mens rea* (see *Sault Ste. Marie*, at pp. 1309-10; *R. v. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705 (C.A.), at p. 71). Recklessness requires that accused persons be aware of the risk of not complying with their condition and proceed in the face of that risk (*Josephie*, at para. 30; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, at p. 584). Knowledge of risk is key to recklessness. Therefore, the accused must still know of their bail conditions in order to be aware of any risk of non-compliance. The accused must also be aware of the risk that the factual circumstances requiring them to act (or refrain from acting) to comply with their bail conditions could arise and continue with their course of conduct despite the risk. Recklessness is not, and should not through misapplication, become the same as negligence. Recklessness has nothing to do with whether the accused *ought* to have seen the risk in question, but whether they subjectively saw the risk and continued to act with disregard to the risk.

[118] Given that s. 145(3) can operate to criminalize otherwise lawful day-to-day behaviour, I would conclude that knowledge of *any* risk of non-compliance is not sufficient to establish that an accused was reckless. Instead, the accused must be aware that their continued conduct creates a *substantial and unjustified risk* of non-compliance with their bail conditions. This Court has previously adopted this standard of risk in describing recklessness for certain offences (see *R. v. Hamilton*, 2005 SCC 47, [2005] 2 S.C.R. 432, at paras. 27-29; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, at p. 35 (per Dickson J. dissenting, but not on this point)). The risk cannot be far-fetched, trivial, or *de minimis*. The extent of the risk, as well as the nature of harm, the social value in the risk, and the ease with which the risk could be avoided, are all relevant considerations (Manning and Sankoff, at p. 229). Although the trial judge will assess whether a risk is unjustified based on the above considerations, because recklessness is

plus élevée quant à un caractère « délibéré » ou « intentionnel », l'insouciance est généralement comprise dans la *mens rea* subjective (voir *Sault Ste. Marie*, p. 1309-1310; *R. c. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705 (C.A.), p. 71). L'insouciance exige que la personne prévenue soit consciente du risque qu'elle omette de se conformer à sa condition et agisse malgré ce risque (*Josephie*, par. 30; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, p. 584). La connaissance du risque est essentielle pour qu'il y ait insouciance. Par conséquent, la personne prévenue doit tout de même connaître les conditions de sa mise en liberté sous caution pour être consciente de tout risque de manquement. Elle doit aussi être consciente du risque que se présentent les circonstances factuelles qui exigent qu'elle agisse (ou s'abstienne d'agir) pour se conformer aux conditions de sa mise en liberté sous caution et elle doit continuer à avoir cette conduite malgré le risque. L'insouciance ne peut, et ne devrait pas en raison d'une mauvaise application, être assimilée à la négligence. L'insouciance n'a rien à voir avec la question de savoir si la personne prévenue *aurait dû* voir le risque en question, mais porte plutôt sur la question de savoir si la personne prévenue a subjectivement vu le risque et a continué à agir sans en tenir compte.

[118] Étant donné que l'application du par. 145(3) peut criminaliser un comportement quotidien par ailleurs légal, je suis d'avis que la connaissance de *n'importe quel* risque de manquement ne suffit pas pour établir qu'une personne prévenue a fait preuve d'insouciance. La personne prévenue doit plutôt être consciente que le fait qu'elle continue d'avoir cette conduite crée un *risque injustifié et important* de manquement aux conditions de sa mise en liberté sous caution. La Cour a déjà adopté cette norme de risque pour décrire l'insouciance concernant certaines infractions (voir *R. c. Hamilton*, 2005 CSC 47, [2005] 2 R.C.S. 432, par. 27-29; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, p. 35 (le juge Dickson, dissident, mais pas sur ce point)). Le risque ne peut être invraisemblable, négligeable ou minime. L'étendue du risque, ainsi que la nature du préjudice, la valeur sociale se rattachant au risque et la facilité avec laquelle le risque pourrait être évité sont toutes des considérations pertinentes (Manning et Sankoff,

a subjective standard, the focus must be on whether the accused was aware of the substantial risk they took and any of the factors that contribute to the risk being unjustified.

[119] Requiring this standard of risk for recklessness is warranted because the offence may criminalize everyday activities and have unforeseen consequences on people's everyday lives. For example, in the context of a condition requiring an accused to answer the door to police during their curfew, an accused would not be reckless if they took the minimal and justified risk of taking a short shower during their curfew whereas they could be reckless if they disconnected their doorbell or wore earplugs around their house. As with this Court's decision in *Hamilton*, at paras. 32-33, these reasons should not be interpreted as changing the general principles of recklessness as a fault element set out in *Sansregret*, as my description of recklessness is specific to the offence under s. 145(3).

[120] Finally, I do not accept that a subjective fault requirement would make it too difficult for the Crown to prove an accused's knowing or reckless failure to comply with bail conditions. If the Crown chooses to lay a criminal charge under s. 145(3), when the possibility of a bail variation and bail revocation also exist, it will do so only when it has a reasonable prospect of conviction based on a full appreciation of all constituent elements of the offence. Many crimes have a subjective fault standard and there are recognized ways to marshal sufficient evidence to convince a judge beyond a reasonable doubt that the accused acted knowingly or recklessly. Courts may infer subjective fault for failure to comply charges, whether or not the accused decides to testify. After considering all the evidence, the trier of fact may be able to conclude beyond a reasonable doubt that the accused had the state of mind required for conviction

p. 229). Même si les juges du procès évalueront si un risque est injustifié en fonction de ces considérations, puisque l'insouciance est une norme subjective, l'accent doit être mis sur la question de savoir si la personne prévenue avait conscience du risque important qu'elle prenait et de tout facteur faisant en sorte que le risque n'était pas justifié.

[119] Il est justifié d'exiger cette norme de risque pour l'insouciance parce que l'infraction peut criminaliser des activités de tous les jours et avoir des conséquences imprévues sur la vie quotidienne des gens. Par exemple, dans le contexte d'une condition exigeant que la personne prévenue réponde à la porte si la police se présente après son couvre-feu, la personne prévenue n'aurait pas fait preuve d'insouciance si elle avait pris le risque minime et justifié de prendre une courte douche après son couvre-feu, alors qu'elle aurait fait preuve d'insouciance si elle avait débranché la sonnette de sa porte ou porté des bouchons d'oreille dans la maison. Comme l'a énoncé la Cour dans l'arrêt *Hamilton* aux par. 32-33, il ne faut pas interpréter les présents motifs comme modifiant les principes généraux relatifs à l'insouciance en tant qu'élément fautif, exposés dans l'arrêt *Sansregret*, car ma description de l'insouciance se rapporte précisément à l'infraction prévue au par. 145(3).

[120] Enfin, je ne peux accepter l'argument selon lequel l'exigence d'une faute subjective rendrait trop difficile pour la Couronne de prouver que la personne prévenue a omis sciemment ou par insouciance de se conformer aux conditions de sa mise en liberté sous caution. Si la Couronne choisit de porter une accusation criminelle en vertu du par. 145(3), alors qu'il est aussi possible de faire modifier ou révoquer la mise en liberté sous caution, c'est parce qu'il existe une possibilité raisonnable d'obtenir une déclaration de culpabilité compte tenu d'une pleine appréciation de tous les éléments constitutifs de l'infraction. De nombreux crimes sont assortis d'une norme de faute subjective et il existe des façons reconnues de présenter une preuve suffisante pour convaincre les tribunaux hors de tout doute raisonnable que la personne prévenue a agi sciemment ou par insouciance. Les tribunaux peuvent inférer qu'une faute subjective

based on the common sense inference that individuals “intend the natural and probable consequences of their actions” (*R. v. Seymour*, [1996] 2 S.C.R. 252, at paras. 19 and 23; *Docherty*, at p. 958; *Loutitt*, at para. 18). As noted by the intervener Attorney General of Ontario a subjective fault requirement has not prevented convictions on s. 145(3) charges in Ontario.

[121] The Crown’s concern that accused persons may simply say they forgot about their bail conditions to escape criminal liability for breaching their bail is addressed because judges “will no doubt act sensibly in assessing the authenticity of claims of forgotten court dates and overlooked bail conditions. Effect need not be given to forgetfulness merely because it has been asserted” (*Withworth*, at para. 14).

[122] In conclusion, as accepted by the respondent and the AGBC, “[t]he sky will not fall if the Crown has to prove a mental element” (*Loutitt*, at para. 17; transcript, at p. 64; I.F. (AGBC), at para. 23).

#### VII. A New Trial Should Be Ordered

[123] I agree with Mr. Zora that a new trial should be ordered in light of the error in law by the courts below in applying an objective rather than a subjective standard of fault for s. 145(3).

[124] This is not a case where the curative proviso allows this Court to dismiss an appeal under

a été commise pour ce qui est des accusations pour omission de se conformer à une condition, que la personne prévenue décide ou non de témoigner. Les juges des faits, après examen de l’ensemble de la preuve, peuvent être en mesure de conclure hors de tout doute raisonnable que la personne prévenue avait l’état d’esprit requis pour qu’il y ait déclaration de culpabilité, sur le fondement d’une inférence conforme au bon sens que les personnes « veulent les conséquences naturelles et probables de leurs actes » (*R. c. Seymour*, [1996] 2 R.C.S. 252, par. 19 et 23; *Docherty*, p. 958; *Loutitt*, par. 18). Comme l’a fait remarquer l’intervenant le procureur général de l’Ontario, l’exigence de la faute subjective n’a pas empêché que des déclarations de culpabilité fondées sur le par. 145(3) soient prononcées en Ontario.

[121] La préoccupation de la Couronne, selon laquelle les personnes prévenues peuvent simplement dire qu’elles ont oublié leurs conditions de mise en liberté sous caution pour échapper à la responsabilité criminelle découlant d’un manquement à ces conditions, est prise en compte parce que les juges [TRADUCTION] « agiront sans aucun doute judicieusement dans leur évaluation de l’authenticité des prétentions concernant les oublis des dates de comparution et des conditions de mise en liberté sous caution. Ce n’est pas parce qu’on invoque l’oubli qu’il faut accueillir cette affirmation » (*Withworth*, par. 14).

[122] En conclusion, comme l’ont accepté l’intimée et le PGCB, [TRADUCTION] « [l]e ciel ne nous tombera pas sur la tête si la Couronne doit prouver un élément mental » (*Loutitt*, par. 17; transcription, p. 64; m. interv. (PGCB), par. 23).

#### VII. Il y a lieu d’ordonner la tenue d’un nouveau procès

[123] Je suis d’accord avec M. Zora qu’il convient d’ordonner la tenue d’un nouveau procès en raison de l’erreur de droit commise par les tribunaux d’instance inférieure, qui ont appliqué une norme de faute objective plutôt que subjective pour l’infraction prévue au par. 145(3).

[124] Il ne s’agit pas en l’espèce d’une situation où la disposition réparatrice permet à la Cour de rejeter

s. 686(1)(b)(iii) because there was “no substantial wrong or miscarriage of justice” despite an error of law. The curative proviso is only appropriate where the “error is harmless or trivial” or “where the evidence is so overwhelming that, notwithstanding that the error is not minor, the trier of fact would inevitably convict” (*R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272, at para. 53). *Mens rea* is an essential element of a criminal offence and identifying the wrong fault standard is not a “harmless or trivial” error. A subjective *mens rea* would have required the trial judge to consider Mr. Zora’s state of mind, which clearly could have had an impact on the verdict.

[125] The evidence is also not so overwhelming that a conviction is inevitable. As the trial judge was focussed on what a reasonable person would do in the circumstances, he did not need to make clear factual findings or definitive findings of credibility that would allow this Court to assess or infer Mr. Zora’s knowledge and state of mind. If established at trial, Mr. Zora’s personal circumstances, including whether he was sleeping deeply due to heroin withdrawal and methadone treatment, would be relevant to determining his state of mind. As described above, recklessness requires knowledge of the substantial and unjustified risk of circumstances leading to a prohibited breach. Without a clear finding that Mr. Zora was aware of the risk that he could not hear the police at his door, as well as other findings of fact necessary to determine whether that risk was substantial and unjustified, the Court cannot find that he was reckless in failing to answer the door.

[126] The trial judge’s negative statements concerning the credibility of the defence witnesses mean that an acquittal would also not be appropriate. A new trial is needed to address whether Mr. Zora knowingly or recklessly breached his conditions.

l’appel en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) parce qu’il n’y a eu « aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave » malgré l’erreur de droit. Il est approprié de recourir à la disposition réparatrice uniquement lorsque « l’erreur est inoffensive ou négligeable » ou que « la preuve est à ce point accablante que, même si l’erreur n’est pas sans importance, les juges des faits concluraient forcément à la culpabilité » (*R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272, par. 53). La *mens rea* est un élément essentiel des infractions criminelles et le fait d’arrêter la mauvaise norme de faute ne constitue pas une erreur « inoffensive ou négligeable ». La *mens rea* subjective aurait obligé le juge du procès à tenir compte de l’état d’esprit de M. Zora, ce qui aurait de toute évidence pu avoir une incidence sur le verdict.

[125] De plus, la preuve n’est pas à ce point accablante qu’une déclaration de culpabilité est inévitable. Comme il s’est concentré sur ce qu’une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances, le juge du procès n’a pas eu besoin de tirer des conclusions de fait claires ou des conclusions définitives quant à la crédibilité qui auraient permis à la Cour d’évaluer ou d’inférer la connaissance et l’état d’esprit de M. Zora. Si elles sont établies au procès, les circonstances propres à M. Zora, notamment la question de savoir s’il dormait profondément en raison de son sevrage de l’héroïne et de son traitement à la méthadone, seraient pertinentes pour déterminer son état d’esprit. Comme il a été expliqué précédemment, l’insouciance requiert la connaissance du risque important et injustifié associé aux circonstances qui mènent à un manquement interdit. Sans une conclusion claire que M. Zora était conscient du risque qu’il pourrait ne pas entendre la police à sa porte, ainsi que d’autres conclusions de fait nécessaires pour établir si le risque était important et injustifié, la Cour ne peut conclure qu’il a fait preuve d’insouciance en ne répondant pas à la porte.

[126] En raison des déclarations négatives du juge du procès concernant la crédibilité des témoins de la défense, un acquittement ne serait pas non plus approprié. Un nouveau procès est nécessaire pour déterminer si M. Zora a omis sciemment ou par insouciance de se conformer à ses conditions.

### VIII. Conclusion

[127] Therefore, subjective fault is required for a conviction under s. 145(3) of the *Code*. I would allow this appeal, quash Mr. Zora's convictions, and order a new trial on the two counts of failing to attend at his door.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Marion & Runyon, Criminal Lawyers, Campbell River; Michael Sobkin, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Vancouver.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Henein Hutchison, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Vancouver Area Network of Drug Users: Gratl & Company, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Independent Criminal Defence Advocacy Society: Peck and Company, Vancouver.*

### VIII. Conclusion

[127] Par conséquent, une faute subjective est nécessaire pour qu'il y ait déclaration de culpabilité en vertu du par. 145(3) du *Code*. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité de M. Zora et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur les deux chefs relatifs à l'omission de répondre à la porte.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant : Marion & Runyon, Criminal Lawyers, Campbell River; Michael Sobkin, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée : Public Prosecution Service of Canada, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Henein Hutchison, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant Vancouver Area Network of Drug Users : Gratl & Company, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Independent Criminal Defence Advocacy Society : Peck and Company, Vancouver.*



*Solicitors for the intervener the Pivot Legal Society: David N. Fai, Law Corporation, North Vancouver; Pivot Legal Society, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Desrosiers, Joncas, Nourai, Massicotte, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante Pivot Legal Society : David N. Fai, Law Corporation, North Vancouver; Pivot Legal Society, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense : Desrosiers, Joncas, Nourai, Massicotte, Montréal.*

**Toronto-Dominion Bank** *Appellant*

v.

**Harold Young and Robert Young**  
*Respondents***INDEXED AS: TORONTO-DOMINION BANK v.  
YOUNG****2020 SCC 15**

File No.: 38242.

Hearing and judgment: November 7, 2019.

Reasons delivered: June 19, 2020.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and  
Kasirer JJ.**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC**

*Hypothecs — Exercise of hypothecary rights — Taking in payment — Prescription — Loans to debtor secured by first hypothec in favour of bank and by second hypothec in favour of two individuals — Debtor defaulting on payments to individuals, and individuals taking immovable in payment subject to first hypothec — Debtor defaulting on payments to bank — Bank filing and serving motion for forced surrender and taking in payment against individuals only — Superior Court hearing motion more than three years after it was filed — Individuals arguing that bank’s claim against debtor had been extinguished by virtue of three-year prescription, with result that hypothec securing claim had been extinguished and that motion had to be dismissed — Superior Court finding that failure to serve motion on debtor was not fatal, that bank had instituted its action in timely manner and that delay between filing of motion and judgment could not be attributed to it — Court of Appeal setting aside Superior Court’s judgment — Bringing of hypothecary action against person who holds immovable but is not debtor of personal obligation does not interrupt prescription of obligation, which continues to run during proceeding — On date of Superior Court’s judgment, secured claim was prescribed and hypothecary action was barred because obligation*

**Banque Toronto-Dominion** *Appelante*

c.

**Harold Young et Robert Young** *Intimés***RÉPERTORIÉ : BANQUE TORONTO-DOMINION c.  
YOUNG****2020 CSC 15**

N° du greffe : 38242.

Audition et jugement : 7 novembre 2019.

Motifs déposés : 19 juin 2020.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et  
Kasirer.**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC**

*Hypothèques — Exercice des droits hypothécaires — Prise en paiement — Prescription — Prêts à la débitrice garantis par une hypothèque de premier rang en faveur de la banque et par une hypothèque de deuxième rang en faveur de deux particuliers — Défaut de paiement de la débitrice à l’égard des particuliers et immeuble pris en paiement par ceux-ci à charge de l’hypothèque de premier rang — Défaut de paiement de la débitrice à l’égard de la banque — Dépôt et signification par la banque d’une requête en délaissement forcé et en prise en paiement contre les particuliers seulement — Requête entendue par la Cour supérieure plus de trois ans après son dépôt — Prétention des particuliers selon laquelle la créance de la banque contre la débitrice est éteinte par l’effet de la prescription triennale, ce qui entraîne l’extinction de l’hypothèque qui la garantit et doit également entraîner le rejet de la requête — Conclusion de la Cour supérieure portant que le défaut de signification de la requête à la débitrice n’est pas fatal, que la banque a institué son recours en temps utile et que le délai entre le dépôt de la requête et le jugement ne lui est pas imputable — Jugement de la Cour supérieure infirmé par la Cour d’appel — L’institution du recours hypothécaire contre celui qui détient l’immeuble mais qui n’est pas débiteur de l’obligation personnelle*

*secured by hypothec had been extinguished — Bank's hypothecary action dismissed.*

*Per* Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.: The appeal should be dismissed for the reasons given by the Court of Appeal.

*Per* Côté J. (dissenting): The appeal should be allowed, the forced surrender of the immovable ordered and the bank declared the owner of the immovable. The bank exercised its hypothecary remedy against the individuals in a timely manner, while the personal claim against the debtor was not prescribed and all of the applicable conditions were met. The filing of the motion for forced surrender and taking in payment interrupted prescription for the purposes of exercising the hypothecary remedy.

A hypothec is a real right made liable for the performance of an obligation. It gives the creditor a right to follow, allowing the creditor to follow the property in whatever hands it lies. The creditor can therefore exercise a hypothecary remedy against the person who has become the owner of the charged property. The fact that a hypothec is an accessory right means that it is valid only as long as the obligation whose performance it secures subsists. The prescriptive period for a hypothecary action follows that which applies to a personal action, since the accessory follows the principal. Three-year extinctive prescription applies in the case of a hypothec that secures a personal obligation, pursuant to art. 2925 *C.C.Q.*

The rights and remedies arising from a hypothec are in addition to the personal rights and remedies that the law confers on the creditor. It is a cardinal principle of the law of hypothecs that the creditor, and only the creditor, has the choice of remedy. Not only can the creditor choose the type of hypothecary remedy he or she wishes to pursue, but the creditor can also choose whether or not to exercise a hypothecary or a personal remedy. The creditor can also combine the two remedies if he or she wishes without worrying about *lis pendens* or *res judicata*, because their objects are different.

Hypothecary rights are exercised directly against the person who has the hypothecated property in his or her hands. It is possible that that person will not be the person with whom the hypothecary creditor contracted in the first place. For example, a hypothecary creditor who takes property in full payment of a claim and becomes its owner takes the property subject to all hypothecs published

*n'interrompt pas la prescription de celle-ci, qui continue de courir pendant l'instance — À la date du jugement de la Cour supérieure, la créance garantie était prescrite et le recours hypothécaire était irrecevable puisque l'obligation garantie par l'hypothèque était éteinte — Recours hypothécaire de la banque rejeté.*

*Le* juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer : L'appel est rejeté pour les motifs exposés par la Cour d'appel.

*La* juge Côté (dissidente) : L'appel devrait être accueilli, le délaissement forcé de l'immeuble ordonné et la banque déclarée propriétaire de l'immeuble. La banque a exercé son recours hypothécaire contre les particuliers en temps utile, alors que la créance personnelle de la débitrice n'était pas prescrite et que toutes les conditions pour son exercice étaient remplies. Le dépôt de la requête en délaissement forcé et prise en paiement a interrompu la prescription pour les fins de l'exercice du recours hypothécaire.

L'hypothèque est un droit réel affecté à l'exécution d'une obligation. Elle accorde un droit de suite au créancier, lui permettant de suivre le bien en quelques mains qu'il se trouve. Ainsi, le créancier peut exercer un recours hypothécaire contre la personne qui est devenue propriétaire du bien grevé. Le caractère accessoire de l'hypothèque signifie qu'elle ne vaut qu'autant que l'obligation dont elle garantit l'exécution subsiste. Le délai de prescription de l'action hypothécaire suit celui de l'action personnelle puisque l'accessoire suit le principal. La prescription extinctive triennale s'applique à l'hypothèque qui garantit une obligation personnelle en vertu de l'art. 2925 *C.C.Q.*

Les droits et recours découlant d'une hypothèque s'ajoutent aux droits et recours personnels que la loi reconnaît au créancier. Il est un principe cardinal du droit des hypothèques que le créancier, et seul le créancier, a le choix du recours. Ce dernier peut non seulement choisir le type de recours hypothécaire qu'il souhaite intenter, mais encore peut-il choisir d'exercer ou non un recours hypothécaire ou personnel. Il peut également, s'il le souhaite, cumuler les deux recours sans craindre la litispendance ni la chose jugée puisqu'ils ont des objets différents.

Les droits hypothécaires s'exercent directement contre celui qui a le bien hypothéqué entre les mains. Il se peut que cette personne ne soit pas la personne avec qui le créancier hypothécaire avait contracté en premier lieu. Par exemple, un créancier hypothécaire qui prend un bien en paiement complet de sa créance et en devient le propriétaire prend le bien à charge des hypothèques publiées avant

before his or her hypothec was published. In such circumstances, that creditor therefore becomes hypothecarily obligated toward a creditor holding an earlier ranking hypothec, and the latter's hypothecary rights must then be exercised against the former.

The *Civil Code* requires certain conditions to be met and preliminary measures to be taken in order for a creditor to exercise a hypothecary remedy. The conditions set out in art. 2748 para. 2 *C.C.Q.* must be met: the debtor must be in default and the claim must be liquid and due. In addition, art. 2749 *C.C.Q.* provides that the creditor may not exercise his or her hypothecary rights before the period determined in art. 2758 *C.C.Q.* for surrender of the property has expired. The creditor must therefore serve and register a prior notice of the exercise of a hypothecary remedy that specifies the period provided for by law for the surrender of the hypothecated property. Only after that period has expired can the creditor exercise a hypothecary remedy.

A court must look to the time when the creditor exercised his or her hypothecary remedy, i.e. the time when the creditor's motion was filed and served — not the time of the judgment — to determine whether the conditions of art. 2748 *C.C.Q.* are met and whether the remedy was therefore exercised in a timely manner. Like a personal remedy, a hypothecary remedy must be exercised while the principal obligation is not prescribed. The registration of a prior notice of the exercise of a hypothecary right does not represent the exercise of the hypothecary right itself. It is not the prior notice, but rather the motion for forced surrender and taking in payment, that constitutes a judicial application capable of interrupting prescription within the meaning of art. 2892 para. 1 *C.C.Q.* Once filed, the motion interrupts prescription until a judgment is rendered, and the interruption has effect with regard to all the parties with respect to any right arising from the same source, as stated in art. 2896 para. 2 *C.C.Q.* Both the hypothecary remedy and the personal remedy arise from the same source — the secured obligation — and thus meet the criterion in art. 2896 para. 2 for finding that prescription has been interrupted. A hypothecary creditor who chooses to pursue a hypothecary remedy is therefore not required to bring a personal action in order to interrupt prescription. Provided that the conditions set out in arts. 2748 and 2749 *C.C.Q.* are met, the exercise of a hypothecary remedy interrupts prescription on a hypothecary basis. These principles take on added relevance where a hypothecary remedy is exercised against a person who is not the debtor of the principal obligation.

la sienne. Dans ces circonstances, ce créancier devient donc obligé sur le plan hypothécaire à l'égard du créancier détenant une hypothèque antérieure à la sienne. C'est alors contre lui que les droits hypothécaires du créancier détenant l'hypothèque de rang antérieur doivent s'exercer.

Le *Code civil* prévoit que certaines conditions doivent être remplies et certaines mesures préalables accomplies pour l'exercice du recours hypothécaire par le créancier. Les conditions prévues à l'art. 2748 al. 2 *C.c.Q.* doivent être présentes : le débiteur doit être en défaut et la créance doit être liquide et exigible. De plus, l'art. 2749 *C.c.Q.* prévoit que le créancier ne peut exercer ses droits hypothécaires avant l'expiration du délai imparti pour délaisser le bien tel qu'il est fixé par l'art. 2758 *C.c.Q.* Le créancier doit ainsi signifier et inscrire un préavis d'exercice d'un recours hypothécaire qui contient le délai prévu par la loi pour le délaissement du bien hypothéqué. Ce n'est qu'après l'écoulement de ce délai que le créancier pourra exercer son recours hypothécaire.

Le tribunal doit se placer au moment où le créancier exerce son recours hypothécaire, c'est-à-dire au moment où sa requête est déposée et signifiée, et non au moment du jugement, afin de déterminer si les conditions de l'art. 2748 *C.c.Q.* sont remplies, et si son recours a donc été exercé en temps utile. Tout comme le recours personnel, le recours hypothécaire doit être exercé alors que l'obligation principale n'est pas prescrite. L'inscription du préavis d'exercice d'un droit hypothécaire ne représente pas l'exercice du droit hypothécaire lui-même. Ce n'est pas le préavis d'exercice, mais plutôt la requête en délaissement forcé et prise en paiement qui constitue une demande en justice susceptible d'interrompre la prescription au sens de l'art. 2892 al. 1 *C.c.Q.* Une fois déposée, la requête interrompt la prescription jusqu'au prononcé du jugement et l'interruption a son effet, à l'égard de toutes les parties, pour tout droit découlant de la même source, tel que le prévoit l'art. 2896 al. 2 *C.c.Q.* Tant le recours hypothécaire que le recours personnel proviennent de la même source — l'obligation garantie — et rencontrent ainsi le critère de l'art. 2896 al. 2 permettant de conclure à interruption de la prescription. Ainsi, le créancier hypothécaire qui choisit d'intenter un recours hypothécaire n'est pas tenu d'exercer une action personnelle pour interrompre la prescription. L'exercice du recours hypothécaire, pourvu que les conditions prévues aux art. 2748 et 2749 *C.c.Q.* soient respectées, interrompt la prescription sur une base hypothécaire. Ces principes sont d'une pertinence accrue lorsqu'il s'agit d'exercer un recours hypothécaire à l'endroit d'une personne qui n'est pas la débitrice de l'obligation principale.

In this case, the individuals took the immovable in payment and became its owners subject to the bank's first hypothec. They became bound *propter rem* because the hypothecated property was in their hands. Once the period specified in the prior notice of the exercise of a hypothecary right expired, the bank exercised its hypothecary remedy by filing a motion for forced surrender and taking in payment against the owners of the immovable, the individuals, who were its hypothecary debtors. On that date, the debtor of the secured obligation was in default, the personal claim secured by the hypothec was liquid and due and the 60-day period had expired. All of the conditions for exercising the hypothecary remedy were met. The bank therefore exercised its hypothecary remedy in a timely manner. By filing its motion and serving it on the hypothecary debtors, the bank interrupted prescription in relation to them.

### Cases Cited

By Côté J. (dissenting)

*St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; *ABB Inc. v. Domtar Inc.*, 2005 QCCA 733, [2005] R.J.Q. 2267, aff'd 2007 SCC 50, [2007] 3 S.C.R. 461; *Barakett v. Goyette*, 1999 CanLII 11983; *Latcon Ltd. v. Radial Investments Ltd.*, 2008 QCCS 35; *Poulin-Sansoucy v. Services immobiliers Simmco D.P. inc.*, 2000 CanLII 10400; *Développements de Normandie inc. v. Delorme*, 2004 CanLII 17395.

### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Québec*, arts. 2660, 2661, 2663, 2688, 2748, 2749, 2751, 2757, 2758, 2761, 2769, 2782 para. 1, 2783 para. 1, 2797, 2892, 2896, 2923 para. 1, 2925, 2941 para. 1, 2943 para. 1, 2945.

### Authors Cited

Gervais, Céline. *La prescription*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2009.

Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2007.

Lambert, Édith. *Les sûretés*, vol. 5, *Exercice des droits hypothécaires et extinction des hypothèques (Art. 2748 à 2802 C.c.Q.)*, coll. Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ). Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2010.

Payette, Louis. *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 5<sup>e</sup> éd. Montréal: Yvon Blais, 2015.

Pratte, Denise. « Les recours des créanciers hypothécaires », dans Collection de droit de l'École du Barreau du Québec 2019-2020, vol. 7, *Contrats, sûretés, publicité*

En l'espèce, les particuliers ont pris l'immeuble en paiement et en sont devenus propriétaires à charge de l'hypothèque de premier rang de la banque. Ils se sont engagés *propter rem* puisque c'est entre leurs mains que se trouve le bien hypothéqué. Une fois le délai du préavis d'exercice d'un droit hypothécaire écoulé, la banque exerce son recours hypothécaire en déposant une requête en délaissement forcé et prise en paiement à l'encontre des propriétaires de l'immeuble, les particuliers, ses débiteurs hypothécaires. À cette date, la débitrice de l'obligation garantie est en défaut, la créance personnelle que garantit l'hypothèque est liquide et exigible et le délai de 60 jours est expiré. Toutes les conditions pour l'exercice du recours hypothécaire sont remplies. La banque a donc exercé son recours hypothécaire en temps utile. En déposant sa requête et en la signifiant aux débiteurs hypothécaires, la banque a interrompu la prescription à leur égard.

### Jurisprudence

Citée par la juge Côté (dissidente)

*Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, 2005 QCCA 733, [2005] R.J.Q. 2267, conf. par 2007 CSC 50, [2007] 3 R.C.S. 461; *Barakett c. Goyette*, 1999 CanLII 11983; *Latcon Ltd. c. Radial Investments Ltd.*, 2008 QCCS 35; *Poulin-Sansoucy c. Services immobiliers Simmco D.P. inc.*, 2000 CanLII 10400; *Développements de Normandie inc. c. Delorme*, 2004 CanLII 17395.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, art. 2660, 2661, 2663, 2688, 2748, 2749, 2751, 2757, 2758, 2761, 2769, 2782 al. 1, 2783 al. 1, 2797, 2892, 2896, 2923 al. 1, 2925, 2941 al. 1, 2943 al. 1, 2945.

### Doctrine et autres documents cités

Gervais, Céline. *La prescription*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009.

Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2007.

Lambert, Édith. *Les sûretés*, vol. 5, *Exercice des droits hypothécaires et extinction des hypothèques (Art. 2748 à 2802 C.c.Q.)*, coll. Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010.

Payette, Louis. *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2015.

Pratte, Denise. « Les recours des créanciers hypothécaires », dans Collection de droit de l'École du Barreau du Québec 2019-2020, vol. 7, *Contrats, sûretés,*

*des droits et droit international privé*. Montréal: Yvon Blais, 2019, 179.

Pratte, Denise. *Priorités et hypothèques*, 3<sup>e</sup> éd. Sherbrooke: Les Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2012.

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*. Québec: Publications du Québec, 1993.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Bich and Savard JJ.A. and Emery J. (*ad hoc*)), 2018 QCCA 810, [2018] AZ-51494849, [2018] J.Q. n° 4195 (QL), 2018 CarswellQue 4075 (WL Can.), setting aside a decision of Goulet J., 2016 QCCS 838, [2016] AZ-51259933, [2016] J.Q. n° 1625 (QL), 2016 CarswellQue 1549 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

*Philippe H. Bélanger, Claude Savoie and Sébastien Cusson*, for the appellant.

*Normand Carrière*, for the respondents.

English version of the reasons for judgment delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE AND ABELLA, MOLDAVER, KARAKATSANIS, BROWN, ROWE, MARTIN AND KASIRER JJ. — We have carefully read the reasons of our colleague Côté J. In our view, the Court of Appeal's reasons are complete having regard to the issues, and we are entirely in agreement with them.

[2] We would dismiss the appeal with costs.

English version of the reasons delivered by

[3] CÔTÉ J. (dissenting) — Does a motion for forced surrender and taking in payment — a purely hypothecary remedy — brought against a debtor who is not the original debtor constitute a separate and independent remedy or a remedy that depends on the continued existence during the proceeding of

*publicité des droits et droit international privé*, Montréal, Yvon Blais, 2019, 179.

Pratte, Denise. *Priorités et hypothèques*, 3<sup>e</sup> éd., Sherbrooke, Les Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2012.

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, Québec, Publications du Québec, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Bich et Savard et le juge Emery (*ad hoc*)), 2018 QCCA 810, [2018] AZ-51494849, [2018] J.Q. n° 4195 (QL), 2018 CarswellQue 4075 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Goulet, 2016 QCCS 838, [2016] AZ-51259933, [2016] J.Q. n° 1625 (QL), 2016 CarswellQue 1549 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

*Philippe H. Bélanger, Claude Savoie et Sébastien Cusson*, pour l'appelante.

*Normand Carrière*, pour les intimés.

Les motifs de jugement suivants ont été rendus par

[1] LE JUGE EN CHEF ET LES JUGES ABELLA, MOLDAVER, KARAKATSANIS, BROWN, ROWE, MARTIN ET KASIRER — Nous avons lu avec soin les motifs de notre collègue la juge Côté. À notre avis, les motifs de la Cour d'appel sont complets compte tenu des questions en litige et nous y souscrivons entièrement.

[2] Nous sommes d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

[3] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — Une requête en délaissement forcé et prise en paiement — un recours purement hypothécaire — instituée à l'encontre d'un débiteur qui n'est pas le débiteur original constitue-t-elle un recours autonome distinct ou un recours subordonné au maintien pendant l'instance



a claim against the original debtor? That is the question before the Court in this case.

[4] In order to answer the question, it is necessary to consider two areas of the law which bear certain quite technical aspects, namely hypothecary remedies and prescription. The solution to the problem raised by the facts of this case turns on a rigorous interpretation of the relevant provisions of the *Civil Code of Québec* (“*C.C.Q.*” or “*Civil Code*”), an interpretation that must be firmly rooted in civil law principles and informed by the practical realities faced by the parties.

#### I. Facts

[5] The parties to this appeal are the Toronto-Dominion Bank (“TD Bank”), the appellant, and brothers Harold and Robert Young, the respondents. These two parties are before this Court as a result of the contractual relationship that each of them had with Linda Macht in the context described below.

[6] On September 14, 2009, Ms. Macht took out a mortgage loan with TD Bank for \$306,000. The loan was secured by a first hypothec on an immovable situated at 118 Eardley Road in Gatineau (“the immovable”). The hypothec was published the same day at the registry office of the Gatineau registration division.

[7] Also on September 14, 2009, Ms. Macht took out a second loan for \$94,160, this time with the respondents. That loan was secured by a second hypothec on the immovable. The respondents published their hypothec the next day, September 15, 2009. It is not disputed that the respondents were aware of TD Bank’s hypothec at the time, as it had been disclosed in their loan agreement with Ms. Macht. In any event, a hypothec can be set up against third persons from the date it is published, that is, September 14, 2009 in the case of TD Bank’s hypothec: arts. 2663, 2941 para. 1 and 2943 para. 1 *C.C.Q.* The ranking of rights is clear in this case: art. 2945 *C.C.Q.*

d’une créance à l’égard du débiteur original? Telle est la question qui occupe la Cour dans la présente affaire.

[4] Pour y répondre, il est nécessaire de se pencher sur deux domaines du droit qui comportent certains aspects bien techniques, soit celui des recours hypothécaires et celui de la prescription. La solution au problème soulevé par les faits de cette affaire dépend d’une interprétation rigoureuse des dispositions pertinentes du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* » ou « *Code civil* »), laquelle doit être bien ancrée dans les principes du droit civil et éclairée par les réalités pratiques auxquelles les parties font face.

#### I. Faits

[5] Les parties à cet appel sont la Banque Toronto-Dominion (« Banque TD »), appelante, et les frères Harold et Robert Young, intimés. La présence de ces deux parties devant notre Cour découle des relations contractuelles qu’elles entretenaient chacune avec Linda Macht, dans le contexte ci-après décrit.

[6] Le 14 septembre 2009, Mme Macht contracte un prêt hypothécaire avec la Banque TD au montant de 306 000 \$, lequel est garanti par une hypothèque de premier rang grevant l’immeuble situé au 118, chemin Eardley à Gatineau (« l’immeuble »). L’hypothèque est publiée le même jour au bureau de la publicité des droits de la circonscription foncière de Gatineau.

[7] Toujours le 14 septembre 2009, Mme Macht contracte un deuxième prêt, cette fois-ci avec les intimés, au montant de 94 160 \$. Ce prêt est garanti par une hypothèque de second rang sur l’immeuble. Les intimés publient leur hypothèque le lendemain, le 15 septembre 2009. Il n’est pas contesté que les intimés étaient alors au courant de l’hypothèque de la Banque TD, celle-ci ayant été divulguée dans leur contrat de prêt avec Mme Macht. De toute façon, l’hypothèque devient opposable aux tiers lorsqu’elle est publiée, c’est-à-dire le 14 septembre 2009 dans le cas de l’hypothèque de la Banque TD : art. 2663, 2941 al. 1 et 2943 al. 1 *C.c.Q.* Le rang des droits est clair en l’espèce : art. 2945 *C.c.Q.*

[8] On October 27, 2010, the loan agreement between TD Bank and Ms. Macht was renewed for a term of five years through a document called “Mortgage Renewal Agreement”, under which Ms. Macht was entitled to a cash back amount of \$15,231.27. The maturity date for that new loan was November 1, 2015.

[9] On October 17, 2011, after Ms. Macht defaulted on her payments to them, the respondents obtained a judgment from the Quebec Superior Court allowing their action for forced surrender and taking in payment of the immovable pursuant to their second hypothec. They were therefore declared to be the owners of the immovable.

[10] On November 15, 2011, TD Bank served Ms. Macht with a prior notice of the exercise of a hypothecary right because she was in default in paying her arrears and interest on the principal of the mortgage loan granted by TD Bank. The prior notice was registered in the land register on December 5, 2011. On February 6, 2012, 60 days having elapsed since the registration of the prior notice, TD Bank filed a motion to institute proceedings for forced surrender and taking in payment in which it named Ms. Macht as the sole defendant.

[11] Following a series of letters between counsel for the respondents and counsel for the appellant, the respondents successively paid, under protest, for the benefit of the appellant, \$30,610.88 on February 17, 2012 and \$12,343.77 on February 29, 2012 in order to remedy Ms. Macht’s default.

[12] It is in this context that, on March 8, 2012, the respondents filed a declaration of aggressive intervention in the litigation between TD Bank and Ms. Macht. They invoked their status as owners of the immovable and sought the dismissal of TD Bank’s motion to institute proceedings. They stated the following in the declaration:

4. The defendant Linda Macht having already judicially been forced to surrender in favour of the interveners the

[8] Le 27 octobre 2010, le contrat de prêt entre la Banque TD et Mme Macht est renouvelé pour un terme de cinq ans en vertu d’un document intitulé « *Mortgage Renewal Agreement* » ([TRADUCTION] « Convention de renouvellement hypothécaire »), qui permet à Mme Macht de retirer des liquidités à hauteur de 15 231,27 \$. Ce nouveau prêt doit venir à échéance le 1<sup>er</sup> novembre 2015.

[9] Le 17 octobre 2011, Mme Macht étant en défaut à leur égard, les intimés obtiennent un jugement de la Cour supérieure du Québec accueillant leur recours en délaissement forcé et prise en paiement de l’immeuble en vertu de leur hypothèque de second rang. Ils sont donc déclarés propriétaires de l’immeuble.

[10] Le 15 novembre 2011, la Banque TD signifie un préavis d’exercice d’un droit hypothécaire à Mme Macht, celle-ci étant en défaut de payer ses arriérés et intérêts sur le capital du prêt hypothécaire consenti par la Banque TD. Le préavis d’exercice est inscrit au registre foncier le 5 décembre 2011. Le 6 février 2012, 60 jours s’étant écoulés depuis l’inscription du préavis d’exercice, la Banque TD dépose une requête introductive d’instance en délaissement forcé et prise en paiement, dans laquelle elle désigne Mme Macht comme seule partie défenderesse.

[11] Suite à une série de correspondances entre les avocats des intimés et de l’appelante, les intimés paient successivement, sous protêt, au bénéfice de l’appelante, les sommes de 30 610,88 \$ le 17 février 2012 et 12 343,77 \$ le 29 février 2012 afin de remédier au défaut de Mme Macht.

[12] C’est dans ce contexte que, le 8 mars 2012, les intimés déposent une déclaration d’intervention agressive au litige opposant la Banque TD et Mme Macht. Ils invoquent leur qualité de propriétaires de l’immeuble, et recherchent le rejet de la requête introductive d’instance de la Banque TD. Ils y affirment que :

[TRADUCTION]

4. La défenderesse Linda Macht ayant été contrainte par voie judiciaire de délaisser l’immeuble décrit ci-dessus

immovable property hereinabove described is therefore no longer the person against whom the hypothecary right can be exercised;

5. Thus the persons against whom the hypothecary right (forced surrender and taking in payment) can be exercised are the interveners;
6. The interveners as owners and as the person against whom the hypothecary right should be exercised have since remedied the omission or breach set forth in the prior notice . . . [Emphasis added.]

(A.R., vol. II, at p. 80)

The respondents argued that by remedying Ms. Macht's default, they had defeated TD Bank's right to exercise its hypothecary remedy. TD Bank therefore discontinued its proceedings on March 20, 2012.

[13] On July 10, 2012, TD Bank served a new prior notice of the exercise of a hypothecary right, this time on the respondents, for the balance of the amount due, which was \$327,661.90: A.R., vol. II, at pp. 95-97. The prior notice was registered on August 8, 2012. On August 22, 2012, the respondents filed a motion to institute proceedings, which they served on TD Bank, in order to have TD Bank's hypothec declared extinguished by reason of novation, to have that hypothec cancelled and to claim reimbursement of the amounts paid under protest. No allegation regarding prescription of any kind was made at that time. On October 11, 2012, TD Bank filed a motion for forced surrender and taking in payment in which the respondents were named as the defendants. It seems that, at the time, Ms. Macht was nowhere to be found.

[14] The proceedings moved forward in the Superior Court, and the two cases — the respondents' motion for a declaratory judgment and for cancellation of the hypothec and the appellant's motion for forced surrender and taking in payment — were joined on March 18, 2013. On January 22, 2014, the respondents requested a postponement of the hearing scheduled for February 24, 2014 because Harold Young was convalescing from a medical

en faveur des intervenants, elle n'est donc plus la personne contre qui le droit hypothécaire peut être exercé;

5. Par conséquent, les personnes contre qui le droit hypothécaire (délaissement forcé et prise en paiement) peut être exercé sont les intervenants;
6. Les intervenants, comme propriétaires et comme personnes contre qui le droit hypothécaire devrait être exercé, ont depuis remédié à l'omission ou au manquement énoncé dans le préavis . . . [Je souligne.]

(d.a., vol. II, p. 80)

Les intimés soutiennent qu'en remédiant au défaut de Mme Macht, ils ont fait échec au droit de la Banque TD d'exercer son recours hypothécaire. La Banque TD se désiste donc de son recours le 20 mars 2012.

[13] Le 10 juillet 2012, la Banque TD signifie un nouveau préavis d'exercice d'un droit hypothécaire, cette fois-ci aux intimés, pour le solde de la somme due, soit 327 661,90 \$ : d.a., vol. II, p. 95-97. Le préavis est inscrit le 8 août 2012. Le 22 août 2012, les intimés déposent une requête introductive d'instance, qu'ils signifient à la Banque TD, pour faire déclarer l'extinction de l'hypothèque de la Banque TD pour cause de novation et obtenir sa radiation, ainsi que pour réclamer le remboursement des sommes versées sous protêt. Il n'y a alors aucune allégation relative à quelque prescription que ce soit. Le 11 octobre 2012, la Banque TD dépose une requête en délaissement forcé et prise en paiement, citant les intimés à titre de défendeurs. Madame Macht semble alors être introuvable.

[14] Les instances progressent devant la Cour supérieure et les deux dossiers, soit la requête en jugement déclaratoire et en radiation d'hypothèque des intimés et la requête en délaissement forcé et prise en paiement de l'appelante, sont réunis le 18 mars 2013. Le 22 janvier 2014, les intimés demandent une remise de l'audience prévue le 24 février 2014 au motif que M. Harold Young est en convalescence médicale. La remise est accordée de consentement

condition. The postponement was granted by consent on February 13, 2014. The hearing in the Superior Court was held on November 2, 2015 and judgment was rendered on February 19, 2016, more than three years after TD Bank filed its motion for forced surrender and taking in payment.

## II. Judgments Below

### A. *Quebec Superior Court, 2016 QCCS 838 (Goulet J.)*

[15] The Superior Court granted TD Bank's motion. The court, per Goulet J., ordered the forced surrender of the immovable and declared TD Bank its owner. The respondents' main argument in the Superior Court was that the Mortgage Renewal Agreement entered into by TD Bank and Ms. Macht on October 27, 2011 constituted a new loan and therefore effected novation, thereby affecting the rank of TD Bank's hypothec. During the weeks prior to the hearing, the respondents raised a second argument, namely that TD Bank's remedy was prescribed: paras. 24-25 and 60 (CanLII).

[16] The trial judge pointed out that novation cannot be presumed and that the respondents bore the onus of proving its existence: paras. 34-35. He found that such proof had not been made in this case, noting that there was no language in the Mortgage Renewal Agreement revealing a clear intention to novate: para. 41. In addition, the hypothecary loan provided that the first hypothec also secured future debts, in accordance with art. 2688 *C.C.Q.* The trial judge was therefore of the view that novation had not been effected and that even if the renewal had created a new debt, it would be a future debt covered by the hypothec: para. 51.

[17] The judge then considered the argument relating to extinctive prescription. He had to determine whether the fact that Ms. Macht had not been served with the prior notice of the exercise of a hypothecary right had any effect on TD Bank's hypothecary remedy: para. 68. Although art. 2757 *C.C.Q.* suggests

le 13 février 2014. L'audience devant la Cour supérieure a lieu le 2 novembre 2015, et le jugement est rendu le 19 février 2016, soit plus de trois ans après le dépôt de la requête de la Banque TD en délaissement forcé et prise en paiement.

## II. Jugements des instances inférieures

### A. *Cour supérieure du Québec, 2016 QCCS 838 (le juge Goulet)*

[15] La Cour supérieure accueille la requête de la Banque TD. Sous la plume du juge Goulet, la cour ordonne le délaissement forcé de l'immeuble et déclare la Banque TD propriétaire de celui-ci. L'argument principal des intimés devant la Cour supérieure était que la Convention de renouvellement hypothécaire conclue entre la Banque TD et Mme Macht le 27 octobre 2011 constituait un nouveau prêt et opérait donc novation, ce qui aurait affecté le rang de l'hypothèque de la Banque TD. Dans les semaines précédant l'audition, les intimés ont fait valoir un deuxième moyen, soit celui de la prescription du recours de la Banque TD : par. 24-25 et 60 (CanLII).

[16] Le premier juge rappelle que la novation ne se présume pas et que le fardeau de prouver son existence revient aux intimés : par. 34-35. Il conclut que cette preuve n'a pas été faite en l'espèce, en soulignant l'absence de langage permettant de dégager une intention claire de novater dans la Convention de renouvellement hypothécaire : par. 41. Plus encore, le prêt hypothécaire prévoyait que l'hypothèque de premier rang garantissait également les dettes futures, aux termes de l'art. 2688 *C.c.Q.* Ainsi, le premier juge est d'avis qu'il n'y a pas eu novation et que même si le renouvellement créait une nouvelle dette, elle constituerait une dette future couverte par l'hypothèque : par. 51.

[17] Le juge considère ensuite l'argument relatif à la prescription extinctive. Il doit déterminer si l'absence de signification du préavis d'exercice d'un droit hypothécaire à Mme Macht a une incidence quelconque sur le recours hypothécaire de la Banque TD : par. 68. Malgré que l'art. 2757 *C.c.Q.* suggère

that service of a prior notice on the debtor is mandatory, the judge noted that the commentary of the Minister of Justice on this article is more equivocal. Citing Professor Denise Pratte, who observes that the courts have not sanctioned a failure to serve in the absence of prejudice, and mentioning that the debtor, Ms. Macht, had not only not been prejudiced but had been impossible to find when the prior notice was served, the judge held that service on the respondents alone was sufficient: para. 73.

[18] The judge applied the same reasoning to the hypothecary action and found that failure to serve the proceeding on Ms. Macht, a debtor who no longer had any real rights in the immovable, was not fatal. It followed that the respondents could not argue that extinctive prescription had extinguished the appellant's right for non-use. The appellant had instituted its action in a timely manner, and the [TRANSLATION] "delay before the conclusion of the hearing", that is, the delay between the filing of the motion and the judgment, could not be attributed to it: para. 90.

B. *Quebec Court of Appeal, 2018 QCCA 810 (Bich and Savard J.J.A. and Emery J. (ad hoc))*

[19] The Court of Appeal allowed the respondents' appeal and dismissed the appellant's hypothecary action. It noted that a hypothec is accessory to the obligation it secures. Thus, the secured obligation must not be prescribed at the time the creditor institutes a hypothecary action, because if it is prescribed, the claim is no longer due within the meaning of art. 2748 para. 2 *C.C.Q.*: para. 22 (CanLII). These principles apply in the same way where the action is brought against the person holding the hypothecated property rather than against the debtor of the obligation: para. 27.

[20] The Court of Appeal noted that when TD Bank filed its hypothecary action, the claim on which it was based was not prescribed. Prescription was rather acquired during the course of the proceeding: para. 28. The Court of Appeal found that the appellant's claim had been extinguished on July 10, 2015 and that the hypothecary action brought against the respondents had not interrupted prescription: paras. 29 and 33. Because Ms. Macht was not a party

que la signification du préavis d'exercice au débiteur est obligatoire, le juge note que les commentaires du ministre de la Justice sous cet article sont plus nuancés. Citant la professeure Denise Pratte, qui remarque que la jurisprudence n'a pas sanctionné le défaut de signification en l'absence de préjudice, et rappelant que la débitrice non seulement ne subit pas de préjudice, mais est introuvable au moment de la signification du préavis, le juge conclut que la seule signification aux intimés est suffisante : par. 73.

[18] Le juge applique le même raisonnement au recours hypothécaire pour conclure que le défaut de signification de la procédure à Mme Macht, une débitrice qui ne détient plus de droits réels sur l'immeuble, n'est pas fatal. Il en ressort que les intimés ne peuvent prétendre que la prescription extinctive est venue éteindre le droit de l'appelante pour cause de non-usage. L'appelante a institué son recours en temps utile et le « délai avant le terme de l'audition », c'est-à-dire le délai entre le dépôt de la requête et le jugement, ne lui est pas imputable : par. 90.

B. *Cour d'appel du Québec, 2018 QCCA 810 (les juges Bich et Savard et le juge Emery (ad hoc))*

[19] La Cour d'appel accueille l'appel des intimés et rejette le recours hypothécaire de l'appelante. Elle rappelle que l'hypothèque est l'accessoire de l'obligation qu'elle garantit. Cela étant, l'obligation garantie ne doit pas être prescrite au moment où le créancier entreprend son action hypothécaire puisque la créance n'est alors plus exigible au sens de l'art. 2748 al. 2 *C.c.Q.* : par. 22 (CanLII). Ces principes s'appliquent de la même façon lorsque le recours est intenté contre la personne qui détient le bien hypothéqué plutôt que contre le débiteur de l'obligation : par. 27.

[20] La Cour d'appel note que lorsque la Banque TD intente son action hypothécaire, la créance qui fonde l'action n'est pas prescrite. La prescription a plutôt été acquise pendant l'instance : par. 28. En effet, la Cour d'appel est d'avis que la créance de l'appelante s'est éteinte le 10 juillet 2015 et que l'action hypothécaire intentée contre les intimés n'a pas interrompu la prescription : par. 29 et 33. Puisque Mme Macht n'était pas partie à l'action

to the hypothecary action and had not been served with the proceedings, the interruption of prescription did not apply to her, in accordance with arts. 2892 and 2896 *C.C.Q.*: para. 33. Thus, the bringing of a hypothecary action against the person who holds the hypothecated property and who is not the debtor of the personal obligation does not interrupt prescription of that obligation, which continues to run during the proceeding: para. 34. The Superior Court should therefore have dismissed the hypothecary action, since on the date of the judgment, the claim was prescribed and the hypothec was extinguished: para. 35.

### III. Issues

[21] The parties submit the following issues:

[TRANSLATION]

1. Under Quebec law, does the bringing of an application for forced surrender for taking in payment, a purely hypothecary remedy, constitute a separate and independent remedy or a remedy that depends on the existence and the maintenance during the proceeding of a debt in relation to the original debtor?
2. In the alternative, in the civil law, can court delay in hearing a case and rendering judgment, in light of judicial resources and other circumstances, result in the loss of clear and indisputable rights that a party had at the time of instituting an action?

(R.F., at p. 4; see also A.F., at para. 41)

### IV. Analysis

#### A. *Applicable Principles*

[22] Hypothecs form part of the arsenal of securities available to a creditor to secure a claim and thereby be protected from a defaulting debtor. A hypothec is a real right “made liable for the performance of an obligation” and provides the creditor with a direct link to the property that is the subject of the security: art. 2660 *C.C.Q.*; see also D. Pratte, *Priorités et hypothèques* (3rd ed. 2012), at No. 9. As Professor Pierre-Claude Lafond states,

hypothécaire et n’a pas reçu signification des procédures, l’interruption de la prescription ne vaut pas à son égard, suivant l’application des art. 2892 et 2896 *C.c.Q.* : para. 33. L’institution de l’action hypothécaire contre la personne qui détient le bien hypothéqué et qui n’est pas la débitrice de l’obligation personnelle n’interrompt donc pas la prescription de l’obligation personnelle, laquelle continue de courir pendant l’instance : para. 34. Le tribunal aurait donc dû rejeter l’action hypothécaire puisqu’à la date du jugement, la créance était prescrite et l’hypothèque était éteinte : para. 35.

### III. Questions en litige

[21] Les parties soumettent les questions en litige suivantes :

1. Est-ce qu’en droit québécois, l’exercice d’une demande en délaissement forcé pour prise en paiement, un recours purement hypothécaire, est un recours autonome distinct ou un recours subordonné à l’existence et au maintien pendant l’instance d’une dette à l’égard de la débitrice originale?
2. Subsidiairement, est-ce que la lenteur des Tribunaux à entendre une cause et à rendre jugement, en tenant compte des ressources judiciaires et des autres circonstances, peut, en droit civil, entraîner la perte des droits clairs et incontestables que possédait une partie lors de l’introduction de son recours?

(m.i., p. 4; voir aussi m.a., par. 41)

### IV. Analyse

#### A. *Principes applicables*

[22] L’hypothèque fait partie de l’arsenal de sûretés auquel peut recourir un créancier afin de garantir sa créance et ainsi se protéger contre un débiteur défaillant. L’hypothèque est un droit réel « affecté à l’exécution d’une obligation » et confère au créancier un lien direct avec le bien qui fait l’objet de la garantie : art. 2660 *C.c.Q.*; voir aussi D. Pratte, *Priorités et hypothèques* (3<sup>e</sup> éd. 2012), n<sup>o</sup> 9. Comme l’indique le professeur Pierre-Claude Lafond, « [u]n droit réel



[TRANSLATION] “[a] real right is a *power* that a person can exercise *directly* over property. Because there is a *direct link*, there is no intermediary between the holder of the right and the property”: *Précis de droit des biens* (2nd ed. 2007), at No. 422 (emphasis in original).

[23] Therefore, one of the fundamental features of a hypothec is that it gives the creditor a right to follow. This means that it allows the creditor to follow the property in whatever hands it lies: arts. 2660 and 2751 *C.C.Q.* The right to follow helps ensure the effectiveness of a hypothec as security and enables the creditor to exercise the hypothecary rights provided for in the *Civil Code* [TRANSLATION] “regardless of who holds the property hypothecated in the creditor’s favour”: É. Lambert, *Les sûretés*, vol. 5, *Exercice des droits hypothécaires et extinction des hypothèques* (Art. 2748 à 2802 *C.c.Q.*) (2010), at p. 111. This means that if the hypothecated property leaves the patrimony of the grantor of the hypothec, the creditor can assert his or her right to follow and exercise a hypothecary remedy against the person who has become the owner of the charged property, “who is bound only hypothecarily on the property”: Lambert, at p. 120; see also D. Pratte, “Les recours des créanciers hypothécaires”, in *Collection de droit de l’École du Barreau du Québec 2019-2020*, vol. 7, *Contrats, sûretés, publicité des droits et droit international privé* (2019), 179, at p. 184.

[24] Another fundamental feature of a hypothec is that it is accessory to the principal obligation it secures. This means that it is valid only as long as the obligation whose performance it secures subsists: art. 2661 *C.C.Q.* This affects the prescriptive period applicable to a hypothecary remedy. While actions to enforce immovable real rights are prescribed by 10 years under art. 2923 para. 1 *C.C.Q.*, the prescriptive period for a hypothecary action follows that which applies to a personal action, since the accessory follows the principal: arts. 2661 and 2797 *C.C.Q.*; see also Pratte (2012), at No. 76; C. Gervais, *La prescription* (2009), at pp. 22-23. Three-year extinctive prescription will therefore apply in the case of a hypothec that secures a personal obligation, pursuant to art. 2925 *C.C.Q.*

est un *pouvoir* qu’une personne peut exercer *directement* sur un bien. S’agissant d’un *rapport direct*, il n’existe pas d’intermédiaire entre le titulaire du droit et le bien » : *Précis de droit des biens* (2<sup>e</sup> éd. 2007), n<sup>o</sup> 422 (en italique dans l’original).

[23] Ainsi, un des attributs fondamentaux de l’hypothèque est qu’elle accorde un droit de suite au créancier. L’hypothèque permet donc au créancier de suivre le bien en quelques mains qu’il se trouve : art. 2660 et 2751 *C.c.Q.* Le droit de suite participe à assurer l’efficacité de la garantie qu’est l’hypothèque et fait en sorte que le créancier puisse exercer les droits hypothécaires prévus au *Code civil* « peu importe qui détient le bien hypothéqué en sa faveur » : É. Lambert, *Les sûretés*, vol. 5, *Exercice des droits hypothécaires et extinction des hypothèques* (Art. 2748 à 2802 *C.c.Q.*) (2010), p. 111. C’est ainsi que, si le bien hypothéqué sort du patrimoine du constituant de l’hypothèque, le créancier peut invoquer son droit de suite et exercer un recours hypothécaire contre la personne qui est devenue propriétaire du bien grevé, « [laquelle] est seulement tenu[e] hypothécairement sur ce bien » : Lambert, p. 120; voir aussi D. Pratte, « Les recours des créanciers hypothécaires », dans *Collection de droit de l’École du Barreau du Québec 2019-2020*, vol. 7, *Contrats, sûretés, publicité des droits et droit international privé* (2019), 179, p. 184.

[24] Un autre attribut fondamental de l’hypothèque est son caractère d’accessoire de l’obligation principale qu’elle garantit. Ce caractère accessoire signifie que l’hypothèque ne vaut qu’autant que l’obligation dont elle garantit l’exécution subsiste : art. 2661 *C.c.Q.* Cela a une incidence sur le délai de prescription applicable au recours hypothécaire. Bien que les actions visant à faire valoir des droits réels immobiliers se prescrivent par 10 ans en vertu de l’art. 2923 al. 1 *C.c.Q.*, le délai de prescription de l’action hypothécaire suit celui de l’action personnelle puisque l’accessoire suit le principal : art. 2661 et 2797 *C.c.Q.*; voir aussi Pratte (2012), n<sup>o</sup> 76; C. Gervais, *La prescription* (2009), p. 22-23. La prescription extinctive triennale s’appliquera donc à l’hypothèque qui garantit une obligation personnelle en vertu de l’art. 2925 *C.c.Q.*

[25] While a hypothec is accessory to the principal obligation it secures, it confers rights that are nonetheless distinct. The principal obligation, or the claim, confers *personal* rights and remedies, whereas the hypothec confers *hypothecary* rights and remedies: Pratte (2012), at No. 69. The rights and remedies arising from a hypothec are therefore in addition to the other rights that the law confers on the creditor: L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* (5th ed. 2015), at No. 1627.

[26] The *Civil Code* sets out the range of hypothecary remedies available to a creditor in addition to the personal remedy:

2748. In addition to their personal right of action and the provisional measures provided in the Code of Civil Procedure (chapter C-25.01), creditors may exercise only the hypothecary rights provided in this chapter for the enforcement and realization of their security.

Thus, where their debtor is in default and their claim is liquid and due, they may exercise the following hypothecary rights: they may take possession of the charged property to administer it, take it in payment of their claim, cause it to be sold under judicial authority or sell it themselves.

[27] It is a cardinal principle of the law of hypothecs that the creditor, and only the creditor, has the choice of remedy. The *Civil Code* is clear in this regard; the use of the words “[i]n addition to” in art. 2748 para. 1 *C.C.Q.* shows the freedom that a creditor has to pursue the remedy he or she prefers for asserting a claim. As Louis Payette states, [TRANSLATION] “[t]his choice to exercise personal or real remedies is the creditor’s alone”: No. 1651. To be clear, this choice is multidimensional. Not only can the creditor choose the type of hypothecary remedy he or she wishes to pursue — taking of possession for the purposes of administration, taking in payment, sale under judicial authority or sale by agreement, by a call for tenders or by auction — but the creditor can also choose whether or not to exercise a hypothecary or a personal remedy. After all, as Professor Pratte states, [TRANSLATION] “[a] hypothecary creditor remains above all a creditor, who retains all of his or her rights in the debtor’s entire patrimony”: Pratte (2019), at p. 179. Thus, the

[25] Bien que l’hypothèque soit l’accessoire de l’obligation principale qu’elle garantit, elle confère des droits tout de même distincts. L’obligation principale, ou la créance, confère des droits et recours *personnels*, alors que l’hypothèque confère des droits et recours *hypothécaires* : Pratte (2012), n° 69. Les droits et recours découlant d’une hypothèque s’ajoutent donc aux autres droits que la loi reconnaît au créancier : L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* (5<sup>e</sup> éd. 2015), n° 1627.

[26] Le *Code civil* prévoit la gamme des recours hypothécaires dont dispose le créancier, en plus du recours personnel :

2748. Outre leur action personnelle et les mesures provisionnelles prévues au Code de procédure civile (chapitre C-25.01), les créanciers ne peuvent, pour faire valoir et réaliser leur sûreté, exercer que les droits hypothécaires prévus au présent chapitre.

Ils peuvent ainsi, lorsque leur débiteur est en défaut et que leur créance est liquide et exigible, exercer les droits hypothécaires suivants : ils peuvent prendre possession du bien grevé pour l’administrer, le prendre en paiement de leur créance, le faire vendre sous contrôle de justice ou le vendre eux-mêmes.

[27] Il est un principe cardinal du droit des hypothèques que le créancier, et seul le créancier, a le choix du recours. Le *Code civil* est clair à cet égard; l’emploi du mot « outre » à l’art. 2748 al. 1 *C.c.Q.* démontre la liberté qu’a le créancier d’intenter le recours qu’il préfère pour faire valoir sa créance. Comme le dit l’auteur Louis Payette, « [c]e choix d’exercer des recours personnels ou réels appartient au créancier seul » : n° 1651. Ce choix, je le précise, est multidimensionnel. Le créancier peut non seulement choisir le type de recours hypothécaire qu’il souhaite intenter — que ce soit la prise de possession à des fins d’administration, la prise en paiement, la vente sous contrôle de justice ou la vente de gré à gré, par appel d’offres ou aux enchères — mais encore peut-il choisir d’exercer ou non un recours hypothécaire ou personnel. Après tout, comme le dit la professeure Pratte, « [l]e créancier hypothécaire demeure avant tout un créancier, qui conserve tous ses droits sur l’ensemble du patrimoine de son débiteur » : Pratte (2019), p. 179. Ainsi, la présence

existence of a hypothec does not force the creditor to exercise a hypothecary remedy: Pratte (2012), at No. 487.

[28] The creditor may therefore choose to sue the debtor *in personam* or *in rem* or both. If the creditor chooses to sue the debtor *in personam*, the personal remedy will enable the creditor to obtain a judgment that is enforceable against all property in the debtor's patrimony, whereas if the creditor chooses to sue the debtor *in rem*, the hypothecary remedy will enable the creditor to realize on the hypothecary security on the charged property: Pratte (2012), at No. 488. The creditor can also combine these two remedies if he or she wishes. There are therefore three choices: the creditor can exercise a personal remedy *or* a hypothecary remedy *or* a personal and hypothecary remedy.

[29] It is important to note that even where a personal remedy is exercised concurrently with a hypothecary remedy, each remedy retains its own features. While personal and hypothecary remedies can be pursued jointly, they nevertheless remain two different remedies [TRANSLATION] "that each retain their nature": Payette, at No. 1656, citing R.-J. Pothier, *Œuvres* (Dupin ed.), *Les Traités du droit français*, vol. 7, *Des arrêts et exécutions, etc., Introduction au Titre XX*, at p. 485. A creditor can therefore exercise them at the same time, or even in the same proceeding, without worrying about *lis pendens* or *res judicata*, because their objects are different: Pratte (2019), at p. 180; Pratte (2012), at No. 488; Payette, at No. 1654. Indeed, none of the hypothecary remedies provided for in the *Civil Code* inherently entails personal conclusions against the debtor: Payette, at No. 1656.

[30] I pause for a moment to consider taking in payment, the remedy exercised in the instant case. This hypothecary remedy involves taking the hypothecated property in full payment of the claim: Pratte (2012), at No. 557. Taking in payment therefore enables the creditor to become the owner of the property — whether the value of the property is higher or lower than the value of the creditor's claim — and extinguishes the principal obligation: arts. 2782 para. 1 and 2783 para. 1 *C.C.Q.*; Pratte (2012), at No. 557; Payette, at No. 1901. It can thus truly be

d'une hypothèque ne force pas le créancier à exercer un recours hypothécaire : Pratte (2012), n° 487.

[28] Le créancier peut donc choisir de poursuivre son débiteur *in personam* ou *in rem*, ou les deux. Si le créancier choisit de poursuivre son débiteur *in personam*, le recours personnel lui permettra d'obtenir un jugement exécutable sur l'ensemble des biens du patrimoine de son débiteur, alors que s'il choisit de le poursuivre *in rem*, le recours hypothécaire lui permettra de réaliser la garantie hypothécaire sur le bien grevé : Pratte (2012), n° 488. Le créancier peut également, s'il le souhaite, cumuler ces deux recours. Le choix est donc triple : le créancier peut exercer *ou* un recours personnel, *ou* un recours hypothécaire, *ou* un recours personnel et hypothécaire.

[29] Il est important de noter que, même lorsqu'un recours personnel est exercé concurremment avec un recours hypothécaire, chaque recours conserve ses propres caractéristiques. En effet, quand bien même que les recours personnel et hypothécaire peuvent s'intenter conjointement, ils demeurent néanmoins deux recours différents « qui conservent [chacun] leur nature » : Payette, n° 1656, citant R.-J. Pothier, *Œuvres* (éd. Dupin), *Les Traités du droit français*, vol. 7, *Des arrêts et exécutions, etc., Introduction au Titre XX*, p. 485. Ainsi, le créancier peut les intenter en même temps, voire dans la même procédure, sans craindre la litispendance ni la chose jugée puisqu'ils ont des objets différents : Pratte (2019), p. 180; Pratte (2012), n° 488; Payette, n° 1654. En effet, aucun des recours hypothécaires prévus au *Code civil* ne comporte en soi des conclusions personnelles contre le débiteur : Payette, n° 1656.

[30] Je m'arrête un instant à la prise en paiement, qui est le recours exercé en l'espèce. Ce recours hypothécaire consiste à prendre le bien hypothéqué en paiement complet de la créance : Pratte (2012), n° 557. La prise en paiement permet donc au créancier de devenir propriétaire du bien — que la valeur du bien excède ou soit inférieure à celle de sa créance — et éteint l'obligation principale : art. 2782 al. 1 et 2783 al. 1 *C.c.Q.*; Pratte (2012), n° 557; Payette, n° 1901. On parle donc véritablement d'un transfert de la propriété du bien, qui sort du patrimoine du

said that there is a transfer of the ownership of the property, which leaves the debtor's patrimony and is transferred to that of the creditor, who becomes its owner: Pratte (2012), at No. 575. It should be noted that taking in payment has retroactive effect; the creditor becomes the owner of the hypothecated property and the obligation is extinguished retroactive to the date on which the prior notice of the exercise of a hypothecary right was registered: art. 2783 para. 1 *C.C.Q.*

[31] The circumstances of the case are important, because a creditor contemplating the possibility of taking hypothecated property in payment must assess its value in comparison with the value of his or her claim. This must be done with a view to the higher ranking hypothecs on the property that the creditor seeks to take in payment: Lambert, at pp. 652-54; Pratte (2012), at No. 573. This is because — and this fact is fundamental to the appeal in this case — a hypothecary creditor who takes property in payment takes it as it stood at the time the prior notice was registered, that is, subject to all hypothecs published before the creditor's hypothec was published: art. 2783 para. 1 *C.C.Q. a contrario*. A creditor who takes property in payment in such circumstances, as the respondents did in this case when they took the immovable in payment on the basis of their second hypothec, therefore becomes hypothecarily obligated toward a creditor holding an earlier ranking hypothec: Pratte (2019), at pp. 202-3. As Édith Lambert explains:

[TRANSLATION] Under article 2783 para. 1 *C.C.Q. a contrario*, a creditor who takes property in payment takes it subject to all hypothecs published before the creditor's hypothec was published. As Denise Pratte states, this means that in relation to the higher ranking hypothecary creditors, the lower ranking creditor “who has taken in payment is a third party holder who is not bound personally for the debt but is bound hypothecarily”. A higher ranking creditor who is not paid off can therefore exercise a hypothecary right against the creditor who has taken the property in payment. . . . [Emphasis added; footnote omitted; pp. 692-93.]

[32] Accordingly, everything depends on the circumstances and on the creditor's situation at the time of exercising his or her remedy (or remedies).

débiteur pour être transféré dans celui du créancier qui en devient propriétaire : Pratte (2012), n° 575. Il est à noter que la prise en paiement a un effet rétroactif; le créancier devient propriétaire du bien hypothéqué et l'obligation s'éteint rétroactivement à la date de l'inscription du préavis d'exercice d'un droit hypothécaire : art. 2783 al. 1 *C.c.Q.*

[31] Les circonstances de l'affaire sont importantes, puisque le créancier qui envisage la possibilité d'exercer une prise en paiement doit évaluer la valeur du bien hypothéqué par rapport à la valeur de sa créance. Cet exercice doit se faire en tenant compte des hypothèques de rang supérieur qui grèvent le bien qu'il cherche à prendre en paiement : Lambert, p. 652-654; Pratte (2012), n° 573. En effet, et fait fondamental pour le pourvoi en l'espèce, le créancier hypothécaire qui prend un bien en paiement le prend dans l'état où il se trouvait au moment de l'inscription du préavis, c'est-à-dire à charge des hypothèques publiées avant la sienne : art. 2783 al. 1 *C.c.Q. a contrario*. Le créancier qui prend le bien en paiement dans ces circonstances, tel que l'ont fait les intimés en l'espèce lorsqu'ils ont pris l'immeuble en paiement en raison de leur hypothèque de deuxième rang, devient donc obligé sur le plan hypothécaire à l'égard du créancier détenant une hypothèque antérieure à la sienne : Pratte (2019), p. 202-203. Comme l'explique l'auteure Édith Lambert :

Selon l'article 2783, al. 1 *C.c.Q. a contrario*, le créancier preneur en paiement prend le bien à charge des hypothèques publiées avant la sienne. Ainsi, comme l'exprime Denise Pratte, à l'égard des créanciers hypothécaires de rang supérieur, le créancier de rang inférieur « qui a pris en paiement est un tiers détenteur, non tenu personnellement de la dette, mais tenu hypothécairement ». Par conséquent, si le créancier de rang supérieur n'est pas désintéressé (payé), il peut exercer un droit hypothécaire contre celui qui a pris le bien en paiement . . . [Je souligne; note en bas de page omise; p. 692-693.]

[32] Tout dépend donc des circonstances et de la situation du créancier au moment d'intenter son (ou ses) recours. Il demeure clair, cependant, que ces

It remains clear, however, that these strategic considerations are a matter for the creditor, not for the court.

[33] When exercising a hypothecary remedy, a creditor must first determine from whom the remedy is to be sought. I reiterate that “[t]he creditor may exercise his hypothecary rights in whatever hands the property lies”: art. 2751 *C.C.Q.* It is true that the hypothec, as a real right, gives the creditor a direct link to the property, but that right must nevertheless be exercised against a person who can be answerable for it in court. That person is the holder of the property, who, as such, is under a “real” obligation:

[TRANSLATION] As a result of having possession of property, a person becomes obliged to bear the real rights attached to the property; the person is therefore said to be “under a real obligation”, that is, under an obligation by reason of the property. This is true of a person who acquires hypothecated property without having undertaken to pay the obligation secured by the hypothec: in such a case, the creditor retains the right to exercise his or her hypothecary remedies against the property but does not have the right to bring a personal action against the person. The “real” obligation is not reflected through the entire patrimony. [Footnotes omitted.]

(Payette, at No. 15)

Hypothecary rights are therefore exercised [TRANSLATION] “directly against the person who has the hypothecated property in his or her hands”: Pratte (2019), at p. 184. Usually, that person is the original debtor and grantor of the hypothec, who remains the owner of the hypothecated immovable. However, it is possible that the person will not be the person with whom the hypothecary creditor contracted in the first place: Pratte (2012), at No. 64. Where the property is no longer part of the patrimony of the grantor or the original debtor of the hypothec, the right to follow enables the creditor to exercise a hypothecary remedy against the new owner of the property, [TRANSLATION] “who is bound only hypothecarily on the property”: Lambert, at p. 120.

[34] The *Civil Code* requires certain conditions to be met and preliminary measures to be taken in order for a creditor to exercise a hypothecary remedy. First,

considérations d’ordre stratégique sont du ressort du créancier et non du tribunal.

[33] Lorsque vient le temps d’exercer son recours hypothécaire, le créancier doit d’abord déterminer contre qui il devra intenter son recours. Je rappelle que « [l]e créancier exerce ses droits hypothécaires en quelques mains que le bien se trouve » : art. 2751 *C.c.Q.* Certes, à titre de droit réel, l’hypothèque accorde au créancier un lien direct avec le bien, mais encore faut-il que ce droit soit exercé contre une personne pouvant en répondre devant les tribunaux. Cette personne est celle qui détient le bien et qui, à ce titre, est obligée « réellement » :

À raison de sa possession d’un bien, une personne devient obligée à supporter les droits réels s’y rattachant; on la dit alors « réellement obligée », c’est-à-dire obligée à raison du bien. Ainsi de celle qui acquiert un bien hypothéqué sans avoir pris l’engagement de payer l’obligation garantie par l’hypothèque : le créancier conserve, en ce cas, le droit d’exercer ses recours hypothécaires contre le bien, mais il n’a pas celui de prendre une action personnelle contre cette personne. L’obligation « réelle » ne se reflète pas sur l’ensemble du patrimoine. [Notes en bas de page omises.]

(Payette, n° 15)

Les droits hypothécaires s’exercent donc « directement contre celui qui a le bien hypothéqué entre les mains » : Pratte (2019), p. 184. Habituellement, il s’agit du débiteur original et constituant de l’hypothèque, qui est toujours propriétaire de l’immeuble hypothéqué. Cependant, il se peut que cette personne ne soit pas la personne avec qui le créancier hypothécaire avait contracté en premier lieu : Pratte (2012), n° 64. En effet, lorsque le bien ne fait plus partie du patrimoine du constituant ou du débiteur original de l’hypothèque, le droit de suite permet au créancier d’exercer un recours hypothécaire contre le nouveau propriétaire du bien, « lequel est seulement tenu hypothécairement sur ce bien » : Lambert, p. 120.

[34] Le *Code civil* prévoit que certaines conditions doivent être remplies et certaines mesures préalables accomplies pour l’exercice du recours hypothécaire



the conditions set out in art. 2748 para. 2 *C.C.Q.* must be met: the debtor must be in default and the claim must be liquid and due. In addition, art. 2749 *C.C.Q.* provides that the creditor may not exercise his or her hypothecary rights before the period determined in art. 2758 *C.C.Q.* for surrender of the property has expired. The creditor must therefore serve and register a prior notice of the exercise of a hypothecary remedy that specifies the period provided for by law for the surrender of the hypothecated property: arts. 2757 and 2758 *C.C.Q.* This requirement allows the defaulting debtor to know with certainty the time limit for remedying the default and gives interested third persons enough time to defeat the exercise of the hypothecary right: Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), at p. 1722.

[35] The condition imposed by art. 2749 *C.C.Q.* is therefore in addition to the requirements set out in art. 2748 *C.C.Q.* for the exercise of a hypothecary remedy. Only after the period for surrender of the property has expired can the creditor exercise a hypothecary right. In my view, it is at that time, i.e. at the time the remedy is exercised — not the time of the judgment — that a court must determine whether the conditions of art. 2748 *C.C.Q.* are met, including the condition that the claim be liquid and due, and whether the remedy was therefore exercised in a timely manner.

[36] Indeed, whether or not the secured claim is prescribed must be assessed by a court *at the time the remedy was exercised*. The wording of arts. 2748 and 2749 *C.C.Q.* clearly focuses on the “exercise” of rights:

2748. In addition to their personal right of action and the provisional measures provided in the Code of Civil Procedure (chapter C-25.01), creditors may exercise only the hypothecary rights provided in this chapter for the enforcement and realization of their security

Thus, where their debtor is in default and their claim is liquid and due, they may exercise the following hypothecary rights: they may take possession of the charged

par le créancier. Tout d’abord, les conditions prévues à l’art. 2748 al. 2 *C.c.Q.* doivent être présentes : le débiteur doit être en défaut et la créance doit être liquide et exigible. De plus, l’art. 2749 *C.c.Q.* prévoit que le créancier ne peut exercer ses droits hypothécaires avant l’expiration du délai imparti pour délaisser le bien tel qu’il est fixé par l’art. 2758 *C.c.Q.* Le créancier doit ainsi signifier et inscrire un préavis d’exercice d’un recours hypothécaire qui contient le délai prévu par la loi pour le délaissement du bien hypothéqué : art. 2757 et 2758 *C.c.Q.* Cette exigence permet au débiteur en défaut de connaître avec certitude le délai dont il bénéficie pour remédier au défaut et accorde assez de temps aux tiers intéressés pour faire échec à l’exercice du droit hypothécaire : Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), p. 1722.

[35] La condition imposée par l’art. 2749 *C.c.Q.* s’ajoute donc aux exigences prévues à l’art. 2748 *C.c.Q.* pour l’exercice du recours hypothécaire. Ce n’est qu’après l’écoulement du délai pour délaisser le bien que le créancier pourra exercer son droit hypothécaire. À mon avis, c’est à ce moment, soit celui de l’exercice du recours, et non au moment du jugement, que la cour doit se placer afin de déterminer si les conditions de l’art. 2748 *C.c.Q.* sont remplies, notamment si la créance est liquide et exigible, et si le recours a donc été exercé en temps utile.

[36] En effet, c’est *au moment de l’exercice du recours* que le tribunal doit évaluer si la créance garantie est ou non prescrite. Le libellé des art. 2748 et 2749 *C.c.Q.* est clairement axé sur cette question d’« exercice » :

2748. Outre leur action personnelle et les mesures provisionnelles prévues au Code de procédure civile (chapitre C-25.01), les créanciers ne peuvent, pour faire valoir et réaliser leur sûreté, exercer que les droits hypothécaires prévus au présent chapitre.

Ils peuvent ainsi, lorsque leur débiteur est en défaut et que leur créance est liquide et exigible, exercer les droits hypothécaires suivants : ils peuvent prendre possession du



property to administer it, take it in payment of their claim, cause it to be sold under judicial authority or sell it themselves.

2749. Creditors may not exercise their hypothecary rights before the period determined in article 2758 for surrender of the property has expired.

[37] A prudent hypothecary creditor will therefore have verified the length of the period that applies in his or her case pursuant to art. 2758 para. 2 *C.C.Q.* in order to ensure that the claim will not be prescribed when that period expires. In other words, the creditor will have ensured that the claim will still be due, in addition to being liquid, and that he or she will therefore be able to exercise his or her hypothecary rights, provided, of course, that the default has not been remedied within the specified period.

[38] It is when a motion is filed and served that a hypothecary remedy is exercised. While the registration of a prior notice of the exercise of a hypothecary right marks the start of the period provided for in art. 2758 para. 2 *C.C.Q.*, it does not in fact represent the exercise of the hypothecary right itself:

[TRANSLATION] The choice of the term “prior notice”, and the prohibition in article 2749 C.C. against exercising a hypothecary remedy before a predetermined period arising from that notice has expired, shows that the legislature intended the notice to be a preliminary measure to the exercise of such remedies. The prior notice must precede this “exercise” but is not, strictly speaking, its starting point. Thus, it is not equivalent to the filing of a judicial application and it does not interrupt prescription; it states an intention, which the creditor can revoke without any need for a formal discontinuance or cancellation of registration. [Emphasis added.]

(Payette, at No. 1747)

[39] It is not the prior notice of the exercise of a hypothecary right, but rather the motion for forced surrender and taking in payment, that constitutes a judicial application capable of interrupting prescription within the meaning of art. 2892 para. 1 *C.C.Q.*, which reads as follows:

bien grevé pour l’administrer, le prendre en paiement de leur créance, le faire vendre sous contrôle de justice ou le vendre eux-mêmes.

2749. Les créanciers ne peuvent exercer leurs droits hypothécaires avant l’expiration du délai imparti pour délaisser le bien tel qu’il est fixé par l’article 2758.

[37] Le créancier hypothécaire prévoyant aura donc vérifié la durée du délai qui s’applique à son cas en vertu de l’art. 2758 al. 2 *C.c.Q.*, afin de s’assurer qu’à l’expiration de ce délai la créance ne sera pas prescrite, c’est-à-dire qu’elle sera toujours exigible en plus d’être liquide, et qu’il peut donc exercer ses droits hypothécaires si, évidemment, il n’a pas été remédié au défaut pendant le délai imparti.

[38] Le moment de l’exercice du recours hypothécaire est celui où la requête a été déposée et signifiée. En effet, même si l’inscription du préavis d’exercice d’un droit hypothécaire marque le début de l’écoulement du délai prévu à l’art. 2758 al. 2 *C.c.Q.*, elle ne représente pas l’exercice du droit hypothécaire lui-même :

Le choix du terme « préavis », et, aussi, l’interdiction faite à l’article 2749 C.c.Q. d’exercer un recours hypothécaire avant l’expiration d’un délai préfix consécutif à ce préavis, démontre l’intention du législateur d’en faire une mesure préalable à l’exercice de ces recours. Le préavis doit précéder cet « exercice » mais n’en constitue pas à proprement parler le point de départ. Ainsi, il n’équivaut pas au dépôt d’une demande en justice et n’interrompt pas la prescription; il annonce une intention, révoquant par le créancier sans nécessité d’un désistement formel ni radiation d’inscription. [Je souligne.]

(Payette, n° 1747)

[39] Ce n’est pas le préavis d’exercice d’un droit hypothécaire, mais plutôt la requête en délaissement forcé et prise en paiement qui constitue une demande en justice susceptible d’interrompre la prescription au sens de l’art. 2892 al. 1 *C.c.Q.*, lequel se lit comme suit :

The filing of a judicial application before the expiry of the prescriptive period constitutes a civil interruption, provided the demand is served on the person to be prevented from prescribing not later than 60 days following the expiry of the prescriptive period.

Indeed, it is at the time that the motion for surrender is filed and served that the rights crystallize. It is at this moment that one must consider whether the claim (the principal obligation) is prescribed.

[40] Once filed, the motion interrupts prescription until a judgment is rendered:

2896. An interruption resulting from a judicial application continues until the judgment has become final or, as the case may be, until a transaction has intervened between the parties.

The interruption has effect with regard to all the parties with respect to any right arising from the same source.

Moreover, art. 2783 para. 1 *C.C.Q.* provides that “[a] creditor who has taken property in payment becomes the owner of it from the time of registration of the prior notice”.

[41] The “same source” notion is worth emphasizing. It has consistently been held that the words “same source” must be interpreted broadly: *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, at paras. 103-4; *ABB Inc. v. Domtar Inc.*, 2005 QCCA 733, [2005] R.J.Q. 2267, at paras. 95-98, aff’d 2007 SCC 50, [2007] 3 S.C.R. 461; see also Gervais, at p. 139. It is clear that a hypothecary remedy has its source in the obligation being secured:

[TRANSLATION] However, the fact that these remedies have different objects is not a basis for concluding that they do not arise from the same source within the meaning of article 2896 *C.C.Q.* Indeed, both the hypothecary remedy and the personal remedy exercised by the plaintiff have their source in the claim for \$43,800 and, in both cases, it was Goyette’s failure to meet his obligations that gave rise to the proceedings. The Court adopts the following statement by Brossard J.A.:

Le dépôt d’une demande en justice, avant l’expiration du délai de prescription, forme une interruption civile, pourvu que cette demande soit signifiée à celui qu’on veut empêcher de prescrire, au plus tard dans les 60 jours qui suivent l’expiration du délai de prescription.

En effet, c’est au moment du dépôt et de la signification de la requête en délaissement que les droits sont cristallisés. C’est à ce moment que l’on doit considérer si la créance (l’obligation principale) est ou non prescrite.

[40] Une fois déposée, la requête interrompt la prescription jusqu’au prononcé du jugement :

2896. L’interruption résultant d’une demande en justice se continue jusqu’au jugement passé en force de chose jugée ou, le cas échéant, jusqu’à la transaction intervenue entre les parties.

Elle a son effet, à l’égard de toutes les parties, pour tout droit découlant de la même source.

D’ailleurs, l’art. 2783 al. 1 *C.c.Q.* prévoit que « [l]e créancier qui a pris le bien en paiement en devient le propriétaire à compter de l’inscription du préavis ».

[41] Il vaut d’insister sur la notion de « même source ». Il est de jurisprudence constante que les mots « même source » doivent recevoir une interprétation large : *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 103-104; *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, 2005 QCCA 733, [2005] R.J.Q. 2267, par. 95-98, conf. par 2007 CSC 50, [2007] 3 R.C.S. 461; voir aussi Gervais, p. 139. Or, il est clair que le recours hypothécaire tire sa source de l’obligation garantie :

Toutefois, le fait que ces recours aient des objets différents ne permet pas de conclure qu’ils n’originent pas de la même source, au sens de l’article 2896 *C.c.Q.* En effet, tant le recours hypothécaire que le recours personnel exercés par le demandeur tirent leur source dans la créance de 43 800 \$ et, dans les deux cas, c’est le défaut de Goyette de respecter ses obligations qui est à l’origine des procédures. Le tribunal fait siens ces propos du juge Brossard de la Cour d’appel :

It seems to me that the bases of the two remedies, though technically not the same, are sufficiently connected to conclude that both remedies arise from the same source and to dispose of the argument based on prescription [*Banque de Nouvelle-Écosse v. Exarhos*, [1995] R.J.Q. 63 (C.A.), at p. 70].

...

The Court pursues this reasoning: “Without a claim, there can be no hypothec”. Although the two remedies have different objects, they arise from the same source and therefore meet the criterion in article 2896 paragraph 2 for finding that prescription has been interrupted. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

(*Barakett v. Goyette*, 1999 CanLII 11983 (Que. Sup. Ct.), at paras. 45-48; see also *Latcon Ltd. v. Radial Investments Ltd.*, 2008 QCCS 35, at para. 199 (CanLII).)

Even if one accepts that there is no *lis pendens* between a personal action and a hypothecary action because there is no identity of object, the “same source” concept is broader. There is nothing inconsistent in the fact that the filing of a hypothecary action can interrupt prescription of the obligation for the purposes of that action.

[42] I see no conflict here with the principle that the accessory follows the principal. A hypothecary remedy remains closely connected with the secured obligation even though it is exercised on a different basis, i.e. a hypothecary basis. Like a personal remedy, a hypothecary remedy must be exercised while the principal obligation is not prescribed.

[43] This shows the full importance of the choice to be made by the creditor. Quebec civil law does not penalize a creditor who chooses to exercise a hypothecary remedy alone: [TRANSLATION] “A hypothecary creditor who chooses to pursue a hypothecary remedy is not required to bring a personal action in order to interrupt prescription” (Pratte (2012), at No. 487, citing *Poulin-Sansoucy v. Services immobiliers Simmco D.P. inc.*, 2000 CanLII 10400 (Que. C.A.)). This means that, provided that the conditions set out in arts. 2748 and 2749 *C.C.Q.* are met, the

Il me paraît que les fondements des deux recours, même s’ils ne sont pas techniquement les mêmes, sont suffisamment connexes pour conclure que les deux recours résultent d’une même source et disposer de l’argument fondé sur la prescription [*Banque de Nouvelle-Écosse c. Exarhos*, [1995] R.J.Q. 63 (C.A.), p. 70].

...

Le Tribunal poursuit ce raisonnement : « Sans créance, il ne peut exister aucune hypothèque ». Or, si les deux recours ont des objets différents, ils originent de la même source et rencontrent ainsi le critère de l’article 2896 alinéa 2 permettant de conclure à interruption de la prescription. [Je souligne; italique dans l’original omis.]

(*Barakett c. Goyette*, 1999 CanLII 11983 (C.S. Qc), par. 45-48; voir aussi *Latcon Ltd. c. Radial Investments Ltd.*, 2008 QCCS 35, par. 199 (CanLII).)

Même si l’on accepte qu’il n’y ait pas litispendance entre un recours personnel et un recours hypothécaire, faute d’identité d’objet, la notion de « même source » est plus large. Il n’y a pas d’incohérence du fait que le dépôt d’un recours hypothécaire puisse interrompre la prescription de l’obligation pour les fins de son exercice.

[42] Je ne vois là aucune incompatibilité avec le principe voulant que l’accessoire suive le principal. Le recours hypothécaire demeure intimement lié à l’obligation garantie malgré qu’il s’exerce sur une base différente, soit hypothécaire. Tout comme le recours personnel, le recours hypothécaire doit être exercé alors que l’obligation principale n’est pas prescrite.

[43] On y voit toute l’importance du choix que détient le créancier. Le droit civil québécois ne pénalise pas le créancier qui choisit d’exercer un recours hypothécaire seul : « Le créancier hypothécaire qui choisit d’intenter un recours hypothécaire n’est pas tenu d’exercer une action personnelle pour interrompre la prescription » (Pratte (2012), n° 487, citant *Poulin-Sansoucy c. Services immobiliers Simmco D.P. inc.*, 2000 CanLII 10400 (C.A. Qc)). C’est donc dire que l’exercice du recours hypothécaire, pourvu que les conditions prévues aux art. 2748 et 2749

exercise of a hypothecary remedy interrupts prescription on a hypothecary basis.

[44] These principles take on added relevance where a hypothecary remedy is exercised against a person who is not the debtor of the principal obligation, a situation accepted and provided for by the *Civil Code*. Indeed, there are a number of scenarios in which the debtor of an obligation secured by a hypothec and the grantor of the hypothec are two different persons, who are therefore bound in different ways. In such cases, the debtor is bound personally toward the creditor, while the grantor is bound hypothecarily, his or her patrimony not otherwise being affected: see Pratte (2012), at No. 168; Payette, at No. 564; see also, e.g., arts. 2751, 2757, 2758, 2761 and 2769 *C.C.Q.*

[45] Since it is possible that a hypothecary remedy will be exercised against a person other than the debtor of the principal obligation, it is even clearer that the *hypothecary* debtor is the person who is to be prevented from prescribing by exercising a hypothecary remedy: art. 2892 para. 1 *C.C.Q.* That debtor is not necessarily the debtor of the principal obligation but may be a third party grantor, a subsequent purchaser or a second ranking hypothecary creditor who has taken the immovable in payment. In this last case, as I stated above, that creditor takes the property subject to all hypothecs published before his or her hypothec was published. This means that that creditor is bound *propter rem*, or hypothecarily: [TRANSLATION] “In relation to those [earlier ranking] hypothecary creditors, the creditor who has taken in payment is a third party holder who is not bound personally for the debt but is bound hypothecarily” (Pratte (2012), at No. 577; see also *Développements de Normandie inc. v. Delorme*, 2004 CanLII 17395 (Que. C.A.), at para. 8).

[46] In short, a hypothecary remedy must be exercised while the secured obligation is not prescribed. The remedy can be exercised if, at the time of filing, the conditions set out in arts. 2748 and 2749 *C.C.Q.* are met. And the filing of a hypothecary action, when those conditions are met, interrupts prescription of the obligation on a hypothecary basis.

*C.c.Q.* soient respectées, interrompt la prescription sur une base hypothécaire.

[44] Ces principes sont d’une pertinence accrue lorsqu’il s’agit d’exercer un recours hypothécaire à l’endroit d’une personne qui n’est pas la débitrice de l’obligation principale, situation que le *Code civil* accepte et prévoit. En effet, on y trouve plusieurs scénarios où le débiteur de l’obligation garantie par l’hypothèque et le constituant de l’hypothèque sont deux personnes différentes, qui sont donc engagées différemment. Dans de tels cas, le débiteur est engagé personnellement envers le créancier, et le constituant est engagé hypothécairement, son patrimoine n’en étant pas autrement affecté : voir Pratte (2012), n° 168; Payette, n° 564; voir aussi p. ex. art. 2751, 2757, 2758, 2761 et 2769 *C.c.Q.*

[45] Puisqu’il est possible que le recours hypothécaire s’exerce à l’endroit d’une personne autre que le débiteur de l’obligation principale, il est d’autant plus clair que c’est le débiteur *hypothécaire* que l’on cherche à empêcher de prescrire au moyen d’un recours hypothécaire : art. 2892 al. 1 *C.c.Q.* Celui-ci n’est pas forcément le débiteur de l’obligation principale; il peut être un tiers constituant, un acheteur subséquent ou encore un créancier hypothécaire de second rang ayant exercé la prise en paiement de l’immeuble. Comme je l’ai mentionné plus tôt, dans ce dernier cas, le créancier prend le bien à charge des hypothèques publiées avant la sienne. C’est ainsi dire qu’il se trouve à être engagé *propter rem*, ou hypothécairement : « À l’égard de ces créanciers hypothécaires [de rang antérieur], le créancier qui a pris en paiement est un tiers détenteur, non tenu personnellement de la dette, mais tenu hypothécairement » (Pratte (2012), n° 577; voir aussi *Développements de Normandie inc. c. Delorme*, 2004 CanLII 17395 (C.A. Qc), par. 8).

[46] En résumé, le recours hypothécaire doit être exercé alors que l’obligation garantie n’est pas prescrite. Son exercice est possible si, au moment du dépôt, les conditions des art. 2748 et 2749 *C.c.Q.* sont remplies. Et le dépôt d’un recours hypothécaire, alors que ses conditions sont remplies, interrompt la prescription de l’obligation sur une base hypothécaire.

[47] I turn now to the application of these principles in the present case.

### B. *Application*

[48] As I mentioned above, what must be determined in this case is whether, under Quebec law, a motion for forced surrender and taking in payment — a purely hypothecary remedy — brought against a debtor who is not the original debtor constitutes a separate and independent remedy or a remedy that depends on the continued existence during the proceeding of a claim against the original debtor.

[49] Some observations are in order with respect to the legal consequences of the parties' actions in this case.

[50] First of all, when the respondents took the immovable in payment of their claim on the basis of their second hypothec, they became its owners, and Ms. Macht's right of ownership was extinguished: art. 2783 para. 1 *C.C.Q.* From that moment on, TD Bank's hypothecary rights had to be exercised against the respondents as the owners of the immovable, since hypothecary rights are exercised in whatever hands the property lies: art. 2751 *C.C.Q.* The respondents even insisted on this approach in their aggressive intervention.

[51] The respondents' taking of the immovable in payment had significant legal consequences in this case. It should first be noted that it did not affect TD Bank's rights with respect to the immovable, since the respondents acquired the immovable subject to TD Bank's first hypothec: art. 2783 para. 1 *C.C.Q. a contrario*. The respondents thus became hypothecary debtors who were bound *propter rem*, that is, under a real rather than a personal obligation:

[TRANSLATION] The fate of the *hypothecary* creditors is determined by article 2783 *C.C.Q.*, which provides that a creditor takes the property free of all hypothecs published after his or her hypothec is published. This means that a creditor holding a lower ranking hypothec takes

[47] Je me penche maintenant sur l'application de ces principes dans le présent dossier.

### B. *Application*

[48] Comme je l'ai mentionné plus tôt, nous devons déterminer en l'espèce si, en droit québécois, une requête en délaissement forcé et prise en paiement — un recours purement hypothécaire — instituée à l'encontre d'un débiteur qui n'est pas le débiteur original constitue un recours autonome distinct ou bien si elle constitue un recours subordonné au maintien pendant l'instance d'une créance à l'égard du débiteur original.

[49] Certaines observations s'imposent sur les conséquences juridiques des actions des parties dans cette affaire.

[50] Tout d'abord, lorsque les intimés ont pris l'immeuble en paiement de leur créance sur la base de leur hypothèque de second rang, ils en sont devenus propriétaires et le droit de propriété de Mme Macht s'est éteint : art. 2783 al. 1 *C.c.Q.* À partir de ce moment, puisque les droits hypothécaires s'exercent en quelques mains que le bien se trouve, c'est contre les intimés, à titre de propriétaires de l'immeuble, que les droits hypothécaires de la Banque TD devaient s'exercer : art. 2751 *C.c.Q.* Les intimés ont même insisté sur cette approche dans leur intervention agressive.

[51] La prise en paiement de l'immeuble par les intimés a eu des conséquences juridiques importantes en l'espèce. Notons tout d'abord qu'elle n'a eu aucune incidence sur les droits de la Banque TD relativement à l'immeuble. En effet, les intimés ont fait l'acquisition de l'immeuble à charge de l'hypothèque de premier rang de la Banque TD : art. 2783 al. 1 *C.c.Q. a contrario*. Les intimés sont ainsi devenus débiteurs hypothécaires, engagés *propter rem*, c'est-à-dire réellement et non personnellement :

Le sort des créanciers *hypothécaires* est réglé par l'article 2783 *C.c.Q.*, qui prescrit que le créancier prend le bien libre des hypothèques publiées après la sienne. C'est donc dire que le créancier détenant une hypothèque de rang inférieur prend le bien à charge des hypothèques de

the property subject to all earlier ranking hypothecs. In relation to those hypothecary creditors, the creditor who has taken in payment is a third party holder who is not bound personally for the debt but is bound hypothecarily. [Underlining added; italics in original; footnotes omitted.]

(Pratte (2012), at No. 577)

The respondents' taking of the immovable in payment therefore gave TD Bank additional debtors, that is, *in rem* debtors that replaced the original debtor on a hypothecary basis. Rather than being bound both personally and hypothecarily toward TD Bank, Ms. Macht was then bound only personally, and the respondents became debtors who were bound hypothecarily.

[52] Thus, without assuming Ms. Macht's personal debt, the respondents were bound hypothecarily for that debt because they had become the owners of the hypothecated property subject to the hypothec published before theirs was published. Ms. Macht was not released from her personal obligation, but the hypothecary obligation was now owed by another party, the respondents. This means that if the respondents wanted to prevent the taking in payment by TD Bank and thus the loss of their right of ownership in the immovable, they had to remedy the default referred to in the prior notice. This outcome is entirely consistent with the fact that a hypothecary remedy is *in addition* to a creditor's personal remedy: art. 2748 para. 1 *C.C.Q.*

[53] Moreover, it is clear that once Ms. Macht ceased to be the owner of the immovable, the appellant could not seek any hypothecary conclusion against her, since hypothecary rights are exercised in whatever hands the property lies: art. 2751 *C.C.Q.* After the respondents took the immovable in payment, Ms. Macht no longer had any rights in it. The appellant therefore *had* to exercise its hypothecary remedy against the respondents, even if it could — but was not required to — sue Ms. Macht personally. I am of the view that the Court of Appeal disregarded this factual situation in reaching its legal conclusions: para. 34. In my opinion, it decided the case as

rang antérieur. À l'égard de ces créanciers hypothécaires, le créancier qui a pris en paiement est un tiers détenteur, non tenu personnellement de la dette, mais tenu hypothécairement. [Je souligne; en italique dans l'original; notes en bas de page omises.]

(Pratte (2012), n° 577)

Ainsi, la prise en paiement de l'immeuble par les intimés a fait en sorte de procurer à la Banque TD des débiteurs additionnels, c'est-à-dire des débiteurs *in rem* qui remplaçaient la débitrice originale sur le plan hypothécaire. Au lieu d'être tenue à la fois personnellement et hypothécairement envers la Banque TD, Mme Macht n'était désormais tenue que personnellement et les intimés sont devenus des débiteurs tenus hypothécairement.

[52] Ainsi, sans assumer la dette personnelle de Mme Macht, les intimés sont tenus de celle-ci hypothécairement, puisqu'ils sont devenus propriétaires du bien hypothéqué à charge de l'hypothèque publiée avant la leur. Madame Macht n'est pas libérée de son obligation personnelle, mais l'obligation hypothécaire est maintenant due par une autre partie, en l'occurrence, les intimés. Cela signifie que si ces derniers veulent éviter la prise en paiement par la Banque TD et ainsi la perte de leur droit de propriété sur l'immeuble, ils doivent remédier au défaut invoqué dans le préavis. Ce résultat est tout à fait compatible avec le fait que le recours hypothécaire *s'ajoute* au recours personnel que détient un créancier : art. 2748 al. 1 *C.c.Q.*

[53] Par ailleurs, force est de constater que dès que Mme Macht n'est plus propriétaire de l'immeuble, l'appelante ne peut rechercher aucune conclusion hypothécaire à son endroit, puisque les droits hypothécaires s'exercent en quelques mains que le bien se trouve : art. 2751 *C.c.Q.* Or, suivant la prise en paiement de l'immeuble par les intimés, Mme Macht ne détient plus aucun droit sur l'immeuble. Ainsi, l'appelante *devait* exercer son recours hypothécaire à l'endroit des intimés, même si elle pouvait — mais n'était pas tenue de — poursuivre Mme Macht personnellement. Je suis d'avis que la Cour d'appel a ignoré cette situation factuelle en tirant ses



if a single person, Ms. Macht, was bound personally and hypothecarily.

[54] When Ms. Macht’s new default was recorded, and in light of the respondents’ statement in their aggressive intervention that they were “the persons against whom the hypothecary right (forced surrender and taking in payment) can be exercised”, TD Bank decided to serve the respondents with a prior notice of the exercise of a hypothecary right: A.R., vol. II, at pp. 95-97. Despite the respondents’ admission, there was some debate at trial as to whom the appellant had to serve with that prior notice, because art. 2757 *C.C.Q.* and the commentary of the Minister of Justice on that article suggest two different interpretations:

A creditor intending to exercise a hypothecary right must file a prior notice at the registry office, together with evidence that it has been served on the debtor and, where applicable, on the grantor and on any other person against whom he intends to exercise his right.

The registration of the notice must be notified in accordance with the Book on Publication of Rights.

(art. 2757 *C.C.Q.*)

[TRANSLATION] This article is based generally on the provisions of articles 1040*a*, 1979*c* and 1979*i* C.C.L.C. A hypothecary creditor wishing to exercise one of his or her rights will first have to give notice to the person against whom the right will be exercised; it may be the debtor, the grantor or another person, since the creditor may exercise his or her rights in whatever hands the property lies (art. 2751). The prior notice must be served and then published. To ensure that interested third persons are informed of the exercise of a hypothecary right, the registrar is bound to notify them of the registration of the prior notice (art. 3017). [Emphasis added.]

(*Commentaires du ministre de la Justice*, at p. 1726; see also Payette, at No. 1690)

conclusions juridiques : par. 34. Selon moi, la Cour d’appel a statué sur le dossier comme si une seule et même personne, c’est-à-dire Mme Macht, était tenue personnellement et hypothécairement.

[54] Lorsque le nouveau défaut de Mme Macht est constaté, et prenant acte de l’affirmation des intimés dans leur intervention agressive suivant laquelle ils sont [TRADUCTION] « les personnes contre qui le droit hypothécaire (délaissement forcé et prise en paiement) peut être exercé », la Banque TD décide de signifier un préavis d’exercice d’un droit hypothécaire aux intimés : d.a., vol. II, p. 95-97. Malgré l’admission des intimés, une certaine controverse est survenue en première instance concernant la question de savoir à qui l’appelante devait signifier ce préavis. En effet, l’art. 2757 *C.c.Q.* et les commentaires du ministre de la Justice s’y rapportant suggèrent deux interprétations différentes :

Le créancier qui entend exercer un droit hypothécaire doit produire au bureau de la publicité des droits un préavis, accompagné de la preuve de la signification au débiteur et, le cas échéant, au constituant, ainsi qu’à toute autre personne contre laquelle il entend exercer son droit.

L’inscription de ce préavis est dénoncée conformément au livre De la publicité des droits.

(art. 2757 *C.c.Q.*)

Cet article s’inspire généralement des dispositions des articles 1040*a*, 1979*c* et 1979*i* C.C.B.C. Le créancier hypothécaire qui désire exercer l’un de ses droits devra en aviser, au préalable, celui contre qui il exercera son droit; ce peut être le débiteur, le constituant ou une autre personne, puisque le créancier peut exercer ses droits en quelques mains que le bien se trouve (art. 2751). Le préavis doit être signifié et ensuite publié. Afin que les tiers intéressés soient avisés de l’exercice d’un droit hypothécaire, l’officier de la publicité est tenu de leur dénoncer l’inscription du préavis (art. 3017). [Je souligne.]

(*Commentaires du ministre de la Justice*, p. 1726; voir aussi Payette, n° 1690)

[55] In light of the commentary of the Minister of Justice, I agree with the trial judge that service on the respondents, the sole owners of the immovable that was the subject of the remedy, was sufficient. This approach also finds support in the academic literature. As Louis Payette explains:

[TRANSLATION] There is some jurisprudence indicating that where the debtor is not or is no longer the owner of the charged property, failure to serve the prior notice on the debtor does not invalidate the subsequent exercise of the remedy as long as the creditor's motion does not seek any conclusion against that debtor. This line of jurisprudence is justified in a situation where no real or personal award can be made against the debtor and where the debtor is not likely to have an interest to assert in the conduct of the sale of the property. [No. 1769]

Professor Pratte adds the following: [TRANSLATION] “The courts have thus far been very flexible about service of a prior notice on a co-debtor or even on the debtor himself or herself, and do not sanction failure to serve in the absence of prejudice”: Pratte (2019), at p. 185.

[56] Such comments become all the more meaningful when considered in light of practical reality. TD Bank's choice to serve its prior notice only on the respondents was perfectly logical. As mentioned above, a prior notice indicates an intention to exercise a *hypothecary* remedy, and in the case at bar, no *hypothecary* conclusion was — or could be — sought against Ms. Macht, since it could not be demanded that she surrender property she no longer owned. Ms. Macht was therefore not prejudiced by not being served with the prior notice. A prior notice is necessary only to exercise a hypothecary remedy, as a personal remedy is not subject to any such formality: Pratte (2012), at No. 487. The criticism that the appellant acted imprudently is therefore unwarranted. Its approach was consistent with the principles of judicial economy and with the *Civil Code*, since it served the prior notice of the exercise of a hypothecary remedy on its *hypothecary* debtors, the persons against whom it intended to exercise its hypothecary rights: see Payette, at No. 1690.

[55] À la lumière des commentaires du ministre de la Justice, je partage l'opinion du juge de première instance selon laquelle la signification aux intimés, seuls propriétaires de l'immeuble visé par le recours, était suffisante. Cette approche trouve d'ailleurs des points d'appui dans la doctrine. Comme l'explique l'auteur Louis Payette :

Suivant une certaine jurisprudence, l'absence de signification du préavis au débiteur, s'il n'a pas ou n'a plus la propriété du bien grevé, n'invalide pas l'exercice subséquent du recours dans la mesure où la requête du créancier ne comporte aucune conclusion contre ce débiteur. Cette jurisprudence se justifie dans la situation où le débiteur n'est passible d'aucune condamnation réelle ou personnelle et n'est pas susceptible d'avoir un intérêt à faire valoir dans la conduite de la vente du bien. [n° 1769]

La professeure Pratte de renchérit : « La jurisprudence, à ce jour, s'est montrée très souple quant à la signification du préavis à un codébiteur ou même au débiteur lui-même et ne sanctionne pas le défaut de signification en l'absence de préjudice » : Pratte (2019), p. 185.

[56] Ces commentaires prennent d'autant plus de sens lorsqu'on les considère sur le plan pratique. Le choix de la Banque TD de signifier son préavis d'exercice aux intimés seulement est tout à fait logique. Rappelons que le préavis d'exercice dénonce l'intention d'exercer un recours *hypothécaire* et qu'en l'espèce, aucune conclusion *hypothécaire* n'est recherchée — ni ne peut l'être — à l'endroit de Mme Macht, laquelle ne saurait être sommée de délaisser un bien dont elle n'est plus propriétaire. Madame Macht n'a donc subi aucun préjudice en n'ayant pas reçu signification du préavis d'exercice. Le préavis n'est nécessaire que pour l'exercice d'un recours hypothécaire, le recours personnel n'étant assujéti à aucune telle formalité : Pratte (2012), n° 487. Ainsi, l'imprudence reprochée à l'appelante est injustifiée. Son approche est conforme aux principes d'économie judiciaire et au *Code civil* dans la mesure où elle signifie le préavis d'exercice d'un recours hypothécaire à ses débiteurs *hypothécaires*, soit ceux à l'encontre desquels elle entend exercer ses droits hypothécaires : voir Payette, n° 1690.

[57] On October 11, 2012, the period specified in the prior notice of the exercise of a hypothecary remedy having expired, the appellant *exercised* its hypothecary remedy by filing a motion for forced surrender and taking in payment against the respondents. It is at that time, i.e. at the time the remedy is exercised — not the time of the judgment — that a court must determine whether the general conditions for exercising the remedy are met, since it is at that time that the rights crystallize. On that date, the debtor, Ms. Macht, was in default, the claim was liquid and due and the 60-day period had expired. The personal claim secured by the hypothec was not then prescribed, as the Court of Appeal in fact recognized: para. 29. The appellant therefore exercised its hypothecary remedy in a timely manner.

[58] I think it important to point out here that the judicial application that will constitute a civil interruption of prescription must be served “on the person to be prevented from prescribing”: art. 2892 para. 1 *C.C.Q.* In this case, the respondents were the persons TD Bank sought to prevent from prescribing, namely because they were the only persons against whom it sought hypothecary conclusions. The conclusions sought in a motion for forced surrender and taking in payment are purely hypothecary in nature; no conclusion was sought against Ms. Macht on a personal basis. What interest would Ms. Macht have had in contesting the hypothecary action when she no longer had any interest in the property that was the sole object of that action? To ask the question is to answer it. By serving its motion on the respondents, TD Bank met the requirements of art. 2892 para. 1 *C.C.Q.* Moreover, there is no denying that the hypothecary loan agreement between TD Bank and Ms. Macht is the source of all the rights in this case: *Barakett*, at para. 48. The filing of the motion for forced surrender and taking in payment therefore interrupted prescription for the purposes of exercising the hypothecary remedy, which was exercised against the only persons who had an interest as parties to the dispute: art. 2896 *C.C.Q.*

[59] To summarize, Ms. Macht remained under a personal obligation to TD Bank, while the respondents had a real obligation, that is, a hypothecary obligation, from the time they took the hypothecated

[57] Le 11 octobre 2012, le délai du préavis d’exercice d’un recours hypothécaire s’étant écoulé, l’appelante *exerce* son recours hypothécaire en déposant une requête en délaissement forcé et prise en paiement à l’encontre des intimés. C’est à ce moment, soit au moment de l’exercice du recours, et non au moment du jugement, que la cour doit se placer pour déterminer si les conditions générales d’exercice sont remplies, puisque c’est à ce moment que les droits sont cristallisés. Or, à cette date, la débitrice est en défaut, la créance est liquide et exigible et le délai de 60 jours est expiré. La créance personnelle que garantit l’hypothèque n’est alors pas prescrite, comme l’a d’ailleurs reconnu la Cour d’appel : par. 29. L’appelante a donc exercé son recours hypothécaire en temps utile.

[58] Il me semble important de rappeler ici que la demande en justice qui formera une interruption civile de la prescription doit être signifiée « à celui qu’on veut empêcher de prescrire » : art. 2892 al. 1 *C.c.Q.* Or, ce sont les intimés que la Banque TD veut empêcher de prescrire en l’occurrence, notamment puisque ce sont les seules personnes à l’endroit desquelles elle recherche des conclusions hypothécaires. Les conclusions d’une requête en délaissement forcé et prise en paiement sont de nature purement hypothécaire; il n’y a aucune conclusion recherchée visant Mme Macht sur une base personnelle. Quel aurait été l’intérêt de Mme Macht de contester le recours hypothécaire alors qu’elle n’a plus aucun intérêt dans le bien faisant l’unique objet du recours? Poser la question c’est y répondre. En signifiant sa requête aux intimés, la Banque TD remplit les exigences de l’art. 2892 al. 1 *C.c.Q.* Par ailleurs, on ne saurait nier que le contrat de prêt hypothécaire entre la Banque TD et Mme Macht est la source de l’ensemble des droits en l’espèce : *Barakett*, par. 48. Le dépôt de la requête en délaissement forcé et prise en paiement a donc interrompu la prescription pour les fins de l’exercice du recours hypothécaire, lequel est logé à l’endroit des seules personnes ayant un intérêt comme parties au litige : art. 2896 *C.c.Q.*

[59] Pour résumer, Mme Macht demeurait obligée personnellement envers la Banque TD alors que les intimés étaient obligés réellement, c’est-à-dire hypothécairement, à partir du moment où ils ont pris le

property in payment and became the owners of the immovable subject to TD Bank's first hypothec. The respondents were bound *propter rem*, as hypothecary debtors, because the hypothecated property was in their hands. At the time TD Bank filed its hypothecary action, all of the applicable conditions were met: the 60-day period following the registration of its prior notice had expired, its claim was liquid and due, and the debtor, Ms. Macht, was in default. The appellant therefore exercised its hypothecary remedy in a timely manner. It opted to exercise a hypothecary remedy and was not required to bring a personal action as well in order to interrupt prescription: Pratte (2012), at No. 487. By filing and serving its hypothecary action, the appellant interrupted prescription in relation to its hypothecary debtors, the respondents.

[60] In my view, and with respect, the Court of Appeal erred in concluding that the filing of the appellant's action did not interrupt prescription. As I explained above, a court must look to the time when a creditor exercised his or her hypothecary remedy — not the time of the judgment — to determine whether prescription has been acquired and whether the applicable conditions are met: arts. 2748 and 2749 *C.C.Q.* In this case, the appellant exercised its hypothecary remedy in a timely manner, while the personal claim against Ms. Macht was not prescribed.

[61] Given my conclusion on the first issue, I need not consider the appellant's arguments on the impact of the delay caused by the judicial system on its rights. I therefore do not propose to do so.

## V. Conclusion

[62] I would accordingly allow the appeal with costs throughout. I would order the respondents to surrender the immovable, and I would declare the appellant the owner of the immovable.

*Appeal dismissed with costs, CÔTÉ J. dissenting.*

bien hypothéqué en paiement et sont devenus propriétaires de l'immeuble à charge de l'hypothèque de premier rang de la Banque TD. Ces derniers sont engagés *propter rem*, comme débiteurs hypothécaires puisque c'est entre leurs mains que se trouve le bien hypothéqué. Au moment où la Banque TD dépose son recours hypothécaire, toutes les conditions pour son exercice sont remplies : le délai de 60 jours suivant l'inscription de son préavis est expiré, sa créance est liquide et exigible et la débitrice est en défaut. Ainsi, l'appelante a fait valoir son recours hypothécaire en temps utile. L'appelante a opté pour l'exercice d'un recours hypothécaire et n'était pas tenue d'exercer une action personnelle également pour interrompre la prescription : Pratte (2012), n° 487. En déposant et en signifiant son recours hypothécaire, l'appelante a interrompu la prescription à l'égard de ses débiteurs hypothécaires, les intimés.

[60] À mon avis, et avec égards, la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le dépôt du recours de l'appelante n'a pas interrompu la prescription. Tel que je l'explique plus haut, le tribunal doit se placer au moment où le créancier exerce son recours hypothécaire, et non au moment du jugement, afin de déterminer si la prescription est acquise et si les conditions d'exercice sont remplies : art. 2748 et 2749 *C.c.Q.* En l'espèce, l'appelante a intenté son recours hypothécaire en temps utile, alors que la créance personnelle de Mme Macht n'était pas prescrite.

[61] Étant donné ma conclusion à l'égard de la première question, il ne m'est pas nécessaire de considérer les arguments de l'appelante à l'égard de l'impact des délais occasionnés par le système judiciaire sur ses droits. Je propose donc de ne pas m'y pencher.

## V. Conclusion

[62] J'accueillerais donc l'appel avec dépens devant toutes les cours. J'ordonnerais aux intimés de délaisser l'immeuble et je déclarerais l'appelante propriétaire de l'immeuble.

*Pourvoi rejeté avec dépens, la juge CÔTÉ est dissidente.*

*Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault,  
Montreal; Savoie & Savoie, Repentigny, Que.*

*Procureurs de l'appelante : McCarthy Tétrault,  
Montréal; Savoie & Savoie, Repentigny (Qc).*

*Solicitors for the respondents: Carrière Berthiaume,  
Gatineau, Que.*

*Procureurs des intimés : Carrière Berthiaume,  
Gatineau (Qc).*

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

v.

**David Heller** *Respondent*

and

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

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

**2020 SCC 16**

File No.: 38534.

2019: November 6; 2020: June 26.

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

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

c.

**David Heller** *Intimé*

et

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

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

**2020 CSC 16**

N° du greffe : 38534.

2019 : 6 novembre; 2020 : 26 juin.

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



## ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



## Cases Cited

By Abella and Rowe JJ.

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

## Jurisprudence

Citée par les juges Abella et Rowe

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

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

By Brown J.

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

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

Citée par le juge Brown

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

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

By Côté J. (dissenting)

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

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

Citée par la juge Côté (dissidente)

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



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

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

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

### Statutes and Regulations Cited

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

### Treaties and Other International Instruments

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

### Authors Cited

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

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

### Lois et règlements cités

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

### Traités et autres instruments internationaux

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

### Doctrine et autres documents cités

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

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



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

- Ontario. Ministry of Labour, Training and Skills Development. *The Changing Workplaces Review: An Agenda for Workplace Rights — Final Report*. Toronto, 2017.
- Paulsson, Jan. *The Idea of Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Peden, John R. *The Law of Unjust Contracts: Including the Contracts Review Act 1980 (NSW) With Detailed Annotations Procedure and Pleadings*. Scarborough, Ont.: Butterworths, 1982.
- Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.
- Radin, Margaret Jane. “Access to Justice and Abuses of Contract” (2016), 33 *Windsor Y.B. Access Just.* 177.
- Reiter, B. J. “Unconscionability: Is There a Choice? A Reply to Professor Hasson” (1980), 4 *Can. Bus. L.J.* 403.
- Rickett, Charles. “Unconscionability and Commercial Law” (2005), 24 *U.Q.L.J.* 73.
- Rotman, Leonard I. “The ‘Fusion’ of Law and Equity?: A Canadian Perspective on the Substantive, Jurisdictional, or Non-Fusion of Legal and Equitable Matters” (2016), 2 *C.J.C.C.L.* 497.
- Smith, Stephen A. *Contract Theory*. New York: Oxford University Press, 2004.
- Swan, Angela, Jakub Adamski and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
- Thal, Spencer Nathan. “The Inequality of Bargaining Power Doctrine: the Problem of Defining Contractual Unfairness” (1988), 8 *Oxford J. Legal Stud.* 17.
- Uniform Law Conference of Canada. *Uniform Arbitration Act*, 1990 (online: [https://www.ulcc.ca/images/stories/Uniform\\_Acts\\_EN/Arbitrat\\_En.pdf](https://www.ulcc.ca/images/stories/Uniform_Acts_EN/Arbitrat_En.pdf); archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC16\\_1\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC16_1_eng.pdf)).
- United Nations. Commission on International Trade Law. *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*. New York, 2012.
- van den Berg, Albert Jan, ed. *Yearbook Commercial Arbitration 1999*, vol. XXIVa. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 1999.
- Waddams, S. M. “Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations” (1995), 9 *J.C.L.* 55.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 7th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2017.
- Waddams, Stephen. “Abusive or Unconscionable Clauses from a Common Law Perspective” (2010), 49 *Can. Bus. L.J.* 378.
- Waddams, Stephen. *Principle and Policy in Contract Law: Competing or Complementary Concepts?* New York: Cambridge University Press, 2011.
- Ontario. Ministère du Travail, de la Formation et du Développement des compétences. *L’examen portant sur l’évolution des milieux de travail : Un programme pour les droits en milieu de travail — Rapport final*, Toronto, 2017.
- Paulsson, Jan. *The Idea of Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Peden, John R. *The Law of Unjust Contracts : Including the Contracts Review Act 1980 (NSW) With Detailed Annotations Procedure and Pleadings*, Scarborough (Ont.), Butterworths, 1982.
- Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.
- Radin, Margaret Jane. « Access to Justice and Abuses of Contract » (2016), 33 *Windsor Y.B. Access Just.* 177.
- Reiter, B. J. « Unconscionability : Is There a Choice? A Reply to Professor Hasson » (1980), 4 *Rev. can. dr. comm.* 403.
- Rickett, Charles. « Unconscionability and Commercial Law » (2005), 24 *U.Q.L.J.* 73.
- Rotman, Leonard I. « The “Fusion” of Law and Equity? : A Canadian Perspective on the Substantive, Jurisdictional, or Non-Fusion of Legal and Equitable Matters » (2016), 2 *C.J.C.C.L.* 497.
- Smith, Stephen A. *Contract Theory*, New York, Oxford University Press, 2004.
- Swan, Angela, Jakub Adamski and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
- Thal, Spencer Nathan. « The Inequality of Bargaining Power Doctrine : the Problem of Defining Contractual Unfairness » (1988), 8 *Oxford J. Legal Stud.* 17.
- Uniform Law Conference of Canada. *Uniform Arbitration Act*, 1990 (en ligne : [https://www.ulcc.ca/images/stories/Uniform\\_Acts\\_EN/Arbitrat\\_En.pdf](https://www.ulcc.ca/images/stories/Uniform_Acts_EN/Arbitrat_En.pdf); version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC16\\_1\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC16_1_eng.pdf)).
- United Nations. Commission on International Trade Law. *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, New York, 2012.
- van den Berg, Albert Jan, ed. *Yearbook Commercial Arbitration 1999*, vol. XXIVa, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 1999.
- Waddams, S. M. « Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations » (1995), 9 *J.C.L.* 55.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 7th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2017.
- Waddams, Stephen. « Abusive or Unconscionable Clauses from a Common Law Perspective » (2010), 49 *Rev. can. dr. comm.* 378.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[3] Mr. Heller started a class proceeding against Uber in 2017 for violations of the *ESA*. Uber brought a motion to stay the class proceeding in favour of arbitration in the Netherlands. In response, Mr. Heller took the position that the arbitration clause<sup>2</sup> in Uber’s services agreements is invalid, both because it is unconscionable and because it contracts out of mandatory provisions of the *ESA*. The motion judge held that he did not have the authority to decide whether the arbitration agreement was valid and stayed Mr. Heller’s proceeding (2018 ONSC 718, 421 D.L.R. (4th) 343). The Court of Appeal reversed this order, determining, among other things, that the arbitration agreement was unconscionable based on the inequality of bargaining power between the

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

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

[2] David Heller offre des services de livraison de nourriture à Toronto en utilisant les applications d’Uber<sup>1</sup>. Afin de devenir chauffeur pour Uber, il a dû accepter, sans possibilité de négociation, les conditions de l’entente de service standardisée d’Uber. Suivant ces conditions, M. Heller avait l’obligation de résoudre tout différend avec Uber au moyen d’une médiation et d’un arbitrage aux Pays-Bas. Les procédures de médiation et d’arbitrage en cause exigent le paiement de frais administratifs et de dépôt initiaux de 14 500 \$ US, en plus d’honoraires et d’autres frais de participation. M. Heller gagne entre 400 \$ et 600 \$ par semaine. Les frais correspondent à la majeure partie de son revenu annuel.

[3] Monsieur Heller a intenté un recours collectif contre Uber en 2017 pour violations de la *LNE*. Uber a demandé le sursis du recours collectif pour que le différend soit plutôt tranché au moyen d’un arbitrage aux Pays-Bas. En réponse, M. Heller a plaidé que la clause d’arbitrage<sup>2</sup> prévue aux ententes de service d’Uber est nulle, à la fois parce qu’elle est inique et parce qu’elle soustrait les parties par contrat aux dispositions impératives de la *LNE*. Le juge des motions a conclu qu’il n’avait pas le pouvoir de décider si la convention d’arbitrage était valide et il a donc ordonné le sursis de la procédure intentée par M. Heller (2018 ONSC 718, 421 D.L.R. (4th) 343). La Cour d’appel a infirmé cette ordonnance, jugeant, entre autres, que la convention d’arbitrage

<sup>1</sup> We refer to the four appellants collectively as “Uber”.

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

<sup>1</sup> Par « Uber », nous entendons les quatre appelantes collectivement.

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



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

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

#### Background

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

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

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

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

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

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

#### Les faits

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[13] Uber, se fondant sur la clause d’arbitrage prévue à l’entente de service qu’elle a conclu avec M. Heller, a demandé le sursis de l’instance au profit d’un arbitrage aux Pays-Bas<sup>4</sup>. Monsieur Heller a plaidé que la clause d’arbitrage est nulle pour deux raisons : parce qu’elle est inique, et parce qu’elle soustrait les parties par contrat aux mesures de protection impératives de la *LNE*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### Analysis

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

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

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

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

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

### Analyse

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

[19] Nous sommes d'accord avec M. Heller. Le différend qui oppose les parties concerne fondamentalement le travail et l'emploi. La *LACI* n'est pas censée s'appliquer à ce type de causes<sup>5</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### Stay

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

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

#### Exceptions

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

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

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

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

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

#### Sursis

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

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

#### Exceptions

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[64] In *Norberg*, La Forest J. described proving the elements of unconscionability as “a two-step process”, involving “(1) proof of inequality in the positions of the parties, and (2) proof of an improvident bargain” (p. 256). The concurring judgment in *Douez v. Facebook Inc.*, [2017] 1 S.C.R. 751, followed a similar approach in a case involving a standard form consumer contract<sup>6</sup>:

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

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

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

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

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

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

[64] Dans l’arrêt *Norberg*, le juge La Forest a décrit l’établissement des éléments constitutifs de l’iniquité comme étant « un processus en deux étapes » qui comprend « (1) la preuve de l’inégalité des situations respectives des parties et (2) celle d’un marché imprudent » (p. 256). Les motifs concordants dans l’arrêt *Douez c. Facebook Inc.*, [2017] 1 R.C.S. 751, ont suivi une approche semblable dans une affaire où il était question d’un contrat de consommation type<sup>6</sup> :

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

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

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

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

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

<sup>6</sup> The majority did not discuss the elements of unconscionability.

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

[95] En fait, la clause d’arbitrage modifie tous les autres droits substantiels prévus au contrat de sorte que tous les droits dont jouit M. Heller sont assujettis à la condition préalable apparente qu’il se rende à Amsterdam<sup>7</sup>, entame une procédure d’arbitrage en payant les frais requis et reçoive une sentence arbitrale établissant une violation de ce droit. Ce n’est qu’une fois ces conditions préalables remplies que M. Heller peut obtenir une décision de justice pour faire valoir ses droits substantiels en application

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

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

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

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

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

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

[96] Nous ajoutons que l’iniquité de la clause d’arbitrage peut être examinée distinctement de celle du contrat dans son ensemble. Comme l’explique la décision *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik c. South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909 (H.L.), une convention d’arbitrage [TRANSDUCTION] « constitue un contrat collatéral indépendant ou accessoire au contrat [principal] » (p. 980; voir aussi p. 998, le lord Scarman). La clause de divisibilité des accords Uber Rasier et Uber Portier et le par. 17(2) de la LA<sup>8</sup> étaient en outre cette position.

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

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

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

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

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

### Conclusion

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

The following are the reasons delivered by

BROWN J. —

#### I. Introduction

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

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

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

### Conclusion

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

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BROWN —

#### I. Introduction

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

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

## II. Analysis

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

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

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

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

## II. Analyse

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### (3) The Appropriate Remedy

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

#### B. *The Doctrine of Unconscionability*

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

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

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

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

#### B. *La doctrine de l'iniquité*

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

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

#### (1) Confusion in Terminology

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

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

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

#### (1) Confusion dans la terminologie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) Unconscionability as an Independent Doctrine

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

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

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

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

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

(2) L’iniquité en tant que doctrine indépendante

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

### III. Conclusion

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

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

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

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

### III. Conclusion

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

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

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

### I. Introduction

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

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

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

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

### I. Introduction

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

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

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

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

## II. Background

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

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

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

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

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

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

## II. Contexte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### III. Legislation

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

#### **Definitions**

1 (1) In this Act,

...

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

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

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

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

### III. Dispositions législatives

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

#### **Définitions**

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

...



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

...

### **No contracting out**

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

### **Greater contractual or statutory right**

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

### **No treating as if not employee**

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

...

### **Complaints**

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

...

### **When complaint not permitted**

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

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

...

### **Impossibilité de se soustraire à une norme d’emploi**

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

### **Supériorité du droit accordé par une loi ou par contrat**

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

### **Traitement interdit**

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

...

### **Plaintes**

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

...

### **Plainte non autorisée**

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

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

### **Court intervention limited**

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

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

...

### **Stay**

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

### **Exceptions**

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

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

...

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

### **Intervention limitée du tribunal judiciaire**

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

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

...

### **Sursis**

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

### **Exceptions**

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

1. Une partie a conclu la convention d'arbitrage alors qu'elle était frappée d'incapacité juridique.
2. La convention d'arbitrage est nulle.
3. L'objet du différend ne peut faire l'objet d'un arbitrage aux termes des lois de l'Ontario.
4. La motion a été présentée avec un retard indu.
5. La question est propre à un jugement par défaut ou à un jugement sommaire.

...

**Arbitral tribunal may rule on own jurisdiction**

**17** (1) An arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction to conduct the arbitration and may in that connection rule on objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement.

**Independent agreement**

(2) If the arbitration agreement forms part of another agreement, it shall, for the purposes of a ruling on jurisdiction, be treated as an independent agreement that may survive even if the main agreement is found to be invalid.

...

**Review by court**

(8) If the arbitral tribunal rules on an objection as a preliminary question, a party may, within thirty days after receiving notice of the ruling, make an application to the court to decide the matter.

[193] The *International Act* includes the following provisions:

**Application of Model Law**

**5** (1) Subject to this Act, the Model Law on International Commercial Arbitration, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985, as amended by the United Nations Commission on International Trade Law on 7 July 2006, set out in Schedule 2, has force of law in Ontario.

...

**Stay of proceedings**

**9** Where, pursuant to article II (3) of the Convention or article 8 of the Model Law, a court refers the parties to arbitration, the proceedings of the court are stayed with respect to the matters to which the arbitration relates.

**Possibilité pour le tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence**

**17** (1) Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence en matière de conduite de l'arbitrage et peut, à cet égard, statuer sur les objections relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage.

**Convention distincte**

(2) La convention d'arbitrage qui fait partie d'une autre convention est considérée, aux fins d'une décision sur la compétence, comme une convention distincte pouvant subsister même si la convention principale est déclarée nulle.

...

**Révision par le tribunal judiciaire**

(8) Si le tribunal arbitral statue sur une objection en la traitant comme une question préalable, une partie peut, dans les trente jours de la date où elle a reçu avis de la décision, présenter une requête au tribunal judiciaire pour qu'il rende une décision sur la question.

[193] La *Loi internationale* comporte les dispositions suivantes :

**Application de la Loi type**

**5** (1) Sous réserve de la présente loi, la Loi type sur l'arbitrage commercial international, que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a adoptée le 21 juin 1985 et amendée le 7 juillet 2006, et dont le texte est reproduit à l'annexe 2, a force de loi en Ontario.

...

**Suspension de l'instance**

**9** La décision du tribunal de renvoyer les parties à l'arbitrage en application du paragraphe II (3) de la Convention ou de l'article 8 de la Loi type opère suspension de l'instance judiciaire relativement aux questions visées par l'arbitrage.

[194] Schedule 2 of the *International Act* implements the United Nations Commission on International Trade Law’s *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17, Ann. I, June 21, 1985 (“UNCITRAL” and “UNCITRAL Model Law”, respectively), which includes the following provisions:

**Article 1. Scope of application**

(1) This Law applies to international commercial arbitration, subject to any agreement in force between this State and any other State or States.

...

**Article 8. Arbitration agreement and substantive claim before court**

(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

...

**Article 16. Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction**

(1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause. [pp. 1, 5 and 8]

[195] The *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, includes a provision which addresses stays of proceedings:

**Stay of proceedings**

**106** A court, on its own initiative or on motion by any person, whether or not a party, may stay any proceeding in the court on such terms as are considered just.

[194] L’annexe 2 de la *Loi internationale* met en œuvre la *Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international* de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Doc. N.U. A/40/17, ann. 1, 21 juin 1985 (« Loi type de la CNUDCI » et « CNUDCI », respectivement), qui comporte les dispositions suivantes :

**Article premier. Champ d’application**

(1) La présente loi s’applique à l’arbitrage commercial international; elle ne porte atteinte à aucun accord multilatéral ou bilatéral en vigueur pour le présent État.

...

**Article 8. Convention d’arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal**

(1) Le tribunal saisi d’un différend sur une question faisant l’objet d’une convention d’arbitrage renverra les parties à l’arbitrage si l’une d’entre elles le demande au plus tard lorsqu’elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu’il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d’être exécutée.

...

**Article 16. Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence**

(1) Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l’existence ou à la validité de la convention d’arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d’un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n’entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire. [p. 1, 5 et 8]

[195] La *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43, comprend une disposition qui traite du sursis d’instance :

**Sursis d’instance**

**106** Le tribunal peut, de son propre chef ou sur motion présentée par une personne qui est partie ou non au litige, surseoir à une instance aux conditions qu’il estime justes.

[196] The part of the ICC Rules that deals with arbitration (“ICC Arbitration Rules”) include the following provisions:

#### **Article 18**

##### **Place of Arbitration**

1. The place of the arbitration shall be fixed by the Court, unless agreed upon by the parties.
2. The arbitral tribunal may, after consultation with the parties, conduct hearings and meetings at any location it considers appropriate, unless otherwise agreed by the parties.
3. The arbitral tribunal may deliberate at any location it considers appropriate.

...

#### **Article 22**

##### **Conduct of the Arbitration**

1. The arbitral tribunal and the parties shall make every effort to conduct the arbitration in an expeditious and cost-effective manner, having regard to the complexity and value of the dispute.

...

4. In all cases, the arbitral tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case.

...

#### **Article 38**

##### **Decision as to the Costs of Arbitration**

...

3. At any time during the arbitral proceedings, the arbitral tribunal may make decisions on costs, other than those to be fixed by the Court, and order payment.

[196] La partie du règlement de la CCI qui traite de l’arbitrage (« Règlement d’arbitrage de la CCI ») comporte les dispositions suivantes :

#### **Article 18**

##### **Lieu de l’arbitrage**

1. La Cour fixe le lieu de l’arbitrage, à moins que les parties ne soient convenues de celui-ci.
2. Le tribunal arbitral peut, après consultation des parties, tenir des audiences et réunions en tout autre endroit qu’il estime opportun, à moins que les parties n’en soient convenues autrement.
3. Le tribunal arbitral peut délibérer en tout endroit qu’il considère opportun.

...

#### **Article 22**

##### **Conduite de l’arbitrage**

1. Le tribunal arbitral et les parties font tous leurs efforts pour conduire la procédure d’arbitrage avec célérité et efficacité en termes de coût, eu égard à la complexité et à l’enjeu du litige.

...

4. Dans tous les cas, le tribunal arbitral conduit la procédure de manière équitable et impartiale et veille à ce que chaque partie ait eu la possibilité d’être suffisamment entendue.

...

#### **Article 38**

##### **Décision sur les frais de l’arbitrage**

...

3. À tout moment de la procédure d’arbitrage, le tribunal arbitral peut se prononcer sur des frais autres que ceux fixés par la Cour, et ordonner tout paiement.



4. The final award shall fix the costs of the arbitration and decide which of the parties shall bear them or in what proportion they shall be borne by the parties.

[197] Appendix VI to the ICC Arbitration Rules contains a set out of procedural rules for the expedited conduct of arbitration (“ICC Expedited Rules”), which include the following provisions:

### Article 3

#### Proceedings

...

4. The arbitral tribunal shall have discretion to adopt such procedural measures as it considers appropriate. In particular, the arbitral tribunal may, after consultation with the parties, decide not to allow requests for document production or to limit the number, length and scope of written submissions and written witness evidence (both fact witnesses and experts).
5. The arbitral tribunal may, after consulting the parties, decide the dispute solely on the basis of the documents submitted by the parties, with no hearing and no examination of witnesses or experts. When a hearing is to be held, the arbitral tribunal may conduct it by videoconference, telephone or similar means of communication. [pp. 71-72]

#### IV. Issues

[198] The overall issue in this appeal is whether Uber’s motion for a stay of Mr. Heller’s proceeding should be granted pursuant to either s. 9 of the *International Act* or s. 7(1) of the *Arbitration Act*. A number of related questions arise:

- Which arbitration legislation governs Uber’s motion for a stay?
- Is the Arbitration Clause null and void under the *International Act*, or invalid under the *Arbitration Act*?

4. La sentence finale du tribunal arbitral liquide les frais de l’arbitrage et décide à quelle partie le paiement en incombe ou dans quelle proportion ils sont partagés entre elles.

[197] L’appendice VI du Règlement d’arbitrage de la CCI contient un ensemble de règles procédurales pour le déroulement accéléré de l’arbitrage (« Règles relatives à la procédure accélérée de la CCI »), lesquelles comportent les dispositions suivantes :

### Article 3

#### Procédure

...

4. Le tribunal arbitral peut adopter à sa discrétion les mesures procédurales qu’il juge appropriées. Il peut notamment, après consultation des parties, décider de ne pas autoriser les demandes de production de documents ou limiter le nombre, la longueur et la portée des écritures et des déclarations écrites (tant en ce qui concerne les témoins que les experts).
5. Le tribunal arbitral peut, après consultation des parties, décider de statuer sur le litige seulement sur pièces soumises par les parties, sans tenir d’audience ni entendre de témoins ou d’experts. Lorsqu’une audience est tenue, le tribunal arbitral peut la conduire par visioconférence, par téléphone ou par d’autres moyens de communication similaires. [p. 71-72]

#### IV. Questions en litige

[198] La question globale en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la motion d’Uber visant à faire surseoir à l’action de M. Heller devrait être accueillie soit en vertu de l’art. 9 de la *Loi internationale*, soit en vertu du par. 7(1) de la *Loi sur l’arbitrage*. Cette question soulève un certain nombre de questions connexes :

- Quelle loi sur l’arbitrage régit la motion en sursis d’instance d’Uber?
- La clause d’arbitrage est-elle caduque (*Loi internationale*), ou nulle (*Loi sur l’arbitrage*)?

- Should a court or an arbitral tribunal rule first on the validity of the Arbitration Clause?
- What conditions, if any, should the Court impose on the stay of proceedings?

## V. Analysis

### A. *Overview*

[199] I would allow the appeal and grant Uber’s motion for a stay of proceedings, on the condition that Uber advances the funds needed to initiate the ICA arbitration proceedings.

[200] I begin my analysis by considering historical trends in Canadian arbitration law, which was initially characterized by a judicial attitude of overt hostility to arbitration. In recent decades, though, Canadian arbitration law has seen a dramatic reversal, as arbitration has been embraced and Canada has been transformed into a world leader in arbitration jurisprudence. I fear, however, that, in taking the approaches they do, my colleagues risk abdicating Canada’s leadership role in arbitration law.

[201] Next, I turn to the concrete doctrinal problems posed by this appeal. I consider which arbitration legislation governs Uber’s motion for a stay. While I conclude that the *International Act* applies, the ultimate conclusions I reach would be the same under the *Arbitration Act*. I then consider whether the Arbitration Clause is either null and void or invalid, depending on which legislation is concerned. A primary sub-issue is whether a court or the arbitral tribunal should rule first on these questions, and this turns on whether Mr. Heller’s arguments can be characterized as raising questions of law or questions of mixed law and fact which require only a superficial review of the documentary evidence in the record in order to establish the relevant factual aspects. I find that his arguments based on the doctrine of unconscionability and on the *ESA* raise questions of mixed law and fact which cannot be decided on the basis

- Qui, d’un tribunal judiciaire ou d’un tribunal arbitral, devrait statuer en premier lieu sur la validité de la clause d’arbitrage?
- De quelles conditions, le cas échéant, la Cour devrait-elle assortir le sursis de l’instance?

## V. Analyse

### A. *Aperçu*

[199] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de faire droit à la motion en sursis d’instance d’Uber, à la condition qu’Uber avance les fonds nécessaires pour engager les procédures d’arbitrage de la CIA.

[200] Je commence mon analyse en examinant les tendances historiques du droit canadien en matière d’arbitrage, lequel a d’abord été caractérisé par une attitude ouvertement hostile des tribunaux judiciaires à l’égard de l’arbitrage. Toutefois, au cours des dernières décennies, le droit canadien de l’arbitrage a connu un revirement spectaculaire, puisque l’arbitrage a été accueilli à bras ouverts et le Canada est devenu un chef de file mondial en matière de jurisprudence arbitrale. Or, je crains qu’en retenant l’approche qu’ils adoptent dans le présent pourvoi, mes collègues risquent de miner le rôle du Canada comme chef de file en droit de l’arbitrage.

[201] J’analyse ensuite les problèmes doctrinaux concrets que pose le présent pourvoi. J’examine la question de savoir quelle loi sur l’arbitrage régit la motion d’Uber en sursis d’instance. Bien que je conclue que la *Loi internationale* s’applique, mes conclusions finales seraient les mêmes sous le régime de la *Loi sur l’arbitrage*. J’examine ensuite la question de savoir si la clause d’arbitrage est caduque ou nulle, selon la loi qui est en cause. Une sous-question principale est de savoir si un tribunal judiciaire ou bien un tribunal arbitral devrait statuer en premier lieu sur ces questions, et la réponse à cette sous-question dépend elle-même de la réponse à la question de savoir si les arguments de M. Heller peuvent être qualifiés de questions de droit ou de questions mixtes de droit et de fait n’impliquant qu’un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier pour établir les aspects factuels pertinents. Je conclus que

of a superficial review of that evidence and should therefore be decided by the arbitrator.

[202] These conclusions would be sufficient to decide the appeal, but, because my colleagues go further and consider Mr. Heller's arguments on their merits, I also comment on the merits of his challenge in respect of the validity of the Arbitration Clause. I find that the testimonial evidence before the Court is insufficient to support a finding that the Arbitration Clause is unconscionable. I also find that the Arbitration Clause is neither inconsistent with the *ESA*, nor contrary to public policy, as Brown J. would find.

[203] I conclude by considering the possible remedies on a motion for a stay. The majority appears to believe that the courts face a stark choice between rigidly enforcing what they perceive to be a one-sided arbitration agreement and finding that the entire arbitration agreement is invalid. I suggest that at least two remedies are available to a court hearing a motion for a stay in order to alleviate any perceived unfairness: (1) a conditional stay of proceedings and (2) severance of an unenforceable term of an arbitration agreement. These remedies would enable courts to safeguard procedural fairness in a manner consistent with the principle of party autonomy and with the legislature's intent.

[204] I turn now to the broader historical and jurisprudential context of this appeal.

B. *Historical Trends in Canadian Arbitration Law: From Overt Hostility to World Leadership*

[205] Until the 1980s, Canadian courts displayed hostility to arbitration, treating it as a second-tier class of dispute settlement: *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R.

les arguments de M. Heller fondés sur la *LNE* et la doctrine de l'iniquité soulèvent des questions mixtes de droit et de fait qui ne peuvent être tranchées au vu d'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier et devraient donc être tranchées par l'arbitre.

[202] Ces conclusions suffisent pour statuer sur le pourvoi, mais puisque mes collègues vont plus loin et se penchent sur les arguments de M. Heller au fond, je me prononce également sur le bien-fondé de la contestation de M. Heller relative à la validité de la clause d'arbitrage. Je suis d'avis que la preuve testimoniale dont dispose la Cour n'est pas suffisante pour appuyer la conclusion que la clause d'arbitrage est inique. Je conclus aussi que cette clause n'est ni incompatible avec la *LNE*, ni contraire à l'ordre public, comme l'estime le juge Brown.

[203] Je termine en examinant les réparations possibles dans le cadre d'une motion en sursis d'instance. Les juges majoritaires semblent croire que les tribunaux font face à un choix difficile entre l'application stricte de ce qu'ils perçoivent comme étant une convention d'arbitrage à sens unique et la conclusion que la convention d'arbitrage au complet est nulle. J'estime que la cour saisie d'une motion en sursis d'instance dispose d'au moins deux mesures de réparation pour atténuer toute perception d'injustice : (1) un sursis d'instance conditionnel et (2) le retranchement d'une disposition inexécutoire de la convention d'arbitrage. Ces mesures permettraient aux tribunaux de préserver l'équité procédurale d'une manière conforme au principe de l'autonomie des parties et à l'intention du législateur.

[204] Je situe maintenant le présent pourvoi dans son contexte historique et jurisprudenciel plus général.

B. *Tendances historiques du droit canadien de l'arbitrage : d'une attitude ouvertement hostile à un rôle de chef de file mondial*

[205] Jusqu'aux années 1980, les tribunaux canadiens se sont montrés hostiles à l'arbitrage, qu'ils considéraient comme un mécanisme de règlement des différends de second ordre : *Seidel c. TELUS*

531, at paras. 89-96, per LeBel and Deschamps JJ. (dissenting, but not on this point). The Canadian judiciary's hostility was inherited from the English common law, which held that arbitration agreements had the effect of ousting the jurisdiction of the courts and were therefore void on the basis that they were contrary to public policy: *Seidel*, at paras. 89-90; *Wellman*, at para. 48. This hostility was exemplified by *National Gypsum Co. Inc. v. Northern Sales Ltd.*, [1964] S.C.R. 144, in which this Court held that an agreement to submit disputes to arbitration in New York was unenforceable on the basis of public policy.

[206] Beginning in the 1980s, however, this Court recognized that the prevailing attitude was misconceived and began to chart a new course for arbitration law jurisprudence in Canada. In *Zodiak International Productions Inc. v. Polish People's Republic*, [1983] 1 S.C.R. 529, this Court distanced itself from the approach it had taken in *National Gypsum* and advanced a more favorable position on arbitration. In *Sport Maska Inc. v. Zitrer*, [1988] 1 S.C.R. 564, it recognized that the judiciary's hostility to arbitration had unfortunately inhibited the legal community's interest in arbitration, thereby inhibiting the growth of this form of dispute resolution. Around the same time, legislatures began to intervene to further promote the use of arbitration: *Wellman*, at para. 49.

[207] Over time, courts, including this Court, began to take notice that the legislatures had adopted a pro-arbitration stance. In *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178, at paras. 38 and 40-41, this Court acknowledged that arbitration is a legitimate form of dispute resolution and that this had been fully recognized and endorsed by the legislature and in its own jurisprudence. In *Seidel*, at para. 2, this Court stated that, "[a]bsent legislative intervention, the courts will generally give effect to the terms of a commercial contract freely entered into, even a contract of adhesion, including an arbitration clause". It added that it had both recognized and welcomed the virtues of

*Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531, par. 89-96, les juges LeBel et Deschamps (dissidents, mais non sur ce point). L'hostilité des tribunaux canadiens a été héritée de la common law anglaise, selon laquelle les conventions d'arbitrage avaient pour effet d'évincer la compétence des tribunaux et étaient, par conséquent, nulles parce que contraires à l'ordre public : *Seidel*, par. 89-90; *Wellman*, par. 48. Cette hostilité est illustrée par l'arrêt *National Gypsum Co. Inc. c. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144, où la Cour a statué qu'une convention prévoyant l'arbitrage d'un différend à New York était inexécutoire parce que contraire à l'ordre public.

[206] Toutefois, au début des années 1980, la Cour a reconnu que l'attitude qui prévalait était mal fondée et a commencé à tracer une nouvelle voie pour la jurisprudence en matière d'arbitrage au Canada. Dans l'arrêt *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529, la Cour a pris ses distances par rapport à l'approche qu'elle avait adoptée dans *National Gypsum* et préconisé une attitude plus favorable à l'arbitrage. Dans l'arrêt *Sport Maska Inc. c. Zitrer*, [1988] 1 R.C.S. 564, la Cour a reconnu à quel point l'hostilité des tribunaux à l'égard de l'arbitrage avait malheureusement freiné l'intérêt de la communauté juridique envers l'arbitrage, ralentissant la croissance de ce mécanisme de résolution des différends. À peu près à la même époque, les législatures ont commencé à intervenir afin de favoriser davantage le recours à l'arbitrage : *Wellman*, par. 49.

[207] Au fil des ans, les tribunaux, y compris la Cour, ont commencé à prendre en compte le fait que les législatures avaient adopté une position favorable à l'arbitrage. Dans l'arrêt *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178, par. 38 et 40-41, la Cour a admis que l'arbitrage constitue une forme légitime de règlement des différends, qui est pleinement reconnue et approuvée par le législateur et sa propre jurisprudence. Au paragraphe 2 de l'arrêt *Seidel*, la Cour a affirmé qu'« [e]n l'absence d'intervention du législateur, les tribunaux donnent généralement effet aux clauses d'un contrat commercial librement conclu dans lequel figure une clause d'arbitrage, et ce, même s'il s'agit d'un contrat

commercial arbitration: *Seidel*, at para. 23. Finally, in *Wellman*, this Court endorsed “the modern approach that sees arbitration as an autonomous, self-contained, self-sufficient process pursuant to which the parties agree to have their disputes resolved by an arbitrator, not by the courts”: *Wellman*, at para. 56, quoting *Inforica Inc. v. CGI Information Systems and Management Consultants Inc.*, 2009 ONCA 642, 97 O.R. (3d) 161, at para. 14.

[208] As a result of legislative and judicial encouragement, Canada is now a world leader in arbitration law. The jurisprudence of Canadian courts features prominently with that of other leading UNCITRAL Model Law jurisdictions, such as Germany, Australia, Hong Kong and Singapore, in the United Nations Commission on International Trade Law’s *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration* (2012). Canada sits on the cusp of becoming a world-class seat for arbitration, with modern arbitration legislation and a thriving community of dedicated practitioners, scholars, and arbitrators: J. Walker, “Canada’s Place in the World of International Arbitration” (2019), 1 *Can. J. Comm. Arb.* 1.

[209] My colleagues threaten to roll back the tide of history and Canadian jurisprudence to the days when judges were overtly hostile to arbitration. They decline to follow the rule of systematic referral to arbitration that was clearly established in *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at paras. 84-85. Instead, they add to the grounds for judicial intervention in the arbitration process by proposing new exceptions to the rule of systematic referral. Finally, they suggest that, regardless of the legislative intent embodied in the *Arbitration Act* and the *International Act*, judicial respect for arbitration is predicated upon the accessibility of arbitration in a given case: *Wellman*, at paras. 48-56 and 82; *Abella and Rowe JJ.’s* reasons, at para. 97; *Brown J.’s* reasons, at para. 117. As a result, my colleagues’ approaches call into question this Court’s commitment to encouraging the use of

d’adhésion ». La Cour a en outre affirmé qu’elle avait reconnu et accueilli favorablement les vertus de l’arbitrage commercial : *Seidel*, par. 23. Enfin, dans l’arrêt *Wellman*, la Cour a souscrit à « l’approche moderne selon laquelle l’arbitrage est un processus autonome par lequel les parties conviennent de régler leurs différends en les soumettant à un arbitre et non à un tribunal » : *Wellman*, par. 56, citant *Inforica Inc. c. CGI Information Systems and Management Consultants Inc.*, 2009 ONCA 642, 97 O.R. (3d) 161, par. 14.

[208] En raison d’encouragements législatifs et judiciaires, le Canada est maintenant un chef de file mondial en droit de l’arbitrage. Les décisions des tribunaux canadiens occupent une place de choix parmi celles d’autres acteurs de premier plan ayant adopté un texte législatif fondé sur la Loi type de la CNUDCI, comme l’Allemagne, l’Australie, Hong Kong et Singapour, dans le *UNCITRAL 2012 Digest of Caselaw on the Model Law on International Commercial Arbitration* (2012) de la CNUDCI. Le Canada est sur le point de devenir un siège de l’arbitrage de renommée mondiale, où l’on trouve des lois modernes en matière d’arbitrage et une communauté florissante de praticiens, d’auteurs et d’arbitres dévoués : J. Walker, « Canada’s Place in the World of International Arbitration » (2019), 1 *Can. J. Comm. Arb.* 1.

[209] La position de mes collègues menace de faire reculer le cours de l’histoire et de la jurisprudence canadienne à l’époque où les juges se montraient ouvertement hostiles à l’arbitrage. Ils refusent de respecter la règle du renvoi systématique à l’arbitrage qui a été clairement établie dans l’arrêt *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 84-85. Ils ajoutent plutôt aux motifs d’intervention judiciaire dans le processus arbitral en proposant de nouvelles exceptions à la règle de renvoi systématique. Enfin, ils laissent entendre qu’en dépit de l’intention législative enchâssée dans la *Loi sur l’arbitrage* et la *Loi internationale*, le respect des tribunaux envers l’arbitrage dépend de la possibilité d’y recourir dans un cas donné : *Wellman*, par. 48-56 et 82; motifs des juges *Abella* et *Rowe*, par. 97; motifs du juge *Brown*, par. 117. Par conséquent, les approches de mes



arbitration and to the modern “hands-off” approach to arbitration it so recently endorsed in *Wellman*. Canada’s role as a world leader in arbitration law may now be in doubt.

C. *Which Arbitration Legislation Applies to Uber’s Motion for a Stay?*

[210] Mr. Heller argues that the *Arbitration Act* applies because employment disputes are excluded from the scope of the UNCITRAL Model Law, which is incorporated into Ontario law by the *International Act*.

[211] The *International Act* applies to arbitrations which are “international” and “commercial”: UNCITRAL Model Law, art. 1(1). In this appeal, the arbitration is “international” because the parties have their residences or places of business in different countries: UNCITRAL Model Law, art. 1(3) (a) and (4)(b). Therefore, the applicability of the *International Act* turns on whether the parties’ relationship is properly characterized as being “commercial” in nature. In my view, a court should approach this issue by analyzing the nature of the parties’ relationship on the basis of a superficial review of the record, as opposed to characterizing the nature of the dispute solely on the basis of the pleadings.

[212] An interpretive footnote in the UNCITRAL Model Law explains that the term “commercial” is to be given a wide interpretation so as to cover all matters arising from all *relationships* of a commercial nature”: fn. 2 (emphasis added). The footnote also contains a non-exhaustive list of covered transactions, which includes licensing agreements. This implies that the focus of the analysis is on the nature of the relationship created by the transaction: see J. K. McEwan and L. B. Herbst, *Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations* (loose-leaf), at pp. 1-36 to 1-40.

collègues remettent en question l’engagement de la Cour à encourager le recours à l’arbitrage et à adopter l’approche moderne de « non-intervention » en matière d’arbitrage à laquelle elle a tout récemment souscrit dans l’arrêt *Wellman*. Le rôle du Canada en tant que chef de file mondial en droit de l’arbitrage peut désormais être mis en doute.

C. *Quelle loi sur l’arbitrage régit la motion en sursis d’instance d’Uber?*

[210] Monsieur Heller soutient que la *Loi sur l’arbitrage* s’applique parce que les différends en matière d’emploi sont exclus du champ d’application de la Loi type de la CNUDCI incorporée au droit ontarien dans la *Loi internationale*.

[211] La *Loi internationale* s’applique aux arbitrages qui revêtent un caractère « international » et « commercial » : Loi type de la CNUDCI, par. 1(1). Dans le présent pourvoi, l’arbitrage est « international » parce que les parties ont leur résidence ou leur établissement dans des pays différents : Loi type de la CNUDCI, al. 1(3)a) et (4)b). L’applicabilité de la *Loi internationale* dépend donc de la question de savoir si la relation des parties peut à juste titre être qualifiée de nature « commerciale ». À mon avis, le tribunal doit aborder cette question en analysant la nature de la relation des parties sur la base d’un examen superficiel du dossier, plutôt qu’en se limitant à qualifier la nature du différend sur le seul fondement des actes de procédure.

[212] Une note de bas de page interprétative figurant dans la Loi type de la CNUDCI précise que le terme « commercial » devrait être « interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute *relation* de caractère commercial » : n. 2 (je souligne). La note de bas de page dresse aussi une liste non exhaustive de transactions visées, qui comprend les contrats de licence. Cela signifie que l’analyse doit porter sur la nature de la relation créée par la transaction : voir J. K. McEwan et L. B. Herbst, *Commercial Arbitration in Canada : A Guide to Domestic and International Arbitrations* (feuilles mobiles), p. 1-36 à 1-40.

[213] The weight of the Canadian jurisprudence on the scope of the UNCITRAL Model Law has focused on the nature of the relationship and not of the dispute. For example, in *Borowski v. Fiedler (Heinrich) Perforiertechnik GmbH* (1994), 158 A.R. 213 (Q.B.), Murray J. found that the UNCITRAL Model Law did not apply to the case before him, because the evidence established that the relationship between the parties was that of master and servant (i.e., an employment relationship): para. 30. In other cases, the UNCITRAL Model Law was found to be inapplicable because the plaintiff's status as an employee was not in dispute, thereby obviating any need to characterize the relationship: *Ross v. Christian & Timbers Inc.* (2002), 23 B.L.R. (3d) 297 (S.C.J. Ont.); *Patel v. Kanbay International Inc.*, 2008 ONCA 867, 93 O.R. (3d) 588. In *United Mexican States v. Metalclad Corp.*, 2001 BCSC 664, 89 B.C.L.R. (3d) 359, at para. 46, by contrast, Tysoe J. found that the UNCITRAL Model Law did apply despite the fact that the *dispute* was not itself commercial in nature, because the *relationship* between the parties was commercial. Similarly, in *Kaverit Steel and Crane Ltd. v. Kone Corp.*, 1992 ABCA 7, 120 A.R. 346, at para. 26, Kerans J.A. held that a dispute over liability in tort falls within the scope of the UNCITRAL Model Law despite its non-contractual nature, "so long as the relationship that creates liability is one that can fairly be described as 'commercial'".

[214] Labour and employment disputes are said to be excluded from the scope of the term "commercial": United Nations Commission on International Trade Law, *Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration: Report of the Secretary-General*, U.N. Doc. A/CN.9/264, March 25, 1985. However, this does not shift the focus of the analysis from the nature of the relationship to the nature of the dispute between the parties. Rather, its effect is to exclude arbitrations arising in the context of employment and labour relationships from the scope of the UNCITRAL Model Law. The focus of the analysis is still on the nature of the relationship.

[213] L'essentiel de la jurisprudence canadienne interprétant la portée de la Loi type de la CNUDCI est axé sur la nature de la relation, et non du différend. Par exemple, dans *Borowski c. Fiedler (Heinrich) Perforiertechnik GmbH* (1994), 158 A.R. 213 (B.R.), le juge Murray a conclu que la Loi type de la CNUDCI ne s'appliquait pas à l'affaire dont il était saisi parce que la preuve établissait que la relation entre les parties en était une de [TRADUCTION] « commettant-préposé » (c.-à-d. une relation d'emploi) : par. 30. Dans d'autres affaires, la Loi type de la CNUDCI s'est avérée inapplicable parce que le statut d'employé du demandeur n'était pas contesté, ce qui écartait tout besoin de qualifier la relation : *Ross c. Christian & Timbers Inc.* (2002), 23 B.L.R. (3d) 297 (C.S.J. Ont.); *Patel c. Kanbay International Inc.*, 2008 ONCA 867, 93 O.R. (3d) 588. À l'inverse, dans *United Mexican States c. Metalclad Corp.*, 2001 BCSC 664, 89 B.C.L.R. (3d) 359, par. 46, le juge Tysoe a conclu que la Loi type de la CNUDCI s'appliquait malgré le fait que le *différend* n'était pas en soi de nature commerciale parce que la *relation* entre les parties était commerciale. De même, dans *Kaverit Steel and Crane Ltd. c. Kone Corp.*, 1992 ABCA 7, 120 A.R. 346, par. 26, le juge Kerans a conclu que les différends en matière de responsabilité délictuelle sont visés par la Loi type de la CNUDCI malgré leur nature extracontractuelle [TRADUCTION] « tant que la relation qui donne lieu à la responsabilité en est une que l'on peut à juste titre qualifier de "commerciale" ».

[214] On affirme que les différends liés au travail ou à l'emploi sont exclus du champ d'application du terme « commercial » : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international : Rapport du Secrétaire général*, Doc. N.U. A/CN.9/264, 25 mars 1985. Toutefois, cela ne déplace pas l'objet de l'analyse de la nature de la relation vers la nature du différend qui oppose les parties. Ce principe a plutôt pour effet d'exclure les arbitrages découlant de relations d'emploi et de travail du champ d'application de la Loi type de la CNUDCI. L'analyse demeure axée sur la nature de la relation.

[215] My colleagues, Abella and Rowe JJ., take the opposite position, arguing that the analysis turns on the nature of the dispute, not of the relationship: para. 25. However, the author of the learned treatise upon which Abella and Rowe JJ. rely in support of their view actually takes a position diametrically opposed to their approach to the applicability of the UNCITRAL Model Law: Abella and Rowe JJ.’s reasons, at para. 27. Gary B. Born does present the proposition that consumer and employment disputes are excluded from the UNCITRAL Model Law, but as an alternative to his own view. He then rebuts it by pointing to the fact that the list of covered transactions is non-exhaustive and “expressly extends to the ‘carriage of . . . passengers’ and ‘consulting’ agreements, which very arguably include at least certain consumer or employment relations”: *International Commercial Arbitration*, vol. I, *International Arbitration Agreements* (2nd ed. 2014), at p. 309. Born’s assessment is that “the Model Law includes within its coverage both consumer and employment matters, subject to any specific nonarbitrability rules adopted in particular states”: p. 309. His work is therefore of no assistance to my colleagues on this point. On the contrary, he expresses the opinion that the term “commercial” applies “without regard to the nature or form of the parties’ claims and looks only to the character of their underlying transaction or conduct”: p. 308.

[216] A superficial review of the documentary evidence reveals that the underlying transaction between Uber and Mr. Heller is commercial in nature. The Service Agreement expressly states that it does not create an employment relationship. Instead, it is a software licensing agreement, which, as I mentioned above, is a type of transaction that is identified as coming within the scope of the UNCITRAL Model Law.

[217] But Mr. Heller submits that he is an employee of Uber. While the parties’ characterization of their relationship is not determinative in a dispute

[215] Mes collègues les juges Abella et Rowe adoptent le point de vue contraire et soutiennent que l’analyse porte sur la nature du litige, et non sur la nature de la relation : par. 25. Cependant, l’auteur du savant traité sur lequel se fondent les juges Abella et Rowe à titre de source pour étayer leur point de vue défend en fait une position qui est diamétralement opposée à leur conception de l’applicabilité de la Loi type de la CNUDCI : motifs des juges Abella et Rowe, par. 27. Gary B. Born présente effectivement la proposition selon laquelle les différends en matière de consommation et d’emploi sont exclus de la Loi type de la CNUDCI, mais seulement à titre de solution de rechange à son propre avis. Il réfute ensuite cette proposition en soulignant que la liste des transactions visées n’est pas exhaustive et [TRADUCTION] « englobe expressément le “transport de [. . .] de passagers” et les ententes de “consultation”, dont on peut très bien dire qu’elles visent au moins certaines relations avec des consommateurs ou des relations entre employeurs et employés » : *International Commercial Arbitration*, vol. 1, *International Arbitration Agreements* (2<sup>e</sup> éd. 2014), p. 309. Selon Born, « la Loi type comprend dans son champ d’application tant les questions de consommation que de relations de travail, sous réserve de toute interdiction de recours à l’arbitrage établie dans des États en particulier » : p. 309. Son travail n’est donc d’aucun secours pour mes collègues sur ce point. Au contraire, il estime que le mot « commercial » s’applique « sans égard à la nature ou à la forme des réclamations des parties et ne s’attache qu’au caractère de la transaction ou de la conduite sous-jacente » : p. 308.

[216] Un examen superficiel de la preuve documentaire révèle que la transaction sous-jacente entre Uber et M. Heller est de nature commerciale. L’entente de services indique expressément qu’elle ne crée pas une relation d’emploi. Il s’agit plutôt d’un accord de licence de logiciel qui, comme je l’ai mentionné précédemment, est un type de transaction qui relève du champ d’application de la Loi type de la CNUDCI.

[217] Monsieur Heller fait cependant valoir qu’il est l’employé d’Uber. Bien que la façon dont les parties qualifient leur relation ne soit pas déterminante

as to whether an employment relationship has been misclassified, a court hearing a motion for a stay should not decide complex questions of mixed law and fact which require more than a superficial review of the documentary evidence in the record: *Dell*, at paras. 84-85. This Court cannot decide that the Service Agreement creates an employment relationship without usurping the role of the arbitral tribunal. I therefore agree with the motion judge, Perell J., that “until the arbitrator rules otherwise, the court should take the parties at their word that the Service Agreements are not employment contracts”: para. 49.

[218] On the basis of a superficial review, I am satisfied that the parties’ relationship is both commercial and international within the meaning of the UNCITRAL Model Law. As a result, I conclude that the *International Act* applies to Uber’s motion for a stay. Because my colleagues are of the view that the *Arbitration Act* applies, however, I will continue to address both statutes, where relevant. I reiterate that the analysis that follows would not change were I to conclude that the *Arbitration Act* applied instead of the *International Act*.

D. *Is the Arbitration Clause Null and Void Under the International Act, or Invalid Under the Arbitration Act?*

[219] Mr. Heller does not contest that this dispute falls within the scope of the Arbitration Clause, which means that the criteria for a stay under both the *International Act* and the *Arbitration Act* are met. A court hearing a motion for a stay and for referral to arbitration may, nonetheless, dismiss the motion if the arbitration agreement is found to be null and void, or invalid: UNCITRAL Model Law, art. 8(1); *Arbitration Act*, s. 7(2). Mr. Heller submits that the Arbitration Clause is invalid, or null and void, because it amounts to an unlawful contracting out of the *ESA* and because it offends the doctrine of unconscionability. I will address his arguments below after first considering some preliminary questions

dans un différend portant sur la classification erronée d’une relation d’emploi, le tribunal judiciaire saisi d’une motion en sursis d’instance ne doit pas se prononcer sur les questions mixtes de droit et de fait complexes qui requièrent un examen plus que superficiel de la preuve documentaire au dossier : *Dell*, par. 84-85. La Cour ne peut conclure que l’entente de service crée une relation d’emploi sans usurper le rôle du tribunal arbitral. Je suis donc d’accord avec le juge des motions, le juge Perell, que [TRADUCTION] « tant que l’arbitre n’en aura pas décidé autrement, le tribunal doit prendre les parties à leur parole lorsqu’elles affirment que les ententes de service ne constituent pas des contrats de travail » : par. 49.

[218] Sur la base d’un examen superficiel, je suis convaincue que la relation qu’entretiennent les parties revêt un caractère à la fois commercial et international au sens de la Loi type de la CNUDCI. Par conséquent, je conclus que la *Loi internationale* régit la motion en sursis d’Uber. Toutefois, comme mes collègues sont d’avis que c’est la *Loi sur l’arbitrage* qui s’applique, je continuerai de traiter des deux lois lorsque cela est pertinent. Je le répète, mon analyse ci-dessous ne changerait pas si je devais conclure que la *Loi sur l’arbitrage* s’applique au lieu de la *Loi internationale*.

D. *La clause d’arbitrage est-elle caduque (Loi internationale) ou nulle (Loi sur l’arbitrage)?*

[219] Monsieur Heller ne conteste pas que le présent différend est visé par la clause d’arbitrage, ce qui signifie que le critère d’octroi d’un sursis tant au titre de la *Loi internationale* que de la *Loi sur l’arbitrage* est rempli. Le tribunal saisi d’une motion en sursis et en renvoi à l’arbitrage peut néanmoins rejeter la motion si la convention d’arbitrage est jugée caduque, ou nulle : Loi type de la CNUDCI, par. 8(1); *Loi sur l’arbitrage*, par. 7(2). Monsieur Heller soutient que la clause d’arbitrage est nulle, ou caduque, parce qu’elle soustrait illégalement les parties à l’application de la *LNE* et va à l’encontre de la doctrine de l’iniquité. Je reviendrai plus loin sur les arguments de M. Heller après avoir d’abord examiné quelques

concerning the correct analytical approach to such a challenge.

(1) Doctrine of the Separability of Arbitration Agreements

[220] Mr. Heller challenges the validity of the Arbitration Clause itself, and not of the Service Agreement as a whole. He rests his argument on the proposition that arbitration clauses embedded in contracts should be treated as independent agreements: R.F., at para. 101. Mr. Heller’s submission therefore gives this Court an occasion to recognize and affirm the doctrine of the separability of arbitration agreements. I would do so readily.

[221] The doctrine of separability is “one of the conceptual and practical cornerstones” of arbitration law which plays an important role in ensuring the efficacy and efficiency of the arbitration process: Born, vol. I, at pp. 350-51 and 401. According to this doctrine, an arbitration clause should be analyzed as a separate agreement that is ancillary or collateral to the underlying contract: *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909 (H.L.), at p. 980; see also *Heyman v. Darwins, Ltd.*, [1942] A.C. 356 (H.L.); *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin MFG. Co.*, 388 U.S. 395 (1967), at pp. 402 and 404; *Fiona Trust and Holding Corp. v. Privalov*, [2007] UKHL 40, [2007] 4 All E.R. 951. Put another way, an arbitration clause should be considered “autonomous and juridically independent from the main contract in which it is contained”: A. J. van den Berg, ed., *Yearbook Commercial Arbitration 1999* (1999), vol. XXIVa, at p. 176, as quoted in Born, vol. I, at p. 350.

[222] The separability doctrine is a logical extension of the rule created by this Court in *Dell* which states that a challenge to an arbitral tribunal’s jurisdiction should be considered first by the tribunal itself because arbitral tribunals have the competence to determine their own jurisdiction: paras. 84-85. I will refer to this holding as the “rule of systematic referral”. The same statutory provisions which ensure an

questions préliminaires qui se posent au sujet de la démarche analytique à suivre à l’égard d’une telle contestation.

(1) La doctrine de la séparabilité des conventions d’arbitrage

[220] Monsieur Heller conteste la validité de la clause d’arbitrage elle-même, et non celle de l’entente de services tout entière. Il fait reposer son argument sur la thèse voulant que les clauses d’arbitrage incorporées dans les contrats doivent être considérées comme des conventions distinctes : m.i., par. 101. L’argument de M. Heller donne ainsi à la Cour l’occasion de reconnaître et d’affirmer le principe de la séparabilité des conventions d’arbitrage, ce que j’accepte volontiers.

[221] La doctrine de la séparabilité est [TRADUCTION] « l’une des pierres angulaires conceptuelles et pratiques » du droit de l’arbitrage qui contribue de façon importante à assurer l’efficacité et l’efficience du processus arbitral : Born, vol. I, p. 350-351 et 401. Selon cette doctrine, une clause d’arbitrage devrait être analysée comme une convention distincte, accessoire ou collatérale au contrat sous-jacent : *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik c. South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909 (H.L.), p. 980; voir également *Heyman c. Darwins, Ltd.*, [1942] A.C. 356 (H.L.); *Prima Paint Corp. c. Flood & Conklin MFG. Co.*, 388 U.S. 395 (1967), p. 402 et 404; *Fiona Trust and Holding Corp. c. Privalov*, [2007] UKHL 40, [2007] 4 All E.R. 951. Autrement dit, une clause d’arbitrage doit être considérée comme étant [TRADUCTION] « autonome et juridiquement indépendante du contrat principal dans lequel elle figure » : A. J. van den Berg, dir., *Yearbook Commercial Arbitration 1999* (1999), vol. XXIVa, p. 176, cité dans Born, vol. I, p. 350.

[222] La doctrine de la séparabilité est un prolongement logique de la règle créée par la Cour dans l’arrêt *Dell*, selon laquelle la contestation de la compétence d’un tribunal arbitral doit d’abord être examinée par ce dernier, car les tribunaux arbitraux ont compétence pour statuer sur leur propre juridiction : par. 84-85. Je donnerai à cette conclusion le nom de « règle du renvoi systématique ».



arbitral tribunal's competence to determine its own jurisdiction also ensure its competence to determine the invalidity of the underlying contract by providing that the arbitration agreement should be treated as an independent agreement for the purposes of such a determination: *Arbitration Act*, s. 17(1) and (2); UNCITRAL Model Law, art. 16(1). Given that the legislature saw fit to give the arbitral tribunal the competence to decide these questions, the legislative choice embodied in s. 17(2) should receive the same respect as the one embodied in s. 17(1). The relationship between this “competence-competence” principle and separability is highlighted by the fact that they are both provided for in art. 16(1) of the UNCITRAL Model Law.

[223] National courts around the world nearly uniformly recognize the separability doctrine, even where no legislation provides for it: Born, vol. I, at p. 361 and 390; R. Feehily, “Separability in international commercial arbitration; confluence, conflict and the appropriate limitations in the development and application of the doctrine” (2018), 34 *Arb. Intl.* 355, at pp. 356-57. In addition, some superior and appellate courts in Canada have already recognized the doctrine: see, e.g., *Krutov v. Vancouver Hockey Club Ltd.*, 1991 CanLII 2077 (B.C.S.C.); *NetSys Technology Group AB v. Open Text Corp.*, 1 B.L.R. (3d) 307 (S.C.J. Ont.), at para. 21; *Cecrop Co. v. Kinetic Sciences Inc.*, 2001 BCSC 532, 16 B.L.R. (3d) 15, at para. 25; *James v. Thow*, 2005 BCSC 809, 5 B.L.R. (4th) 315; *Haas v. Gunasekaram*, 2016 ONCA 744, 62 B.L.R. (5th) 1.

[224] The *Arbitration Act* and the UNCITRAL Model Law codify one aspect of the doctrine, that is, the preservation of an arbitral tribunal's jurisdiction to rule on the validity of the underlying contract on the basis that the arbitration agreement is to be treated as a separate and independent contract for such purposes. However, the separability doctrine has wider significance. More broadly, the doctrine holds that an arbitration agreement is invalidated only by a defect relating specifically to the arbitration agreement itself and not by one relating merely to the underlying contract in which that agreement is found: *Fiona Trust*, at paras. 32-35, per Lord Hope;

Les mêmes dispositions statutaires qui font en sorte que le tribunal arbitral ait compétence pour établir sa propre juridiction font également en sorte que le tribunal arbitral ait compétence pour juger de la nullité du contrat sous-jacent en prévoyant que la convention d'arbitrage devrait être considérée comme une convention distincte pour les besoins de cette décision : *Loi sur l'arbitrage*, par. 17(1) et (2); *Loi type de la CNUDCI*, par. 16(1). Étant donné que le législateur a jugé bon d'attribuer au tribunal arbitral la compétence pour trancher ces questions, le choix législatif exprimé au par. 17(2) mérite le même respect que celui exprimé au par. 17(1). Le lien qui unit le principe de compétence-compétence et la séparabilité est mis en évidence par leur fusion au par. 16(1) de la *Loi type de la CNUDCI*.

[223] Les tribunaux nationaux du monde entier reconnaissent quasi uniformément la doctrine de la séparabilité, même là où aucune loi ne la prévoit : Born, vol. I, p. 361 et 390; R. Feehily, « Separability in international commercial arbitration; confluence, conflict and the appropriate limitations in the development and application of the doctrine » (2018), 34 *Arb. Intl.* 355, p. 356-357. En outre, quelques cours supérieures et cours d'appel canadiennes ont déjà reconnu la doctrine : voir, p. ex., *Krutov c. Vancouver Hockey Club Ltd.*, 1991 CanLII 2077 (C.S. C.-B.); *NetSys Technology Group AB c. Open Text Corp.*, 1 B.L.R. (3d) 307 (C.S.J. Ont.), par. 21; *Cecrop Co. c. Kinetic Sciences Inc.*, 2001 BCSC 532, 16 B.L.R. (3d) 15, par. 25; *James c. Thow*, 2005 BCSC 809, 5 B.L.R. (4th) 315; *Haas c. Gunasekaram*, 2016 ONCA 744, 62 B.L.R. (5th) 1.

[224] La *Loi sur l'arbitrage* et la *Loi type de la CNUDCI* codifient un aspect de la doctrine, soit la préservation de la juridiction du tribunal arbitral de statuer sur la validité du contrat sous-jacent sur la base du fait que la convention d'arbitrage doit être considérée comme un contrat séparé et indépendant à ces fins. Or, la doctrine de la séparabilité a une portée plus large. De façon plus générale, la doctrine veut qu'une convention d'arbitrage soit annulée uniquement en raison d'une lacune qui a trait précisément à la convention d'arbitrage elle-même et non simplement en raison d'une lacune relative au contrat sous-jacent dans lequel elle se trouve : *Fiona Trust*,

Feehily, at p. 373; Born, vol. I, at pp. 351, 457 and 466-69. In effect, the separability doctrine “immunizes the arbitration clause, protecting it from flaws or defects” in the underlying contract: Feehily, at pp. 371 and 373. Nonetheless, there may be instances where the same circumstances which impugn the validity of the underlying contract also call the validity of the arbitration agreement into question: *Fiona Trust*, at para. 17, per Lord Hoffmann.

[225] Recognizing the separability doctrine has a number of implications for this appeal. For the purposes of Mr. Heller’s challenge to the validity of the Arbitration Clause, the commitment to submit disputes to arbitration should be considered to be an independent agreement which is separate from the Service Agreement. Therefore, while the Choice of Law Clause and the Arbitration Clause appear together in the Service Agreement, the Choice of Law Clause applies to the Service Agreement as a whole and must be analyzed separately from the Arbitration Clause. Further implications are addressed below.

(2) Law Governing the Substantive Validity of the Arbitration Clause

[226] The Choice of Law Clause selects Dutch law to govern the Service Agreement. Owing to the separability doctrine, however, the validity of an arbitration agreement may be governed by a different substantive law than the one that governs the validity of the underlying contract in which the arbitration clause is found: Born, vol. I, at pp. 475-76 and 835; McEwan and Herbst, at pp. 8-1 to 8-6.

[227] Nonetheless, not much turns on this distinction in this appeal, for two reasons. The first is that the Arbitration Clause is likely governed by Dutch law, because the law of the underlying contract and the seat of arbitration are generally considered to be persuasive factors in determining the law applicable to the arbitration agreement: N. Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6th ed. 2015), at p. 158; *BNA v. BNB*, [2019] SGCA 84, at paras. 44-48 (CommonLII). The law of the Arbitration Clause is therefore likely Dutch law

par. 32-35, lord Hope; Feehily, p. 373; Born, vol. I, p. 351, 457 et 466-469. En effet, la doctrine de la séparabilité [TRADUCTION] « immunise la clause d’arbitrage, la mettant à l’abri des défauts ou des vices » contenus dans le contrat sous-jacent : Feehily, p. 371 et 373. Il peut néanmoins y avoir des cas où les circonstances mettant en question la validité du contrat sous-jacent mettent également en question la validité de la convention d’arbitrage : *Fiona Trust*, par. 17, lord Hoffman.

[225] La reconnaissance de la doctrine de la séparabilité a plusieurs conséquences en l’espèce. Aux fins de la contestation par M. Heller de la validité de la clause d’arbitrage, l’engagement de recourir à l’arbitrage doit être considéré comme une convention indépendante, qui est séparée de l’entente de services. Par conséquent, bien que la clause de choix du droit applicable et la clause d’arbitrage figurent ensemble dans l’entente de services, la clause de choix du droit applicable s’applique à l’entente de services tout entière et doit être analysée séparément de la clause d’arbitrage. Les autres conséquences sont examinées ci-après.

(2) Les règles de droit qui régissent la validité quant au fond de la clause d’arbitrage

[226] La clause de choix du droit applicable désigne le droit néerlandais comme droit régissant l’entente de services. Toutefois, à cause du principe de la séparabilité, la validité de la convention d’arbitrage peut être régie par un droit substantif différent de celui régissant la validité du contrat sous-jacent dans lequel figure la clause d’arbitrage : Born, vol. I, p. 475-476 et 835; McEwan et Herbst, p. 8-1 à 8-6.

[227] Cette distinction est toutefois peu significative en l’espèce pour deux raisons. Premièrement, la clause d’arbitrage est vraisemblablement régie par le droit néerlandais, car le droit applicable au contrat sous-jacent et celui applicable au siège de l’arbitrage sont généralement considérés comme des facteurs persuasifs lorsqu’il s’agit de déterminer le droit régissant la convention d’arbitrage : N. Blackaby et autres, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6<sup>e</sup> éd. 2015), p. 158; *BNA c. BNB*, [2019] SGCA 84, par. 44-48 (CommonLII).

because of the Choice of Law Clause and the Place of Arbitration Clause — although I express no firm conclusions in this regard at this juncture. The second is that the parties have failed to prove Dutch law. In the absence of evidence proving the foreign law, the court may apply the law of the forum: *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1053. For the purposes of this appeal, therefore, this Court may apply the law of Ontario to determine whether the Arbitration Clause is substantively valid.

[228] I wish to stress, however, that a court hearing a challenge to the validity of an arbitration agreement, even under domestic arbitration legislation, should not presume that the law of the forum always governs the substantive validity of the arbitration agreement. Neither should a court assume that the law applicable to the arbitration agreement is the same as the law that applies to the underlying contract.

### (3) Rule of Systematic Referral to Arbitration

[229] Mr. Heller’s arguments against Uber’s motion raise the same question as the one this Court considered in *Dell*: which body should decide first — a court or an arbitral tribunal? Given that the *International Act* implements the UNCITRAL Model Law, the rule of systematic referral from *Dell* clearly applies to motions brought under that Act. The rule of systematic referral from *Dell* also applies to the *Arbitration Act*, which is largely based on the *Uniform Arbitration Act*, 1990 (online), drafted by the Uniform Law Conference of Canada (“ULCC”). This is because, despite slight modifications for the purposes of domestic arbitrations, the “organisation and the principles of the Uniform Arbitration Act are recognizably those of the Model Law”: *Uniform Arbitration Act*, p. 2-3. In particular, the *Arbitration Act* provides that an arbitral tribunal has the competence to rule on its own jurisdiction, including the ability to rule on challenges to the validity of the arbitration agreement: *Arbitration Act*, s. 17(1).

Le droit applicable à la clause d’arbitrage est donc vraisemblablement le droit néerlandais en raison de la clause de choix du droit applicable et de la clause relative au lieu de l’arbitrage — bien que je ne formule aucune conclusion définitive sur ce point à ce stade-ci. Deuxièmement, les parties n’ont pas fait la preuve du droit néerlandais. En l’absence de preuve quant au droit étranger, le tribunal peut appliquer la loi du for : *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, p. 1053. Par conséquent, pour les besoins du présent pourvoi, la Cour peut appliquer le droit ontarien afin de déterminer la validité au fond de la clause d’arbitrage.

[228] Je tiens à souligner, cependant, que le tribunal saisi d’une contestation de la validité d’une convention d’arbitrage, même en vertu de la législation interne en matière d’arbitrage, ne saurait présumer que la loi du for régit toujours la validité au fond de la convention d’arbitrage. Le tribunal ne saurait présumer non plus que le droit applicable à la convention d’arbitrage est le même que celui du contrat sous-jacent.

### (3) La règle du renvoi systématique à l’arbitrage

[229] L’argumentation de M. Heller à l’encontre de la motion d’Uber soulève la même question que celle dont a été saisie la Cour dans *Dell* : quel organisme devrait se prononcer en premier lieu, le tribunal judiciaire ou le tribunal arbitral? Étant donné que la *Loi internationale* met en œuvre la Loi type de la CNUDCI, la règle du renvoi systématique établie dans *Dell* s’applique clairement aux motions présentées sous le régime de cette loi. Cette règle du renvoi systématique de l’arrêt *Dell* s’applique également à la *Loi sur l’arbitrage*, laquelle est fondée en grande partie sur la *Loi uniforme sur l’arbitrage*, 1991 (en ligne), rédigée par la Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada (« CHLC »). Il en est ainsi parce que, malgré de légères modifications se rapportant aux arbitrages nationaux, [TRADUCTION] « l’organisation et les principes de la Loi uniforme sur l’arbitrage sont de toute évidence ceux de la Loi type » : *Loi uniforme sur l’arbitrage*, p. 2-3. Plus précisément, la *Loi sur l’arbitrage* dispose que le

Thus, *Dell* applies regardless of which arbitration legislation governs Uber’s motion for a stay.

[230] In *Dell*, this Court interpreted Quebec’s legislation implementing the UNCITRAL Model Law in the context of the *Civil Code of Québec*. It established a “general rule that in any case involving an arbitration clause, a challenge to the arbitrator’s jurisdiction must be resolved first by the arbitrator”: *Dell*, at para. 84. A court *may* depart from the rule of systematic referral to arbitration only if the challenge is based solely on a question of law or on a question of mixed law and fact that requires only a “superficial” consideration of the documentary evidence: *Dell*, at paras. 84-85. The court must also be satisfied that the jurisdictional challenge “is not a delaying tactic and will not unduly impair the conduct of the arbitration proceeding”: para. 86.

[231] Contrary to Abella and Rowe JJ.’s view, expressed at para. 36, this Court has clearly decided on the meaning of “superficial review”. A review is not superficial if the court is required to review testimonial evidence: *Dell*, at para. 88. Put another way, “the court must not, in ruling on the arbitrator’s jurisdiction, consider the facts leading to the application of the arbitration clause”: para. 84. Throughout her reasons in *Dell*, Deschamps J. carefully distinguished between the types of evidence a court can consider in ruling on a motion for a stay. She stated that when a challenge to the validity of the arbitration agreement requires a court to consider “factual evidence”, the court should normally refer the case to arbitration: para. 85. The exception she mentioned for questions of mixed law and fact applies only if the questions of fact require only “superficial consideration of the documentary evidence in the record”: para. 85. Deschamps J. then explained that one of the issues raised in the appeal required more than a superficial review of the record because it required a review of the “documentary and testimonial evidence” in the

tribunal arbitral est habilité à statuer sur sa propre juridiction, ce qui comprend le pouvoir de se prononcer sur des contestations visant la validité de la convention d’arbitrage : *Loi sur l’arbitrage*, par. 17(1). Par conséquent, l’arrêt *Dell* s’applique quelle que soit la loi sur l’arbitrage qui régit la motion en sursis d’instance d’Uber.

[230] Dans l’arrêt *Dell*, la Cour a interprété une disposition statutaire québécoise mettant en œuvre la Loi type de la CNUDCI dans le contexte du *Code civil du Québec*. La Cour a établi une « règle générale que, lorsqu’il existe une clause d’arbitrage, toute contestation de la compétence de l’arbitre doit d’abord être tranchée par ce dernier » : *Dell*, par. 84. Le tribunal ne *peut* déroger à la règle du renvoi systématique à l’arbitrage que dans le cas où la contestation repose uniquement sur une question de droit ou une question mixte de droit et de fait qui ne requiert qu’un examen « superficiel » de la preuve documentaire : *Dell*, par. 84-85. Le tribunal doit également être convaincu que la contestation de la compétence « n’est pas une tactique dilatoire et ne préjudiciera pas indûment le déroulement de l’arbitrage » : par. 86.

[231] Contrairement à l’avis qu’expriment les juges Abella et Rowe au par. 36, la Cour s’est déjà clairement prononcée sur le sens du terme « examen superficiel ». Un examen n’est pas superficiel si le tribunal doit analyser la preuve testimoniale : *Dell*, par. 88. Autrement dit, « la décision du tribunal quant à la compétence arbitrale ne doit pas mettre en cause les faits donnant lieu à l’application de la clause d’arbitrage » : par. 84. Tout au long de ses motifs dans l’arrêt *Dell*, la juge Deschamps distingue avec soin les types de preuve qu’un tribunal peut examiner lorsqu’il est saisi d’une demande de renvoi à l’arbitrage. Elle affirme que, quand une contestation de la validité de la convention d’arbitrage oblige le tribunal à examiner une « preuve factuelle », le tribunal doit normalement renvoyer l’affaire à l’arbitrage : par. 85. L’exception dont elle parle relativement aux questions mixtes de droit et de fait ne s’applique qu’aux questions de fait n’exigeant qu’un « examen superficiel de la preuve documentaire au dossier » : par. 85. La juge Deschamps explique ensuite que l’une des questions soulevées

record: para. 88. Thus, testimonial evidence is not seen as being reviewable on a superficial basis, and should be left for the arbitral tribunal. In the language of the *prima facie* test which this Court sought to incorporate into the analysis in *Dell*, the “nullity” of an arbitration agreement is “manifest” if, having regard to the contract in which it is found, the question of the validity of the arbitration agreement is a primarily legal one that can be answered without recourse to further evidence: see *Dell*, at paras. 75-77 and 83.

[232] In the cases in which it has applied the rule of systematic referral, this Court has remained faithful to this limit on the kind of evidence which may be considered on a motion for a stay. In *Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, 2007 SCC 35, [2007] 2 S.C.R. 921, Dr. Muroff challenged the validity of an arbitration agreement in his cellphone contract with Rogers Wireless on the basis that it was abusive. The Court held that resolving the challenge would require more than a superficial review of the documentary evidence. Determining whether the arbitration agreement was abusive would have required the Court to look beyond the documentary evidence, given that “an arbitration clause is not necessarily abusive simply because it appears in a consumer contract”: para. 15; see also para. 25, per LeBel J. (concurring). This Court therefore declined to entertain Dr. Muroff’s challenge because it was dependent on testimonial evidence. Subsequently, in *Seidel*, the Court entertained a challenge to the validity of an arbitration agreement in a case in which a superficial review of the documentary evidence in the record was itself sufficient to establish the applicability of the legislation the Court relied upon to find that the arbitration clause was invalid: paras. 13 and 30. Therefore, this Court has applied the superficial review standard consistently since first articulating it in *Dell* — until this appeal.

par le pourvoi nécessitait davantage qu’un examen superficiel du dossier parce qu’elle requérait une étude de la « preuve documentaire et testimoniale » au dossier : par. 88. La preuve testimoniale n’est donc pas considérée comme étant susceptible de faire l’objet d’un examen superficiel, et l’examen de cette preuve devrait revenir au tribunal arbitral. Pour reprendre le langage du test *prima facie* que la Cour a voulu incorporer à l’analyse effectuée dans l’arrêt *Dell*, la « nullité » d’une convention d’arbitrage est « manifeste » si, eu égard au contrat dans lequel elle se trouve, la question de la validité de la convention d’arbitrage est une question qui peut être principalement tranchée sans que l’on ait recours à d’autres éléments de preuve : voir *Dell*, par. 75-77 et 83.

[232] Dans sa jurisprudence où elle applique la règle du renvoi systématique, la Cour est demeurée fidèle à cette limitation du type de preuve qui peut être examinée dans le cadre d’une motion en sursis d’instance. Dans l’arrêt *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921, le docteur Muroff a contesté la validité de la clause d’arbitrage figurant dans son contrat de téléphone cellulaire avec Rogers Sans-fil au motif qu’elle était abusive. La Cour a estimé que trancher la contestation exigerait davantage qu’un examen superficiel de la preuve documentaire. La détermination du caractère abusif de la convention d’arbitrage aurait exigé de la Cour qu’elle aille au-delà de la preuve documentaire, car « une clause d’arbitrage ne saurait être abusive uniquement parce qu’elle se trouve dans un contrat de consommation » : par. 15; voir aussi le par. 25, le juge LeBel (opinion concordante). Par conséquent, la Cour a refusé d’entendre la contestation du docteur Muroff, car celle-ci dépendait d’une preuve testimoniale. Par la suite, dans l’arrêt *Seidel*, la Cour a entendu une contestation visant la validité d’une convention d’arbitrage alors qu’un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier était en soi suffisant pour établir l’applicabilité de la loi sur laquelle s’est appuyée la Cour pour conclure à la nullité de la clause d’arbitrage : par. 13 et 30. La Cour a donc appliqué constamment la norme de l’examen superficiel depuis son énoncé initial dans l’arrêt *Dell*, et ce jusqu’au présent pourvoi.



[233] The new standard for superficial review introduced by Abella and Rowe JJ. allows for the production and review of considerable testimonial evidence. Superficial review will now incorporate a searching review of the record for the purpose of determining whether findings of fact can be made on the basis of apparently undisputed testimonial evidence, and this review might even involve cross-examination. This is a marked departure from the clear principles laid down in *Dell*, which were followed in *Rogers* and *Seidel*, and I therefore cannot accept it.

[234] This point is important because this appeal should turn on the rule of systematic referral. More than a superficial review of the documentary evidence is required, because Mr. Heller's arguments, like those of my colleagues Abella and Rowe JJ. and Brown J., are dependent upon testimonial evidence regarding Mr. Heller's financial position, his personal characteristics, the circumstances of the formation of the contract and the amount that would likely be at issue in a dispute to which the Arbitration Clause applies.

[235] Further, my colleagues avoid the operation of the rule of systematic referral by creating new exceptions to *Dell* which permit them to consider the testimonial evidence in the record. However, even if that evidence could properly be considered by a court ruling on a motion for a stay, it is lacking in many important respects. For example, there is no evidence that Mr. Heller was in a state of necessity or was incapacitated when he entered into the agreement. He had an unlimited amount of time to review the agreement before accepting it. His evidence suggests that he is capable of understanding the significance of the Arbitration Clause: A.R., vol. II, at p. 134. As counsel for Uber demonstrated in cross-examination, Mr. Heller is sufficiently knowledgeable that he was able to quickly grasp the implications of a change in Uber's fee payment structure and voice his concerns through the media: A.R., vol. III, at pp. 145-46. He also showed considerable sophistication in lodging over 300 complaints through Uber's internal dispute resolution procedure: A.R., vol. III, at p. 129. The

[233] La nouvelle norme d'examen superficiel qu'introduisent mes collègues les juges Abella et Rowe permet de produire et d'étudier une preuve testimoniale abondante. L'examen superficiel comportera désormais un examen approfondi du dossier en vue de décider s'il est possible de tirer des conclusions de fait sur le fondement d'une preuve testimoniale apparemment non contestée, et pourrait même entraîner des contre-interrogatoires. Il s'agit là d'un écart marqué par rapport aux principes clairs posés dans l'arrêt *Dell* qui ont été suivis dans *Rogers* et *Seidel*, et je ne peux par conséquent l'accepter.

[234] Il s'agit d'un point important car le présent pourvoi devrait porter sur la règle du renvoi systématique. Il faut plus qu'un examen superficiel de la preuve documentaire en l'espèce, parce que les arguments de M. Heller, de même que ceux de mes collègues les juges Abella et Rowe et ceux de mon collègue le juge Brown, s'appuient sur la preuve testimoniale concernant la situation financière de M. Heller, ses caractéristiques personnelles, les circonstances entourant la formation du contrat ainsi que la valeur qui serait vraisemblablement en litige dans le cadre d'un différend auquel la clause d'arbitrage s'applique.

[235] En outre, mes collègues évitent l'application de la règle du renvoi systématique en créant de nouvelles exceptions à l'arrêt *Dell* qui leur permettent d'examiner la preuve testimoniale au dossier. Or, même si cette preuve pouvait à bon droit être considérée dans le cadre d'une décision sur une motion en sursis d'instance, elle est déficiente à maints égards importants. Par exemple, il n'y a pas de preuve permettant d'établir que M. Heller se trouvait dans un état de nécessité ou souffrait d'une incapacité lorsqu'il a conclu l'entente. Il a disposé d'un délai illimité pour examiner l'entente avant de l'accepter. Le témoignage de M. Heller donne à penser qu'il est en mesure de comprendre l'importance de la clause d'arbitrage : d.a., vol. II, p. 134. Comme l'a démontré l'avocate d'Uber en contre-interrogatoire, M. Heller est assez perspicace pour saisir rapidement les conséquences d'une modification de la structure de paiement de frais d'Uber et exprimer ses préoccupations par l'entremise des médias : d.a., vol. III, p. 145-146. Il a également fait preuve d'une grande

record is simply not sufficient for this Court to conclude with certainty that Mr. Heller was vulnerable throughout the contracting process.

[236] In addition, my colleagues assert that the Arbitration Clause is inaccessible to Mr. Heller despite the fact that there is no evidence in the record regarding the comparative availability of third party funding for arbitration or litigation. This Court also has no indication as to what fraction of the CAN\$400,000,000 being sought in Mr. Heller's proceeding represents his individual claim against Uber. Nor is there any evidence regarding the comparative cost of pursuing a class action — although I note that the costs awarded in the Court of Appeal (CAN\$20,000) were greater than the amount of the ICC Fees (approximately CAN\$19,000), and the parties are not even at the certification stage of the class proceeding: C.A. reasons, at para. 75. I am of the view that all of this evidence is necessary, because I find it highly unlikely that the cost of pursuing this claim in the courts, whether individually or by way of a class action, would be very much less than the ICC Fees. Indeed, such a proceeding might even be more costly. It is therefore not the absolute dollar value of the ICC Fees which is at issue. I think that what is implicit in my colleagues' arguments about accessibility is an unstated assumption about the comparative accessibility of pursuing a class action, given the existence of a specialized third party litigation funding industry and lawyer fee structures for the pursuit of such claims. However, such assumptions should be grounded in evidence. As the record currently stands, this Court cannot say on the basis of the testimonial evidence that the Arbitration Clause makes dispute resolution any less accessible than litigation.

[237] In my view, my colleagues' efforts to avoid the operation of the rule of systematic referral to arbitration reflects the same historical hostility to

sophistication en déposant plus de 300 plaintes au moyen de la procédure interne de règlement des différends d'Uber : d.a., vol. III, p. 129. Le dossier ne permet tout simplement pas à la Cour de conclure avec certitude que Heller était vulnérable tout au long du processus de conclusion du contrat

[236] De plus, mes collègues affirment que M. Heller ne peut recourir à la clause d'arbitrage malgré l'absence d'éléments de preuve au sujet de la disponibilité comparative de financement par un tiers pour un arbitrage ou pour un litige. La Cour ne dispose pas non plus d'indications quant à savoir quelle fraction de la somme de 400 000 000 \$ CAN réclamée dans les actes de procédure de M. Heller représente sa réclamation individuelle contre Uber. Il n'y a pas non plus d'éléments de preuve concernant les coûts comparatifs liés à l'exercice d'un recours collectif — quoique je constate que les dépens adjugés par la Cour d'appel (20 000 \$ CAN) étaient plus élevés que les droits exigés par la CCI (environ 19 000 \$ CAN) et que les parties n'en sont même pas encore à l'étape de la certification du recours collectif : motifs de la Cour d'appel, par. 75. Je suis d'avis que toute cette preuve est nécessaire, parce qu'il me semble fort peu probable que les coûts liés à la poursuite de cette réclamation devant les tribunaux judiciaires, à titre individuel ou par voie de recours collectif, soient nettement moindres que les droits de la CCI. En effet, un tel recours pourrait s'avérer encore plus coûteux. Ce n'est donc pas la valeur absolue en dollars des droits imposés par la CCI qui est en jeu. J'estime que les arguments de mes collègues relatifs à l'accessibilité reposent implicitement sur une hypothèse inexprimée au sujet de la possibilité comparative d'intenter un recours collectif vu l'existence d'une industrie spécialisée du financement de litige par un tiers et les structures d'honoraires d'avocats pour la poursuite de tels recours. De telles hypothèses devraient cependant être fondées sur la preuve. Vu l'état actuel du dossier, la Cour ne peut affirmer, sur la foi de la preuve testimoniale, que la clause d'arbitrage ne rende le règlement des différends moins accessible qu'une action en justice.

[237] À mon avis, la peine que se donnent mes collègues pour éviter l'application de la règle du renvoi systématique à l'arbitrage témoigne de la

arbitration which the legislature and this Court have sought to dispel. The simple fact is that the parties in this case have agreed to settle any disputes through arbitration; this Court should not hesitate to give effect to that arrangement. The ease with which my colleagues dispense with the Arbitration Clause on the basis of the thinnest of factual records causes me to fear that the doctrines of unconscionability and public policy are being converted into a form of *ad hoc* judicial moralism or “palm tree justice” that will sow uncertainty and invite endless litigation over the enforceability of arbitration agreements. This is in fact what the *Arbitration Act* and the UNCITRAL Model Law were designed to avoid.

(4) Proposed Exceptions to the Rule of Systematic Referral

[238] I will now address the exceptions to the rule of systematic referral proposed by the Court of Appeal as well as by Abella and Rowe JJ. and Brown J. I will confine my comments on Brown J.’s approach to his contention that s. 96 of the *Constitution Act, 1867* requires such an exception.

(a) *Systematic Referral and Challenges to the Validity of the Arbitration Agreement*

[239] The Court of Appeal appears to have held that the rule of systematic referral is confined to challenges relating to the scope of arbitration agreements, and therefore does not apply to challenges to the validity of such agreements: C.A. reasons, at paras. 39-40. I disagree.

[240] The rule of systematic referral is based on the arbitral tribunal’s competence to rule on its own jurisdiction. Article 16(1) of the UNCITRAL Model Law and s. 17(1) of the *Arbitration Act* both state that the arbitral tribunal has competence to rule on objections with respect to “the existence or validity of the arbitration agreement”. In *Seidel* and in *Rogers Wireless*, this Court applied the rule of systematic referral to challenges to the validity of the arbitration

même hostilité historique à l’égard de l’arbitrage que celle que le législateur et la Cour se sont efforcés de dissiper. Les parties en l’espèce ont tout simplement convenu de régler leurs différends en ayant recours à l’arbitrage; la Cour ne devrait pas hésiter à donner effet à cette entente. La facilité avec laquelle les juges majoritaires font abstraction de la clause d’arbitrage sur la base du plus mince des dossiers factuels me fait craindre que les principes de l’iniquité et de l’ordre public ne soient amenés à se transformer en moralisme judiciaire ponctuel ou en « justice au cas par cas », qui sèmera l’incertitude et ouvrira la porte à des litiges sans fin portant sur le caractère exécutoire des conventions d’arbitrage. C’est ce que la *Loi sur l’arbitrage* et la Loi type de la CNUDCI visaient à éviter.

(4) Exceptions proposées à la règle du renvoi systématique

[238] Je me penche maintenant sur les exceptions à la règle du renvoi systématique proposées par la Cour d’appel, les juges Abella et Rowe ainsi que le juge Brown. Je limite mes commentaires sur l’approche du juge Brown à sa prétention selon laquelle l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* requiert une telle exception.

(a) *Renvoi systématique et contestations visant la validité de la convention d’arbitrage*

[239] La Cour d’appel semble avoir conclu que l’application de la règle du renvoi systématique est limitée aux contestations relatives à la portée d’une convention d’arbitrage et ne vise donc pas les contestations de la validité de la convention d’arbitrage : motifs de la Cour d’appel, par. 39-40. Je ne suis pas d’accord.

[240] La règle du renvoi systématique découle du pouvoir du tribunal arbitral de statuer sur sa propre juridiction. Le libellé de l’art. 16(1) de la Loi type de la CNUDCI et celui du par. 17(1) de la *Loi sur l’arbitrage* indiquent tous deux que le tribunal arbitral a compétence pour statuer sur les objections relatives à « l’existence ou à la validité de la convention d’arbitrage ». Dans les arrêts *Seidel* et *Rogers Sans-fil*, la Cour a appliqué la règle du renvoi systématique

agreements that were at issue. There is accordingly no basis in the words of either statute for excluding the rule of systematic referral from a challenge to the validity of an arbitration clause, and there is in fact authority from this Court to the contrary.

(b) *Systematic Referral and Accessibility*

[241] Abella and Rowe JJ. propose to create an exception to the rule of systematic referral that would apply where an arbitration agreement is deemed to be “too costly or otherwise inaccessible”: paras. 38-46. With great respect, I am of the view that this Court should not create this exception to the rule of systematic referral. I also do not agree that, if such an exception were to be created, it should be applied on the basis of the record before the Court.

[242] First, and foremost, the rule of systematic referral is the product of an exercise of interpretation of the UNCITRAL Model Law. This means that any exception to the rule must also be a product of statutory interpretation. However, Abella and Rowe JJ. do not purport to justify their proposed exception with reference to the words, the scheme, the context, the object, and the purposes of either statute, as this Court’s jurisprudence requires: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. The exception they propose rests instead on policy considerations related to access to justice: paras. 38-39. While I appreciate the importance of those considerations, I am respectfully of the view that they cannot be used to make the *Arbitration Act* say something it does not say: see *Wellman*, at para. 79. Further, because Abella and Rowe JJ. propose this exception as a modification of the *Dell* framework itself, the exception must also be justified on the basis of an interpretation of the UNCITRAL Model Law which was interpreted in *Dell*.

[243] Second, the dissenting justices in *Dell* proposed a flexible approach to referral according to which the courts would have retained some discretion to fully entertain a challenge to an arbitration

aux contestations visant la validité des conventions d’arbitrage en cause. Rien dans le libellé de l’une ou l’autre de ces lois ne permet donc d’exclure la règle du renvoi systématique de la contestation de la validité d’une clause d’arbitrage, et il existe par ailleurs des précédents de la Cour à l’effet contraire.

(b) *Renvoi systématique et accessibilité*

[241] Les juges Abella et Rowe proposent de créer une exception à la règle du renvoi systématique qui s’appliquerait lorsqu’une convention d’arbitrage est jugée « trop coûteuse ou inaccessible pour une autre raison » : par. 38-46. Avec grands égards, je suis d’avis que la Cour ne devrait pas créer une telle exception à la règle du renvoi systématique. Je ne suis pas non plus d’accord pour dire que, si une telle exception était créée, il y aurait lieu de l’appliquer sur la base du dossier dont dispose la Cour.

[242] D’abord et avant tout, la règle du renvoi systématique est le produit d’une interprétation de la Loi type de la CNUDCI. Par conséquent, toute exception à la règle doit aussi être le fruit de l’interprétation législative. Mes collègues les juges Abella et Rowe ne prétendent pas cependant justifier leur exception en fonction du texte, de l’économie, du contexte, de l’objet et des objectifs de l’une ou l’autre loi comme l’exige la jurisprudence de la Cour : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87. L’exception qu’ils proposent s’appuie plutôt sur des considérations de principe relatives à l’accès à la justice : par. 38-39. Même si je conviens de l’importance de ces préoccupations, je suis respectueusement d’avis qu’elles ne peuvent servir à faire dire à la *Loi sur l’arbitrage* quelque chose qu’elle ne dit pas : voir *Wellman*, par. 79. En outre, puisque les juges Abella et Rowe proposent leur exception en tant que modification du cadre établi dans l’arrêt *Dell* lui-même, l’exception doit aussi être justifiée sur la base d’une interprétation de la Loi type de la CNUDCI, ce qui a été fait dans *Dell*.

[243] En deuxième lieu, les juges dissidents dans l’arrêt *Dell* ont proposé une approche souple concernant le renvoi qui aurait permis aux tribunaux de conserver un certain pouvoir discrétionnaire

agreement's validity: para. 178, per Bastarache and LeBel JJ. (dissenting). The majority chose not to adopt this discretionary approach, preferring instead a rule of *systematic* referral to arbitration "in any case involving an arbitration clause": para. 84. Abella and Rowe JJ.'s exception would transform the rule of systematic referral by turning it into a rule of *situational* referral that is dependent on the circumstances of a given case. This situational "carve-out" of part of the rule of systematic referral would add to the grounds for judicial intervention in the arbitration process and thus create a perverse incentive to engage in "parasitic" litigation as a delaying tactic: see J. Paulsson, *The Idea of Arbitration* (2013), at pp. 58-60. It would be open to future courts to endlessly identify issues which constitute "unforeseen circumstances" that *Dell* did not contemplate, thus sowing uncertainty and giving rise to incessant litigation with respect to the degree of scrutiny to apply when ruling on a motion for a stay. Inviting litigiousness is more likely to thwart access to justice than to advance it because litigiousness increases the time and cost of dispute resolution.

[244] Third, Abella and Rowe JJ. argue that courts are well positioned to mitigate the risk of spurious arguments being advanced against the validity of an arbitration agreement by awarding costs and requiring security for costs: para. 42. However, this Court contemplated the risk of spurious arguments being used as a delaying tactic in *Dell* and decided that the scope of review on a motion for a stay should be confined to a superficial review of the documentary evidence in order to counteract such tactics: para. 84. If costs awards were an effective deterrent against delaying tactics, there would be no need to confine the scope of the review to a superficial review of the documentary evidence in the record at all. In addition, seeking security for costs would require a motion within the motion, thus adding further complexity and a potential for further delays.

d'instruire au complet une contestation relative à la validité d'une convention d'arbitrage : par. 178, les juges Bastarache et LeBel (dissidents). Les juges majoritaires ont choisi de ne pas retenir cette approche discrétionnaire, lui préférant plutôt la règle du renvoi  *systématique*  à l'arbitrage « lorsqu'il existe une clause d'arbitrage » : par. 84. L'exception de mes collègues les juges Abella et Rowe transformerait la règle du renvoi systématique en une règle de renvoi  *ponctuel* , dont l'application dépend des circonstances propres à une affaire donnée. Cette exclusion situationnelle d'une partie de la règle du renvoi systématique ajoute aux motifs d'intervention des tribunaux dans le processus arbitral, ce qui a pour effet pervers d'inciter des parties à intenter des poursuites « parasitaires » comme mesure dilatoire : voir J. Paulsson, *The Idea of Arbitration* (2013), p. 58-60. Il sera loisible aux tribunaux de continuer éternellement à trouver des enjeux qui constituent des « circonstances imprévues » que n'avait pas envisagées l'arrêt *Dell*, créant ainsi de l'incertitude et donnant lieu à des litiges sans fin sur la rigueur de l'examen qui doit porter sur une motion en sursis d'instance. L'incitation à la judiciarisation est plus susceptible d'entraver l'accès à la justice que de le favoriser, car elle prolonge la durée et fait augmenter le coût du règlement des différends.

[244] En troisième lieu, les juges Abella et Rowe affirment que les tribunaux sont bien placés pour atténuer le risque d'arguments fallacieux avancés à l'encontre de la validité d'une convention d'arbitrage grâce aux dépens et au cautionnement pour dépens : para. 42. Cependant, dans l'arrêt *Dell*, la Cour a envisagé le risque que des arguments fallacieux soient utilisés à titre de mesure dilatoire et a décidé que l'analyse d'une motion en sursis d'instance devrait se limiter à un examen superficiel de la preuve documentaire en vue de déjouer de telles tactiques : para. 84. Si l'adjudication des dépens était un moyen de dissuasion efficace contre ces mesures dilatoires, il ne serait aucunement nécessaire de restreindre l'analyse à un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier. De plus, la recherche d'un cautionnement pour dépens nécessiterait l'insertion d'une motion dans la motion, ce qui rendrait le processus encore plus complexe et entraînerait la possibilité de nouveaux délais.



[245] Fourth, Abella and Rowe JJ. observe “incidentally” that their approach would prevent the drafting of arbitration agreements which “exploit” what they see as a “significant loophole” in *Dell*: paras. 49-50. The exploitative loophole they are worried about results from the ordinary operation of the rule of systematic referral to arbitration under an agreement which is governed by a foreign choice of law clause. This argument amounts to a critique of *Dell* itself. What is more, the critique is not grounded in legislative intent. There is no basis in the *Arbitration Act* or in the UNCITRAL Model Law for distinguishing between arbitration agreements which include a foreign choice of law clause from those which do not.

[246] Fifth, Abella and Rowe JJ. state that their exception applies where the fees to commence arbitration proceedings are “significant” relative to the plaintiff’s claim: para. 39. However, they provide no guidance on what amount might be considered “significant”, and this Court has no indication in the record regarding the size of Mr. Heller’s claim. They also express a concern that Mr. Heller may not reasonably be able to reach the physical location of the arbitration. But, as I explain in detail below, the choice of a foreign seat for arbitration should not be equated with the choice of the physical location of the arbitration proceedings. In fact, Uber has agreed to hold the proceedings in this case in Ontario. While it might be appropriate to disregard this concession on Uber’s part for the purpose of determining whether the contract is valid, there is no reason to do so in relation to Abella and Rowe JJ.’s fact-specific exception to the rule of systematic referral. There is therefore no basis for concluding that the ICC Fees are significant relative to Mr. Heller’s claim, given that the amount of the claim is unknown, or for concluding that he will be unable to reach the physical location of the arbitration, given that Uber has agreed to hold it in his home jurisdiction.

[247] For these reasons, I do not accept that an exception should be either created or applied in this case. If the Constitution requires such an exception,

[245] En quatrième lieu, les juges Abella et Rowe font remarquer « incidemment » que leur approche empêche la rédaction de conventions d’arbitrage qui « exploite[nt] » ce qu’ils voient comme une « faille importante » de l’arrêt *Dell* : par. 49-50. La faille exploitable dont s’inquiètent mes collègues découle de l’application ordinaire de la règle du renvoi systématique à une convention d’arbitrage régie par une clause de choix du droit étranger applicable. Cet argument participe d’une critique de l’arrêt *Dell* lui-même. Qui plus est, la critique ne repose pas sur l’intention législative. Rien dans la *Loi sur l’arbitrage* ou la Loi type de la CNUDCI ne permet de faire la distinction entre les conventions d’arbitrage qui comportent une clause de choix du droit étranger applicable et celles qui n’en ont pas.

[246] Enfin, les juges Abella et Rowe disent que leur exception s’applique lorsque les droits à payer pour tenter une procédure arbitrale sont « importants » par rapport à la réclamation du demandeur : par. 39. Or, ils n’expliquent pas à quoi se chiffrent des coûts « importants » et le dossier soumis à la Cour ne contient aucune indication quant à la taille de la réclamation de M. Heller. Ils disent également craindre que M. Heller ne soit pas raisonnablement en mesure de se rendre au lieu de l’arbitrage. Toutefois, comme je l’explique en détail plus loin, le choix d’un siège étranger d’arbitrage ne devrait pas être assimilé au choix du lieu de la procédure d’arbitrage. En fait, Uber a accepté en l’espèce que la procédure se déroule en Ontario. Bien que l’on puisse faire abstraction de la concession d’Uber lorsqu’il s’agit d’établir la validité du contrat, il n’y a aucune raison d’ignorer cette concession selon l’exception circonstancielle créée par les juges Abella et Rowe à la règle du renvoi systématique. Il n’y a donc aucune raison de conclure que les droits de la CCI sont importants par rapport à la réclamation de M. Heller, vu que la valeur de la réclamation est inconnue, et rien ne permet de conclure qu’il ne peut se rendre au lieu de l’arbitrage, étant donné qu’Uber a accepté de tenir la procédure dans le ressort de M. Heller.

[247] Pour ces motifs, je n’accepte pas qu’il y a lieu de créer ou d’appliquer une exception en l’espèce. Bien entendu, si la Constitution requérait une

I would, of course, have to reconsider the issue. It is to that question which I now turn.

- (c) *Systematic Referral and the Governor General's Constitutional Power to Appoint Superior Court Judges*

[248] My colleague Brown J. refers to a “constitutional dimension” which, in his view, demands an exception to the rule of systematic referral where arbitration is inaccessible in the context of the parties’ relationship: paras. 120 and 125. I will confine my comments here to the question whether the Constitution requires such an exception, as I will consider Brown J.’s additional arguments regarding public policy below. While I agree that access to justice and the rule of law are important considerations, I respectfully disagree that the rule of systematic referral would, absent an exception, infringe, or even engage, s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

[249] Section 96 of the *Constitution Act, 1867* assigns to the Governor General the power to appoint superior court judges. This Court has interpreted this provision as a restriction on the competence of provincial legislatures and Parliament to enact legislation that abolishes the superior courts or removes part of their core or inherent jurisdiction: *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31, at para. 30. In my view, legislation which facilitates the enforcement of agreements to submit disputes to arbitration neither abolishes the superior courts nor removes any part of their core or inherent jurisdiction.

[250] As a preliminary matter, it is important to understand that arbitration is not litigation by another name: W. G. Horton, “A Brief History of Arbitration” (2017), 47 *Adv. Q.* 12, at p. 12. Rather, it is a substitute for the parties’ own ability to negotiate or to reach agreement through mediation, and is not based on a transference or denial of court power: Alberta Law Reform Institute, Final Report No. 103,

telle exception, il me faudrait alors réexaminer la question. C’est sur cette question que je me penche maintenant.

- (c) *Renvoi systématique et pouvoir constitutionnel du gouverneur général de nommer les juges des cours supérieures*

[248] Mon collègue le juge Brown fait allusion à une « dimension constitutionnelle » qui, soutient-il, requiert une exception à la règle du renvoi systématique lorsque l’arbitrage est inaccessible eu égard à la relation entre les parties : par. 120 et 125. Je limite mes commentaires ici à la question de savoir si la Constitution requiert pareille exception, car j’examine dans une section subséquente les arguments supplémentaires du juge Brown relatifs à l’ordre public. Bien que je reconnaisse que l’accès à la justice et la primauté du droit sont des considérations importantes, avec égards, je ne crois pas qu’à défaut d’une exception, la règle du renvoi systématique enfreindrait, ou ferait même intervenir, l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[249] L’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* investit le gouverneur général du pouvoir de nommer les juges des cours supérieures. D’après la Cour, cette disposition restreint le pouvoir des législatures provinciales et du Parlement d’adopter des lois qui abolissent les cours supérieures ou leur enlèvent une partie de leur compétence fondamentale ou inhérente : *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31, par. 30. À mon avis, une loi qui facilite l’exécution de conventions visant à soumettre des différends à l’arbitrage n’abolit pas les cours supérieures, ni ne leur enlève quelque partie que ce soit de leur compétence fondamentale ou inhérente.

[250] À titre préliminaire, il importe de comprendre que l’arbitrage n’est pas un autre nom donné à la judiciarisation : W. G. Horton, « A Brief History of Arbitration » (2017), 47 *Adv. Q.* 12, p. 12. Il s’agit plutôt d’un substitut à la capacité des parties de négocier ou d’arriver à une entente par voie de médiation et il ne repose pas sur un transfert ou une négation du pouvoir des cours de justice : Alberta Law Reform

*Arbitration Act: Stay and Appeal Issues* (2013), at para. 24. Courts retain an oversight role throughout the arbitration process and afterwards: *Arbitration Act*, ss. 6, 8, 10, 15, 17(8) and 45 to 48. Arbitration legislation, and supporting doctrines such as the rule of systematic referral, should not therefore be conceptualized as a limit on the supervisory jurisdiction of the courts. Instead, they should be seen as a positive reinforcement of the principle of party autonomy in that they require parties to an arbitration agreement to abide by their agreement.

[251] From this perspective, it is party autonomy, not statutory edict, which compels the parties to an arbitration agreement to refrain from litigation in the courts and to pursue the mode of dispute settlement to which they have previously agreed: see *Wellman*, at paras. 51-52. The legislation merely gives the parties to an arbitration agreement machinery they can use to enforce their agreement. Section 96 of the *Constitution Act, 1867* and the unwritten principle of the rule of law are not engaged because s. 96 “has never been construed (and cannot be) as forbidding two or more citizens from appointing another as their ‘private judge’ to resolve their dispute”: *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 233 (S.C.). Further, “[a]s legislation similar in effect has been on the books for nearly 300 years without it being attacked as constitutionally outrageous, I think it too late to take the point”: *Stancroft Trust Ltd. v. Can-Asia Capital Co.* (1990), 67 D.L.R. (4th) 131 (B.C.C.A.), at p. 136. Thus, no constitutional issue arises. In my view, the possibility that the agreed-upon terms of a given arbitration agreement may be ill suited to a hypothetical claim for a small amount that is unrelated to the appeal now before the Court does not elevate the issue from one of private law to one of constitutional law.

[252] Another relevant — and important — consideration is the type of remedy courts are to grant in order to enforce arbitration awards. A court stays a proceeding that has been commenced in contravention of an arbitration agreement — it does not

Institute, rapport final n° 103, *Arbitration Act : Stay and Appeal* (2013), par. 24. Les tribunaux conservent une fonction de surveillance tout au long du processus arbitral et par la suite : *Loi sur l’arbitrage*, art. 6, 8, 10, 15, par. 17(8) et art. 45 à 48. La législation en matière d’arbitrage ainsi que les doctrines à l’appui comme la règle du renvoi systématique ne doivent pas être conceptualisées comme limitées au pouvoir de contrôle des tribunaux. Il faut plutôt les voir comme un renforcement positif du principe de l’autonomie des parties en ce qu’elles obligent les parties à une convention d’arbitrage à s’y conformer.

[251] Quand on considère les choses sous cet angle, c’est l’autonomie des parties, et non un acte législatif, qui contraint les parties à une convention d’arbitrage à s’abstenir de s’adresser aux tribunaux et à utiliser le mode de règlement des différends sur lequel elles se sont entendues : voir *Wellman*, par. 51-52. La législation ne fait que fournir aux parties à une convention d’arbitrage le mécanisme d’exécution de leur entente. L’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et le principe non écrit de la primauté du droit n’entrent pas en jeu, car l’art. 96 [TRADUCTION] « n’a jamais été interprété (et ne peut l’être) comme interdisant à deux ou plusieurs citoyens de nommer une autre personne leur “juge privé” pour régler leur différend » : *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 233 (C.S.). De plus, [TRADUCTION] « [c]omme des lois aux effets semblables sont en place depuis près de 300 ans sans avoir été attaquées parce qu’elles seraient scandaleuses au plan constitutionnel, je crois qu’il est trop tard pour le faire » : *Stancroft Trust Ltd. c. Can-Asia Capital Co.* (1990), 67 D.L.R. (4th) 131 (C.A. C.-B.), p. 136. Donc, aucune question constitutionnelle ne se pose. À mon avis, la possibilité que les modalités convenues d’une convention d’arbitrage donnée se prêtent mal à un litige hypothétique de faible valeur qui n’a rien à voir avec le présent pourvoi n’élève pas la question de droit privé à une question de droit constitutionnel.

[252] Une autre considération pertinente et importante est le type de réparation qu’accordent les tribunaux pour faire exécuter des sentences arbitrales. Le tribunal sursoit à l’instance introduite en contravention d’une convention d’arbitrage — il ne rejette pas

dismiss the action: *Arbitration Act*, s. 7. This has important practical ramifications, because a stay can be lifted. Further, a court hearing a motion for a stay may order a conditional stay and specify how the parties are to proceed to arbitration: see, e.g., *Popack v. Lipszyc*, 2009 ONCA 365; *Iberfreight S.A. v. Ocean Star Container Line A.G.* (1989), 104 N.R. 164 (F.C.A.); *Continental Resources Inc. v. East Asiatic Co. (Canada)*, [1994] F.C.J. No. 440 (QL); see also *Fuller Austin Insulation Inc. v. Wellington Insurance Co.* (1995), 135 Sask. R. 254 (Q.B.), var'd (1995), 137 Sask. R. 238 (C.A.). It is therefore wrong to conceptualize a successful motion for a stay as the end of the line for the plaintiff's pursuit of their claim.

[253] It would also be wrong to characterize private arbitral tribunals as statutory tribunals, which are amenable to judicial “surveillance” by virtue of s. 96 of the *Constitution Act, 1867: Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*, 2018 SCC 26, [2018] 1 S.C.R. 750, at para. 13, quoting *Knox v. Conservative Party of Canada*, 2007 ABCA 295, 422 A.R. 29, at para. 14. A statutory tribunal is “a body set up by statute and which has duties conferred on it by statute so that the parties are bound to resort to it”: *R. v. National Joint Council for the Craft of Dental Technicians (Dispute Committee)*, [1953] 1 Q.B. 704, at p. 706, quoted in *Roberval Express Ltée v. Transport Drivers, Warehousemen and General Workers Union, Local 106*, [1982] 2 S.C.R. 888, at pp. 893-94. By contrast, arbitration “is essentially a creature of contract, a contract in which the parties themselves charter a private arbitral tribunal for the resolution of their disputes”: *Astoria Medical Group v. Health Insurance Plan of Greater New York*, 182 N.E.2d 85 (N.Y. 1962), at p. 87, quoted in *Wellman*, at para. 52. Thus, the distinction between a statutory tribunal and a private arbitral tribunal is the greater autonomy which parties have and are free to exercise in the private arbitration context. That is why this Court's jurisprudence distinguishes between a statutory tribunal and “a clearly consensual tribunal which owes its existence solely to the will of the parties”: *Roberval Express*, at p. 900; see also *Sattva Capital*

l'action : *Loi sur l'arbitrage*, art. 7. Cela a d'importantes répercussions concrètes, car un sursis peut être levé. Qui plus est, le tribunal saisi d'une motion en sursis peut accorder un sursis conditionnel et indiquer de quelle manière les parties devraient procéder à l'arbitrage : voir, p. ex., *Popack c. Lipszyc*, 2009 ONCA 365; *Iberfreight S.A. c. Ocean Star Container Line A.G.*, [1989] A.C.F. n° 513 (QL); *Continental Resources Inc. c. East Asiatic Co. (Canada)*, [1994] A.C.F. n° 440 (C.F.) (QL); voir aussi *Fuller Austin Insulation Inc. c. Wellington Insurance Co.* (1995), 135 Sask. R. 254 (B.R.), mod. par (1995), 137 Sask. R. 238 (C.A.). Il est donc faux de concevoir une motion en sursis couronnée de succès comme signifiant la fin de la réclamation du demandeur.

[253] Il serait également faux de qualifier les tribunaux d'arbitrage privés de tribunaux statutaires, lesquels sont susceptibles de « surveillance » judiciaire par application de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867 : Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) c. Wall*, 2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750, par. 13, citant *Knox c. Conservative Party of Canada*, 2007 ABCA 295, 422 A.R. 29, par. 14. Le tribunal statuaire est un [TRADUCTION] « organisme constitué et investi de fonctions par une loi pour que les parties soient tenues d'y avoir recours » : *R. c. National Joint Council for the Craft of Dental Technicians (Dispute Committee)*, [1953] 1 Q.B. 704, p. 706, cité dans *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camion, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106*, [1982] 2 R.C.S. 888, p. 893-894. À l'opposé, l'arbitrage [TRADUCTION] « est essentiellement une création contractuelle, un contrat par lequel les parties chargent elles-mêmes un tribunal privé de résoudre leurs différends » : *Astoria Medical Group c. Health Insurance Plan of Greater New York*, 182 N.E.2d 85 (N.Y. 1962), p. 87, cité dans *Wellman*, par. 52. Ainsi, ce qui distingue le tribunal statuaire du tribunal arbitral privé est l'autonomie accrue que peuvent exercer les parties dans le contexte de l'arbitrage privé. Voilà pourquoi la jurisprudence de la Cour distingue le tribunal statuaire du « tribunal purement consensuel qui ne doit son existence qu'à la seule volonté des parties » : *Roberval Express*,

*Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at para. 104.

[254] I would add that, even if s. 96 were considered to be engaged, the constitutional right to access to the courts is not absolute: *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873, at para. 17. The legislature has the power to impose conditions on how and when people have access to the courts. Any impediment to such access under the *Arbitration Act* or the *International Act* exists simply because the parties to an arbitration agreement must abide by their agreement. Payment of the hearing fees at issue in *Trial Lawyers Association* was a mandatory condition on litigants' access to the superior courts which had the effect of taking the choice of pursuing litigation in the superior courts away from a segment of society: para. 35. Similarly, the Alberta Court of Appeal's comment that "[i]nsurmountable preconditions . . . effectively amount to a total barrier to court access" concerned court orders which bar vexatious litigants from commencing proceedings in the courts unless the litigants fulfill certain preconditions: *Jonsson v. Lymer*, 2020 ABCA 167, at para. 67 (CanLII). By contrast, the *Arbitration Act* and the *International Act* deny access (to the limited extent that they do) only to "those who by agreement have surrendered their constitutional right of access": *Stancroft*, at para. 21. Since the legislature has the competence to impose conditions on access, these humble conditions must be permissible.

[255] For these reasons, I conclude that the rule of systematic referral applies unaltered to Uber's motion for a stay. The general rule is that the parties must be referred to arbitration unless Mr. Heller's challenge to the validity of the Arbitration Clause can be characterized as a pure question of law or a question of mixed law and fact which requires only a superficial review of the documentary evidence. If the arguments against the validity of the Arbitration Clause require more than a superficial review of the

p. 900; voir aussi *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, par. 104.

[254] J'ajouterais que, même si l'on considérait que l'art. 96 entre en jeu, le droit constitutionnel de s'adresser aux tribunaux n'est pas absolu : *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873, par. 17. Le législateur a le pouvoir d'imposer des conditions relativement à quand et comment les gens ont accès aux tribunaux. Toute entrave à l'accès aux tribunaux qui découle de la *Loi sur l'arbitrage* ou de la *Loi internationale* existe simplement parce que les parties à une convention d'arbitrage doivent respecter leur convention. Le paiement des frais d'audience en cause dans *Trial Lawyers Association* constituait une condition obligatoire de l'accès des justiciables aux cours supérieures, laquelle a eu pour effet de retirer à une partie de la population la faculté de poursuivre une action devant les cours supérieures : par. 35. Dans la même veine, la remarque de la Cour d'appel de l'Alberta suivant laquelle [TRADUCTION] « [d]es conditions préalables insurmontables constituent un obstacle total à l'accès aux tribunaux » visait des ordonnances judiciaires qui interdisent aux plaideurs quérulents d'introduire une instance devant les tribunaux s'ils ne satisfont pas à certaines conditions préalables : *Jonsson c. Lymer*, 2020 ABCA 167, par. 67 (CanLII). À l'opposé, la *Loi sur l'arbitrage* et la *Loi internationale* ne refusent l'accès (dans la mesure où elles le font) qu'à [TRADUCTION] « ceux et celles qui ont convenu de renoncer à leur droit constitutionnel d'accès aux tribunaux » : *Stancroft*, par. 21. Puisque le législateur a compétence pour imposer certaines conditions à l'accès, ces humbles conditions doivent être autorisées.

[255] Pour ces motifs, je conclus que la règle du renvoi systématique s'applique telle quelle à la motion d'Uber en sursis d'instance. La règle générale veut que l'on renvoie les parties à l'arbitrage sauf s'il est possible de qualifier la contestation par M. Heller de la validité de la clause d'arbitrage de question pure de droit ou de question mixte de droit et de fait n'exigeant qu'un examen superficiel de la preuve documentaire. Si les arguments à l'encontre de la validité de la clause d'arbitrage commandent



documentary evidence, that will be sufficient to decide the appeal. However, as the parties have made submissions on the merits of Mr. Heller’s challenge to the validity of the Arbitration Clause, I will also comment on the merits of their arguments.

(5) Does Determining Whether the Arbitration Clause Is Valid Require More Than a Superficial Review of the Documentary Evidence?

[256] Three main arguments have been raised against the validity of the Arbitration Clause. Mr. Heller argues the Arbitration Clause is invalid because it is unconscionable and because it is contrary to the *ESA*. Brown J. raises a separate argument that the Arbitration Clause is invalid because it is contrary to public policy. I address each of these arguments below in turn.

(a) *Doctrine of Unconscionability*

[257] Despite Abella and Rowe JJ.’s learned analysis of the theoretical underpinnings of the unconscionability doctrine, I am unfortunately unable to agree with their statement of that doctrine. In particular, I am concerned that their threshold for a finding of inequality of bargaining power has been set so low as to be practically meaningless in the case of standard form contracts. Abella and Rowe JJ. state that vulnerability in the contracting process may arise from “dense or difficult to understand terms” in the agreement: at para. 71. They also note that one situation in which a standard form contract might impair a party’s ability to protect their interests would be if it contained provisions which were “difficult to read or understand”: para. 89. I find this standard rather vague and illusory. I fear it might be open to abuse by a party to a standard form contract who chooses to enjoy the benefits of the agreement as long as it suits them, but who then chooses to rely on this opaque standard when called upon to honour an obligation which is not in their interest. As Brown J. observes, a lower threshold for finding that there is inequality of bargaining power risks exposing the terms of every standard form contract to review in order to ensure that they are substantively reasonable: para. 163. This would be an unwelcome development, as it

davantage qu’un examen superficiel de la preuve documentaire, cela suffira pour trancher le pourvoi. Or, comme les parties ont présenté des observations sur le bien-fondé de la contestation de M. Heller quant à la validité de la clause d’arbitrage, je me prononce également sur le bien-fondé de ces arguments.

(5) Pour déterminer la validité de la clause d’arbitrage, faut-il effectuer davantage qu’un examen superficiel de la preuve documentaire?

[256] Trois arguments principaux ont été présentés à l’encontre de la validité de la clause d’arbitrage. Monsieur Heller plaide la nullité de la clause d’arbitrage car celle-ci est à la fois inique et contraire à la *LNE*. Le juge Brown avance un argument distinct selon lequel la clause d’arbitrage est nulle parce que contraire à l’ordre public. J’aborde ces arguments ci-après à tour de rôle.

(a) *La doctrine d’iniquité*

[257] Malgré la savante analyse que font les juges Abella et Rowe des assises théoriques de la doctrine d’iniquité, je ne peux malheureusement pas souscrire à leur énoncé de la doctrine. Tout particulièrement, je crains que le seuil retenu par mes collègues pour conclure à une inégalité du pouvoir de négociation soit fixé si bas qu’il devienne pratiquement vide de sens dans le cas des contrats types. Mes collègues mentionnent que la vulnérabilité dans la formation du contrat résulte de « conditions alambiquées ou difficiles à comprendre » dans l’entente : par. 71. Mes collègues signalent aussi qu’une situation dans laquelle un contrat type pourrait entraver la capacité d’une partie de défendre ses intérêts est celle où le contrat contient des clauses « difficiles à lire ou à comprendre » : par. 89. Je trouve cette norme plutôt vague et illusoire. Je crains qu’elle se prête aux abus d’une partie à un contrat type qui décide de jouir des avantages de l’entente lorsque cela lui convient, mais qui choisit néanmoins de s’appuyer sur cette norme opaque quand elle est appelée à acquitter une obligation qui n’est pas dans son intérêt. Comme le fait remarquer le juge Brown, un critère moins rigoureux d’inégalité de pouvoir de négociation risque d’exposer les conditions de tout contrat type à un contrôle de leur caractère raisonnable sur le fond :

would undermine private ordering and commercial certainty, which are important considerations in the law of contracts: see *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at para. 66.

[258] I therefore agree with Brown J.’s able exposition of the unconscionability doctrine in the general law of contracts. However, an arbitration agreement engages unique considerations which require an analytical approach that differs from the one he takes in para. 172. In particular, Mr. Heller directs his unconscionability arguments specifically at the Arbitration Clause, which should be considered a separate and autonomous contract for this purpose.

[259] I will now analyze Mr. Heller’s arguments and those of Abella and Rowe JJ. in light of the components of the unconscionability doctrine identified by Brown J., which I understand to be (1) a significant inequality of bargaining power stemming from a weakness or vulnerability, (2) a resulting improvident bargain, and (3) the stronger party’s knowledge of the weaker party’s vulnerability: Brown J.’s reasons, at paras. 156, 159 and 164-66. However, I add that I would reach the same conclusions if I were to apply the test set out by Abella and Rowe JJ.

(i) Significant Inequality of Bargaining Power

[260] The key question in relation to this component of the doctrine is whether the weaker party “had a degree of vulnerability that had the potential to materially affect their ability, through autonomous, rational decision making, to protect their own interests”, thereby undermining the premise of freedom of contract: *Downer v. Pitcher*, 2017 NLCA 13, 409 D.L.R. (4th) 542, at paras. 37. The “personal characteristics or attributes of the weaker party are a fundamental consideration” in this regard: *Input Capital Corp. v. Gustafson*, 2019 SKCA 78, 438 D.L.R. (4th) 387, at para. 39.

par. 163. Il s’agirait d’un changement inopportun car il ébranlerait l’ordre privé et la certitude commerciale, des considérations importantes en droit des contrats : voir *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 66.

[258] Je suis donc d’accord avec la description juste que donne le juge Brown de la doctrine d’iniquité en droit général des contrats. Toutefois, une convention d’arbitrage fait intervenir des considérations uniques qui commandent une méthode d’analyse différente de celle qu’il emploie : par. 172. Plus particulièrement, les arguments de M. Heller relatifs à l’iniquité visent précisément la clause d’arbitrage, qui devrait être considérée comme un contrat séparé et autonome pour ces fins.

[259] J’analyse maintenant les arguments de M. Heller et ceux des juges Abella et Rowe, à la lumière des composantes de la doctrine d’iniquité identifiées par le juge Brown, que je comprends comme étant les suivantes : (1) une inégalité importante du pouvoir de négociation qui découle d’une faiblesse ou d’une vulnérabilité; (2) un marché imprudent qui en résulte; et (3) la connaissance par la partie la plus forte de la vulnérabilité de la partie la plus faible : motifs du juge Brown, par. 156, 159 et 164-166. J’ajoute cependant que je parviendrais aux mêmes conclusions en appliquant le critère énoncé par les juges Abella et Rowe.

(i) Inégalité importante du pouvoir de négociation

[260] La question clé qui se pose à cette étape est de savoir si la partie la plus faible [TRADUCTION] « souffrait d’une vulnérabilité susceptible de nuire sensiblement à sa capacité, par une prise de décision autonome et rationnelle, de défendre ses propres intérêts », ce qui sape ainsi le fondement de la liberté contractuelle : *Downer c. Pitcher*, 2017 NLCA 13, 409 D.L.R. (4th) 542, par. 37. Les [TRADUCTION] « caractéristiques ou attributs personnels de la partie la plus faible sont une considération fondamentale » à cet égard : *Input Capital Corp. c. Gustafson*, 2019 SKCA 78, 438 D.L.R. (4th) 387, par. 39.

[261] The vulnerability alleged by Mr. Heller relates to his high school education and his comparatively limited access to financial resources: R.F., at paras. 121-22. Establishing these facts would require the Court to consider testimonial evidence, which means that the rule of systematic referral is engaged and that the parties must be referred to arbitration. This conclusion suffices to dispense with Mr. Heller's unconscionability argument; however, I wish to address the question whether the testimonial evidence is adequate to support a finding of unconscionability on the merits.

[262] Even if the superficial review criterion did not apply, the testimonial evidence before this Court is contradictory on the question as to whether Mr. Heller had the capacity to understand and appreciate the significance of the Arbitration Clause. Mr. Heller's evidence established that he is capable of understanding the significance of the Arbitration Clause, but that he simply declined to read it before agreeing to the terms: A.R., vol. II, at p. 134. He was free to review the Service Agreement for as long he wished before communicating his acceptance: A.R., vol. II, at p. 16. And as counsel for Uber demonstrated in cross-examination, Mr. Heller showed considerable sophistication by lodging over 300 complaints through Uber's internal dispute resolution procedure and by communicating with the media shortly after a change had been made to Uber's fee payment structure: A.R., vol. III, at pp. 129 and 145-46. There is nothing in the record to suggest that he was rushed into accepting the terms of the Service Agreement, and no evidence regarding why he decided to become an Uber driver. There is accordingly no basis for finding that his capacity for autonomous self-interested decision-making was compromised or that the law's normal assumptions about free bargaining no longer hold true. Because this inquiry requires findings of fact based on conflicting evidence, this issue cannot be resolved on the basis of the record before the Court.

[263] *Abella and Rowe JJ.* find that there was inequality of bargaining power in this case because the

[261] La vulnérabilité que s'attribue M. Heller tient à son éducation de niveau secondaire et à son accès relativement faible à des ressources financières : m.i., par. 121-122. La Cour aurait à étudier la preuve testimoniale afin d'établir ces faits, ce qui signifie que la règle du renvoi systématique entre en jeu et qu'il faut renvoyer les parties à l'arbitrage. Cette conclusion suffit pour disposer de l'argument de M. Heller fondé sur l'iniquité, mais je tiens à traiter de la question de savoir si la preuve testimoniale est suffisante pour appuyer une conclusion d'iniquité sur le fond.

[262] Même si le critère de l'examen superficiel ne s'appliquait pas, la preuve testimoniale dont dispose la Cour est contradictoire sur la question de savoir si M. Heller pouvait comprendre et saisir l'importance de la clause d'arbitrage. La preuve soumise par M. Heller établit qu'il est capable de comprendre l'importance de la clause d'arbitrage, mais qu'il a tout simplement refusé de la lire au moment où il a accepté les conditions : d.a., vol. II, p. 134. M. Heller était libre de consulter l'entente de services aussi longtemps qu'il le désirait avant de communiquer son acceptation : d.a., vol. II, p. 16. Comme l'a démontré l'avocate d'Uber en contre-interrogatoire, M. Heller a fait preuve d'une grande sophistication en déposant plus de 300 plaintes au moyen de la procédure interne de règlement des différends chez Uber et en communiquant avec les médias peu après une modification de la structure du paiement des frais d'Uber : d.a., vol. III, p. 129 et 145-146. Rien dans le dossier ne porte à croire qu'on a pressé M. Heller d'accepter les conditions de l'entente de services, et il n'existe aucune preuve au sujet des raisons pour lesquelles il a décidé de devenir un chauffeur Uber. Rien ne permet donc de conclure que sa capacité de prendre des décisions lui-même dans son propre intérêt a été compromise ou que les postulats habituels du droit à propos de la libre négociation ne tiennent plus la route. Puisque ces questions appellent des conclusions de fait sur des éléments de preuve contradictoires, il n'est pas possible de résoudre cette question sur la foi du dossier soumis à la Cour.

[263] Les juges *Abella* et *Rowe* concluent à l'inégalité du pouvoir de négociation en l'espèce parce que

Service Agreement in which the Arbitration Clause is found is a standard form contract, and because it was not accompanied by information about the cost of mediation and arbitration proceedings administered by the ICC's dispute resolution bodies: para. 93. Of course, these circumstances would not be sufficient to find that there was inequality of bargaining power based on the approach articulated by Brown J., with which I agree: para. 162. Nonetheless, I appreciate the reasons of Abella and Rowe JJ. for what they do not say. They do not contend that an arbitration agreement in a standard form contract is itself unconscionable. Such a conclusion would conflict with the weight of authority from this Court:

... nothing in the *Arbitration Act* suggests that standard form arbitration agreements, which are characterized by an absence of meaningful negotiation, are *per se* unenforceable. Indeed, this Court's decision in *Seidel* — as well as its predecessors *Dell*, *Rogers*, and *Desputeaux* — confirm that the starting presumption is the opposite.

(*Wellman*, at para. 84)

[264] At first blush, Abella and Rowe JJ.'s point that it would not be clear to a person reading the Arbitration Clause that the selection of the ICC Rules means that initiating the arbitration process would entail the payment of US\$14,500 (approximately CAN\$19,000) in fees has some force. On reflection, however, my view is that individuals should be expected to be aware that any form of dispute settlement, including litigation in the courts, comes with a price. A person cannot read an arbitration clause and reasonably assume that the process will be free of charge. It has not been shown that the ICC Fees are out of step with the cost of pursuing litigation — or of pursuing arbitration under a different set of rules — for a claim involving an amount equivalent to the unknown amount of Mr. Heller's claim. I therefore find it difficult to accept Abella and Rowe JJ.'s speculation that Mr. Heller would have had no reason to suspect that fees of this magnitude were required. With respect, they are effectively arguing that individuals have no reason to suspect that dispute settlement has a cost. To approach the matter as they do infantilizes individuals by viewing all of

l'entente de services où figure la clause d'arbitrage était un contrat type et qu'elle n'était pas accompagnée de renseignements qui expliquent les frais de la médiation et de la procédure arbitrale gérées par les organismes de règlement des différends de la CCI : para. 93. Bien entendu, les circonstances susmentionnées ne seraient pas suffisantes pour conclure à une inégalité du pouvoir de négociation suivant l'approche formulée par le juge Brown, à laquelle je souscris : para. 162. J'apprécie néanmoins les motifs de mes collègues les juges Abella et Rowe pour ce qu'ils ne disent pas. Ils ne font pas valoir qu'une convention d'arbitrage contenue dans un contrat type est inique en soi. Le poids de la jurisprudence de la Cour rejetterait pareille conclusion :

... rien dans la *Loi sur l'arbitrage* ne donne à penser que les conventions d'arbitrage types, qui se caractérisent par une absence de négociation véritable, sont en soi inexécutives. En effet, l'arrêt *Seidel* de la Cour — de même que ses prédécesseurs *Dell*, *Rogers* et *Desputeaux* — confirme que la présomption initiale est l'inverse.

(*Wellman*, par. 84)

[264] À première vue, la thèse de mes collègues, selon laquelle il n'est pas clair pour le lecteur du texte de la clause d'arbitrage que le choix des Règlements de la CCI signifie qu'engager le processus arbitral s'accompagnera du paiement de 14 500 \$ US (environ 19 000 \$ CAN) en droits, a un certain poids. Après mûre réflexion, cependant, j'estime que les individus doivent être réputés savoir que toute forme de règlement des différends, y compris une action en justice, a un prix. Une personne ne saurait lire une clause d'arbitrage et présumer raisonnablement que le processus sera gratuit. Il n'a pas été démontré que les droits imposés par la CCI sont en décalage avec le coût d'une action en justice, ou de l'arbitrage régi par un ensemble différent de règles, dans le cas d'une réclamation dont la valeur est équivalente à celle, inconnue, de la réclamation de M. Heller. J'ai donc de la difficulté à accepter l'hypothèse des juges Abella et Rowe que M. Heller n'aurait eu aucune raison de soupçonner qu'il fallait payer des droits de cette ampleur. Avec égards, mes collègues soutiennent en fait que les individus n'ont aucune raison de se douter que le règlement des différends a un prix. Aborder

them as being bereft of autonomy and incapable of rational decision making. There is ample evidence in the record to suggest that Mr. Heller is not such an individual.

[265] Further, although Abella and Rowe JJ. do not expressly state that a standard form contract containing an arbitration clause is unconscionable, one wonders how a contract drafter could possibly anticipate the cumulative fees that would have to be paid in every possible arbitration scenario given the wide variety of disputes which could arise under an arbitration agreement. Arbitration is a private form of dispute resolution in which, generally speaking, the parties are required, at a minimum, to pay for the arbitral tribunal's time and expenses and for the venue, as well as to pay certain other costs. Abella and Rowe JJ. implicitly take the position that Uber should not have selected the ICC Rules because, in their view, the ICC Fees are substantively unfair. It is difficult to see how the drafter of a contract could anticipate the total of the fees to be paid in a non-institutional arbitration that would be conducted on an *ad hoc* basis under either the *Arbitration Act* or the *International Act*, which means that it is hard to see how an arbitration clause in a standard form contract could possibly be drafted in a way that would satisfy the requirements of Abella and Rowe JJ.'s approach to the unconscionability doctrine.

[266] Regrettably, I fear that the effect of their approach amounts to a sweeping restriction on arbitration clauses in standard form contracts, even if they did not intend such a consequence. This Court has stated that deciding whether to restrict arbitration clauses in standard form contracts is a matter for the legislature: *Seidel*, at para. 2; *Wellman*, at paras. 46 and 79-80. With respect, the approach taken by Abella and Rowe JJ. to the doctrine of unconscionability is therefore inconsistent with the proper law-making role of the courts. In our democracy, it is the legislature, and not the courts, which is primarily responsible for law reform: *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at pp. 666-70. Major changes in the law are best left to the legislature, because reform should be considered with a wider view of how the

la question comme le font les juges Abella et Rowe infantilise les individus en les percevant tous comme étant dénués d'autonomie et incapables de prendre des décisions rationnelles. Le dossier contient une preuve abondante indiquant que M. Heller n'est pas ce genre de personne.

[265] De plus, bien que les juges Abella et Rowe n'affirment pas en termes exprès qu'un contrat type contenant une clause d'arbitrage est inique, l'on se demande comment un rédacteur de contrat pourrait anticiper les frais cumulatifs engendrés par chaque scénario possible d'arbitrage, vu le vaste éventail de différends auxquels peut donner lieu une convention d'arbitrage. L'arbitrage est une forme privée de règlement des différends où, en général, les parties doivent payer, à tout le moins, le temps et les dépenses du tribunal, ainsi que l'emplacement et d'autres éléments. Les juges Abella et Rowe soutiennent implicitement qu'Uber n'aurait pas dû choisir les Règlements de la CCI, car les droits qu'elle impose leur semblent injustes. Il est difficile de voir comment le rédacteur d'un contrat pourrait anticiper le montant des droits d'un arbitrage non institutionnel qui se déroule de façon ponctuelle soit en application de la *Loi sur l'arbitrage*, soit en application de la *Loi internationale*. Par conséquent, il est difficile de voir comment l'on pourrait rédiger une clause d'arbitrage dans un contrat type qui respecterait les exigences de l'approche des juges Abella et Rowe quant à la doctrine d'iniquité.

[266] Malheureusement, je crains que leur approche se traduise par une restriction considérable des clauses d'arbitrage dans les contrats types, même s'ils ne souhaitaient pas cette conséquence. La Cour a déjà affirmé que la décision de restreindre ou non les clauses d'arbitrage dans les contrats types appartient au législateur : *Seidel*, par. 2; *Wellman*, par. 46 et 79-80. Avec égards, la manière dont les juges Abella et Rowe abordent la doctrine d'iniquité n'est donc pas conforme au rôle que doivent jouer les tribunaux en matière de création du droit. Dans notre démocratie, c'est au législateur et non aux tribunaux qu'incombe la responsabilité principale de réformer le droit : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 666-670. Il vaut mieux laisser au législateur le soin d'apporter des changements majeurs au droit parce que l'on doit



new rule will operate in the broad generality of cases: pp. 666-68. A court of law may not be in a position to appreciate the economic, social and other policy issues at stake: p. 668.

[267] These concerns are heightened by the economic context of this appeal, which relates to the contractual arrangements of businesses operating in what some have styled the “sharing economy”: I. F. (Montreal Economic Institute), at para. 6. Enterprises with business models similar to that of Uber and individuals in Mr. Heller’s position are part of a vital and growing sector of Canada’s economy which could be stifled if the majority’s reduced threshold for inequality of bargaining power is adopted. This sector depends on standard form contracts that are agreed to electronically by businesses and the people who use their online platforms: I. F. (Montreal Economic Institute), at para. 12. Individuals in Mr. Heller’s position may have reduced opportunities to generate income in this sector of the economy if businesses like Uber cannot be assured of certainty in their contractual arrangements, as certainty is essential for global business operations. This Court is simply not in a position to know what the fallout from Abella and Rowe JJ.’s approach might be.

[268] It is not the role of the courts to establish policies where the legislature has declined or omitted to do so. Ontario’s Ministry of Labour, Training and Skills Development recently undertook a comprehensive review of the *ESA* in order to address the changing nature of work, including the sharing economy: *The Changing Workplaces Review: An Agenda for Workplace Rights — Final Report* (2017). That review culminated in amendments to the *ESA* that were enacted in the *Fair Workplaces, Better Jobs Act, 2017*, S.O. 2017, c. 22. If the legislature was concerned about arbitration agreements in this sector’s standard form digital contracts, it could easily have amended the *ESA* to restrict such clauses, as it has in the case of consumer protection legislation: *Consumer Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 30, Sch. A, ss. 7 and 8. Whether the

envisager une réforme en ayant une perception plus générale de la façon dont la nouvelle règle s’appliquera à la grande majorité des cas : p. 666-668. Une cour de justice peut ne pas être en mesure de saisir les questions économiques, sociales et autres questions de principe en jeu : p. 668.

[267] Ces préoccupations sont exacerbées par le contexte économique du présent pourvoi, qui fait intervenir les contrats de sociétés exerçant leurs activités dans ce que l’on a appelé l’« économie de partage » : m. interv. (Institut économique de Montréal), par. 6. Les entreprises au modèle d’affaires semblable à celui d’Uber et les individus dans la situation de M. Heller font partie d’un secteur essentiel et en croissance de l’économie canadienne qui pourrait être étouffé si l’on adoptait le seuil réduit d’inégalité du pouvoir de négociation établi par la majorité. L’économie de partage dépend des contrats types conclus électroniquement entre les entreprises et les personnes qui se servent de ses plates-formes : m. interv. (Institut économique de Montréal), par. 12. Les individus dans la situation de M. Heller risquent de perdre des occasions de tirer un revenu dans l’économie de partage si des sociétés comme Uber ne peuvent obtenir la certitude dans leurs contrats, une condition essentielle à l’exercice d’activités commerciales mondiales. La Cour n’est tout simplement pas en mesure de connaître le contrecoup potentiel de l’approche des juges Abella et Rowe.

[268] Il n’appartient pas aux tribunaux d’adopter des politiques que la législature a refusé ou omis d’adopter. Le ministre du Travail, de la Formation et du Développement des compétences de l’Ontario a récemment entrepris une analyse exhaustive de la *LNE* afin de répondre au caractère évolutif du travail, y compris l’économie de partage : *L’examen portant sur l’évolution des milieux de travail : Un programme pour les droits en milieu de travail — Rapport final* (2017). Cette révision a donné lieu à des modifications à la *LNE* adoptées dans la *Loi de 2017 pour l’équité et de meilleurs emplois*, L.O. 2017, c. 22. Si la législature se souciait des conventions d’arbitrage que l’on retrouve dans les contrats numériques types de l’économie de partage, elle aurait facilement pu modifier la *LNE* pour restreindre les clauses de cette nature, comme elle l’a fait dans la législation en

legislature's omission was an oversight or a deliberate policy choice, any decision to restrict or not to restrict standard form contracts containing arbitration clauses in a matter for the legislature, not the courts.

[269] In the end, whether Mr. Heller suffered from a peculiar vulnerability that undermined his capacity to engage in rational autonomous decision making is a question of mixed law and fact which requires more than a superficial review of the documentary evidence. Therefore, the rule of systematic referral applies and the parties must be referred to arbitration. I will nonetheless consider the other components of unconscionability below.

(ii) Improvident Bargain

[270] Mr. Heller's attack on the Arbitration Clause rests on three propositions: (1) the Place of Arbitration Clause forces him to travel to Amsterdam at his own expense, (2) the Choice of Law Clause excludes the application of the *ESA*, and (3) the selection of the ICC Rules entails the payment in advance of disproportionately high fees in order to initiate a dispute. I will address each of these propositions in turn, not because they could not cumulatively add up to a substantially unfair bargain, but because, in my view, the first two are unpersuasive, which leaves the third to stand on its own.

1. *Place of Arbitration Clause*

[271] Mr. Heller equates the Place of Arbitration Clause in the Arbitration Clause with a forum selection clause that requires him to travel to Amsterdam in order to pursue his claim. With respect, it is wrong to equate the designation of a foreign seat in an arbitration agreement with a forum selection clause.

[272] One major distinction relates to the fact that the discretion not to enforce a forum selection clause comes from the common law: see *Z.I. Pompey*

matière de protection du consommateur : *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, c. 30, ann. A, art. 7 et 8. Peu importe que l'omission de la législature soit attribuable à un oubli ou à un choix de principe délibéré, la décision de restreindre ou non les contrats types qui contiennent des clauses d'arbitrage appartient à la législature, et non aux tribunaux.

[269] En dernière analyse, la question de savoir si M. Heller souffrait d'une vulnérabilité particulière qui compromettrait sa capacité de prendre des décisions rationnelles en toute autonomie est une question mixte de droit et de fait qui nécessite davantage qu'un examen superficiel de la preuve documentaire. En conséquence, la règle du renvoi systématique s'applique et il y a lieu de renvoyer les parties à l'arbitrage. Je vais néanmoins me pencher sur les autres éléments de l'iniquité ci-dessous.

(ii) Marché imprudent

[270] Monsieur Heller s'attaque à la clause d'arbitrage sur la base de trois propositions : (1) la clause relative au lieu de l'arbitrage l'oblige à se rendre à ses frais à Amsterdam; (2) la clause de choix du droit applicable exclut l'application de la *LNE*; et (3) la sélection des Règlements de la CCI suppose le paiement à l'avance de droits démesurément élevés pour intenter un recours. Je traiterai de chaque affirmation à tour de rôle, non parce qu'elles se traduisent de façon cumulative par un marché profondément injuste, mais parce que les deux premières propositions ne me paraissent pas convaincantes; il ne reste donc que la troisième.

1. *Clause relative au lieu de l'arbitrage*

[271] Monsieur Heller assimile la clause relative au lieu de l'arbitrage qui figure dans la clause d'arbitrage à une clause d'élection de for l'obligeant à se rendre à Amsterdam pour faire valoir sa réclamation. Avec égards, il est faux d'assimiler la désignation d'un siège étranger dans une convention d'arbitrage à une clause d'élection de for.

[272] Une grande distinction a trait au fait que le pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer des clauses d'élection de for tire son origine de la

*Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450. By contrast, a court’s power to decline to enforce an arbitration agreement is circumscribed by the exhaustive list in s. 7(2) of the *Arbitration Act*. The designation of a foreign place of arbitration is not one of the enumerated grounds for declining a stay.

[273] Another distinction stems from the fact that “[f]orum selection clauses purport to oust the jurisdiction of otherwise competent courts in favour of a foreign jurisdiction”: *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751, at para. 1. If enforced, such a clause requires a litigant to commence a proceeding in the foreign forum, which may indeed involve travelling to the foreign jurisdiction. The place (or “seat”) of arbitration, by contrast, is a legal concept which denotes the parties’ selection of a particular jurisdiction “whose arbitration law governs proceedings, and under whose law the arbitral award is made”: Born, vol. I, at p. 206; Born, vol. II, *International Arbitral Procedures and Proceedings*, at p. 1596. The designation of a foreign jurisdiction as the place of arbitration is therefore akin to a choice of law clause for the procedural aspects of the arbitration process.

[274] However, the place of arbitration “is not synonymous with the location where arbitral hearings take place”: *Alberta Motor Association Insurance Co. v. Aspen Insurance UK Limited*, 2018 ABQB 207, 17 C.P.C. (8th) 81, at para. 147. There is no obligation to actually conduct the arbitration at the place of arbitration. Article 20(2) of the UNCITRAL Model Law provides that an arbitral tribunal may meet, and hear witnesses or submissions from the parties, at any place it considers appropriate, regardless of the place of arbitration selected by the parties. The *Arbitration Act* includes a substantively a similar provision: s. 22(2). Article 18 of the ICC Arbitration Rules provides that the arbitral tribunal may conduct hearings and meetings at any location it considers appropriate: p. 26. In addition, art. 3(5) of the ICC Expedited Rules provides that the arbitral tribunal may decide the dispute solely on the basis of documentary evidence and written submissions, and

common law : voir *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450. En revanche, le pouvoir des tribunaux de refuser d’exécuter une convention d’arbitrage est circonscrit par la liste exhaustive que l’on trouve au par. 7(2) de la *Loi sur l’arbitrage*. La désignation d’un lieu étranger d’arbitrage ne fait pas partie des motifs énumérés de refus de prononcer un sursis d’instance.

[273] Une autre distinction tient au fait que les « clauses d’élection de for visent à écarter la juridiction d’un tribunal, par ailleurs régulièrement saisi, au profit de celle d’un tribunal étranger » : *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751, par. 1. Si elles sont appliquées, ces clauses exigent des plaideurs qu’ils intentent une action devant l’instance étrangère, ce qui pourrait en effet les obliger à se déplacer au ressort étranger. À l’inverse, le lieu (ou le « siège ») de l’arbitrage est un concept juridique qui témoigne de la sélection par les parties d’un ressort en particulier [TRADUCTION] « dont le droit de l’arbitrage régit l’instance et en vertu duquel la sentence arbitrale est rendue » : Born, vol. I, p. 206; Born, vol. II, *International Arbitral Procedures and Proceedings*, p. 1596. La désignation d’un ressort étranger comme lieu de l’arbitrage s’apparente donc à une clause de choix du droit applicable pour ce qui est des aspects procéduraux du processus arbitral.

[274] Le lieu de l’arbitrage [TRADUCTION] « ne saurait [toutefois] être confondu avec celui où se tiennent les audiences arbitrales » : *Alberta Motor Association Insurance Co. c. Aspen Insurance UK Limited*, 2018 ABQB 207, 17 C.P.C. (8th) 81, par. 147. Il n’existe aucune obligation de procéder physiquement à l’arbitrage au lieu de l’arbitrage. Selon le par. 20(2) de la Loi type de la CNUDCI, le tribunal arbitral peut, nonobstant le lieu d’arbitrage choisi par les parties, se réunir ou entendre des témoins ou des parties en tout lieu qu’il jugera approprié. La *Loi sur l’arbitrage* comprend une disposition substantiellement similaire : par. 22(2). L’article 18 du *Règlement d’arbitrage* de la CCI confère au tribunal arbitral le pouvoir de tenir des audiences et des réunions à tout lieu qu’il juge indiqué : p. 26. En outre, le par. 3(5) des Règles relatives à la procédure accélérée de la CCI accorde au tribunal arbitral le pouvoir de trancher le litige uniquement sur la

that it may conduct hearings “by videoconference, telephone or similar means of communication”: p. 72. In practice, it often happens that, although the parties have agreed to arbitration in one jurisdiction, the arbitration proceedings are in fact conducted at other locations for the sake of convenience: McEwan and Herbst, at p. 7-1 to 7-8; Born, vol. II, at p. 1596.

[275] It is true that the UNCITRAL Model Law, the *Arbitration Act* and the ICC Arbitration Rules leave the decision regarding the location of the proceedings to the arbitral tribunal, but there is no reason to presume that an arbitral tribunal would act arbitrarily and callously by compelling a party to travel overseas unnecessarily and at great hardship. Indeed, there is good reason to assume otherwise. The *Arbitration Act* requires the arbitral tribunal to treat the parties equally and fairly: s. 19(1). Further, art. 22(1) and (4) of the ICC Arbitration Rules provide that the arbitral tribunal must make every effort to conduct the arbitration in an expeditious and cost-effective manner and must ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case: pp. 27-28. I therefore see no basis for assuming that the arbitral tribunal would require Mr. Heller to travel to Amsterdam in order to participate in arbitration proceedings. Hearings, if any need to be conducted, can reasonably be expected either to be held in Ontario or to be conducted remotely. Further, this Court should take judicial notice of the fact that modern communications technology makes it unnecessary for an Ontario resident to travel overseas in order to pay the ICC Fees or to make initial representations to the arbitral tribunal.

[276] The Arbitration Clause thus cannot be impugned on the basis that the Place of Arbitration Clause would require Mr. Heller to travel to a foreign jurisdiction in order to initiate a claim or to participate in the hearings, thereby incurring expenses, and any arguments to that effect cannot stand. I therefore see no basis for concluding that the Place of Arbitration Clause favours Uber significantly at Mr. Heller’s expense.

base de la preuve documentaire et de l’argumentation écrite. Le tribunal arbitral peut aussi tenir des audiences « par visioconférence, par téléphone ou par d’autres moyens de communication similaires » : p. 74. En pratique, il arrive souvent que, même si les parties se sont entendues pour aller en arbitrage dans un ressort, la procédure d’arbitrage se déroule physiquement ailleurs par souci de commodité : McEwan et Herbst, p. 7-1 à 7-8; Born, vol. II, p. 1596.

[275] Certes, la Loi type de la CNUDCI, la *Loi sur l’arbitrage* et le Règlement d’arbitrage de la CCI laissent le soin de choisir le lieu de l’arbitrage à la discrétion du tribunal arbitral, mais il n’y a aucune raison de présumer qu’un tribunal arbitral agirait de manière arbitraire et impitoyable en contraignant une partie à voyager outre-mer inutilement et au prix de grands sacrifices. En effet, il y a tout lieu de présumer le contraire. La *Loi sur l’arbitrage* exige du tribunal arbitral qu’il traite les parties sur un pied d’égalité et avec équité : par. 19(1). De plus, les par. 22(1) et 22(4) du Règlement d’arbitrage de la CCI disposent que le tribunal arbitral doit faire tous les efforts pour conduire la procédure d’arbitrage avec célérité et efficacité en termes de coûts et veiller à ce que chaque partie ait la possibilité raisonnable d’être entendue : p. 27-28. Je ne vois donc aucune raison de supposer que le tribunal arbitral exigerait que M. Heller se rende à Amsterdam pour participer aux procédures d’arbitrage. S’il faut tenir des audiences, on peut raisonnablement s’attendre à ce qu’elles se déroulent en Ontario ou à distance. En outre, la Cour devrait prendre connaissance d’office qu’en raison des moyens de communication modernes, il n’est pas nécessaire qu’un résident de l’Ontario voyage à l’étranger afin de payer les droits de la CCI ou de présenter des observations préliminaires au tribunal arbitral.

[276] La clause d’arbitrage ne peut être attaquée au motif que la clause relative au lieu de l’arbitrage oblige M. Heller à se rendre dans un autre pays pour intenter une réclamation ou participer aux audiences, ce qui lui occasionnerait des dépenses, et tout argument en ce sens ne peut être retenu. Je ne vois donc aucune raison de conclure que la clause relative au lieu de l’arbitrage favorise considérablement Uber au détriment de M. Heller.

## 2. *Choice of Law Clause*

[277] In light of the separability doctrine, it is critical, for analytical purposes, to distinguish between the validity of the Service Agreement, or of one of its terms, and the validity of the Arbitration Clause: Born, vol. I, at pp. 401-2 and 834; see also *Fiona Trust*. The result is that the alleged invalidity of the Choice of Law Clause on the basis that it is unconscionable does not affect the validity of the Arbitration Clause. Arguments directed at the alleged unfairness, whether substantive or procedural, of having the Service Agreement governed by a foreign law are therefore analytically distinct from those concerning alleged unfairness arising from the Arbitration Clause itself. As a result, arguments directed at the Choice of Law Clause are not a bar to Uber's motion for a stay.

[278] Approaching the validity of the Arbitration Clause in this fashion is consistent with this Court's jurisprudence. In *Seidel*, the arbitration agreement provided that "[a]ny claim, dispute or controversy . . . shall be determined by . . . arbitration" and that, "[b]y so agreeing, [Ms. Seidel] waive[d] any right [she] may have to commence or participate in any class action against TELUS Mobility": para. 13 (emphasis added; emphasis in original deleted). This Court declined to view the class action waiver as separate from the arbitration provision because the contract was "structured internally to make the class action waiver dependent on the arbitration provision": para. 46. By contrast, in the instant case, the Choice of Law Clause is not dependent on arbitration being the parties' chosen means to settle disputes. Despite the fact that the text of the Choice of Law Clause appears in the same paragraph of the Service Agreement as the text of the Arbitration Clause, the two clauses have very different legal effects and should be considered to be separate.

[279] It would be different if Mr. Heller was arguing that unfairness results from having the Arbitration Clause itself governed by Dutch law, but he has neither argued nor proven that to be the case. As with

## 2. *La clause de choix du droit applicable*

[277] Compte tenu de la doctrine de la séparabilité, il est crucial sur le plan analytique de faire la distinction entre la validité de l'entente de services, ou de l'une de ses modalités, et la validité de la clause d'arbitrage : Born, vol. I, p. 401-402 et 834; voir aussi *Fiona Trust*. Il s'ensuit que la prétendue nullité de la clause de choix du droit applicable pour cause d'iniquité n'emporte pas la nullité de la clause d'arbitrage. Par conséquent, les arguments portant sur la prétendue injustice, substantive ou procédurale, de faire régir l'entente de services par le droit d'un autre pays se distinguent au plan analytique de toute l'injustice qui découlerait de la clause d'arbitrage elle-même. Donc, les arguments portant sur la clause de choix du droit applicable ne font pas obstacle à la motion d'Uber en sursis d'instance.

[278] Cette façon d'aborder la validité de la clause d'arbitrage est conforme à la jurisprudence de la Cour. En effet, dans l'arrêt *Seidel*, la convention d'arbitrage stipulait que « [t]out différend, toute controverse ou toute réclamation [. . .] sera [. . .] soumis à l'arbitrage » et « [e]n acceptant ce qui précède, [Mme Seidel] renonc[e] à tout droit qu[']elle peut avoir d'intenter un recours collectif, ou d'y participer, à l'encontre de TELUS Mobilité » : par. 13 (italique ajouté; soulignement dans l'original omis). La Cour a refusé de considérer la renonciation au recours collectif comme étant distincte de la clause d'arbitrage parce que le contrat était « rédigé[é] de façon à rendre la renonciation au recours collectif tributaire de la clause d'arbitrage » : par. 46. À l'opposé, en l'espèce, la clause de choix du droit applicable ne dépend pas de l'arbitrage en tant que moyen choisi par les parties pour régler leurs différends. Même si le texte de la clause de choix du droit applicable et celui de la clause d'arbitrage figurent au même paragraphe dans l'entente de services, les deux clauses ont des effets juridiques fort différents et devraient être jugées distinctes.

[279] La situation serait tout autre si M. Heller soutenait que l'injustice découle du fait que la clause d'arbitrage est régie par le droit néerlandais, mais il n'a ni plaidé, ni prouvé que c'était le cas. Tout



his arguments regarding the *ESA*, which I will address below, the alleged invalidity of the Choice of Law Clause has no bearing on the validity of the Arbitration Clause.

[280] Even if the separability doctrine did not apply, there is nothing unusual or offensive about a choice of law clause in an international contract. Uber is a company with global operations and is headquartered in the Netherlands. Its selection of Dutch law to govern the contract is merely an attempt at legal risk management designed to ensure a degree of certainty in its operations. For a company with global operations, this serves a valid commercial purpose which courts should not interfere with lightly. A court that does so risks undermining the certainty that is needed in conducting international commerce. Further, although the Choice of Law Clause does confer a benefit on Uber (namely, legal certainty in the company's global operations), it is unclear that it does so at any cost to Mr. Heller, given that neither party has proven the foreign law and, as I will explain below when I address Mr. Heller's arguments with respect to the *ESA*, it remains to be seen whether the arbitral tribunal would apply the *ESA* in any event.

### 3. *Selection of Institutional Procedural Rules*

[281] As I have refuted Mr. Heller's arguments about the effect of the Place of Arbitration Clause and the Choice of Law Clause, all that remains of his unconscionability argument is the submission that the selection of the ICC Rules imposes the payment of disproportionately high fees, which total US\$14,500, or approximately CAN\$19,000. This disproportionality argument has two branches: (1) the ICC Fees are a disincentive to pursue hypothetical claims for small amounts; and (2) the ICC Fees are disproportionate to Mr. Heller's ability to finance the pursuit of a claim for a larger amount, because his income as an Uber driver is approximately CAN\$20,800-31,200 a year. I will address each of

comme pour ses arguments relatifs à la *LNE*, dont je traiterai plus loin, la prétendue nullité de la clause de choix du droit applicable n'a aucune incidence sur la validité de la clause d'arbitrage.

[280] Même si la doctrine de la séparabilité ne s'appliquait pas, la présence d'une clause de choix du droit applicable dans un contrat international n'a rien d'inhabituel ou d'offensant. Uber est une société qui exerce ses activités dans le monde et dont le siège social se situe aux Pays-Bas. Son choix que le contrat soit régi par le droit néerlandais n'est qu'une tentative de gérer le risque juridique en assurant une certaine certitude dans ses activités. Pour une société active dans le monde entier, ce choix sert un objectif commercial valable dans lequel les tribunaux ne devraient pas s'immiscer à la légère. Le tribunal qui le fait risque de miner la certitude essentielle à la conduite du commerce international. De plus, bien que la clause de choix du droit applicable confère un avantage à Uber (à savoir la certitude juridique dans ses activités mondiales), il n'est pas clair qu'elle le fasse aux dépens de M. Heller, car ni l'une ni l'autre des parties n'a fait la preuve du droit étranger et, comme je l'explique ci-dessous en traitant des arguments de M. Heller relatifs à la *LNE*, il reste à voir si le tribunal arbitral appliquerait la *LNE* en tout état de cause.

### 3. *Le choix des règles de procédure de l'institution*

[281] Comme j'ai réfuté les arguments de M. Heller à propos de l'effet des clauses relatives au lieu de l'arbitrage et au choix du droit applicable, tout ce qui reste de son argument fondé sur l'iniquité est son affirmation selon laquelle le choix des Règlements de la CCI impose le paiement de droits démesurément élevés, soit 14 500 \$ US, ce qui représente environ 19 000 \$ CAN. L'argument de M. Heller fondé sur la disproportionnalité comprend deux volets : (1) les droits de la CCI dissuadent le dépôt de réclamations hypothétiques de faible valeur; et (2) ces droits sont démesurés par rapport à la capacité de M. Heller de financer le dépôt d'une réclamation plus élevée, car le revenu qu'il gagne à titre de chauffeur Uber est

these branches in turn, as I consider them to be distinct arguments for analytical purposes.

[282] In my view, any commitment to submit disputes to arbitration should be regarded as generally imposing mutual obligations on both parties. It does not impose an obligation on one party in favour of the other. Rather, “[i]t embodies the agreement of both parties that, if any dispute arises with regard to the obligations which the one party has undertaken to the other, such dispute shall be settled by a tribunal of their own constitution”: *Heyman*, at pp. 373-74, per Lord Macmillan. An arbitration agreement thus involves a mutuality of exchange.

[283] If an arbitration agreement involves a mutuality of exchange, I fail to see how mandatory fees which apply to disputes initiated by either party would not involve a similar mutuality of exchange. The ICC Fees make pursuing a claim for a small amount just as uneconomic for Uber as for Mr. Heller. By contrast, a one-sided arbitration clause which requires one party to submit disputes to arbitration while the other party retains the right to litigate might not involve a mutuality of exchange: see, e.g., *Houston v. Exigen (Canada) Inc.*, 2006 NBQB 29, 296 N.B.R. (2d) 112, at para. 12. Therefore, to the extent that any unfairness results from the imposition of high fees on hypothetical claims for small amounts, I do not consider this situation to be sufficiently unfair, given the mutuality of the exchange.

[284] In any event, the actual amount of Mr. Heller’s claim is unknown. While it is possible — from the point of view that “anything can happen” — to discern from the Arbitration Clause itself that a dispute over a small amount could, in theory, arise, establishing that such a dispute is likely or foreseeable under the contract would require the production and review of testimonial evidence, thereby engaging the rule of systematic referral. To proceed otherwise would

d’environ 20 800 à 31 200 \$ CAN par année. Je me penche sur chacun de ces volets à tour de rôle vu que je les perçois comme des arguments distincts sur le plan analytique.

[282] À mon avis, on devrait considérer que tout engagement de soumettre des litiges à l’arbitrage impose généralement des obligations réciproques aux deux parties. Il n’impose pas d’obligation à une partie en faveur de l’autre. Il [TRADUCTION] « incarne [plutôt] l’entente intervenue entre deux parties portant qu’en cas de différend au sujet des obligations auxquelles la partie s’est engagée envers l’autre, ce différend sera tranché par un tribunal de leur choix » : *Heyman*, p. 373-374, lord Macmillan. Une convention d’arbitrage implique donc un échange réciproque.

[283] Si une convention d’arbitrage suppose un échange réciproque, je ne vois pas comment les droits obligatoires qui s’appliquent aux poursuites intentées par l’une ou l’autre des parties n’entraîneraient pas eux aussi un échange réciproque semblable. Les droits fixés par la CCI rendent une réclamation de faible valeur aussi peu économique pour Uber que pour M. Heller. À l’inverse, une clause d’arbitrage à sens unique qui oblige une partie à soumettre des différends à l’arbitrage, alors que l’autre partie conserve le droit de s’adresser aux tribunaux, ne saurait impliquer un échange réciproque : voir, p. ex., *Houston c. Exigen (Canada) Inc.*, 2006 NBBR 29, 296 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 112, par. 12. Par conséquent, dans la mesure où une injustice découle de l’imposition de droits élevés sur des réclamations hypothétiques de faible valeur, je ne considère pas cette situation suffisamment injuste à la lumière du caractère réciproque de l’échange.

[284] Quoi qu’il en soit, la valeur de la réclamation de M. Heller est inconnue. Bien qu’il soit possible — en ce sens que « tout peut arriver » — de discerner de la clause d’arbitrage elle-même qu’un différend de faible valeur pourrait survenir en théorie, établir qu’un tel différend découlant du contrat est probable ou prévisible nécessiterait la production et l’examen d’une preuve testimoniale, ce qui emporterait l’application de la règle du renvoi systématique. Procéder

be to hold that a contract is invalid on the basis of speculation.

[285] An imbalance might be observed between the size of the fees and Mr. Heller’s ability to finance a claim for a larger amount, because Uber clearly has greater financial resources than he does. However, this aspect of Mr. Heller’s argument requires the production and review of testimonial evidence, which means that the rule of systematic referral applies.

[286] Even if this Court were to consider Mr. Heller’s testimonial evidence, the improvidence of a transaction has to be measured as of the time the contract is formed: *Abella and Rowe JJ.’s* reasons, at para. 74. The Court has no evidence regarding Mr. Heller’s financial position at the time he entered into the Service Agreement. The only information the Court has regarding his financial means is the income he derived as an Uber driver after entering into the Service Agreement. Additionally, the Court does not have any evidence before it regarding the availability of third party funding for arbitration or the comparable cost of, for example, pursuing a class proceeding. And, I repeat, the size of Mr. Heller’s individual claim is unknown. There is simply no basis for concluding that the ICC Fees render his rights under the Service Agreement unenforceable.

(iii) Knowledge

[287] A finding that Uber had, at a minimum, constructive knowledge of Mr. Heller’s peculiar vulnerability is required in order for a court to conclude that the Arbitration Clause is unconscionable: *Downer*, at para. 47; *Input Capital*, at paras. 48 and 61-64. In the case at bar, the Court of Appeal found that Uber had such knowledge, but I am of the view that it erred in principle regarding the kind of vulnerability which would be sufficient to establish inequality in bargaining power and that this error tainted its finding with respect to knowledge. The Court of Appeal found that Uber knew its drivers were “vulnerable to the market strength of Uber”: para. 68. Uber’s

autrement aurait pour effet d’annuler un contrat sur le fondement d’une conjecture.

[285] C’est en comparant l’importance des droits à la capacité de M. Heller de financer une réclamation de grande valeur que l’on pourrait observer un déséquilibre, car Uber a clairement des moyens financiers supérieurs à ceux de M. Heller. Cependant, cet aspect de l’argument de M. Heller nécessite la production et l’examen d’une preuve testimoniale, ce qui fait intervenir la règle du renvoi systématique.

[286] Même si la Cour devait étudier la preuve testimoniale présentée par M. Heller, l’imprudence d’une transaction doit être mesurée au moment où le contrat est formé : motifs des juges *Abella et Rowe*, par. 74. La Cour ne dispose d’aucune preuve au sujet de la situation financière dans laquelle se trouvait M. Heller au moment où il a conclu l’entente de services. La seule information que possède la Cour à propos des moyens financiers de M. Heller est le revenu qu’il a touché à titre de chauffeur Uber après avoir conclu l’entente de services. En outre, la Cour ne dispose d’aucune preuve quant à la possibilité d’obtenir du financement auprès d’un tiers pour l’arbitrage ou quant aux coûts comparables, par exemple, de l’exercice d’un recours collectif. De plus, je le répète, la valeur de la réclamation de M. Heller est inconnue. Il n’y a tout simplement aucune base pour conclure que les droits fixés par la CCI empêchent M. Heller d’exercer les droits que lui confère l’entente de services.

(iii) Connaissance

[287] Un tribunal doit juger qu’Uber avait, au minimum, une connaissance imputée de la vulnérabilité particulière de M. Heller afin de conclure à l’iniquité de la clause d’arbitrage : *Downer*, par. 47; *Input Capital*, par. 48 et 61-64. En l’espèce, la Cour d’appel a conclu qu’Uber avait cette connaissance, mais j’estime qu’elle a commis une erreur de principe au sujet du type de vulnérabilité qui suffirait à établir une inégalité du pouvoir de négociation, ce qui entache sa conclusion sur la connaissance. La Cour d’appel a conclu qu’Uber savait que ses chauffeurs étaient [TRADUCTION] « vulnérables à la force de son marché » : par. 68. Le fait qu’Uber sait

knowledge that it is a large company which uses standard form contracts does not suffice in this regard because contracts of adhesion, including agreements to arbitrate, are generally enforceable: *Seidel*, at para. 2.

[288] The vulnerability alleged by Mr. Heller relates to his comparatively limited access to financial resources and the fact that he has only a high school education. Given that the Driver App is widely accessible to members of the public, it would have been impossible for Uber to be aware of Mr. Heller's specific income and education level when he first decided to become an Uber driver. Uber could not have known that he intended to use the Driver App as his primary source of income, given that Uber drivers are not required to use the App at any given time and may therefore use it casually as a means to supplement their income. There is a lack of evidence as to why Mr. Heller chose to sign up for the Driver App, and why he chose to adopt it as his primary source of income and not to seek other work. There is also no evidence of his income at the time he entered into the contract. In any event, such questions would require the production and review of testimonial evidence, which would lead the Court to stray impermissibly beyond the documentary record.

[289] Whether the unconscionability doctrine renders the Arbitration Clause unenforceable is thus a question of mixed law and fact that requires more than a superficial review of the documentary evidence. The parties should therefore be referred to arbitration.

(iv) Application of Unconscionability to Individual Terms of an Arbitration Agreement

[290] In a footnote to their reasons, Abella and Rowe JJ. assert a contested point of substantive law: that the unconscionability doctrine may be applied to individual terms of an agreement: fn. 8. I agree with Brown J. that the unconscionability doctrine should not be applied to individual terms of a contract, but I take issue with how Abella and Rowe JJ. apply

être une grande société qui utilise des contrats types ne suffit pas parce que les contrats d'adhésion, y compris les clauses d'arbitrage, sont généralement exécutoires : *Seidel*, par. 2.

[288] La vulnérabilité que s'attribue M. Heller tient au fait que son accès à des ressources financières est comparativement limité et qu'il a seulement une éducation de niveau secondaire. Puisque l'appli Driver est largement accessible au public, il aurait été impossible pour Uber de connaître le revenu exact et le niveau d'instruction de M. Heller au moment où il a décidé au départ de devenir chauffeur d'Uber. Uber ne pouvait pas savoir que M. Heller voulait se servir de l'appli Driver comme principale source de revenu, car les chauffeurs d'Uber n'ont pas l'obligation d'utiliser l'appli à quelque moment que ce soit et peuvent donc s'en servir occasionnellement pour augmenter leur revenu. Il y a absence de preuve au sujet des raisons pour lesquelles M. Heller a choisi de recourir à l'appli Driver et des raisons pour lesquelles il en a fait sa principale source de revenu au lieu de chercher un autre travail. Il n'y a non plus aucune preuve de son revenu au moment où il a conclu le contrat. Quoiqu'il en soit, ces questions nécessitent la production et l'examen d'une preuve testimoniale, ce qui amènerait la Cour à s'aventurer de manière inadmissible au-delà de la preuve documentaire.

[289] Par conséquent, la question de savoir si la doctrine de l'iniquité rend inexécutoire la clause d'arbitrage est une question mixte de droit et de fait qui exige davantage qu'un examen superficiel de la preuve documentaire. Il y a donc lieu de renvoyer les parties à l'arbitrage.

(iv) Application de la doctrine de l'iniquité à certaines conditions d'une convention d'arbitrage

[290] Dans une note en bas de page de leurs motifs, les juges Abella et Rowe font valoir un point de vue controversé du droit substantif : soit qu'il est possible d'appliquer la doctrine de l'iniquité à certaines conditions individuelles d'un contrat : n. 8. Je conviens avec le juge Brown que la doctrine de l'iniquité ne devrait pas être appliquée à certaines

their approach to the unconscionability of individual terms to the contractual arrangements now before the Court.

[291] If Abella and Rowe JJ.'s approach were to be applied in light of the separability doctrine, which, at para. 96, they purport to accept, they would be led to the conclusion that the Place of Arbitration Clause and the selection of the ICC Rules are individually unconscionable terms of the Arbitration Clause. In their opinion, this does not render the Arbitration Clause itself unenforceable, because they assert that the unconscionability doctrine can be applied to individual terms without rendering the entire agreement unenforceable: fn. 8.

[292] Even if the separability doctrine did not apply, it would be arbitrary to conclude that the individual term committing the parties to submit disputes to arbitration is invalid on the basis that the clause providing for it is close to clauses providing for other supposedly unenforceable terms involving the selection of certain institutional procedural rules for arbitration proceedings, of a foreign seat for such proceedings and of a foreign law to govern their agreement. Abella and Rowe JJ. relieve Mr. Heller of his commitment to submit disputes to arbitration on the basis that they find the terms for the arbitration offensive even though the commitment to arbitrate is itself left unimpeached. This result is impractical from a commercial standpoint, as well as being unjustified by Abella and Rowe JJ.'s own approach to unconscionability.

[293] Therefore, it follows from Abella and Rowe JJ.'s approach to the doctrine of unconscionability that the Arbitration Clause is valid and enforceable. I will now consider whether Mr. Heller's other arguments relating to whether the Arbitration Clause is invalid under the *ESA* require more than a superficial review of the documentary evidence in the record.

conditions individuelles d'un contrat, mais je m'oppose à la manière dont les juges Abella et Rowe utilisent leur approche pour juger du caractère inique de certaines modalités du contrat dont est saisie la Cour.

[291] Si les juges Abella et Rowe appliquaient leur approche au vu de la doctrine de la divisibilité, qu'ils disent accepter au par. 96, ils arriveraient à la conclusion que la clause relative au lieu de l'arbitrage et la sélection des Règlements de la CCI sont, prises individuellement, des conditions iniques de la clause d'arbitrage. D'après eux, cela ne rend pas en soi la clause d'arbitrage inexécutoire, car, affirment-ils, il est possible d'appliquer la doctrine de l'iniquité à certaines conditions individuelles sans rendre toute l'entente inexécutoire : n. 8.

[292] Même si la doctrine de la séparabilité ne s'appliquait pas, il serait arbitraire de conclure à l'invalidité de la condition par laquelle les parties s'engagent à soumettre leurs différends à l'arbitrage au motif que la clause prévoyant cette condition se trouve près d'autres clauses supposément inexécutoires concernant la sélection de certaines règles procédurales institutionnelles pour les procédures arbitrales, d'un siège étranger pour de telles procédures et d'un droit étranger pour régir l'entente de services. Les juges Abella et Rowe relèvent M. Heller de son engagement de recourir à l'arbitrage au motif qu'ils jugent offensantes les modalités de l'arbitrage, tandis que l'engagement d'aller en arbitrage lui-même est maintenu. Ce résultat est peu pratique sur le plan commercial et injustifié suivant la conception même que se font les juges Abella et Rowe de la doctrine d'iniquité.

[293] Il s'ensuit donc de la manière dont les juges Abella et Rowe abordent la doctrine de l'iniquité que la clause d'arbitrage est valide et exécutoire. Je vais maintenant examiner si l'autre série d'arguments de M. Heller, laquelle porte principalement sur la question de savoir si la clause d'arbitrage est nulle en application de la *LNE*, nécessite davantage qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier.



(b) *The ESA*

[294] My colleagues decline to address the *ESA* issue because they would decide the appeal on the basis of unconscionability or, in the case of *Brown J.*, on the basis of public policy. As I do not agree with their disposition of those issues, and for the sake of completeness, I must also analyze Mr. Heller's arguments with respect to the question whether the Arbitration Clause is invalid under the *ESA*.

[295] Mr. Heller raises two arguments in support of his position that the Arbitration Clause is invalid under the *ESA*. First, he argues that the Arbitration Clause amounts to an unlawful contracting out of an employment standard because he says it prevents him from accessing the *ESA*'s statutory enforcement mechanisms. Second, he submits that the choice of Dutch law to govern the Service Agreement also amounts to an unlawful contracting out of an employment standard.

[296] Although these two arguments are distinct, they suffer from the same fatal flaw. For the purposes of both of them, Mr. Heller submits that it is appropriate to presume that he is an employee, which means that the *ESA* applies. In *Seidel*, this Court was able to apply the *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2 ("*BPCPA*"), to find that the arbitration agreement at issue was partially invalid, because a superficial review of the documentary evidence was sufficient to establish the applicability of the legislation. By contrast, the Service Agreement expressly states that it is an agreement to access and license software and that it does not create an employment relationship: A.R., vol. II, pp. 34 and 109-10. The question whether Mr. Heller is an employee goes to the heart of the dispute between the parties. The Court of Appeal recognized that this issue was central to the dispute, as it repeatedly relied on an assumption that Mr. Heller is an employee in its analysis: paras. 24, 42, 45-46, 49-50 and 74. However, a court hearing a motion for a stay cannot make such an assumption without usurping the role of the arbitral tribunal.

(b) *La LNE*

[294] Mes collègues refusent d'examiner la question de la *LNE* parce qu'ils sont d'avis de trancher le pourvoi sur le fondement de la doctrine d'iniquité ou, dans le cas du juge *Brown*, sur la base de l'ordre public. Puisque je ne suis pas d'accord avec la manière dont ils statuent sur ces questions, et par souci d'exhaustivité, je dois également analyser les arguments de M. Heller quant à la question de savoir si la clause d'arbitrage est nulle en application de la *LNE*.

[295] Monsieur Heller invoque deux arguments pour faire valoir que la clause d'arbitrage est nulle en application de la *LNE*. Premièrement, il soutient que la clause d'arbitrage a pour effet de soustraire illicitement les parties par contrat à une norme d'emploi en l'empêchant de se prévaloir des mécanismes statutaires d'application de la loi prévus dans la *LNE*. Deuxièmement, il soutient que le choix du droit néerlandais comme droit régissant l'entente de services a également pour effet de soustraire illicitement par contrat les parties à une norme d'emploi.

[296] Bien que ces deux arguments soient distincts, ils souffrent du même défaut fatal. Pour les besoins de ses deux arguments, M. Heller affirme qu'il convient de présumer qu'il est un employé, ce qui garantit l'application de la *LNE*. Dans *Seidel*, la Cour a pu appliquer la *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2 (« *BPCPA* »), en vue d'annuler en partie la convention d'arbitrage en litige, parce qu'un examen superficiel de la preuve documentaire était suffisant pour établir l'applicabilité de la législation. À l'opposé, l'entente de services stipule expressément qu'elle constitue un accord de licence pour l'utilisation d'un logiciel et qu'elle ne crée pas de relation d'emploi : d.a., vol. II, p. 34 et 109-110. La question de savoir si M. Heller est ou non un employé est au cœur du différend entre les parties. La Cour d'appel a reconnu que cette question était au centre du litige, s'appuyant à plusieurs reprises dans son analyse sur une assomption selon laquelle M. Heller était un employé : par. 24, 42, 45-46, 49-50 et 74. Par contre, le tribunal saisi d'une motion en sursis d'instance ne peut le présumer sans usurper le rôle du tribunal arbitral.

[297] This means that the provision of the *ESA* on which Mr. Heller relies in support of a determination of invalidity of the Arbitration Clause is unavailable to him for the purposes of this motion:

**No contracting out**

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

A court cannot determine that an arbitration agreement is invalid pursuant to s. 5 without first finding that the parties involved are an employer or agent of an employer and an employee or agent of an employee.<sup>9</sup> Whether Mr. Heller is an employee within the meaning of the *ESA* is a complex question of mixed law and fact which cannot be decided on the basis of the record before the court, nor should it be: the rule of systematic referral applies, and the parties should be referred to arbitration.

[298] Nonetheless, because the parties have made submissions on the merits of the challenge under the *ESA*, I find that it will be helpful to comment on some of the legal aspects of this challenge.

(i) Contracting Out of the Enforcement Mechanisms by Means of an Arbitration Clause

[299] Mr. Heller argues that the Arbitration Clause amounts to a contracting out of an employment standard in that it precludes him from filing a complaint with the Ministry of Labour pursuant to s. 96 of the *ESA* in which he would allege that he has been misclassified. The flaw in his argument is that the ability to file a complaint under s. 96 of that Act is not an employment standard. An “employment standard” is a “requirement or prohibition [under the *ESA*] that applies to an employer for the benefit of an employee”: *ESA*, s. 1(1). Even if I assume, without

<sup>9</sup> Mr. Heller did not rest his argument on the common law doctrine of statutory illegality, and I decline to consider it in the absence of submissions from the parties: see *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, 2004 SCC 7, [2004] 1 S.C.R. 249.

[297] Par conséquent, M. Heller ne peut se prévaloir de la disposition de la *LNE* qu’il invoque afin de faire annuler la clause d’arbitrage pour les besoins de la motion en l’espèce :

**Impossibilité de se soustraire à une norme d’emploi**

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

Le tribunal ne peut annuler une convention d’arbitrage conformément à l’art. 5 sans d’abord conclure que les parties en cause sont des employeurs, des employés ou leurs mandataires<sup>9</sup>. La question de savoir si M. Heller est un employé au sens de la *LNE* est une question complexe mixte de droit et de fait qui ne peut être tranchée sur la base du dossier soumis à la Cour, et elle ne devrait pas l’être non plus. La règle du renvoi systématique s’applique et les parties doivent être renvoyées à l’arbitrage.

[298] Néanmoins, comme les parties ont soumis des arguments quant au bien-fondé de la contestation relative à la *LNE*, il me paraît utile de commenter certains des enjeux juridiques qui se posent.

(i) Se soustraire par contrat aux mécanismes d’application de la loi au moyen d’une clause d’arbitrage

[299] Monsieur Heller fait valoir que la clause d’arbitrage soustrait par contrat les parties à une norme d’emploi en l’empêchant de déposer une plainte auprès du ministère du Travail en vertu de l’art. 96 de la *LNE* dans laquelle il soutiendrait avoir été classifié de manière erronée. La faille dans son argument est que la faculté de déposer une plainte conformément à l’art. 96 de cette loi ne constitue pas une norme d’emploi. La « norme d’emploi » s’entend d’une « exigence ou interdiction prévue par la [*LNE*] qui s’applique à un employeur et qui bénéficie à un

<sup>9</sup> Monsieur Heller n’a pas fondé son argument sur la doctrine de l’illégalité du fait de la loi en common law et je refuse de l’examiner à défaut d’observations des parties : voir *Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp.*, 2004 CSC 7, [2004] 1 R.C.S. 249.

deciding, that s. 96 of the *ESA* operates “for the benefit of an employee”, it clearly does not require an employer to do — or prohibit an employer from doing — anything. It therefore does not provide for an employment standard.

[300] In addition, nothing in the record indicates that Mr. Heller has attempted to make a complaint under s. 96 of the *ESA*. Instead, he filed a multi-million dollar class proceeding. It may be possible to interpret the Arbitration Clause such that it does not apply to s. 96 of that Act. As the parties expressly represented in the Service Agreement that they are not in an employment relationship, it may be open to a court or an arbitral tribunal to conclude that s. 96 of the *ESA* was not reasonably within their contemplation. I note in this regard that where a term of a contract is capable of two constructions, one which renders the term lawful and one which renders it unlawful, the construction which supports the validity and legality of the term is to be preferred: J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at pp. 772-73.

[301] Mr. Heller also argues that the *ESA* precludes arbitration as a means of pursuing claims under that Act. The opposite is true, however, as there is no express prohibition on arbitration in the *ESA* and the *ESA* “cannot be assumed to exclude arbitral jurisdiction unless it expressly so states”: *Desputeaux*, at para. 42. When the legislature wants to exclude arbitration, it is able to express itself in very clear language, and it has in fact done so in other statutes: see, e.g., *Consumer Protection Act, 2002*, s. 7(2); *Energy Consumer Protection Act, 2010*, S.O. 2010, c. 8, s. 3(3); *Payday Loans Act, 2008*, S.O. 2008, c. 9, s. 39(2). Further, the objective of the *ESA*’s enforcement provisions is “to make redress available, where it is appropriate at all, expeditiously and cheaply”: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at para. 27. Arbitration is entirely consistent with this objective. Given arbitration’s inherent flexibility, this Court’s numerous statements encouraging and professing the benefits of arbitration, and the legislature’s clear pro-arbitration stance as indicated in the *Arbitration*

employé » : *LNE*, par. 1(1). Même si je tiens pour acquis, sans en décider, que l’application de l’art. 96 de la *LNE* « bénéficie à un employé », il est clair que cette disposition n’oblige pas un employeur à faire quoi que ce soit ni ne lui interdit de le faire. Il ne s’agit donc pas d’une norme d’emploi.

[300] De plus, rien dans le dossier n’indique que M. Heller a tenté de déposer une plainte conformément à l’art. 96 de la *LNE*. Il a plutôt intenté un recours collectif d’une valeur de plusieurs millions de dollars. Il peut être possible d’interpréter la clause d’arbitrage de façon à ne pas appliquer l’art. 96 de cette loi. Comme les parties ont expressément déclaré dans l’entente de services qu’elles n’entretiennent pas une relation d’emploi, une cour ou un tribunal arbitral pourrait conclure qu’ils ne songeaient raisonnablement pas à l’art. 96 de la *LNE*. Je fais remarquer à cet égard que, si une condition d’un contrat se prête à deux interprétations possibles, l’une qui rend la condition légale et l’autre qui la rend illégale, il faut privilégier l’interprétation qui préserve la validité et la légalité de la condition : J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2<sup>e</sup> éd. 2012), p. 772-773.

[301] Monsieur Heller soutient également que la *LNE* empêche de recourir à l’arbitrage pour présenter des réclamations en vertu de cette loi. Le contraire est plutôt vrai puisque la *LNE* ne prévoit aucune interdiction expresse de l’arbitrage et « [o]n ne saurait présumer qu[e la *LNE*] exclut la juridiction arbitrale, faute de la mentionner expressément » : *Desputeaux*, par. 42. Lorsque le législateur souhaite exclure l’arbitrage, il a les moyens de s’exprimer dans un langage très clair et l’a déjà fait dans d’autres lois : voir, p. ex., *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, par. 7(2); *Loi de 2010 sur la protection des consommateurs d’énergie*, L.O. 2010, c. 8, par. 3(3); *Loi de 2008 concernant les prêts sur salaire*, L.O. 2008, c. 9, par. 39(2). De plus, l’objectif des dispositions d’application de la *LNE* est « d’offrir, dans les cas appropriés, un recours rapide et peu coûteux » : *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, par. 27. L’arbitrage est tout à fait conforme à cet objectif. Vu la souplesse inhérente à l’arbitrage, les nombreuses déclarations par lesquelles la Cour promeut et vante les avantages de

*Act* and the *International Act*, I would be very slow to conclude that arbitration is excluded as an acceptable means of dispute resolution under the *ESA*: *Seidel*, at para. 23; *Wellman*, at paras. 48-56.

(ii) Contracting Out of the *ESA* by Means of a Choice of Law Clause

[302] Mr. Heller submits that the Arbitration Clause amounts to a contracting out of the entire *ESA* as a result of the Choice of Law Clause. However, in light of the separability doctrine, the Choice of Law Clause must be understood as a part of the Service Agreement, while the Arbitration Clause must be considered to be a separate contract which is independent of the Service Agreement. Therefore, even if I were to assume, without so deciding, that the Choice of Law Clause is invalid, a finding to that effect would not, on its own, render the Arbitration Clause invalid because an arbitration agreement generally survives the invalidity of the underlying contract, or of a term therein.

[303] Further, the *ESA* only renders invalid the individual terms of an employment agreement which amount to a contracting out of an employment standard, not the entire employment agreement: *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at p. 1001. Therefore, this is not one of those cases in which the invalidity of the underlying contract also entails the invalidity of the arbitration agreement: *Fiona Trust*, para. 17, per Lord Hoffmann. The alleged invalidity of the Choice of Law Clause does not undermine the validity of the Arbitration Clause. Therefore, Mr. Heller's argument is not a bar to Uber's motion for a stay.

[304] In addition, since the Service Agreement expressly states that it is an agreement to license software and that it does not create an employment relationship, it may be open to the arbitral tribunal to find that the contracting parties did not intend to exclude the operation of mandatory employment legislation in the jurisdiction in which the contract was to be performed. Given that the contract did not purport to create an employment relationship, it is

l'arbitrage, ainsi que la politique du législateur clairement favorable à l'arbitrage qui est énoncée dans la *Loi sur l'arbitrage* et la *Loi internationale*, j'hésiterais énormément à conclure que la *LNE* exclut l'arbitrage en tant que mode acceptable de règlement des différends : *Seidel*, par. 23; *Wellman*, par. 48-56.

(ii) Se soustraire par contrat à la *LNE* au moyen d'une clause de choix du droit applicable

[302] Monsieur Heller fait aussi valoir que la clause d'arbitrage soustrait par contrat les parties à l'ensemble de la *LNE* par le truchement de la clause de choix du droit applicable. Cependant, compte tenu de la doctrine de la séparabilité, il faut considérer que la clause de choix du droit applicable fait partie de l'entente de services, alors que la clause d'arbitrage doit être considérée comme un contrat distinct, indépendant de l'entente de services. Par conséquent, à supposer, sans en décider, que la clause de choix du droit applicable est nulle, cette conclusion ne rendrait pas à elle seule nulle la clause d'arbitrage, car la convention d'arbitrage survit généralement à la nullité du contrat sous-jacent ou d'une de ses conditions.

[303] Qui plus est, la *LNE* ne fait qu'annuler les conditions individuelles qui soustraient les parties par contrat aux normes d'emploi, et non supprimer le contrat de travail dans son intégralité : *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, p. 1001. Par conséquent, nous ne sommes pas en présence d'un de ces cas où la nullité du contrat sous-jacent emporte celle de la convention d'arbitrage : *Fiona Trust*, par. 17, lord Hoffman. La prétendue nullité de la clause de choix du droit applicable ne nuit pas à la validité de la clause d'arbitrage. L'argument de M. Heller ne constitue donc pas un obstacle à la motion d'Uber en sursis d'instance.

[304] En outre, puisque l'entente de services stipule expressément qu'elle constitue un accord de licence de logiciel et qu'elle ne crée pas de relation d'emploi, il est loisible au tribunal arbitral de conclure que les parties contractantes n'avaient pas l'intention d'exclure l'application de la législation obligatoire en matière d'emploi dans le ressort où le contrat devait être exécuté. Comme le contrat ne visait pas à créer une relation d'emploi, il est peu

unlikely that the drafters contemplated the possibility that employment legislation would apply to the contract.

[305] In any event, the parties' choice of law does not oust mandatory rules, particularly mandatory statutory rules that are applicable in a jurisdiction with a strong nexus to the dispute (in this case, Ontario): S. G. A. Pitel and N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2nd ed. 2016), at pp. 298-300; G. A. Bermann, "Mandatory rules of law in international arbitration", in F. Ferrari and S. Kröll, eds., *Conflict of Laws in International Arbitration* (2011), 325, at pp. 333-34; see also *Williams v. Amazon.com, Inc.*, 2020 BCSC 300, at paras. 61-71 (CanLII). While the parties produced no evidence on whether an arbitral tribunal seated in the Netherlands and applying Dutch law would apply the *ESA*, it does not follow merely from the choice of Dutch law that the *ESA* would not be applied in relation to the dispute. Simply assuming that the *ESA* will not apply smacks of the old common law mistrust of arbitration which the *Arbitration Act* was intended to put to rest: *Wellman*, at para. 49.

[306] In conclusion on the *ESA* issue, neither of Mr. Heller's arguments warrants holding that the Arbitration Clause is invalid, as the rule of systematic referral negates both of them and, in any event, the substance of his arguments does not justify the relief he seeks.

(c) *Doctrine of Public Policy*

[307] My colleague Brown J. proposes to create a new common law rule that contractual provisions which have the effect of prohibiting access to dispute resolution are contrary to public policy: paras. 119-21 and 129-31. He concludes that the selection of the ICC Rules in this case is contrary to public policy, because the ICC Fees are disproportionate in light of the parties' relationship, and that this renders the Arbitration Clause itself invalid.

[308] Like Abella and Rowe JJ.'s unconscionability analysis, Brown J.'s approach is dependent on

probable que les rédacteurs aient envisagé l'application de la législation en matière d'emploi au contrat.

[305] Quoi qu'il en soit, le droit applicable choisi par les parties n'exclut pas les règles obligatoires, particulièrement les règles statutaires obligatoires d'un ressort ayant un lien étroit avec le litige (en l'occurrence l'Ontario) : S. G. A. Pitel et N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2<sup>e</sup> éd. 2016), p. 298-300; G. A. Bermann, « Mandatory rules of law in international arbitration », dans F. Ferrari et S. Kröll, dir., *Conflict of Laws in International Arbitration* (2011), 325, p. 333-334; voir aussi *Williams c. Amazon.com, Inc.*, 2020 BCSC 300, par. 61-71 (CanLII). Même si les parties n'ont produit aucune preuve sur la question de savoir si un tribunal arbitral siégeant aux Pays-Bas et appliquant le droit néerlandais appliquerait la *LNE*, il ne découle pas du simple choix de retenir le droit néerlandais que la *LNE* ne serait pas appliquée au litige. Se contenter de présumer que la *LNE* ne s'appliquera pas est typique de la méfiance manifestée autrefois par la common law vis-à-vis l'arbitrage à laquelle devait mettre fin la *Loi sur l'arbitrage* : *Wellman*, par. 49.

[306] Pour conclure sur la *LNE*, ni l'un ni l'autre des arguments de M. Heller ne justifie l'annulation de la clause d'arbitrage, car les deux sont niés par la règle du renvoi systématique et, en tout état de cause, la teneur de ses arguments ne justifie pas la réparation qu'il sollicite.

(b) *La doctrine de l'ordre public*

[307] Mon collègue le juge Brown propose de créer une nouvelle règle de common law voulant que les stipulations contractuelles ayant pour effet d'interdire l'accès au règlement des différends soient contraires à l'ordre public : par. 119-121 et 129-131. D'après lui, la sélection des Règlements de la CCI en l'espèce est contraire à l'ordre public, car les droits imposés par la CCI sont démesurés au regard de la relation entre les parties, et la clause d'arbitrage en soi est nulle pour ce motif.

[308] À l'instar des analyses que font les juges Abella et Rowe de l'iniquité, l'approche du juge



testimonial evidence for the purpose of establishing that the ICC Fees are disproportionate relative to the amount that would likely be at issue in a dispute under the Service Agreement and to the income Mr. Heller earns as an Uber driver: Brown J.'s reasons, at para. 132. His approach therefore requires more than a superficial review of the documentary evidence, and the parties should be referred to arbitration. Nonetheless, even if the rule of systematic referral did not apply, I also respectfully disagree with the legal and factual merits of the public policy analysis Brown J. expounds in his carefully drafted reasons.

[309] The common law of contracts is fundamentally committed to ensuring “the freedom of contracting parties to pursue their individual self-interest”: *Bhasin*, at para. 70. Thus, the doctrine of public policy “should be invoked only in clear cases, in which the harm to the public is substantially incontestable, and does not depend upon the idiosyncratic inferences of a few judicial minds”: *In re Estate of Millar (Charles), Deceased*, [1938] S.C.R. 1, at p. 7, quoting *Fender v. Mildmay*, [1937] 3 All E.R. 402, at p. 407. This is a high hurdle to overcome. With respect, I am not persuaded that the public policy concerns my colleague identifies justify overriding the “very strong public interest in the enforcement of contracts”: *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at para. 123, per Binnie J. (dissenting, but not on this point). In this regard, I view the *Arbitration Act* and the *International Act* as strong statements of public policy which favour enforcing arbitration agreements: see *Haas*, at paras. 10, 40 and 58; *Wellman*, at para. 54.

[310] Deciding whether to submit disputes to arbitration or to pursue litigation in the courts involves trade-offs. In arbitration, the parties trade the procedural certainty of the courts and the opportunity to appeal an unfavorable decision for the procedural flexibility, expediency, and efficiency of arbitration. There is no guarantee that arbitration will always yield the correct decision, but the courts are equally unable to offer that guarantee: L. Y. Fortier, “Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral

Brown se fonde sur la preuve testimoniale afin d'établir que les droits fixés par la CCI sont démesurés en regard de la valeur vraisemblable d'un différend découlant de l'entente de services et du revenu que gagne M. Heller à titre de chauffeur Uber : motifs du juge Brown, par. 132. Son approche requiert donc davantage qu'un examen superficiel de la preuve documentaire et il y a lieu de renvoyer les parties à l'arbitrage. Néanmoins, même si la règle du renvoi systématique ne s'appliquait pas, je ne souscris respectueusement pas au bien-fondé juridique et factuel de l'analyse relative à l'ordre public qu'expose le juge Brown dans ses motifs soigneusement rédigés.

[309] La common law en matière contractuelle est fondamentalement résolue à assurer « la liberté des parties contractantes dans la poursuite de leur intérêt personnel » : *Bhasin*, par. 70. Ainsi, la doctrine de l'ordre public [TRADUCTION] « ne doit être invoquée que dans les cas clairs, où le préjudice infligé au public est foncièrement incontestable et ne dépend pas des inférences idiosyncratiques de quelques esprits judiciaires » : *In re Estate of Millar (Charles), Deceased*, [1938] R.C.S. 1, p. 7, citant *Fender c. Mildmay*, [1937] 3 All E.R. 402, p. 407. Il s'agit d'un énorme obstacle à surmonter. Avec égards, je ne suis pas convaincue que les considérations d'ordre public décrites par mon collègue justifient que l'on passe outre au « très grand intérêt public lié à l'application des contrats » : *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 123, le juge Binnie (dissident, mais non sur ce point). À cet égard, je considère la *Loi sur l'arbitrage* et la *Loi internationale* comme des énoncés fermes de principes en faveur de l'exécution des conventions d'arbitrage : voir *Haas*, par. 10, 40 et 58; *Wellman*, par. 54.

[310] La décision de soumettre un différend à l'arbitrage ou d'intenter une action en justice implique des compromis. En arbitrage, les parties renoncent à la certitude procédurale des tribunaux et à l'occasion d'interjeter appel d'une décision défavorable en échange de la souplesse procédurale, de la célérité et de l'efficacité de l'arbitrage. Rien ne garantit que l'arbitrage aboutira toujours à la bonne décision, mais les cours sont elles aussi incapables d'offrir une telle garantie : L. Y. Fortier, « Delimiting the Spheres

Power: ‘Beware, my Lord, of Jealousy’” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 143. Deciding whether this trade-off is in the parties’ best interests rests with them, not with the courts.

[311] Just as there are many valid commercial reasons for parties to use exclusion clauses, including to allocate risks, there are also many valid commercial reasons for parties to use an arbitration agreement in which they select a particular international arbitral institution’s procedural rules: *Tercon*, at para. 102, per Binnie J. (dissenting). One such reason might be to have the parties share the risk that recourse to arbitration may not be economical in the case of a claim for a small amount, although Mr. Heller would of course be free to use Uber’s internal dispute resolution procedure, as he already has many times. However, should a claim for a large amount arise, the parties would have access to a world-class institution to aid in resolving the dispute. This is a valid contractual arrangement with which courts should not interfere. Given the mutuality of exchange the Arbitration Clause involves, it bears no resemblance to the clause at issue in *Novamaze Pty Ltd. v. Cut Price Deli Pty Ltd.* (1995), 128 A.L.R. 540 (F.C.), which was clearly one-sided.

[312] In any event, the pursuit of access to justice and the enforcement of arbitration agreements are often complementary objectives. Indeed, one of the objectives of the *Arbitration Act* is to further access to justice by encouraging the use of arbitration: *Wellman*, at para. 135. Arbitration enhances access to justice because it can be more expedient and less costly than litigation: para. 135. The policy that parties to a valid arbitration agreement should abide by their agreement furthers access to justice by preventing delaying tactics which hamper access to dispute resolution: para. 135. By contrast, widening the grounds for judicial intervention, as Brown J. would do, is as likely to undermine access to justice as to promote such access, because it would

of Judicial and Arbitral Power : “Beware, my Lord, of Jealousy” » (2001), 80 *R. du B. can.* 143. Il appartient aux parties, et non aux tribunaux, de décider si ce compromis est dans leur intérêt.

[311] Tout comme il existe de nombreuses raisons commerciales valables pour lesquelles les parties ont recours à des clauses d’exclusion, notamment afin de répartir le risque, il existe également de nombreuses raisons commerciales valables pour lesquelles les parties se servent d’une convention d’arbitrage dans laquelle elles choisissent les règles procédurales d’une certaine institution arbitrale internationale : *Tercon*, par. 102, le juge Binnie (dissident). L’une de ces raisons pourrait être de répartir entre les deux parties le risque qu’il ne soit pas économique d’aller en arbitrage dans le cas d’une réclamation de faible valeur (même si, bien entendu, M. Heller serait libre de recourir à la procédure interne d’Uber pour faire régler un différend, comme il l’a déjà fait à maintes reprises). Cependant, en cas de réclamation de valeur élevée, les parties auraient accès à une institution de règlement des différends de classe mondiale pour faire trancher le différend. Il s’agit là d’un arrangement contractuel valable que les tribunaux ne devraient pas modifier. Vu l’échange réciproque dans la clause d’arbitrage, celle-ci ne s’apparente aucunement à la clause en litige dans *Novamaze Pty Ltd. c. Cut Price Deli Pty Ltd.* (1995), 128 A.L.R. 540 (C.F.), qui était manifestement à sens unique.

[312] Quoi qu’il en soit, la quête de l’accès à la justice et l’exécution des conventions d’arbitrage forment souvent des objectifs complémentaires. En effet, un des objectifs de la *Loi sur l’arbitrage* est de renforcer l’accès à la justice en encourageant le recours à l’arbitrage : *Wellman*, par. 135. L’arbitrage améliore l’accès à la justice parce qu’il peut se révéler plus expéditif et moins coûteux que de s’adresser aux tribunaux : par. 135. La politique selon laquelle les parties à une convention d’arbitrage valide devraient respecter leur convention renforce l’accès à la justice en prévenant les mesures dilatoires qui entravent l’accès au règlement des différends : par. 135. À l’inverse, élargir les motifs d’intervention judiciaire, comme le ferait le juge Brown, risque autant

incentivize litigation as a delaying tactic, thereby increasing the time for, and cost of, dispute resolution.

[313] While it is often complementary to other legislative objectives, the pursuit of access to justice should not “be permitted to overwhelm the other important objectives pursued by the *Arbitration Act*”: *Wellman*, at para. 83. The Act also pursues another important objective: it gives effect to party autonomy by permitting parties to craft their own dispute resolution mechanism through consensual agreement: *Wellman*, at para. 52. Moreover, concluding that an arbitration agreement is invalid on public policy grounds without impeaching the parties’ consent to the agreement undermines another objective of the *Arbitration Act*, that of holding parties to their commitment to submit disputes to arbitration where they have agreed to do so: *Wellman*, at para. 49, quoting *Ontario Hydro v. Denison Mines Ltd.*, 1992 CarswellOnt 3497 (Gen. Div.) (WL Can.).

[314] Similarly, the rule of law is not a “tool by which to avoid legislative initiatives of which one is not in favour”: *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at para. 67. On the contrary, the rule of law requires courts to “give effect to the Constitution’s text, and apply, by whatever its terms, legislation that conforms to that text”: *Imperial Tobacco*, at para. 67. As a motion for a stay in favour of arbitration does not impinge on the Governor General’s power to appoint judges under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, I see no reason why this Court should not seek to give effect to the legislature’s objectives as embodied in the *Arbitration Act* and the *International Act*.

[315] Further, when considering whether, or how, to refashion old common law doctrines regarding arbitration, this Court should, in my view, follow its decision in *Wellman* to embrace a more modern approach to arbitration law. According to this approach, arbitration is “an autonomous, self-contained,

de compromettre l’accès à la justice que de le favoriser, parce que cela inciterait le recours aux tribunaux comme manœuvre dilatoire, ce qui ferait augmenter la durée et le coût du règlement des différends.

[313] Bien qu’elle complète souvent d’autres objectifs législatifs, on ne saurait permettre que la quête de l’accès à la justice « prenne le dessus sur les autres objectifs importants visés par la *Loi sur l’arbitrage* » : *Wellman*, par. 83. L’un des autres objectifs importants visés par la Loi est la nécessité de donner effet à l’autonomie des parties en leur permettant de concevoir leur propre mode de règlement des différends par accord consensuel : *Wellman*, par. 52. De plus, conclure à la nullité d’une convention d’arbitrage pour cause d’ordre public, sans porter atteinte au consentement des parties à la convention, compromet un autre objectif de la *Loi sur l’arbitrage*, soit de tenir les parties à leur engagement de soumettre leurs différends à l’arbitrage dans les cas convenus : *Wellman*, par. 49, citant *Ontario Hydro c. Denison Mines Ltd.*, 1992 CarswellOnt 3497 (Div. gén.) (WL Can.).

[314] De même, la primauté du droit n’est pas un « instrument permettant à celui qui s’oppose à certaines mesures législatives de s’y soustraire » : *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 67. Au contraire, la primauté du droit exige des tribunaux qu’ils « donnent effet au texte constitutionnel, et qu’ils appliquent, quels qu’en soient les termes, les lois qui s’y conforment » : *Imperial Tobacco*, par. 67. Puisqu’une motion en sursis d’instance en faveur de l’arbitrage n’empiète pas sur le pouvoir du gouverneur général de nommer des juges en vertu de l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, je ne vois aucune raison pour laquelle la Cour ne devrait pas tenter de donner effet aux objectifs du législateur consacrés dans la *Loi sur l’arbitrage* et la *Loi internationale*.

[315] En outre, lorsque vient le temps de se demander si ou de quelle manière il convient de redéfinir les doctrines anciennes de common law relatives à l’arbitrage, j’estime que la Cour devrait suivre sa décision dans *Wellman* d’adopter la conception plus moderne du droit de l’arbitrage. D’après cette

self-sufficient process pursuant to which the parties agree to have their disputes resolved by an arbitrator, not by the courts”: *Inforica*, at para. 14, quoted in *Wellman*, at para. 56. Therefore, doctrines based on the notion that only superior courts are capable of granting remedies for legal disputes should no longer be applied. This Court should not seek to roll back the tide of history by breathing new life into authorities which are irreconcilable with the modern approach to arbitration.

[316] I appreciate Brown J.’s able attempt to provide a new conceptual justification for the common law doctrine: paras. 111-14. However, when this new justification is considered alongside his reformulation of the substantive doctrine, these innovations cannot be said to amount to an incremental development in the law: paras. 119-21 and 129-31. Rather, in my view, this is an entirely new common law rule governing the validity of arbitration agreements.

[317] Additionally, the comparative suitability of litigation, arbitration and other methods of dispute resolution for various classes of persons in various circumstances is a complex, polycentric policy decision that involves a host of different interests, objectives and solutions. Such questions do not fall to be answered by the courts, as they are instead matters for the elected policy-makers who sit in the legislature: *Wellman*, at para. 79.

[318] My concerns about the limits of the courts’ institutional capacity to fully consider questions in this regard are heightened by Brown J.’s reliance on s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, which risks permanently restraining the legislature’s competence in the future to enact policies which promote access to civil justice outside the courtroom context. Although I appreciate Brown J.’s attempt to corral his proposed rule, public policy is an “unruly horse”, and I fear that once this Court sits astride that horse, judges may be led back to the days when they displayed overt hostility to arbitration, treating it as a

conception, l’arbitrage est [TRADUCTION] « un processus autonome par lequel les parties conviennent de régler leurs différends en les soumettant à un arbitre et non à un tribunal » : *Inforica*, par. 14, cité dans *Wellman*, par. 56. En conséquence, les doctrines fondées sur l’idée que seules les cours supérieures peuvent accorder des réparations en cas de différends juridiques ne devraient plus être appliquées. La Cour ne doit pas faire reculer le cours de l’histoire en donnant un second souffle à des précédents inconciliables avec la conception moderne de l’arbitrage.

[316] J’apprécie l’habile tentative du juge Brown de fournir une nouvelle justification conceptuelle de la doctrine de common law : par. 111-114. Or, quand cette nouvelle justification est examinée avec sa reformulation de la doctrine substantive, on ne saurait affirmer que ces innovations participent d’une élaboration progressive du droit : par. 119-121 et 129-131. Il s’agit plutôt, selon moi, d’une toute nouvelle règle de common law portant sur la validité des conventions d’arbitrage.

[317] En outre, l’opportunité comparative de se pourvoir devant les tribunaux, d’aller en arbitrage ou d’employer d’autres modes de règlement des différends pour différentes catégories de personnes dans diverses circonstances appelle une décision complexe et polycentrique de politique générale qui met en cause une foule d’intérêts, d’objectifs et de solutions. Il n’appartient pas aux tribunaux de répondre à ces questions; elles relèvent plutôt des décideurs élus qui siègent à la législature : *Wellman*, par. 79.

[318] Mes réserves à propos des limites de la capacité institutionnelle des tribunaux d’étudier pleinement ces questions sont accentuées par le fait que le juge Brown invoque l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, d’où le risque de restreindre en permanence le pouvoir du législateur d’élaborer à l’avenir des politiques qui renforcent l’accès à la justice civile à l’extérieur de la salle d’audience. J’apprécie la tentative du juge Brown de circonscrire l’ampleur de la règle qu’il propose, mais l’ordre public est un « cheval rétif », et je crains qu’une fois que la Cour monte dessus, les juges soient ramenés à l’époque où

second-tier method of dispute resolution: *Tercon*, at para. 116.

[319] Finally, while Brown J. maintains that the ICC Fees bar Mr. Heller from bringing a claim of any size against Uber, there is no evidence before this Court regarding the actual size of Mr. Heller's claim against Uber or the possible availability of third party funding for the pursuit of his claim: Brown J.'s reasons, at para. 132. Neither is there any evidence of his income at the time of the formation of the contract. There is, therefore, an insufficient evidentiary basis for Brown J.'s conclusion given the testimonial evidence in the record. The analysis requires an understanding of the parties' ability to finance the pursuit of arbitration proceedings, and of the comparative availability of litigation funding. As the record currently stands, it is difficult to accept that approximately CAN\$19,000 in fees for the pursuit of arbitration can be said to amount to a total bar on dispute resolution in this case when the costs awarded to Mr. Heller in the Court of Appeal amounted to CAN\$20,000: C.A. reasons, at para. 75. Given the inadequacy of the record, this appeal differs markedly from *Lymer*, in which the Alberta Court of Appeal found that a court order barring an undischarged bankrupt from commencing or continuing court proceedings until he paid all costs awards against him in full constituted an insurmountable precondition to court access: para. 67. Therefore, I cannot conclude, as Brown J. does, that the ICC Fees act as an insurmountable precondition that prevent Mr. Heller from commencing a claim: Brown J.'s reasons, at para. 132.

[320] I conclude that the selection of the ICC Rules in this case is not contrary to public policy. Because each of the arguments against the validity of the Arbitration Clause requires more than a superficial review of the documentary evidence in the record, the parties should be referred to arbitration. The remedial options available to a court on a motion for a stay remain to be considered, however.

ils se montraient ouvertement hostiles à l'arbitrage, qu'ils voyaient comme un mode de règlement des différends de deuxième ordre : *Tercon*, par. 116.

[319] Enfin, bien que le juge Brown soutienne que les droits de la CCI empêchent M. Heller d'intenter une action, quelle qu'en soit la valeur, contre Uber, la Cour ne dispose d'aucune preuve au sujet de la taille réelle de la réclamation de M. Heller contre Uber ou de la possibilité d'obtenir du financement d'un tiers pour présenter sa réclamation : motifs du juge Brown, par. 132. Il n'y a pas non plus de preuve du revenu de M. Heller au moment où le contrat a été formé. Il n'y a donc pas assez d'éléments permettant d'appuyer la conclusion du juge Brown étant donné la preuve testimoniale au dossier. L'analyse exige de comprendre la capacité des parties à financer l'institution d'une procédure d'arbitrage ainsi que la disponibilité de financement pour le litige. Dans l'état actuel du dossier, il est difficile d'accepter qu'environ 19 000 \$ CAN en droits d'arbitrage font totalement obstacle au règlement du différend en l'espèce alors que les dépens adjugés à M. Heller en Cour d'appel s'élevaient à 20 000 \$ CAN : motifs de la Cour d'appel, par. 75. Étant donné l'insuffisance du dossier, le présent pourvoi diffère nettement de l'affaire *Lymer*, où la Cour d'appel de l'Alberta a conclu qu'une ordonnance judiciaire empêchant un failli non libéré d'intenter ou de poursuivre une action en justice jusqu'à ce qu'il ait payé tous les dépens auxquels la cour l'a condamné constituait une condition préalable insurmontable à l'accès aux tribunaux : par. 67. Je ne peux donc arriver à la conclusion, comme le fait mon collègue, que les droits de la CCI sont une condition préalable insurmontable qui empêche M. Heller d'intenter une réclamation : motifs du juge Brown, par. 132.

[320] Je conclus que la sélection des Règlements de la CCI en l'espèce n'est pas contraire à l'ordre public. Comme chacun des arguments à l'encontre de la validité de la clause d'arbitrage nécessite davantage qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier, il y a lieu de renvoyer les parties à l'arbitrage. Il reste cependant à analyser les mesures correctives qui s'offrent au tribunal dans le cadre d'une motion en sursis d'instance.



E. *Possible Remedies on a Motion for a Stay*

[321] My colleagues put forward different theories to conclude that the Arbitration Clause is invalid. Even though none of their theories impugn the parties' basic commitment to submit disputes to arbitration, my colleagues find that that commitment is invalid. They appear to conceptualize the available relief as involving a stark choice between rigidly enforcing the arbitration agreement and finding that the entire arbitration agreement is invalid. In my view, the pro-arbitration stance that has been taken by legislatures across Canada and which is embodied in this Court's jurisprudence supports a generous approach to remedial options which will facilitate the arbitration process. Two such options are (1) ordering a conditional stay of proceedings and (2) applying the doctrine of severance. I address each of these options below.

(1) Conditional Stay of Proceedings

[322] If the exceptions in s. 7(2) of the *Arbitration Act* or art. 8(1) of the UNCITRAL Model Law do not apply, the legislation directs a stay of the proceedings: *Arbitration Act*, s. 7(1); *International Act*, s. 9; UNCITRAL Model Law, art. 8(1). A stay is mandatory in such circumstances, but the *Arbitration Act* and the *International Act* are silent as to what conditions, if any, may be imposed on the stay. However, s. 106 of the *Courts of Justice Act*, which Uber cited in its notice of motion, provides that a court may stay a proceeding on such terms as it considers just: A.R., vol. II, at p. 88. Although it will usually be unnecessary for a court to order a conditional stay, it may be appropriate to do so to ensure procedural fairness in the arbitration process. I caution that a court should be careful not to impose conditions which impinge on the decision-making jurisdiction of the arbitral tribunal: Born, vol. II, at p. 2196. Nonetheless, in the period before the appointment of the arbitral tribunal, a condition which facilitates the arbitration process can protect the tribunal's jurisdiction by ensuring that the parties are able to proceed with the arbitration.

E. *Les mesures correctives qui peuvent être prises dans le cadre d'une motion en sursis d'instance*

[321] Mes collègues avancent différentes théories pour conclure que la clause d'arbitrage est nulle. Bien qu'aucune de ces théories n'attaque l'engagement de base des parties de soumettre leurs différends à l'arbitrage, mes collègues concluent pourtant à la nullité de cet engagement. Ils semblent concevoir la réparation susceptible d'être octroyée comme entraînant un choix difficile entre l'exécution rigide de la convention d'arbitrage et l'annulation de celle-ci dans son ensemble. À mon avis, les positions favorables à l'arbitrage adoptées par les législatures partout au Canada, et exprimées dans la jurisprudence de la Cour, appuient une conception large des mesures correctives qui faciliteront le processus arbitral. Deux de ces options sont (1) imposer un sursis conditionnel à l'instance et (2) appliquer la doctrine de la divisibilité. Je traiterai maintenant de chacune de ces options.

(1) Un sursis d'instance conditionnel

[322] Si les exceptions prévues au par. 7(2) de la *Loi sur l'arbitrage* et au par. 8(1) de la Loi type de la CNUDCI ne s'appliquent pas, la législation prescrit un sursis d'instance : *Loi sur l'arbitrage*, par. 7(1); *Loi internationale*, art. 9; Loi type de la CNUDI, par. 8(1). Un sursis est obligatoire dans de tels contextes, mais la *Loi sur l'arbitrage* et la *Loi internationale* sont muettes quant aux conditions, s'il en est, pouvant être assorties au sursis. Cependant, l'art. 106 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, qu'Uber a plaidé dans son avis de motion, prévoit que le tribunal peut surseoir à une instance aux conditions qu'il estime justes : d.a., vol. II, p. 88. Bien que cela ne soit habituellement pas nécessaire, il peut être opportun pour le tribunal d'imposer un sursis conditionnel afin d'assurer l'équité procédurale du processus arbitral. Je souligne que le tribunal devrait se garder d'imposer des conditions qui empiètent sur la compétence décisionnelle du tribunal arbitral : Born, vol. II, p. 2196. Néanmoins, avant la nomination du tribunal arbitral, une condition qui facilite le processus arbitral peut protéger la juridiction du tribunal arbitral en veillant à ce que les parties soient en mesure de procéder à l'arbitrage.

[323] Courts hearing motions for stays and for referral to arbitration have ordered conditional stays in the past: see, e.g., *Popack*; *Iberfreight*; *Continental Resources*; see also *Fuller Austin*. As was the case in *Iberfreight* and *Continental Resources*, such conditions support one of the purposes of arbitration agreements and of modern arbitration legislation, that of proceeding with dispute resolution in a timely manner rather than delaying progress in the courts. In this regard, I find that the following comments of Gerwing J.A. from *Fuller Austin* (C.A.), at para. 5, on the interpretation of Saskatchewan’s legislation implementing the UNCITRAL Model Law are persuasive:

In most stays the party requesting the extraordinary indulgence of the court must act with expedition to facilitate justice. Particularly where remedies of an unusual nature, such as commercial arbitration, are permitted to circumvent litigant’s normal access to the court, or delay it, it is for the purpose of facilitating and not delaying justice. As in most stays, common sense indicates that the successful applicant for a stay cannot use it as it were as a permanent way of ending the matter by deliberate inattention to pursuing the course of action which justified the granting of the stay. While we did not indicate expressly in our reasons this requirement, that reasonable steps be taken, we agree with the interpretation placed by the chamber judge below that this is implicit. (Indeed, it might be noted that substantial argument can be made that in interpreting the *Act*, if principles of statutory interpretation would have to be called in aid, that the legislation was similarly intended to expedite the resolution of disputes and not to delay them.)

[324] Mr. Heller has given sworn evidence that he cannot afford the ICC Fees, which must be paid in order to initiate ICA proceedings. In light of Mr. Heller’s particular circumstances, I would impose a condition that Uber advance the filing fees to enable him to initiate such proceedings. I would leave the decision as to who should ultimately bear those costs to the arbitral tribunal. In this regard, Rule 38 of the ICC Arbitration Rules empowers the arbitral tribunal to make decisions on costs at any

[323] Des tribunaux ayant entendu des motions en sursis et en renvoi à l’arbitrage ont imposé des sursis conditionnels dans le passé : voir, p. ex., *Popack*; *Iberfreight*; *Continental Resources*; voir aussi *Fuller Austin*. Comme dans les affaires *Iberfreight* et *Continental Resources*, de telles conditions favorisent l’atteinte d’un des objectifs des conventions d’arbitrage et de la législation moderne en matière d’arbitrage : régler le différend en temps utile au lieu de retarder les choses devant les tribunaux. À cet égard, je trouve convaincantes les observations du juge d’appel Gerwing, qui a interprété la mesure législative de la Saskatchewan mettant en œuvre la Loi type de la CNUDCI dans *Fuller Austin* (C.A.), par. 5 :

[TRADUCTION] Dans la plupart des cas de sursis, la partie qui demande l’indulgence extraordinaire de la cour doit agir avec célérité pour favoriser la justice. Si l’on permet que des recours inhabituels comme l’arbitrage commercial contournent le recours normal aux tribunaux ou le retarde, c’est surtout dans le but de favoriser la justice, et non de la retarder. Comme dans la majorité des sursis, le bon sens veut que le demandeur obtenant un sursis ne puisse s’en servir comme s’il s’agissait un moyen permanent de mettre un terme à l’affaire en omettant délibérément de poursuivre la démarche qui a justifié l’octroi du sursis. Même si nous n’avons pas mentionné cette exigence — prendre des mesures raisonnables — en termes exprès dans nos motifs, nous souscrivons à l’interprétation du juge en cabinet en l’espèce selon laquelle cette exigence existe implicitement. (En effet, il convient de signaler la possibilité de soutenir, à titre d’argument substantiel, que, s’il faut recourir à des principes d’interprétation législative pour interpréter la Loi, la mesure législative visait elle aussi à accélérer le règlement des différends, et non à le retarder.)

[324] Monsieur Heller a affirmé sous serment qu’il n’a pas les moyens de payer les droits de la CCI qui doivent être acquittés pour introduire une instance devant la CIA. Vu la situation particulière de M. Heller, j’imposerais la condition qu’Uber paye d’avance les droits de dépôt permettant à M. Heller d’introduire une telle instance. Je laisserais au tribunal arbitral le soin de décider à qui il revient au bout du compte de supporter ces frais. À cet égard, l’art. 38 du Règlement d’arbitrage de la CCI habilite

time during the proceedings and to decide which party should bear the costs in the final award.

[325] This condition would be consistent both with the principle of party autonomy and with the legislature's intent, because it would facilitate the arbitration process. As it would merely be an interim measure, it would not change the substantive rights and obligations of the parties pursuant to the Arbitration Clause. It would therefore be consistent with s. 17(1) of the *Arbitration Act* and art. 16(1) of the UNCITRAL Model Law, because it would leave the decision on the question of the validity of the Arbitration Clause to the arbitral tribunal.

## (2) Doctrine of Severance

[326] While granting a conditional stay is sufficient for my purposes to decide the appeal, there is one further important aspect of Uber's submissions which Abella and Rowe JJ. do not address in their reasons. In oral argument, counsel for Uber suggested that, if part of the Arbitration Clause was found to be unenforceable, this Court should sever the unenforceable portions of the agreement and enforce the remainder: transcript, pp. 17 and 55-56. I agree. Compelling policy considerations support a generous application of the doctrine of severance in cases in which the parties have clearly indicated an intent to settle any disputes through arbitration but in which some aspects of their arbitration agreement have been found to be unenforceable. Where doing so is practical, courts should strive to give effect to the parties' intentions by severing unenforceable terms and referring the parties to arbitration.

[327] The doctrine of severance takes two forms: (1) notional severance and (2) blue-pencil severance. Notional severance involves reading down a contractual provision so as to make it legal and enforceable. Blue-pencil severance consists of removing the illegal part of a contractual provision: *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157, at paras. 2 and 29-30. Whereas notional severance calls for the application of a bright line test of illegality, blue-pencil

le tribunal arbitral à adjuger des frais à tout moment au cours de l'instance et à décider quelle partie devrait les payer dans la sentence finale.

[325] La condition que j'impose s'accorde tant avec l'autonomie des parties qu'avec l'intention du législateur, car elle facilite le processus arbitral. Comme il s'agit simplement d'une mesure provisoire, elle ne modifie pas les droits et obligations substantiels des parties découlant de la clause d'arbitrage. Elle respecte donc le par. 17(1) de la *Loi sur l'arbitrage* et le par. 16(1) de la Loi type de la CNUDCI parce qu'elle laisse au tribunal arbitral le soin de statuer sur la validité de la clause d'arbitrage.

## (2) La doctrine de la divisibilité

[326] Bien qu'il me suffise d'octroyer un sursis conditionnel pour statuer sur le pourvoi, il y a un autre aspect important des observations d'Uber dont n'ont pas traité les juges Abella et Rowe dans leurs motifs. Dans leurs plaidoiries, les avocates d'Uber ont laissé entendre que, si une partie de la clause d'arbitrage était jugée inexécutoire, la Cour devrait retrancher les passages inexécutoires et faire exécuter ce qui reste : transcription, p. 17 et 55-56. Je suis d'accord. Des considérations de principe impérieuses militent en faveur d'une application large de la doctrine de la divisibilité dans les cas où les parties ont clairement manifesté l'intention de régler leurs différends par l'arbitrage, mais où certains aspects de leur convention d'arbitrage sont jugés inexécutoires. Lorsqu'il est pratique de le faire, les tribunaux doivent s'efforcer de donner effet aux intentions des parties en retranchant les conditions inexécutoires et en renvoyant les parties à l'arbitrage.

[327] La doctrine de la divisibilité prend deux formes : (1) la divisibilité fictive; et (2) la technique du trait de crayon bleu. La divisibilité fictive implique de donner une interprétation atténuée à une stipulation contractuelle pour la rendre légale et exécutoire. La technique du trait de crayon bleu consiste à retrancher la partie illégale d'une stipulation contractuelle : *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157, par. 2 et 29-30. Alors que la divisibilité fictive appelle l'application

severance can be effected where the court can strike out the portion of the contract it wants to remove by drawing a line through it without affecting the meaning of the part that remains: *Shafron*, at paras. 29 and 31; *Transport North American Express*, at para. 34.

[328] In deciding whether to apply the doctrine of severance, a court should also consider whether it would be both commercially practical and consistent with the parties' intentions for it to enforce the remainder of the arbitration agreement: McCamus, at pp. 510-11. The fundamental aspect of an arbitration agreement is a clear commitment by both parties to settle any disputes by arbitration: see UNCITRAL Model Law, art. 7 (option 1); *Arbitration Act*, s. 1 "arbitration agreement". Therefore, where the parties' intention to submit disputes to arbitration is clearly established, applying the doctrine of severance will usually be consistent with their intentions.

[329] Further, courts will consider the context of the contract at issue and any relevant policy considerations when assessing whether and how to sever provisions: *2176693 Ontario Ltd. v. Cora Franchise Group Inc.*, 2015 ONCA 152, 124 O.R. (3d) 776, at para. 37. The *Arbitration Act* and the *International Act* are both legislative statements of public policy which encourage the use of arbitration and favour holding parties to their commitment to submit disputes to arbitration: *Wellman*, at para. 49. The doctrine of severance advances these policies by ensuring that the parties' intentions are not defeated by shortcomings in their selection of the terms for the arbitration process.

[330] In *Shafron*, Rothstein J. cautioned courts to take a restrained approach to severance, because severance interferes with the right of parties to freely contract and to choose the words that determine their obligations and rights: para. 32. However, different considerations arise in assessing arbitration agreements because arbitration itself is a party-driven form of dispute resolution. Were an aspect of an arbitration agreement to be severed, the parties would

d'un critère de démarcation nette entre l'illégalité et la légalité, le tribunal peut employer la technique du trait de crayon bleu lorsqu'il est en mesure de retrancher, en tirant un trait, la partie du contrat qu'il veut effacer, sans affecter le sens de la partie restante : *Shafron*, par. 29 et 31; *Transport North American Express*, par. 34.

[328] Le tribunal qui se demande s'il y a lieu d'appliquer la doctrine de la divisibilité devrait aussi se demander s'il serait pratique sur le plan commercial et conforme aux intentions des parties de faire exécuter le reste de la convention d'arbitrage : McCamus, p. 510-511. La caractéristique fondamentale d'une convention d'arbitrage est l'engagement clair des parties de soumettre leurs différends à l'arbitrage : voir Loi type de la CNUDCI, art. 7 (option 1); *Loi sur l'arbitrage*, art. 1 « convention d'arbitrage ». Par conséquent, lorsque l'intention des parties d'aller en arbitrage est clairement établie, l'application de la doctrine de la divisibilité s'accordera habituellement avec l'intention des parties.

[329] Par ailleurs, le tribunal examinera le contexte du contrat en cause et toute considération de principe pertinente au moment d'évaluer l'opportunité et la manière de retrancher des stipulations : *2176693 Ontario Ltd. c. Cora Franchise Group Inc.*, 2015 ONCA 152, 124 O.R. (3d) 776, par. 37. La *Loi sur l'arbitrage* et la *Loi internationale* sont deux énoncés législatifs de principes qui encouragent le recours à l'arbitrage et contribuent à obliger les parties à respecter leur engagement de soumettre leurs différends à l'arbitrage : *Wellman*, par. 49. La doctrine de la divisibilité promeut ces principes en évitant que les intentions des parties soient contrecarrées par des lacunes dans leur choix des modalités du processus arbitral.

[330] Dans l'arrêt *Shafron*, le juge Rothstein privilégie la modération à l'égard de la divisibilité parce que celle-ci porte atteinte au droit des parties de contracter librement et de choisir les mots qui définissent leurs droits et obligations : par. 32. Cependant, différentes considérations entrent en jeu dans l'évaluation des conventions d'arbitrage, parce que l'arbitrage est en soi une forme de règlement des différends axée sur les parties. Si un élément

still be free to agree on a replacement for it: for example, if certain procedural rules were severed, they could agree on other existing procedural rules or on a procedure of their own. Severance does not take that choice away. In fact, it furthers party autonomy by ensuring that the parties can have access to their chosen means of dispute resolution. Severance will rarely, if ever, change the fundamental nature of the parties' agreement, which was to settle disputes by arbitration.

[331] The practice in other countries is to sever unenforceable provisions while still giving effect to the arbitration clause wherever possible. Thus, “[t]he overwhelming majority of national court decisions . . . uphold the validity of international arbitration agreements even after invalidating one (or more) term(s) of those agreement[s]”: Born, vol. I, at p. 916; see, e.g., *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, 561 U.S. 63 (2010).

[332] This Court's jurisprudence supports upholding the validity of an arbitration clause where practical. In *Seidel*, this Court found that the arbitration clause at issue was inconsistent with the *BPCPA*. The consumer had commenced a proposed class proceeding in respect of claims under the *BPCPA* as well as other causes of action. The Court found the arbitration clause to be invalid only to the extent that it applied to the *BPCPA* claims, as the clause in question was barred by that Act, and ordered a stay in relation to the other claims, thereby referring them to arbitration: *Seidel*, at para. 50. The Court's remedial approach in *Seidel* may be viewed as an application of notional severance to the arbitration agreement because the Court in effect granted relief which was equivalent to writing in a term excluding the *BPCPA* claims from the scope of the arbitration agreement instead of holding that the entire agreement was invalid. Further, in *Wellman*, this Court stated that courts must show due respect for arbitration agreements and, more broadly, for arbitration, thus endorsing

d'une convention d'arbitrage devait être retranché, les parties seraient toujours libres de s'entendre sur une solution de rechange. Par exemple, si certaines règles de procédure étaient retranchées, les parties pourraient s'entendre sur un autre ensemble de règles de procédure ou encore sur leur propre procédure. La divisibilité ne leur enlève pas ce choix. En fait, elle favorise l'autonomie des parties en garantissant qu'elles aient accès au mécanisme de règlement des différends de leur choix. L'utilisation de la divisibilité ne changera que rarement, voire jamais, la nature fondamentale de l'accord intervenu entre les parties, lequel visait à régler leur différend par voie d'arbitrage.

[331] La pratique ayant cours à l'échelle internationale consiste à retrancher des stipulations inexécutoires tout en donnant effet à la clause d'arbitrage chaque fois que cela est possible. En effet, [TRANSDUCTION] « [I]a très grande majorité des décisions judiciaires d'un pays [. . .] confirment la validité de conventions d'arbitrage international même après avoir annulé une ou plusieurs conditions de ces conventions » : Born, vol. I, p. 916; voir, p. ex., *Rent-A-Center, West, Inc. c. Jackson*, 561 U.S. 63 (2010).

[332] La jurisprudence de la Cour permet de confirmer la validité d'une clause d'arbitrage lorsqu'il est pratique de le faire. Dans l'arrêt *Seidel*, la Cour a jugé que la clause d'arbitrage en litige était incompatible avec la *BPCPA*. La consommatrice avait intenté un recours collectif projeté qui comprenait des demandes fondées sur la *BPCPA* de même que d'autres causes d'action. La Cour n'a annulé la clause d'arbitrage que dans la mesure où elle visait les demandes fondées sur la *BPCPA* puisque la clause en question était exclue par l'application de cette loi, et a suspendu les autres demandes pour les renvoyer à l'arbitrage : *Seidel*, par. 50. L'approche réparatrice adoptée par la Cour dans *Seidel* peut être perçue comme une application de la doctrine de la divisibilité fictive à la convention d'arbitrage, car la Cour a, dans les faits, accordé une réparation équivalente à la rédaction d'une condition soustrayant les demandes fondées sur la *BPCPA* à la portée de la convention d'arbitrage, au lieu d'annuler la convention au complet. De plus, la Cour a mentionné dans l'arrêt *Wellman*



the view that the law should favour giving effect to arbitration agreements and that arbitration should be encouraged: para. 54.

[333] In the instant case, the parties' commitment to submit disputes to arbitration is clear. The selection of the ICC Rules is neither contrary to public policy nor unconscionable, but, if it were so, the appropriate remedy would be for the Court to apply blue-pencil severance and strike the selection of the ICC Rules, leaving it to Uber and Mr. Heller to agree on an arbitration procedure, or to the arbitral tribunal to decide how to proceed. The same would be the case for the Place of Arbitration Clause. This approach is more consistent with the parties' intentions and with the legislature's intent than simply holding that the entire arbitration agreement is invalid.

[334] Given that my colleagues do not seem to take issue with the actual selection of arbitration as a mode of dispute settlement or with the requirement to attempt mediation first, it would be inappropriate to sever those aspects of the Arbitration Clause. The substance of Mr. Heller's arguments, and of those of my colleagues, relates to the ICC Fees which result from the selection of the ICC Rules and to the designation of a foreign seat for the arbitration. I repeat that I find that the ICC Rules and the Place of Arbitration Clause are valid, but, if I had found that they were unenforceable, I would have applied blue-pencil severance to rewrite the Arbitration Clause as follows:

Any dispute, conflict or controversy, howsoever arising out of or broadly in connection with or relating to this Agreement, including those relating to its validity, its construction or its enforceability, shall be first mandatorily submitted to mediation proceedings under the International Chamber of Commerce Mediation Rules ("ICC Mediation Rules"). If such dispute has not been settled within sixty (60) days after a Request for Mediation has been submitted under such Mediation Rules, such dispute can be referred to and shall be exclusively and finally resolved by arbitration under the Rules of Arbitration of the International

que les tribunaux doivent faire preuve de déférence à l'égard des conventions d'arbitrage et de l'arbitrage en général, faisant ainsi sienne l'opinion selon laquelle le droit devrait favoriser le fait de donner effet aux conventions d'arbitrage, et que le recours à l'arbitrage devrait être encouragé : par. 54.

[333] En l'espèce, l'engagement des parties à soumettre leurs différends à l'arbitrage est limpide. Bien que la sélection des Règlements de la CCI ne soit pas contraire à l'ordre public ni inique, si elle l'était, la réparation appropriée consisterait pour la Cour à employer la technique du trait de crayon bleu pour radier cette sélection et laisser Uber et M. Heller s'entendre sur une procédure d'arbitrage ou laisser au tribunal arbitral le soin d'en décider. On pourrait en dire autant de la clause relative au lieu de l'arbitrage. Cette démarche concorde mieux avec les intentions des parties et l'intention du législateur que le simple fait de conclure que la convention d'arbitrage est nulle dans son intégralité.

[334] Puisque mes collègues ne semblent pas s'opposer à la sélection de l'arbitrage lui-même en tant que mode de règlement des différends, ni à l'obligation de tenter d'abord une médiation, il serait inopportun de supprimer ces aspects de la clause d'arbitrage. La substance des arguments de M. Heller et de ceux de mes collègues se rapporte aux droits fixés par la CCI qui découlent de la sélection des Règlements de la CCI ainsi que de la désignation d'un siège étranger d'arbitrage. Je répète que, même si je conclus que les Règlements de la CCI et la clause relative au lieu de l'arbitrage sont valides, si je les avais jugés inexécutaires, j'aurais appliqué la technique du trait de crayon bleu de la façon suivante :

Tout différend, conflit ou controverse, découlant de quelque manière que ce soit du présent Contrat ou lié ou se rapportant au présent Contrat y compris en ce qui concerne sa validité, son interprétation ou son application, seront, tout d'abord, impérativement soumis à la procédure de médiation prévue par le Règlement ADR de la Chambre de commerce internationale (le «*Règlement de médiation de la CCI*»). Si le différend n'est pas réglé dans les soixante (60) jours qui suivent la présentation d'une demande de médiation en vertu du Règlement de médiation de la CCI, ledit différend sera exclusivement et définitivement

Chamber of Commerce (“ICC Arbitration Rules”). The ICC Rules’ Emergency Arbitrator provisions are excluded. The dispute shall be resolved by one (1) arbitrator to be appointed in accordance with the ICC Rules. The place of arbitration shall be Amsterdam, The Netherlands.

[335] If the parties were then unable to agree on how to proceed, the *Arbitration Act* and the UNCITRAL Model Law contain detailed provisions to assist in the enforcement of an arbitration agreement where the parties are unable to agree on the details: see, e.g., *Arbitration Act*, ss. 9, 10, 20 and 22; UNCITRAL Model Law, arts. 10, 11(3), 19(2) and 20(1).

[336] The facts of this case illustrate a situation in which severance is needed in order to prevent commercially absurd results. My colleagues take issue with the ICC Fees in the context of a hypothetical dispute for a small amount. While I appreciate that such a dispute could arise from the Service Agreement, defeating the parties’ commitment to submit disputes to arbitration on the basis of this hypothetical case is absurd given that the dispute actually before the Court concerns a proposed class proceeding for CAN\$400,000,000 and that the amount of Mr. Heller’s individual claim is as yet unknown. Approaching the enforceability of arbitration agreements in this fashion compromises the certainty upon which commercial entities rely in structuring their global operations. The commitment to submit disputes to arbitration should be upheld. Any other result would be commercially impractical.

[337] Finally, I note that, since Abella and Rowe JJ. would apply the unconscionability doctrine to individual terms, they are, in reality, applying blue-pencil severance by another name. However, they do not explain why they have chosen to strike the entire Arbitration Clause (and perhaps — although this is unclear — the Choice of Law Clause as well) instead of the specific individual terms they find to be unconscionable.

tranché par voie d’arbitrage conformément au Règlement d’arbitrage de la Chambre de commerce international (le «*Règlement d’arbitrage de la CCI*»). L’application des dispositions relatives à l’arbitre d’urgence du Règlement d’arbitrage de la CCI est écartée. Le litige sera réglé par (1) un arbitre qui sera nommé conformément aux Règlements d’arbitrage de la CCI. Le lieu de l’arbitrage sera Amsterdam, aux Pays-Bas.

[335] Si les parties n’arrivent pas alors à s’entendre sur la manière de procéder, la *Loi sur l’arbitrage* et la Loi type de la CNUDCI contiennent des dispositions détaillées qui ont pour objet d’aider à faire exécuter une convention d’arbitrage lorsque les parties ne parviennent pas à s’entendre sur les détails : voir, p. ex., la *Loi sur l’arbitrage*, art. 9, 10, 20 et 22; Loi type de la CNUDCI, art. 10, par. 11(3), 19(2) et 20(1).

[336] Les faits de l’espèce illustrent une situation où la divisibilité est nécessaire afin d’empêcher des résultats absurdes sur le plan commercial. Mes collègues en ont contre les droits de la CCI dans le cadre d’un différend hypothétique de faible valeur. Même si j’apprécie qu’un tel différend pourrait découler de l’entente de services, il est absurde de défaire l’engagement des parties de soumettre leurs différends à l’arbitrage sur la base de ce cas hypothétique, vu que le différend dont est saisi la Cour a plutôt trait à un recours collectif projeté d’une valeur de 400 000 000 \$ CAN et que la valeur de la réclamation individuelle de M. Heller demeure inconnue. Aborder ainsi le caractère exécutoire des conventions d’arbitrage compromet la certitude sur laquelle comptent les entités commerciales pour organiser leurs activités mondiales. Il y a lieu de confirmer l’engagement de recourir à l’arbitrage. Tout autre résultat serait peu pratique sur le plan commercial.

[337] En dernier lieu, je note que, puisque les juges Abella et Rowe sont d’avis d’appliquer la doctrine de l’iniquité à des conditions en particulier, ils emploient en fait la technique du trait de crayon bleu mais sous un autre nom. Par contre, ils n’expliquent pas leur choix de supprimer au complet la clause d’arbitrage (et peut-être aussi la clause de choix du droit applicable — ce n’est pas clair), au lieu des conditions individuelles qu’ils trouvent iniques.

## VI. Conclusion

[338] For these reasons, I would allow the appeal and order a conditional stay of proceedings.

*Appeal dismissed with costs throughout, CÔTÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Torys, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Wright Henry, Toronto; Samfiru Tumarkin, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener the Young Canadian Arbitration Practitioners: Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Arbitration Place: Borden Ladner Gervais, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Don Valley Community Legal Services: Monkhouse Law, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Federation of Independent Business: Canadian Federation of Independent Business, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Ottawa.*

*Solicitor for the interveners the Income Security Advocacy Centre and Parkdale Community Legal Services: Income Security Advocacy Centre, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the United Food and Commercial Workers Canada: Goldblatt Partners, Toronto.*

## VI. Conclusion

[338] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais le pourvoi et j'ordonnerais un sursis d'instance conditionnel.

*Pourvoi rejeté avec dépens devant toutes les cours, la juge CÔTÉ est dissidente.*

*Procureurs des appelantes : Torys, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé : Wright Henry, Toronto; Samfiru Tumarkin, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant les Jeunes praticiens canadiens de l'arbitrage : Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante Arbitration Place : Borden Ladner Gervais, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant Don Valley Community Legal Services : Monkhouse Law, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante : Fédération canadienne de l'entreprise indépendante, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Ottawa.*

*Procureur des intervenants le Centre d'action pour la sécurité du revenu et Parkdale Community Legal Services : Centre d'action pour la sécurité du revenu, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant les Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce Canada : Goldblatt Partners, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Workers' Health and Safety Legal Clinic: Workers' Health and Safety Legal Clinic, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Montreal Economic Institute: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian American Bar Association: Caza Saikaley, Ottawa.*

*Solicitors for the interveners the Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc. and the Toronto Commercial Arbitration Society: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Chamber of Commerce: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the International Chamber of Commerce: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Consumers Council of Canada: Sotos, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Community Legal Assistance Society: Allen/McMillan Litigation Counsel, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener ADR Chambers Inc.: Bennett Jones, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante Workers' Health and Safety Legal Clinic : Workers' Health and Safety Legal Clinic, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant l'Institut économique de Montréal : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Canadian American Bar Association : Caza Saikaley, Ottawa.*

*Procureurs des intervenants Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc. et Toronto Commercial Arbitration Society : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce du Canada : Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce internationale : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant Consumers Council of Canada : Sotos, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Community Legal Assistance Society : Allen/McMillan Litigation Counsel, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante ADR Chambers Inc. : Bennett Jones, Toronto.*

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-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca