COA-23-CV-1232

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

B E T W E E N:

CITY OF OTTAWA

Applicant
(Appellant)

- and -

CLUBLINK CORPORATION ULC

Respondent
(Respondent in Appeal)

- and -

KANATA GREENSPACE PROTECTION COALITION

Intervener

BOOK OF AUTHORITIES OF THE INTERVENER, KANATA GREENSPACE PROTECTION COALITION

June 12, 2024

GOWLING WLG (CANADA) LLP
2600-160 Elgin Street
Ottawa, Ontario K1P 1C3

Alyssa Tomkins (LSO# 54675D)
alyssa.tomkins@gowlingwlg.com
613-786-0078

DAVID & SAUVÉ S.R.L./LLP
283 Sussex Drive
Ottawa, Ontario K1N 6Z1

Charles R. Daoust (LSO #74259H)
charles@davidsauve.ca
343-655-0034

Lawyers for the Intervener

TO: **BORDEN LADNER GERVAIS LLP**
World Exchange Plaza
1300-100 Queen Street
Ottawa, Ontario K1P 1J9

Kirsten Crain (LSO #44529U)
kerain@blg.com
613-787-3741

Laura E. Robinson (LSO #68244B)
Lrobinson@blg.com
613-369-4754

Lawyers for the Applicant (Appellant)

AND TO: **LAX O'SULLIVAN LISUS GOTTLIEB LLP**
2750-145 King Street West
Toronto, Ontario M5H 1J8

Matthew P. Gottlieb (LSO #32268B)
mgottlieb@lolg.ca
416-644-5353

Crawford Smith (LSO# 42131S)
csmith@lolg.ca
416-598-8648

John Carlo Mastrangelo (LSO #76002P)
jmastrangelo@lolg.ca
416-956-0101

DAVIES HOWE LLP
The Tenth Floor
425 Adelaide Street West
Toronto, Ontario M5V 3C1

Mark R. Flowers (LSO #43921B)
markf@davieshowe.com
416-263-4513

Lawyers for the Respondent (Respondent in Appeal)

TAB	TABLE OF CONTENTS
1	*City of Ottawa v. Clublink Corporation ULC*, 2019 ONSC 7470
2	*Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6
3	*Uber v. Heller*, [2020] 2 SCR 118
4	*2176693 Ontario Ltd. v. Cora Franchise Group Inc.,* 2015 ONCA 152
5	*Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, 2004 SCC 7
6	*Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. v. King (1989)*, 60 D.L.R. (4th) 293 (B.C.C.A.),1989 CanLII 252
7	*Mandeville Holdings Inc. v. Santucci,* 2021 ONSC 4321
8	*7868073 Canada Ltd. v. 1841978 Ontario Inc.*, 2024 ONCA 371
9	*City Wide Towing and Recovery Service Ltd v Poole*, 2020 ABCA 305
10	*Proto Manufacturing Ltd. v. Deutsch et al. (1982)*, 37 O.R. (2d) 528 (H.C.J.), 1982 CanLII 1858
11	*Waechter v. Tozer,* 2008 CanLII 65588 (Ont. S.C.J.)

TAB 1

CITATION: City of Ottawa v. Clublink Corporation ULC, 2019 ONSC 7470
COURT FILE NO.: CV-19-81809
DATE: 2019/12/23

COURT OF ONTARIO,
SUPERIOR COURT OF JUSTICE

2019 ONSC 7470 (CanLII)

RE: City of Ottawa, Applicant (Responding Party on Motion)

AND:

Clublink Corporation ULC, Respondent (Responding Party on Motion)

AND:

Kanata Greenspace Protection Coalition, Proposed Intervenor (Moving Party)

BEFORE: Mr. Justice Calum MacLeod

COUNSEL: Alyssa Tomkins and Charles Daoust, for the Proposed Intervenor

Matthew Gottlieb and James Renihan, for the Respondent Clublink

HEARD: December 19, 2019

DECISION AND REASONS

[1] This is a motion in connection with a pending Application between City of Ottawa ("the City") and Clublink Corporation ULC ("Clublink"). In the Application, the City alleges that the proposal by Clublink to convert the Kanata Golf and Country Club and other lands into residential housing is a violation of a series of agreements originally signed between Campeau Corporation and the former City of Kanata ("the 40% agreements"). The City seeks enforcement of the agreements.

[2] Kanata Greenspace Protection Coalition ("the Coalition") is a corporation established as a vehicle for residents of the community who are opposed to the proposed redevelopment and are said to be beneficiaries of the 40% agreements. The Coalition seeks to intervene in the Application and brings this motion pursuant to Rule 13 of the *Rules of Civil Procedure*.[1] The City takes no position on intervention. Clublink opposes it. This was the point of the motion.

[1] *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194

[3] As I explained to the members of the public who attended the hearing, the question before me is a procedural one. In simplest terms, I have to decide whether it will assist the process to have three sets of lawyers arguing the application or only two. In other words, is the participation of the Coalition necessary to ensure justice is done or is advocacy best left to the Applicant and the Respondent? This is not a judgment on the merits of the Application one way or another. Nor, if the application is denied is it a limit on the rights of the community members or the Coalition to advance their position or their legal, moral or political rights in any other forum.

[4] Although the Coalition asks to intervene as a party, it does not ask to file affidavit material or introduce new evidence. I have concluded that a restricted intervention is warranted along the lines proposed. It may be necessary for the precise role of the Intervenor to be further refined after the positions of the parties have been crystalized. That may take place through the case management process or by the exercise of discretion by the Application judge.

2019 ONSC 7470 (CanLII)

Background

[5] The factual background is detailed and complex but for purposes of this motion, a brief outline will suffice. The Golf Course lands and the surrounding community are located on lands assembled and developed by Campeau Corporation in the 1980s. At that time, planning approval and amendments to the Official Plans involved two tiers of municipal government and other actors. In obtaining approval for this development, Campeau proposed to allocate 40% of the Campeau lands for open and green space to include an 18 hole golf course.

[6] According to the evidence in the City's application record, the Regional Municipality of Ottawa Carleton required Campeau Corporation to enter into a contract with the City of Kanata as a condition of amending the Official Plans. That contract and subsequent amendments are collectively referred to as the 40% agreement and form the subject matter of the Application.

[7] As discussed earlier, the Application is brought by the City to uphold and enforce the 40% agreement. It is the City's position and that of the Coalition that the agreement was intended to preserve 40% of the development lands as green or open space for the benefit of the Kanata Marchwood Lakeside Community and to provide for a golf course within the green space. Clublink is a successor in title to Campeau Corporation with respect to the Golf Course lands and of course the amalgamated City of Ottawa is a successor to the rights and obligations of the former City of Kanata.

[8] The Application was triggered by an application by Clublink, to rezone the golf course and for approval of a plan of subdivision. Clublink proposes to convert the golf course to residential housing. The City contends that even although the Golf Course remains in operation, the application for planning approval is a breach of the 40% agreement which remains binding on Clublink. One of the provisions of that agreement requires the owner of the Golf Course lands to convey them to the City for a nominal amount if the owner no longer wishes to operate the golf course. The original agreement was registered against the Campeau lands. That agreement and other restrictive covenants were registered against the Golf Course lands and

against each of the lots on which individual homes were subsequently constructed. According to the affidavit evidence, this affects approximately 1700 homes.

[9] The coalition is a not for profit corporation created on July 11, 2019 for the stated purpose of preserving and protecting Kanata's green spaces and to promote the value of its natural environment. It purports to represent the interests and/or rights of the community members and homeowners who make up the Kanata Marchwood Lakeside Community including the neighbourhoods identified in the City's application record. The coalition purports to be an umbrella group with the support of various community and neighbourhood associations and with over 1200 signed up supporters. It is clear from the affidavit in support of the motion that its principle activity is to oppose the development and the resultant loss of green space.

[10] Although the corporation does not itself own land, it is a vehicle adopted by the community to advocate for the rights of the community members. The Respondent opposes intervention but it does not challenge the standing of the Coalition to bring this motion.

Analysis & Decision

[11] Intervention is governed by Rule 13. Rule 13.01 permits the court to grant leave to a person to be added as a party. Rule 13.02 permits the court to permit intervention as a friend of the court. In either case the court may make the order on terms and may make such other order as is just. [2] This permits the judge to impose conditions or restrictions on the manner in which the intervenor may participate.

[12] As the rules make clear, granting of leave is discretionary and may be granted if the proposed intervenor meets one or more of certain conditions. The applicable sub-rules read as follows:

> **LEAVE TO INTERVENE AS ADDED PARTY**
>
> **13.01** (1) A person who is not a party to a proceeding may move for leave to intervene as an added party if the person claims,
>
> (a) an interest in the subject matter of the proceeding;
>
> (b) that the person may be adversely affected by a judgment in the proceeding; or
>
> (c) that there exists between the person and one or more of the parties to the proceeding a question of law or fact in common with one or more of the questions in issue in the proceeding. R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 13.01 (1).
>
> (2) On the motion, the court shall consider whether the intervention will unduly delay or prejudice the determination of the rights of the parties to the proceeding

[2] Rule 37.13 (1) and Rule 13.01 (2)

2019 ONSC 7470 (CanLII)

and the court may add the person as a party to the proceeding and may make such order as is just. R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 13.01 (2).

LEAVE TO INTERVENE AS FRIEND OF THE COURT

13.02 Any person may, with leave of a judge or at the invitation of the presiding judge or master, and without becoming a party to the proceeding, intervene as a friend of the court for the purpose of rendering assistance to the court by way of argument. R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 13.02; O. Reg. 186/10, s. 1.

2019 ONSC 7470 (CanLII)

[13] In this case the intervenor seeks party status. It does so on the basis that it meets the test in Rule 13.01 (1) and also that the individual members of the community have rights of action which could be exercised individually or, one supposes, as a class proceeding. The intervenor argues that it is more efficient and just to permit intervention. It agrees to respect the existing timetable and not to delay the hearing of the application. Clublink opposes intervention in the first instance but if it is granted, proposes strict limitations.

[14] Clublink argues that intervention should rarely be granted in a dispute over interpretation of a private contract. While it is true that the application is technically about an agreement structured as a contract between the City and the owner, it is not accurate to characterize the 40% agreement as solely a private contract. The requirement that Campeau enter into a written contract with Kanata was a term of a larger agreement reached with the late Regional Municipality of Ottawa Carleton and the former City of Kanata. The development proposal which included the reservation of 40% of the lands as open space required amendments to both the Regional and Local Official Plans as well as other planning documents. The agreement was a condition of approval. There is a public aspect of this agreement because it affects all of the former Campeau lands. The case is unlike *Peixeiro v. Haberman* and more like *Bloorview Childrens Hospital Foundation v. Bloorview MacMillan Centre.*[3]

[15] In addition, I agree with the Coalition that the agreement specifically states it is for the benefit of the Kanata Marchwood Lakeside Community. I disagree with Clublink that this is a vague term. The community is the community located on the development lands formerly owned by Campeau and the subject of the original rezoning and development proposal. It certainly includes residents of the neighbourhoods identified by the City in its application record. The beneficiaries of the 40% agreement include the lands surrounding the golf course. In fact, many of those properties have the agreement registered on title. It is entirely possible that these landowners have individual or collective rights of action. I need not determine the validity or extent of those rights for purpose of this motion. Nor need I determine whether the City and Clublink could amend or terminate the agreement without consulting the owners of the lands represented by the Coalition. Clearly the members of the coalition have an interest in this matter

[3] See *Piexeiro v. Haberman*, (1994) 20 OR (3d 666, 33 CPC (3d) 388 (Gen. Div.) and *Bloorview Children's Hospital Foundation v. Bloorview MacMillan Centre,* 2001 CarswellOnt 1542, [2001] O.J. No. 1700 & 1701

independent of the interest of the City. They purport to be the members of the Kanata Marchwood Lakeside Community referenced in the 40% agreement.

[16] In any event the homeowners who live in the area clearly have an interest in the maintenance of the 40% agreement and the retention of green space in their neighbourhood. Clublink objects that the evidence of potential reduction in property values and health benefits of green space is not properly before me but those objections in the context of this motion are unfounded. I need not accept the accuracy of the reports to accept that the homeowners have a basis to be concerned about diminution of property values and loss of green space. In addition, in my view, it is sufficient that the homeowners stand to lose the benefit of 40% green space which they believe was guaranteed. The impact on the nature and character of the neighbourhood if the development proceeds would obviously be profound.

[17] Although the proposed intervenor is a recently created corporate vehicle and not a well recognized organization, there is no doubt that it has wide support in the community and is well placed to represent its members. Those members have a direct and substantial interest in the subject matter of the application. The interest is specific to the community that benefits from the 40% agreement and is not simply an interest in common with all citizens of Ottawa.

[18] The criteria in Rule 13.01 (1) are easily met in my view.

[19] The more difficult question is whether or not I should exercise discretion to grant intervenor status and on what terms. It is difficult because the jurisprudence establishes criteria for the exercise of discretion which are not entirely consistent. I do not intend to review all of the cases cited by counsel still less all of those contained in the extensive briefs of authorities but I make the following general observations.

[20] Firstly, judges are given discretion so that they may tailor remedies to the particular facts they are faced with and to make orders and decisions that appear just in all of the circumstances. Discretion should not be exercised arbitrarily or whimsically, and the exercise of discretion should be guided by accepted principles. Nevertheless, it is a mistake to regard examples of principles applied in other cases as a straitjacket. The exercise of discretion necessarily means approaching the question on a case by case basis.

[21] Secondly, many of the cases cited by counsel are cases concerned with intervention at the appellate level, Judicial Review proceedings or on motions such as summary judgment motions. While the test under Rule 13 is the same, the considerations and the nature of the proposed intervention in these proceedings may be considerably different. For example, leave to appeal at the Court of Appeal or the Supreme Court of Canada may be sought by organizations more concerned with the development of the law and changes in critical jurisprudence than the outcome of a particular piece of litigation. Considerations in constitutional cases or *Charter* cases may be different than in private litigation.[4]

---

[4] See *Bedford v. Canada*, 2009 ONCA 669 (CanLii)

2019 ONSC 7470 (CanLII)

[22] Intervention is not a shortcut to avoid the necessity of commencing a separate proceeding. It is a narrow right for the intervenor to add its voice to a matter that is already before the court. The cases establish that an intervenor cannot add new issues to the litigation. At the same time, their contribution must be more than saying "me too". That is, it is not useful to the court or fair to the parties simply to have an intervenor repeat the same arguments as one of the existing parties.[5]

[23] Intervention, even intervention as a party, is quite different from commencing a separate proceeding with common issues and asking that the two be heard together. It is different in nature from joinder as a necessary party under Rule 5.03. That rule provides for the addition of parties whose participation is deemed necessary. Rule 13, by contrast, is a rule providing for the addition of a party who shares an interest in the proceeding and whose participation is deemed useful. Although an intervenor may be given rights almost as broad as a full party, their participation should be restricted to its proper purpose. If the intervenor wishes broader rights which would add new issues or complexity, the better approach is to commence a separate proceeding.

[24] Although the rules governing intervention in other courts or other jurisdictions may differ from the Ontario rule, the common thread in the exercise of discretion appears to be that an intervenor must have an interest in the proceeding, must have a different and useful perspective and the intervention must not complicate the proceeding or drive up the costs of the existing litigants.[6] In Ontario the test remains the test enunciated in *Peel v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.*[7] The factors are the nature of the case, the issues that arise in the case and the likelihood that the proposed intervenor will be able to make useful contribution to the resolution of the matter without injustice to the immediate parties.

[25] I am of the view that those criteria are satisfied in the present case. The Coalition does not propose to add any affidavit material except the affidavit of Barbara Ramsay which identifies the Coalition and who it represents. While the Coalition believes its members have independent legal rights, there is no right or remedy sought by the Coalition other than the findings already sought by the City.

[26] The Coalition will wish to draw documents to the attention of the application judge such as restrictive covenants and grading plans already contained in the application record and may wish to submit that the residents themselves have rights as third party beneficiaries of the 40% agreement. They cannot add new issues to the application. It will be up to the application judge to determine if the submission that the agreement creates a charitable purpose trust is a new issue or simply a submission relevant to the issues already before the court.

---

[5] See for example the review of the law in *Steeves v. Doyle Salewski Inc*, 2016 ONSC 2223 (CanLii) and the test as outlined in *Hydro One Networks Inc. v. Ontario Energy Board*, 2019 ONSC 3763 (CanLii) (Div. Ct.)
[6] See for example, *Workers Compensation Act, 1983 Reference*, [1989] 2 SCR 335
[7] (1990) 74 OR (2d) 164 (CA) – although that case dealt with intervention in an appeal, the criteria have been widely applied.

2019 ONSC 7470 (CanLII)

Conclusion

[27] In conclusion, leave is granted to the Coalition to intervene as a party since they do not approach this matter with the neutrality one would expect of a friend of the court. Despite being granted intervenor party status, however, the Coalition may not file additional evidence other than the Ramsay affidavit. The Coalition may attend and ask questions on any cross examinations, may file a factum and may present argument on the hearing of the application. But the coalition will not have an independent right of appeal. If there is an appeal, the Coalition may participate subject to directions from the appellate court.

[28] The Respondent asked that I place limits on the length of the factums. I agree that is appropriate, but I consider it premature. This application is case managed and the application date has been set for the week of February 24th, 2020. Once all the affidavits have been served and any cross examinations completed the parties should either agree on the lengths of the factums and a timetable for their exchange or request a case conference if they are unable to do so. I will also provide further direction if required.

Costs

[29] The parties advised they may be able to agree on costs of this motion and I encourage them to do so. The Coalition had indicated they would not seek costs of the Application and also asked to be insulated from a costs award but as I indicated at the hearing, I consider it inappropriate to grant a prophylactic costs award. The applications judge will have to determine if the participation by the Coalition drove up the costs of either of the parties and how to respond if that proves to be the case.

[30] In the event counsel are unable to resolve the costs of the motion, they may advise me of that fact within the next 30 days and I will provide further direction as to how the issue will be resolved.

Mr. Justice C. MacLeod

Date: December 23, 2019

2019 ONSC 7470 (CanLII)

2019 ONSC 7470 (CanLII)

CITATION: City of Ottawa v. Clublink Corporation ULC, 2019 ONSC 7470
COURT FILE NO.: CV-19-81809
DATE: 2019/12/23

2019 ONSC 7470 (CanLII)

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

RE: City of Ottawa, Applicant (Responding Party on Motion)

AND:

Clublink Corporation ULC, Respondent (Responding Party on Motion)

AND:

Kanata Greenspace Protection Coalition, Proposed Intervenor (Moving Party)

BEFORE: Mr. Justice Calum MacLeod

COUNSEL: Matthew Gottlieb and James Renihan, for the Respondent Clublink

Alyssa Tomkins and Charles Daoust, for the Proposed Intervenors

---

DECISION AND REASONS

Mr. Justice Calum MacLeod

Released: December 23, 2019

TAB 2

AOI 015

Morley Shafron *Appellant*

v.

KRG Insurance Brokers (Western) Inc. *Respondent*

INDEXED AS: SHAFRON *v.* KRG INSURANCE BROKERS (WESTERN) INC.

Neutral citation: 2009 SCC 6.

File No.: 31981.

2008: October 16; 2009: January 23.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Contracts — Employment contracts — Restrictive covenants — Geographic scope of restrictive covenant ambiguous — Whether notional severance or rectification may be invoked to resolve ambiguity or to render unreasonable restriction reasonable.

Employment law — Fiduciary and equitable obligations — Employee leaving his employment in insurance agency to work for another agency as insurance salesman — Former employer alleging that employee breached fiduciary duty not to use confidential information and solicit its clients — Whether employee owed former employer fiduciary and equitable obligations.

In 1987, S sold his insurance agency to KRG. KRG renamed the agency KRG Western and in 1991, sold the agency to another party. S was employed by KRG Western from 1987 to 2001 pursuant to a series of employment contracts. Each employment contract contained a similarly worded restrictive covenant in which S agreed that for three years after leaving his employment for any reason other than termination without cause, he will not be employed in the business of insurance brokerage within the "Metropolitan City of Vancouver". In January 2001, S began working as an insurance salesman for another agency in Richmond, B.C. KRG Western commenced an action to enforce the restrictive covenant. It also claimed that S had breached fiduciary and equitable obligations. The trial judge dismissed

Morley Shafron *Appelant*

c.

KRG Insurance Brokers (Western) Inc. *Intimée*

RÉPERTORIÉ : SHAFRON *c.* KRG INSURANCE BROKERS (WESTERN) INC.

Référence neutre : 2009 CSC 6.

N° du greffe : 31981.

2008 : 16 octobre; 2009 : 23 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein.

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

Contrats — Contrats de travail — Clauses restrictives — Portée géographique d'une clause restrictive ambiguë — Peut-on utiliser les théories de la divisibilité fictive ou de la rectification pour dissiper l'ambiguïté ou pour faire en sorte qu'une restriction déraisonnable devienne raisonnable?

Droit de l'emploi — Obligations fiduciales et en equity — Employé quittant son emploi dans une agence d'assurances pour travailler comme vendeur d'assurance dans une autre agence — Allégation par l'ancien employeur d'un manquement par l'employé à son obligation fiduciale de ne pas utiliser de renseignements confidentiels ni solliciter ses clients — L'employé avait-il des obligations fiduciales et en equity envers son ancien employeur?

En 1987, S a vendu son agence d'assurances à KRG. KRG a rebaptisé l'agence KRG Western et l'a vendue à un tiers en 1991. S a travaillé pour KRG Western de 1987 à 2001 en vertu d'une série de contrats de travail. Chaque contrat de travail contenait une clause restrictive formulée en des termes similaires dans laquelle S s'engageait à ne pas travailler dans une entreprise de courtage d'assurance dans « l'agglomération de la ville de Vancouver » pendant les trois années suivant son départ pour quelque raison que ce soit, sauf un congédiement non motivé. En janvier 2001, S a commencé à travailler comme vendeur d'assurance dans une autre agence à Richmond, C.-B. KRG Western a intenté une action pour réclamer l'application de la clause restrictive. Elle soutenait aussi que S avait manqué à ses

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 015

the action, finding that the term "Metropolitan City of Vancouver" in the restrictive covenant is neither clear, certain nor reasonable. He also found that S owed no fiduciary duty to KRG Western. The Court of Appeal set aside the decision. While the court found that there was no fiduciary duty, it held that the restrictive covenant was enforceable. The court agreed that the term "Metropolitan City of Vancouver" is ambiguous; however, it applied the doctrine of notional severance and held that the term means the "City of Vancouver, the University of British Columbia Endowment Lands, Richmond and Burnaby".

Held: The appeal should be allowed.

The Court of Appeal erred when it substituted the phrase "City of Vancouver, the University of British Columbia Endowment Lands, Richmond and Burnaby" for the "Metropolitan City of Vancouver". The term "Metropolitan City of Vancouver" was uncertain and ambiguous. Nothing demonstrates a mutual understanding of the parties at the time they entered into the contract as to what geographic area the restrictive covenant covered and it was inappropriate for the Court of Appeal to re-write the covenant. In this case, neither blue-pencil severance nor rectification can be applied to re-write the restrictive covenant. Notional severance cannot be applied to a restrictive covenant. Also, the findings that S was not a fiduciary and did not abuse confidential information belonging to KRG Western are not pure questions of law. These findings were based on evidence at trial and must stand in the absence of any palpable and overriding error by the trial judge. [2] [13] [58]

Restrictive covenants generally are restraints of trade and contrary to public policy. Freedom to contract, however, requires an exception for reasonable restrictive covenants. Normally, the reasonableness of a covenant will be determined by its geographic and temporal scope as well as the extent of the activity sought to be prohibited. Reasonableness cannot be determined if a covenant is ambiguous in the sense that what is prohibited is not clear as to activity, time, or geography. An ambiguous restrictive covenant is by definition, *prima facie* unreasonable and unenforceable. The onus is on the party seeking to enforce the restrictive covenant to show that it is reasonable and a party seeking to enforce an ambiguous covenant will be unable

obligations fiduciales et en equity. Le juge de première instance a rejeté l'action, ayant conclu que l'expression « l'agglomération de la ville de Vancouver » employée dans la clause restrictive n'était ni claire, ni précise, ni raisonnable. Il a aussi conclu que S n'avait aucune obligation fiduciale envers KRG Western. La Cour d'appel a infirmé cette décision. Elle a conclu qu'il n'existait pas d'obligation fiduciale, mais que la clause restrictive était applicable. La cour estimait que l'expression « l'agglomération de la ville de Vancouver » était ambiguë; elle a toutefois appliqué la théorie de la divisibilité fictive pour l'interpréter comme englobant « la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire de l'Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby ».

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La Cour d'appel a eu tort de remplacer « l'agglomération de la ville de Vancouver » par « la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire de l'Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby ». L'expression « l'agglomération de la ville de Vancouver » était imprécise et déraisonnable. Rien ne révèle que les parties s'étaient entendues sur la portée géographique de la clause restrictive lors de la conclusion du contrat et la Cour d'appel ne pouvait pas récrire la clause. En l'espèce, ni la technique du trait de crayon bleu, ni la théorie de la rectification ne peuvent être appliquées pour récrire la clause restrictive. La théorie de la divisibilité fictive ne peut pas être appliquée à une clause restrictive. En outre, les conclusions que S n'avait pas d'obligations fiduciales et n'a pas utilisé de renseignements confidentiels appartenant à la société KRG Western de façon irrégulière ne constituaient pas de pures questions de droit. Ces conclusions s'appuyaient sur la preuve présentée au procès et doivent être confirmées en l'absence d'une erreur manifeste et dominante de la part du juge de première instance. [2] [13] [58]

En général, les clauses restrictives constituent des restrictions au commerce et sont contraires à l'intérêt public. La liberté contractuelle exige toutefois que les clauses restrictives raisonnables fassent exception. Normalement, le caractère raisonnable d'une clause restrictive est apprécié en regard de sa portée géographique et de sa durée, ainsi que de l'ampleur des activités interdites. Lorsqu'une clause est ambiguë, en ce sens que l'interdiction n'est pas clairement définie quant à sa durée, à sa portée géographique ou à l'activité interdite, il est impossible d'en apprécier le caractère raisonnable. Une clause restrictive ambiguë est par définition déraisonnable et inapplicable à première vue. C'est à la partie qui réclame l'application d'une clause

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 017

to demonstrate reasonableness. Restrictive covenants in employment contracts are scrutinized more rigorously than restrictive covenants in a sale of a business because there is often an imbalance in power between employees and employers and because a sale of a business often involves a payment for goodwill whereas no similar payment is made to an employee leaving his or her employment. In this case, the restrictive covenant arises in an employment contract and attracts the higher standard of scrutiny. [15-17] [21-23] [25-27] [43]

Notional severance, reading down a contractual provision so as to make it legal and enforceable, is not an appropriate mechanism to cure a defective restrictive covenant. Notional severance may be available where an objective bright line test exists to distinguish what is legal from what is not. There is no objective bright-line test for reasonableness and applying notional severance simply amounts to a court rewriting a covenant in a manner that it subjectively considers reasonable. Employers should not be invited to draft overly broad restrictive covenants with the prospect that the court will sever the unreasonable parts or read down the covenant to what the courts consider reasonable. This would change the risks assumed by the parties and inappropriately increase the risk that an employee will be forced to abide by an unreasonable covenant. The Court of Appeal should not have attempted to resolve the ambiguity in this case by reading down the restrictive covenant according to its own notion of reasonableness and what it thought that the parties might have intended. [2] [31] [33] [39] [41] [47]

Blue-pencil severance, removing part of a contractual provision, may be resorted to sparingly and only in cases where the part being removed is clearly severable, trivial and not part of the main purport of the restrictive covenant. Blue-pencil severance cannot be applied to remove the word "Metropolitan" from the restrictive covenant in this case because it is not merely a trivial part of the covenant agreed to by the parties. There is no evidence that the parties unquestioningly would have agreed to remove the word "Metropolitan" without varying any other terms of the contract or otherwise changing the bargain. [2] [36] [50]

restrictive qu'il incombe de démontrer qu'elle est raisonnable, ce que la partie qui invoque une clause ambiguë est dans l'impossibilité de démontrer. Les clauses restrictives contenues dans les contrats de travail font l'objet d'un examen plus minutieux que celles qui figurent dans les contrats de vente d'une entreprise parce qu'il y a souvent inégalité de pouvoir entre employeur et employé et parce que la vente d'une entreprise comporte souvent un paiement pour l'achalandage, alors que l'employé qui quitte son emploi ne reçoit aucun paiement à ce titre. En l'espèce, la clause restrictive figure dans un contrat de travail et doit être examinée selon le critère plus rigoureux. [15-17] [21-23] [25-27] [43]

Il n'est pas possible de recourir à la divisibilité fictive, d'attribuer une interprétation atténuée à une disposition contractuelle de façon à la rendre légale et applicable, pour remédier aux lacunes d'une clause restrictive. La divisibilité fictive peut entrer en jeu lorsqu'il existe un critère de démarcation nette entre la légalité et l'illégalité. Il n'existe pas de critère de démarcation nette pour l'appréciation du caractère raisonnable et appliquer la théorie de la divisibilité fictive équivaut à récrire la clause selon ce que le tribunal estime raisonnable d'un point de vue subjectif. Les employeurs ne doivent pas être incités à rédiger des clauses restrictives d'une portée démesurée en s'attendant à ce que les tribunaux en retranchent les éléments déraisonnables ou en donnent une interprétation atténuée selon ce qu'ils jugent raisonnable. Cela modifierait les risques assumés par les parties et accroîtrait indûment le risque que l'employé soit contraint de consentir à une clause déraisonnable. La Cour d'appel n'aurait pas dû tenter de dissiper l'ambiguïté en donnant une interprétation atténuée de la clause restrictive selon ce qu'elle jugeait raisonnable et sa perception de l'intention possible des parties. [2] [31] [33] [39] [41] [47]

La technique du trait de crayon bleu, la suppression d'une partie d'une disposition contractuelle, devrait être appliquée avec parcimonie et uniquement dans les cas où la partie retranchée peut clairement être séparée du reste de la clause, est dénuée d'importance et ne fait pas partie de l'objet principal de la clause restrictive. On ne peut avoir recours à cette technique en l'espèce pour retrancher les mots « l'agglomération de » dans la clause restrictive parce que cette partie de la clause dont les parties ont convenu n'est pas dénuée d'importance. Rien ne démontre que les parties se seraient incontestablement entendues pour les supprimer sans changer quoi que ce soit aux autres clauses du contrat ni modifier autrement le marché. [2] [36] [50]

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 017

AOI 018

Rectification cannot be invoked to resolve the ambiguity in this case. Rectification is used to restore what the parties' agreement actually was, were it not for the error in the written agreement. Here, there is no indication that the parties agreed on something and then mistakenly included something else in the written contract. Rather, they used an ambiguous term in the contract. KRG Western can point to no prior agreement, written or oral, that explains the term "Metropolitan City of Vancouver". [3] [57]

Cases Cited

Explained: *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, 2004 SCC 7, [2004] 1 S.C.R. 249; **applied:** *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678; **not followed:** *T. S. Taylor Machinery Co. v. Biggar* (1968), 2 D.L.R. (3d) 281; *Putsman v. Taylor*, [1927] 1 K.B. 637; *T. Lucas & Co. v. Mitchell*, [1974] Ch. 129; **referred to:** *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535; *Herbert Morris, Ltd. v. Saxelby*, [1916] 1 A.C. 688; *Leather Cloth Co. v. Lorsont* (1869), L.R. 9 Eq. 345; *Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 916; *Burgess v. Industrial Frictions & Supply Co.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 85; *Mason v. Provident Clothing and Supply Co.*, [1913] A.C. 724; *Attwood v. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571; *Globex Foreign Exchange Corp. v. Kelcher*, 2005 ABCA 419, 262 D.L.R. (4th) 752; *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. v. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293; *Frederick E. Rose (London) Ld. v. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953] 2 Q.B. 450.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Huddart, Thackray and Chiasson JJ.A.), 2007 BCCA 79, 236 B.C.A.C. 116, 390 W.A.C. 116, 64 B.C.L.R. (4th) 125, 25 B.L.R. (4th) 193, 45 C.C.L.I. (4th) 163, [2007] B.C.J. No. 261 (QL), 2007 CarswellBC 276, reversing a decision of Parrett J., 2005 BCSC 1611, 12 B.L.R. (4th) 90, 30 C.C.L.I. (4th) 187, [2005] B.C.J. No. 2506 (QL), 2005 CarswellBC 2758. Appeal allowed.

Neo J. Tuytel and *Valerie S. Dixon*, for the appellant.

Frank G. Potts and *Timothy J. Delaney*, for the respondent.

Il n'est pas possible d'invoquer la rectification pour dissiper l'ambiguïté en l'espèce. La rectification sert à rétablir l'entente véritablement conclue par les parties, n'eût été l'erreur commise dans l'entente écrite. Ici, rien ne permet de croire que les parties auraient convenu d'une chose, puis inscrit par erreur quelque chose d'autre dans le contrat. Elles ont plutôt utilisé une expression ambiguë dans le contrat écrit. KRG Western ne peut faire valoir aucune entente préalable, écrite ou verbale, qui expliquerait l'expression « l'agglomération de la ville de Vancouver ». [3] [57]

Jurisprudence

Arrêt expliqué : *Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp.*, 2004 CSC 7, [2004] 1 R.C.S. 249; **arrêt appliqué :** *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; **arrêts non suivis :** *T. S. Taylor Machinery Co. c. Biggar* (1968), 2 D.L.R. (3d) 281; *Putsman c. Taylor*, [1927] 1 K.B. 637; *T. Lucas & Co. c. Mitchell*, [1974] Ch. 129; **arrêts mentionnés :** *Nordenfelt c. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535; *Herbert Morris, Ltd. c. Saxelby*, [1916] 1 A.C. 688; *Leather Cloth Co. c. Lorsont* (1869), L.R. 9 Eq. 345; *Elsley c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916; *Burgess c. Industrial Frictions & Supply Co.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 85; *Mason c. Provident Clothing and Supply Co.*, [1913] A.C. 724; *Attwood c. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571; *Globex Foreign Exchange Corp. c. Kelcher*, 2005 ABCA 419, 262 D.L.R. (4th) 752; *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. c. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293; *Frederick E. Rose (London) Ld. c. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953] 2 Q.B. 450.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Huddart, Thackray et Chiasson), 2007 BCCA 79, 236 B.C.A.C. 116, 390 W.A.C. 116, 64 B.C.L.R. (4th) 125, 25 B.L.R. (4th) 193, 45 C.C.L.I. (4th) 163, [2007] B.C.J. No. 261 (QL), 2007 CarswellBC 276, qui a infirmé une décision du juge Parrett, 2005 BCSC 1611, 12 B.L.R. (4th) 90, 30 C.C.L.I. (4th) 187, [2005] B.C.J. No. 2506 (QL), 2005 CarswellBC 2758. Pourvoi accueilli.

Neo J. Tuytel et *Valerie S. Dixon*, pour l'appelant.

Frank G. Potts et *Timothy J. Delaney*, pour l'intimée.

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 018

AOI 019

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] The central issue in this appeal is whether, in an employment contract, the doctrine of severance may be invoked to resolve an ambiguous term in a restrictive covenant or render an unreasonable restriction in the covenant reasonable. The issue arises because the term "Metropolitan City of Vancouver" in the restrictive covenant contained in the contract between the parties has no legally defined meaning and is therefore ambiguous.

[2] Severance, when permitted, appears to take two forms. "Notional" severance involves reading down a contractual provision so as to make it legal and enforceable. "Blue-pencil" severance consists of removing part of a contractual provision. For reasons I set out below, notional severance is not an appropriate mechanism to cure a defective restrictive covenant. As for blue-pencil severance, it may only be resorted to in rare cases where the part being removed is trivial, and not part of the main purport of the restrictive covenant. These circumstances are not present in this case and hence the ambiguity cannot be cured by severing the word "Metropolitan".

[3] A secondary issue is whether rectification may be invoked to resolve the ambiguity. In my opinion, it cannot. There is no indication that the parties agreed on something and then mistakenly included something else in the written contract. The doctrine of rectification cannot be invoked to rewrite the bargain between the parties.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] La question qui est au cœur du présent pourvoi est celle de savoir si, dans le contexte d'un contrat de travail, il est possible d'invoquer la théorie de la divisibilité pour dissiper l'ambiguïté d'un terme dans une clause restrictive ou pour faire en sorte qu'une restriction déraisonnable y figurant devienne raisonnable. Cette question se pose en raison de l'ambiguïté de l'expression « Metropolitan City of Vancouver » (« l'agglomération de la ville de Vancouver ») utilisée dans la clause restrictive du contrat signé par les parties, mais dont le sens n'est pas défini en droit.

[2] Le recours à la divisibilité, lorsqu'il est permis, peut prendre deux formes. La « divisibilité fictive » permet d'attribuer une interprétation atténuée à une disposition contractuelle de façon à la rendre légale et applicable. La divisibilité pure et simple — ou « technique du trait de crayon bleu » — permet de supprimer une partie d'une disposition contractuelle. Pour les motifs exposés ci-après, il n'est pas possible de recourir à la divisibilité fictive pour remédier aux lacunes d'une clause restrictive. Quant à la divisibilité pure et simple, on ne peut y avoir recours que dans les rares cas où la partie supprimée est dénuée d'importance et ne fait pas partie de l'objet principal de la disposition. Ces conditions ne sont pas réunies en l'espèce. Par conséquent, il n'est pas possible de dissiper l'ambiguïté en supprimant les mots « l'agglomération de » (« Metropolitan »).

[3] La question secondaire de savoir s'il est possible d'invoquer la rectification pour dissiper l'ambiguïté a aussi été soulevée. À mon avis, cela n'est pas possible. Rien n'indique que les parties auraient convenu d'une stipulation, puis auraient par erreur consigné une stipulation différente dans le contrat écrit. La théorie de la rectification ne peut pas être utilisée pour récrire le marché conclu par les parties.

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 019

II. Facts

[4] On December 31, 1987, Morley Shafron sold the shares he owned in his own insurance agency business, Morley Shafron Agencies Ltd. ("MSA"), to KRG Insurance Brokers Inc. for a total consideration of $700,000. The name of his business was changed from MSA to KRG Insurance Brokers (Western) Inc. ("KRG Western") following the sale. Shafron continued to be employed in the business.

[5] While there were a number of agreements between various parties over a period of some 12 years, it is not necessary to refer to all of them. I refer only to those relevant to the issues in this appeal. In early 1988, Shafron entered into a contract containing a non-competition clause with KRG Insurance Brokers Inc. and KRG Management Inc. (the owner of KRG Insurance Brokers Inc.). That contract contained the following terms, among others:

Employment of Shafron

3. The Corporation [KRG Management Inc.] agrees that it shall cause KRG Insurance [KRG Insurance Brokers Inc.] or MSA to engage and to continue to engage Shafron for the term of this agreement [until January 1, 1991] to provide to the Corporation in the Province of British Columbia such managerial and insurance brokerage services as may be required or reasonably requested by KRG Insurance including, but without limiting the generality of the foregoing;

. . .

Non-Competition

12. Shafron agrees that, upon his leaving the employment of MSA or KRG Insurance for any reason save and except for termination by KRG Insurance without cause, he shall not for a period of three (3) years thereafter, directly or indirectly, carry on, be employed in, or be interested in or permit his name to be used in connection with the business of insurance brokerage which is carried on within the metropolitan City of Vancouver. [Emphasis added.]

[6] On February 28, 1991, Shafron entered into a further employment contract with KRG Western,

II. Les faits

[4] Le 31 décembre 1987, Morley Shafron a vendu ses actions dans l'agence d'assurance dont il était propriétaire, Morley Shafron Agencies Ltd. (« MSA »), à KRG Insurance Brokers Inc. moyennant une contrepartie totale de 700 000 $. Après la vente, son entreprise est devenue la KRG Insurance Brokers (Western) Inc. (« KRG Western »). M. Shafron a continué de travailler au sein de l'entreprise.

[5] Sur une période d'une douzaine d'années, plusieurs ententes ont été conclues entre diverses parties, mais il n'est pas nécessaire de faire état de chacune. Je mentionnerai uniquement les ententes qui ont un lien avec les questions en litige dans le pourvoi. Au début de 1988, M. Shafron a conclu avec KRG Insurance Brokers Inc. et KRG Management Inc. (propriétaire de KRG Insurance Brokers Inc.) un contrat qui contenait une clause de non-concurrence. Ce contrat comportait notamment les stipulations suivantes :

[TRADUCTION]

Emploi de M. Shafron

3. La Société [KRG Management Inc.] s'engage à veiller à ce que KRG Insurance [KRG Insurance Brokers Inc.] ou MSA embauche M. Shafron et le maintienne en fonction pour la durée de la présente entente [jusqu'au 1er janvier 1991], afin que ce dernier fournisse à la Société, en Colombie-Britannique, les services de gestion et de courtage d'assurance qui sont requis ou qui peuvent raisonnablement lui être demandés par KRG Insurance, et notamment les services suivants;

. . .

Non-concurrence

12. Pendant une période de trois (3) ans suivant son départ de MSA ou de KRG Insurance pour quelque raison que ce soit, sauf un congédiement non motivé par KRG Insurance, M. Shafron s'engage à ne pas, même indirectement, exploiter une entreprise de courtage d'assurance, travailler pour une telle entreprise, y avoir des intérêts ni permettre l'utilisation de son nom en rapport avec une telle entreprise dans l'agglomération de la ville de Vancouver. [Je souligne.]

[6] Le 28 février 1991, M. Shafron a conclu avec KRG Western, l'intimée, un autre contrat de travail

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 021

the respondent, which was to expire on January 1, 1994, containing a non-competition clause in substantially the same form as in the 1988 agreement. This covenant provided:

13. Non-Competition

Shafron shall not, upon his leaving the employment of the Corporation [KRG Western] for any reason, save and except for termination by the Corporation or KRG Management without cause, for a period of three (3) years thereafter, directly or indirectly, carry on, be employed in, or be interested in or permit his name to be used in connection with the business of insurance brokerage which is carried on within the Metropolitan City of Vancouver. [Emphasis added.]

[7] On July 31, 1991, Intercity Investment Corporation ("Intercity") acquired the shares of KRG Western. The February 28, 1991 employment contract provided that upon the sale of 50 percent or more of the shares of KRG Western, Shafron's employment would terminate. In order to continue working for KRG Western, on August 1, 1991, Shafron entered into yet another employment contract with KRG Western, which was to expire on January 1, 1994, containing a restrictive covenant essentially identical to the language of the February 28, 1991 covenant. The only difference was the deletion of the words "or KRG Management" from the covenant. There were two additional renewals of this employment agreement in 1993 and 1998. The 1993 agreement expired on December 31, 1998 and the 1998 agreement expired on December 31, 2000. Each renewal included the same restrictive covenant as contained in the August 1, 1991 agreement.

[8] In December 2000, as the 1998 employment contract was about to expire, Shafron left KRG Western's employment and in January 2001 began working as an insurance salesman for another agency, Shaw Insurance Agency Ltd. ("Shaw"), in Richmond.

[9] KRG Western commenced an action in the Supreme Court of British Columbia claiming that Shafron was wrongly competing with it in breach of the restrictive covenant. It also made additional

devant prendre fin le 1er janvier 1994, qui contenait une clause de non-concurrence essentiellement identique à celle figurant dans le contrat de 1988. En voici le libellé :

[TRADUCTION]

13. Non-concurrence

Pendant une période de trois (3) ans suivant son départ de la Société [KRG Western] pour quelque raison que ce soit, sauf un congédiement non motivé par la Société ou KRG Management, M. Shafron s'engage à ne pas, même indirectement, exploiter une entreprise de courtage d'assurance, travailler pour une telle entreprise, y avoir des intérêts ni permettre l'utilisation de son nom en rapport avec une telle entreprise dans l'agglomération de la ville de Vancouver. [Je souligne.]

[7] Le 31 juillet 1991, Intercity Investment Corporation (« Intercity ») a acheté les actions de KRG Western. Aux termes du contrat de travail signé le 28 février 1991, l'emploi de M. Shafron devait prendre fin si KRG Western vendait au moins 50 p. 100 de ses actions. Afin de continuer de travailler pour KRG Western, M. Shafron a donc conclu avec la société, le 1er août 1991, un autre contrat devant prendre fin le 1er janvier 1994, qui contenait une clause restrictive dont le libellé était essentiellement identique à celui de la clause du 28 février 1991. Seule différence, les termes « ou KRG Management » n'y figuraient pas. Ce contrat de travail a été reconduit à deux reprises, soit en 1993 et en 1998. Les contrats signés en 1993 et en 1998 ont expiré respectivement le 31 décembre 1998 et le 31 décembre 2000. La clause restrictive contenue dans le contrat du 1er août 1991 figurait dans chacun des renouvellements.

[8] En décembre 2000, à l'approche de la date d'expiration du contrat de travail de 1998, M. Shafron a quitté son emploi chez KRG Western. En janvier 2001, il a commencé à travailler comme vendeur d'assurance dans une autre agence, Shaw Insurance Agency Ltd. (« Shaw »), à Richmond.

[9] La société KRG Western a intenté en Cour suprême de la Colombie-Britannique une action dans laquelle elle faisait valoir que M. Shafron lui livrait une concurrence déloyale en violation de la

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 021

claims, one of which was that when he began working for Shaw, Shafron breached the fiduciary and equitable obligations he owed to KRG Western not to use confidential information and solicit KRG Western's clients.

[10] The trial judge, Parrett J., dismissed KRG Western's action (2005 BCSC 1611, 12 B.L.R. (4th) 90). He found, among other things, that the term "Metropolitan City of Vancouver" was neither clear nor certain and, in any event, was unreasonable. He also found that Shafron owed no fiduciary duty to KRG Western and that he had not breached any duty relating to confidential information.

[11] The British Columbia Court of Appeal reversed the decision of the trial judge (2007 BCCA 79, 236 B.C.A.C. 116). While that court found Shafron owed no fiduciary duty to KRG Western, it held that the restrictive covenant was enforceable. In the view of the Court of Appeal, while the term "Metropolitan City of Vancouver" was ambiguous, it was possible to apply the doctrine of "notional" severance to construe it as applying to the City of Vancouver and municipalities contiguous to it. According to the Court of Appeal, the covenant would cover the City of Vancouver, the University of British Columbia Endowment Lands, Richmond and Burnaby.

[12] Having regard to this spatial area and the non-competition term of three years, the Court of Appeal found the covenant reasonable and therefore enforceable.

III. Issues

[13] The issues before this Court are:

(1) whether the doctrine of severance or rectification may be applied to resolve an ambiguity in

clause restrictive. Elle soutenait aussi notamment que M. Shafron, lorsqu'il avait commencé à travailler chez Shaw, avait manqué à ses obligations fiduciales et à ses obligations en equity envers KRG Western, qui lui interdisaient d'utiliser des renseignements confidentiels et de solliciter les clients de KRG Western.

[10] En première instance, le juge Parrett a rejeté l'action de KRG Western (2005 BCSC 1611, 12 B.L.R. (4th) 90). Il a notamment conclu que l'expression [TRADUCTION] « l'agglomération de la ville de Vancouver » n'était ni claire ni précise et qu'elle était de toute façon déraisonnable. Il a également conclu que M. Shafron n'avait aucune obligation fiduciale envers la société KRG Western et n'avait commis aucun manquement à une obligation relative à l'utilisation de renseignements confidentiels.

[11] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision du juge de première instance (2007 BCCA 79, 236 B.C.A.C. 116). Elle a conclu que M. Shafron n'avait aucune obligation fiduciale envers la société KRG Western, mais que la clause restrictive était applicable. Même si elle estimait que l'expression [TRADUCTION] « l'agglomération de la ville de Vancouver » était ambiguë, la Cour d'appel a jugé possible de recourir à la théorie de la divisibilité « fictive » pour l'interpréter comme désignant la ville de Vancouver et les municipalités limitrophes. La Cour d'appel a conclu que la clause englobait la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire (University Endowment Lands) de l'Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby.

[12] Compte tenu du secteur géographique ainsi visé et de la période de non-concurrence de trois ans, la Cour d'appel a conclu que la clause était raisonnable et, partant, applicable.

III. Les questions en litige

[13] Notre Cour est appelée à se prononcer sur les questions suivantes :

(1) Peut-on utiliser les théories de la divisibilité ou de la rectification pour dissiper l'ambiguïté

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 023

a restrictive covenant in an employment contract or render an unreasonable restriction in a covenant reasonable;

(2) whether Shafron owed fiduciary and equitable obligations to KRG Western and, if so, whether they were breached.

The second issue may be disposed of quickly. The findings of the trial judge with respect to fiduciary obligations and the improper use of confidential information were based on evidence at trial. These are not pure questions of law. The Court of Appeal correctly did not interfere with the trial judge's conclusions on these issues. In the absence of palpable and overriding error by the trial judge, which KRG Western did not plead or demonstrate, the trial judge's conclusions — that Shafron was not a fiduciary and that he did not abuse confidential information belonging to KRG Western — must stand.

IV. Analysis

[14] Before dealing with the doctrine of severance, I will summarize the law on restrictive covenants.

A. *Reconciling Freedom of Contract and Public Policy Considerations Against Restraint of Trade*

[15] A restrictive covenant in a contract is what the common law refers to as a restraint of trade. Restrictive covenants are frequently found in agreements for the purchase and sale of a business and in employment contracts. A restrictive covenant precludes the vendor in the sale of a business from competing with the purchaser and, in an employment contract, the restrictive covenant precludes the employee, upon leaving employment, from competing with the former employer.

d'une clause restrictive contenue dans un contrat de travail ou pour faire en sorte qu'une restriction déraisonnable y figurant devienne raisonnable?

(2) M. Shafron avait-il des obligations fiduciales et des obligations en equity envers KRG Western et, dans l'affirmative, a-t-il manqué à ces obligations?

La deuxième question en litige peut être réglée rapidement. Le juge de première instance a fondé ses conclusions relatives aux obligations fiduciales et à l'utilisation irrégulière de renseignements confidentiels sur la preuve présentée au procès. Il ne s'agit pas de pures questions de droit. C'est à juste titre que la Cour d'appel n'a pas modifié les conclusions du juge de première instance à ces égards. En l'absence d'une erreur manifeste et dominante de la part du juge de première instance, erreur que la société KRG Western n'a ni plaidée ni prouvée, il convient de confirmer les conclusions du juge de première instance selon lesquelles M. Shafron n'avait pas d'obligation fiduciale et n'a pas utilisé de renseignements confidentiels appartenant à la société KRG Western de façon irrégulière.

IV. Analyse

[14] Avant de traiter de la théorie de la divisibilité, je résumerai les règles de droit régissant les clauses restrictives.

A. *Conciliation de la liberté de contracter et des considérations d'intérêt public défavorables à la restriction du commerce*

[15] Une clause restrictive figurant dans un contrat constitue ce que la common law désigne comme une restriction au commerce. Les conventions d'achat-vente d'une entreprise et les contrats de travail contiennent souvent une clause restrictive. Dans le premier cas, elle empêche le vendeur de l'entreprise de faire concurrence à l'acquéreur. Dans le second, elle empêche l'employé qui quitte son emploi de faire concurrence à son ancien employeur.

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 023

AOI 024

[16] Restrictive covenants give rise to a tension in the common law between the concept of freedom to contract and public policy considerations against restraint of trade. In the seminal decision of the House of Lords in *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535, this tension was explained. At common law, restraints of trade are contrary to public policy because they interfere with individual liberty of action and because the exercise of trade should be encouraged and should be free. Lord Macnaghten stated, at p. 565:

> The public have an interest in every person's carrying on his trade freely: so has the individual. All interference with individual liberty of action in trading, and all restraints of trade of themselves, if there is nothing more, are contrary to public policy, and therefore void. That is the general rule.

[17] However, recognition of the freedom of the parties to contract requires that there be exceptions to the general rule against restraints of trade. The exception is where the restraint of trade is found to be reasonable. At p. 565, Lord Macnaghten continued:

> But there are exceptions: restraints of trade and interference with individual liberty of action may be justified by the special circumstances of a particular case. It is a sufficient justification, and indeed it is the only justification, if the restriction is reasonable — reasonable, that is, in reference to the interests of the parties concerned and reasonable in reference to the interests of the public, so framed and so guarded as to afford adequate protection to the party in whose favour it is imposed, while at the same time it is in no way injurious to the public. That, I think, is the fair result of all the authorities. [Emphasis added.]

Therefore, despite the presumption that restrictive covenants are *prima facie* unenforceable, a reasonable restrictive covenant will be upheld.

[18] It is important at this juncture to differentiate between a contract for the sale of a business and an employment contract.

[19] In *Nordenfelt*, Lord Macnaghten pointed out that there is greater freedom to contract between

[16] Les clauses restrictives créent en common law une tension entre la liberté de contracter et les considérations d'intérêt public défavorables à une restriction au commerce. Cette tension a été expliquée dans l'arrêt clé de la Chambre des lords, *Nordenfelt c. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535. En common law, les restrictions au commerce sont contraires à l'intérêt public parce qu'elles portent atteinte à la liberté d'action individuelle et parce que les activités commerciales doivent être favorisées et exercées en toute liberté. Lord Macnaghten s'est exprimé ainsi à la p. 565 :

> [TRADUCTION] Il est de l'intérêt du public et aussi de l'individu que chaque personne exploite librement son commerce. Toute atteinte à la liberté individuelle en matière commerciale et toute pratique restrictive du commerce sont, à défaut d'autres circonstances, en elles-mêmes contraires à l'intérêt public et, partant, nulles. Voilà la règle générale.

[17] Toutefois, la reconnaissance de la liberté contractuelle des parties exige que la règle générale interdisant les restrictions au commerce souffre certaines exceptions. Il y a exception à la règle lorsqu'une restriction est jugée raisonnable. À la p. 565, lord Macnaghten a ajouté :

> [TRADUCTION] Mais il existe des exceptions : les circonstances particulières d'un cas donné peuvent justifier certaines restrictions au commerce et atteintes à la liberté individuelle. Le fait qu'une restriction est raisonnable constitue une justification suffisante et, à vrai dire, la seule justification possible — raisonnable au regard des intérêts des parties concernées et au regard des intérêts du public, et formulée avec la circonspection nécessaire pour bien protéger la partie devant en bénéficier, sans toutefois causer un préjudice quelconque au public. C'est ce qui se dégage à mon avis de l'ensemble de la jurisprudence. [Je souligne.]

Bien qu'elle soit présumée inapplicable à première vue, une clause restrictive sera donc jugée valide si elle est raisonnable.

[18] Il importe ici de faire la différence entre un contrat de vente d'une entreprise et un contrat de travail.

[19] Dans *Nordenfelt*, lord Macnaghten a souligné qu'il existe une plus grande liberté de contracter

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 024

AOI 025

buyer and seller than between employer and employee. At p. 566, he wrote:

> To a certain extent, different considerations must apply in cases of apprenticeship and cases of that sort, on the one hand, and cases of the sale of a business or dissolution of partnership on the other. A man is bound an apprentice because he wishes to learn a trade and to practise it. A man may sell because he is getting too old for the strain and worry of business, or because he wishes for some other reason to retire from business altogether. Then there is obviously more freedom of contract between buyer and seller than between master and servant or between an employer and a person seeking employment. [Emphasis added.]

Although the comments of Lord Macnaghten focus on apprenticeship, the same concept has been extended and applied to contracts between employers and employees.

[20] In the House of Lords' decision of *Herbert Morris, Ltd. v. Saxelby*, [1916] 1 A.C. 688, Lord Atkinson made some observations on the difference between contracts of employment and those for sale of a business. He cited with approval *Leather Cloth Co. v. Lorsont* (1869), L.R. 9 Eq. 345, at p. 354, quoting James V.-C. in that case:

> The principle is this: Public policy requires that every man shall be at liberty to work for himself, and shall not be at liberty to deprive himself or the State of his labour, skill, or talent, by any contract that he enters into. On the other hand, public policy requires that when a man has by skill or by any other means obtained something which he wants to sell, he should be at liberty to sell it in the most advantageous way in the market; and in order to enable him to sell it advantageously in the market it is necessary that he should be able to preclude himself from entering into competition with the purchaser.

Lord Atkinson then stated that "[t]hese considerations in themselves differentiate, in my opinion, the case of the sale of goodwill from the case of master and servant or employer and employee" (p. 701).

[21] The sale of a business often involves a payment to the vendor for goodwill. In consideration of

entre l'acquéreur et le vendeur qu'entre l'employeur et l'employé. Il a écrit, à la p. 566 :

> [TRADUCTION] Dans une certaine mesure, des considérations différentes doivent intervenir dans les cas de formation en apprentissage et autres cas du même genre, d'une part, et dans les cas de vente d'une entreprise ou de dissolution d'une société, d'autre part. On se met en apprentissage parce qu'on souhaite apprendre un métier et l'exercer. On peut vendre son entreprise parce qu'on se sent trop vieux pour supporter la tension et les tracas qu'elle engendre, ou parce qu'on souhaite se retirer des affaires pour une autre raison. De toute évidence, il existe donc entre l'acquéreur et le vendeur une plus grande liberté de contracter qu'entre le maître et le serviteur ou entre l'employeur et la personne qui cherche un emploi. [Je souligne.]

Les propos de lord Macnaghten concernaient surtout la formation en apprentissage, mais la même notion a été élargie et appliquée aux contrats conclus entre employeurs et employés.

[20] Dans un arrêt de la Chambre des lords, *Herbert Morris, Ltd. c. Saxelby*, [1916] 1 A.C. 688, lord Atkinson a traité de la différence entre les contrats de travail et les contrats de vente d'une entreprise. Il a cité en les approuvant ces observations faites par le vice-chancelier James dans *Leather Cloth Co. c. Lorsont* (1869), L.R. 9 Eq. 345, p. 354 :

> [TRADUCTION] Le principe est le suivant : L'intérêt public exige que chacun soit libre de travailler à son compte, mais ne soit pas libre de conclure un contrat qui le priverait ou priverait l'État de son travail, de ses compétences ou de son talent. En revanche, l'intérêt public exige que celui qui, grâce à ses compétences ou par tout autre moyen, a acquis une chose qu'il souhaite vendre, soit libre de la vendre de la façon la plus avantageuse sur le marché; et pour qu'il puisse la vendre de façon avantageuse sur le marché, il doit pouvoir s'engager à ne pas faire concurrence à l'acquéreur.

Lord Atkinson a ajouté que [TRADUCTION] « [c]es considérations permettent en elles-mêmes, selon moi, de distinguer la vente d'un achalandage de la relation entre maître et serviteur ou entre employeur et employé » (p. 701).

[21] Il est fréquent que le vendeur d'une entreprise reçoive une somme d'argent pour l'achalandage. En

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 025

the goodwill payment, the custom of the business being sold is intended to remain and reside with the purchaser. As Lord Ashbourne observed at p. 555 of *Nordenfelt*:

> I think it is quite clear that the covenant must be taken as entered into in connection with the sale of the goodwill of the appellant's business, and that it was entered into with the plain and bona fide object of protecting that business.

And as stated by Dickson J. (as he then was) in *Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 916, at p. 924:

> A person seeking to sell his business might find himself with an unsaleable commodity if denied the right to assure the purchaser that he, the vendor, would not later enter into competition.

See also *Burgess v. Industrial Frictions & Supply Co.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 85 (C.A.), *per* McLachlin J.A. (as she then was), at p. 95.

[22] The same considerations will not apply in the employer/employee context. No doubt an employee may build up a relationship with customers of the employer, but there is normally no payment for goodwill upon the employee leaving the employment of the employer. It is also accepted that there is generally an imbalance in power between employee and employer. For example, an employee may be at an economic disadvantage when litigating the reasonableness of a restrictive covenant because the employer may have access to greater resources (see, for example, *Elsley*, at p. 924, and *Mason v. Provident Clothing and Supply Co.*, [1913] A.C. 724 (H.L.), *per* Lord Moulton, at p. 745, quoted below at para. 33).

[23] The absence of payment for goodwill as well as the generally accepted imbalance in power between employee and employer justifies more rigorous scrutiny of restrictive covenants in employment contracts compared to those in contracts for the sale of a business.

contrepartie de la somme versée à ce titre, l'acheteur s'attend à ce que la clientèle de l'entreprise lui soit acquise et lui demeure fidèle. Dans *Nordenfelt*, lord Ashbourne a dit, à la p. 555 :

> [TRADUCTION] Il me paraît très clair que la clause doit être considérée comme reliée à la vente de l'achalandage de l'entreprise de l'appelant et qu'elle visait manifestement et véritablement à protéger l'entreprise.

Je citerai aussi le juge Dickson (plus tard Juge en chef), qui a écrit ceci dans *Elsley c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916, p. 924 :

> Celui qui cherche à vendre son entreprise peut se retrouver avec une chose invendable si on lui conteste le droit d'assurer l'acheteur que lui, le vendeur, ne lui fera pas concurrence plus tard.

Voir également *Burgess c. Industrial Frictions & Supply Co.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 85 (C.A.), la juge McLachlin (plus tard Juge en chef du Canada), p. 95.

[22] Les mêmes considérations ne s'appliquent pas dans le contexte de la relation entre employeur et employé. Même si l'employé peut certainement nouer des liens avec les clients de son employeur, il ne reçoit généralement aucun paiement pour l'achalandage lorsqu'il quitte son emploi. Il est aussi reconnu qu'il y a généralement inégalité de pouvoir entre employeur et employé. Par exemple, l'employé qui conteste le caractère raisonnable d'une clause restrictive peut être désavantagé sur le plan financier parce qu'il ne dispose pas de ressources aussi considérables que celles auxquelles l'employeur peut avoir accès (voir, par exemple, *Elsley*, p. 924, et *Mason c. Provident Clothing and Supply Co.*, [1913] A.C. 724 (H.L.), lord Moulton, p. 745, cité plus loin au par. 33).

[23] L'absence de paiement pour l'achalandage, ainsi que l'inégalité de pouvoir généralement reconnue entre employeur et employé justifie un examen plus minutieux des clauses restrictives contenues dans les contrats de travail, par rapport à celles qui figurent dans les contrats de vente d'une entreprise.

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 027

[24] An initial question in the present case is whether the restrictive covenant at issue is properly characterized as being contained in an employment contract or a contract for the sale of a business. The December 31, 1987 agreement covering the sale of Shafron's business did not contain a restrictive covenant. However, the agreement he entered into in early 1988 did. Whether the restrictive covenant in the 1988 agreement should be construed as being in relation to the sale of the business and the $700,000 goodwill payment is not the issue before the Court.

[25] After Shafron sold his business, KRG Western was sold again in 1991 to Intercity. Shafron received no payment on account of goodwill when the shares of KRG Western were sold to Intercity. The contract in which the restrictive covenant at issue in this case was contained was entered into in 1998, some 11 years after Shafron sold his business and after it was sold a second time. The 1998 employment contract was entirely independent of the 1987 sale agreement and 1988 agreement. The fact that the restrictive covenant in the 1998 employment contract originated in the 1988 agreement has no bearing on the interpretation of the 1998 employment contract. The 1998 agreement is an employment contract and, as found by the trial judge, the reasonableness of the restrictive covenant must stand up to the more rigorous test applicable to employment contracts.

B. *Determining Reasonableness*

[26] As a general rule, according to Dickson J. in *Elsley*, at p. 925, the geographic coverage of the covenant and the period of time in which it is effective have been used to determine whether a restrictive covenant is reasonable. The extent of the activity sought to be prohibited is also relevant.

[27] However, for a determination of reasonableness to be made, the terms of the restrictive covenant must be unambiguous. The reasonableness of a covenant cannot be determined without first

[24] La première question soulevée dans le pourvoi est de savoir si la clause restrictive en litige est à juste titre qualifiée de stipulation incluse dans un contrat de travail ou si elle fait partie du contrat de vente d'une entreprise. L'entente conclue le 31 décembre 1987 concernant la vente de l'entreprise de M. Shafron ne comportait pas de clause restrictive. Par contre, le contrat signé au début de l'année 1988 en contenait une. La Cour n'est pas appelée ici à déterminer si la clause restrictive figurant dans le contrat passé en 1988 devrait être interprétée comme liée à la vente de l'entreprise et à la somme de 700 000 $ versée au titre de l'achalandage.

[25] Après la vente de son entreprise par M. Shafron, KRG Western a été revendue à Intercity en 1991. M. Shafron n'a reçu aucun paiement pour l'achalandage lors de la vente des actions de KRG Western à Intercity. Le contrat contenant la clause restrictive en litige dans le pourvoi a été conclu en 1998, soit après la revente de l'entreprise, quelque 11 ans après sa vente initiale par M. Shafron. Le contrat de travail conclu en 1998 était complètement indépendant de la convention de vente de 1987 et du contrat de 1988. Le fait que la clause restrictive incluse dans le contrat d'emploi de 1998 tire son origine du contrat conclu en 1988 n'a aucune incidence sur l'interprétation du contrat de travail de 1998. Le contrat passé en 1998 est un contrat de travail et, comme l'a conclu le juge de première instance, le caractère raisonnable de la clause restrictive doit être apprécié selon le critère plus rigoureux applicable à ce type de contrat.

B. *L'appréciation du caractère raisonnable*

[26] Règle générale, le caractère raisonnable d'une clause restrictive est apprécié en regard de sa portée géographique et de sa durée, conformément aux motifs exposés par le juge Dickson dans *Elsley*, à la p. 925. L'ampleur des activités interdites est également pertinente.

[27] Néanmoins, la question du caractère raisonnable ne pourra être tranchée que si les termes de la clause restrictive sont exempts d'ambiguïté. Il n'est pas possible de déterminer si une clause restrictive

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 027

AOI 028

2009 SCC 6 (CanLII)

establishing the meaning of the covenant. The onus is on the party seeking to enforce the restrictive covenant to show the reasonableness of its terms. An ambiguous restrictive covenant will be *prima facie* unenforceable because the party seeking enforcement will be unable to demonstrate reasonableness in the face of an ambiguity. As stated at the outset, the main difficulty that arises in this case is the ambiguity of the geographical restriction contained in the covenant. However, before turning to the case at hand, I will discuss the doctrine of severance as it applies to restrictive covenants in employment contracts.

[28] As we see in this case, the limits on geographic scope often give rise to questions of severance. Can a restrictive covenant that is unreasonably wide in its geographic scope be severed in some manner so as to leave in place what the court regards as reasonable?

C. *Severance*

[29] Where severance is permitted, there appears to be two types: "blue-pencil" severance and "notional" severance. Both types of severance have been applied in limited circumstances to remove illegal features of a contract so as to render the contract in conformity with the law. Blue-pencil severance was described in *Attwood v. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571 (C.A.), by Lord Sterndale as "effected when the part severed can be removed by running a blue pencil through it" (p. 578). In *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, 2004 SCC 7, [2004] 1 S.C.R. 249, Bastarache J., in dissent, described this form of severance at para. 57:

> Under the blue-pencil test, severance is only possible if the judge can strike out, by drawing a line through, the portion of the contract they want to remove, leaving the portions that are not tainted by illegality, without affecting the meaning of the part remaining.

est raisonnable sans que sa signification ait d'abord été établie. C'est à la partie qui réclame l'application d'une clause restrictive qu'il incombe de démontrer que sa teneur est raisonnable. Une clause restrictive ambiguë est à première vue inapplicable parce que son ambiguïté place la partie qui l'invoque dans l'impossibilité d'en démontrer le caractère raisonnable. Comme je l'ai expliqué dès le départ, le principal problème en l'espèce tient à l'ambiguïté de la portée géographique de la clause restrictive. Toutefois, avant d'examiner l'affaire qui nous est soumise, je traiterai de l'application de la théorie de la divisibilité aux clauses restrictives stipulées dans les contrats de travail.

[28] Comme on le constate en l'espèce, les limites à la portée géographique soulèvent souvent la question de la divisibilité. Lorsque la portée géographique d'une clause restrictive est déraisonnable, est-il possible de lui appliquer la théorie de la divisibilité pour n'en conserver que ce que le tribunal juge raisonnable?

C. *La divisibilité*

[29] Lorsqu'il est permis de recourir à la divisibilité, celle-ci peut prendre deux formes : la divisibilité pure et simple, ou « technique du trait de crayon bleu », et la « divisibilité fictive ». Ces deux types de divisibilité ont été appliqués dans des circonstances limitées pour retrancher les éléments illégaux d'un contrat de manière à le rendre conforme au droit. Selon la description donnée par lord Sterndale dans *Attwood c. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571 (C.A.), le recours à la divisibilité pure et simple est possible [TRADUCTION] « lorsqu'on peut supprimer la partie retranchée en la rayant d'un trait de crayon bleu » (p. 578). Dans *Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp.*, 2004 CSC 7, [2004] 1 R.C.S. 249, le juge Bastarache, dissident, a décrit ce type de divisibilité dans les termes suivants, au par. 57 :

> D'après le test du trait de crayon bleu, la divisibilité peut être appliquée uniquement lorsque le juge peut retrancher, en la raturant, la partie du contrat qu'on entend supprimer, tout en conservant les parties non viciées par l'illégalité, et ce sans que ne soit affecté le sens du reste du document.

AOI 028

AOI 029

[30] Notional severance involves reading down an illegal provision in a contract that would be unenforceable in order to make it legal and enforceable (see *Transport*, at para. 2). In *Transport*, the contract provided that interest was to be charged at a rate exceeding 60 percent contrary to s. 347 of the *Criminal Code*. There was no evidence of an intention to contravene this provision, and this was not a case of loan sharking. Arbour J. applied the doctrine of notional severance to effectively read down the interest rate to the legal statutory maximum of 60 percent.

[31] In *Transport*, a condition for application of the doctrine of notional severance appears to have been that what was illegal was easily determined by a bright-line provision in the *Criminal Code*. At para. 34, Arbour J. stated:

> This legislatively mandated bright line [of 60 percent] distinguishes s. 347 cases from those involving provisions, for example, in restraint of trade, where there is no bright line.

It is apparent that Arbour J. would not have applied the doctrine of notional severance where there was no bright-line test for illegality. (See also *Globex Foreign Exchange Corp. v. Kelcher*, 2005 ABCA 419, 262 D.L.R. (4th) 752, at para. 46.)

[32] It must be recognized, however, that the court is altering the terms of the original contract between the parties by applying the doctrine of severance, whether blue-pencil or notional. In *Transport*, Arbour J. observed at para. 30, that "[i]ndeed, all forms of severance alter the terms of the original agreement". Where severance is applied, whether blue-pencil or notional, the purpose is to give effect to the intention of the parties when they entered into the contract. However, courts will be restrained in their application of severance because of the right of parties to freely contract and to choose the words that determine their obligations and rights.

[30] La divisibilité fictive consiste à donner une interprétation atténuée d'une clause contractuelle illégale, qui serait inapplicable, de façon à la rendre légale et applicable (voir *Transport*, par. 2). Dans *Transport*, le contrat prévoyait un taux d'intérêt supérieur à 60 p. 100, ce qui était contraire à l'art. 347 du *Code criminel*. Rien n'indiquait que les parties aient eu l'intention de contrevenir à cette disposition et il ne s'agissait pas d'une affaire de prêt usuraire. La juge Arbour a eu recours à la théorie de la divisibilité fictive pour ramener le taux d'intérêt au taux maximum de 60 p. 100 autorisé par la loi.

[31] Dans *Transport*, l'existence dans le *Code criminel* d'une ligne de démarcation nette permettant de déterminer facilement ce qui était illégal semble avoir été considérée comme une condition d'application de la théorie de la divisibilité fictive. Au paragraphe 34, la juge Arbour s'est exprimée ainsi :

> Cette démarcation prescrite par la loi [60 p. 100] distingue les affaires fondées sur l'art. 347 de celles concernant les clauses — restreignant la liberté de commerce par exemple — à l'égard desquelles il n'existe pas de telle ligne de démarcation nette.

La juge Arbour n'aurait apparemment pas appliqué la théorie de la divisibilité fictive s'il n'avait pas existé de critère de démarcation nette entre la légalité et l'illégalité. (Voir aussi *Globex Foreign Exchange Corp. c. Kelcher*, 2005 ABCA 419, 262 D.L.R. (4th) 752, par. 46.)

[32] Il faut toutefois reconnaître que le tribunal modifie les stipulations du contrat original conclu entre les parties lorsqu'il applique la théorie de la divisibilité, qu'il s'agisse de la technique du trait de crayon bleu ou de la divisibilité fictive. Dans *Transport*, la juge Arbour a souligné, au par. 30, que « [d]e fait, toutes les techniques d'application de la divisibilité modifient les conditions de la convention originale ». L'application de la théorie de la divisibilité, pure et simple ou fictive, a pour objectif de donner effet à l'intention qu'avaient les parties au moment de la conclusion du contrat. Toutefois, les tribunaux disposeront d'une marge de manœuvre restreinte dans leur application de la théorie de la divisibilité en raison du droit des parties de contracter librement et de définir leurs droits et obligations dans les termes de leur choix.

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 029

AOI 030

D. *Blue-Pencil and Notional Severance Applied to Restrictive Covenants*

[33] Where the provision in question is a restrictive covenant in an employment contract, severance poses an additional concern. While the courts wish to uphold contractual rights and obligations between the parties, applying severance to an unreasonably wide restrictive covenant invites employers to draft overly broad restrictive covenants with the prospect that the courts will only sever the unreasonable parts or read down the covenant to what the courts consider reasonable. In *Mason*, Lord Moulton made the well-known statement to this effect at p. 745:

It would in my opinion be pessimi exempli if, when an employer had exacted a covenant deliberately framed in unreasonably wide terms, the Courts were to come to his assistance and, by applying their ingenuity and knowledge of the law, carve out of this void covenant the maximum of what he might validly have required. It must be remembered that the real sanction at the back of these covenants is the terror and expense of litigation, in which the servant is usually at a great disadvantage, in view of the longer purse of his master.

[34] Lord Moulton did not foreclose severance entirely. However, he considered it exceptional and applicable only where there could be a clear severance and, even then, only where the excess was of a trivial or technical nature. He stated at p. 745:

My Lords, I do not doubt that the Court may, and in some cases will, enforce a part of a covenant in restraint of trade, even though taken as a whole the covenant exceeds what is reasonable. But, in my opinion, that ought only to be done in cases where the part so enforceable is clearly severable, and even so only in cases where the excess is of trivial importance, or merely technical, and not a part of the main purport and substance of the clause. [Emphasis added.]

D. *L'application de la technique du trait de crayon bleu et de la divisibilité fictive aux clauses restrictives*

[33] Lorsque la stipulation en litige est une clause restrictive figurant dans un contrat de travail, l'application de la théorie de la divisibilité pose une difficulté supplémentaire. Bien que le souhait des tribunaux soit de donner effet aux droits et obligations stipulés par les parties, l'application de la théorie de la divisibilité à une clause restrictive d'une portée excessive incite en fait les employeurs à rédiger des clauses restrictives d'une portée démesurée en s'attendant à ce que les tribunaux en retranchent les éléments déraisonnables ou en donnent une interprétation atténuée selon ce qu'ils jugent raisonnable. Citons à ce propos, les célèbres observations faites par lord Moulton dans *Mason*, à la p. 745 :

[TRADUCTION] À mon avis, il serait absolument déplorable que les tribunaux viennent en aide à l'employeur qui a imposé une clause délibérément formulée dans des termes déraisonnablement larges et mettent à profit leur ingéniosité et leur connaissance du droit pour récupérer de cette clause nulle le maximum de ce que l'employeur aurait pu exiger en toute légitimité. Il ne faut pas oublier que la véritable sanction inscrite en filigrane dans ces clauses réside dans la terreur et les coûts d'une poursuite judiciaire, lors de laquelle l'employé se trouve habituellement désavantagé étant donné la bourse mieux garnie de son employeur.

[34] Lord Moulton n'a pas complètement exclu le recours à la divisibilité. Toutefois, il s'agissait pour lui d'une solution exceptionnelle, applicable uniquement aux stipulations clairement divisibles et, encore, à la condition qu'elles soient dénuées d'importance ou qu'elles soient de pure forme. Il s'est exprimé ainsi à la p. 745 :

[TRADUCTION] Vos seigneuries, je ne doute pas qu'il est possible, et qu'il arrivera dans certains cas, que la Cour applique une partie d'une clause restreignant la liberté de commerce, même si cette clause, prise globalement, va au-delà de ce qui est raisonnable. Mais à mon sens, cette solution ne devrait être retenue que dans les cas où la partie applicable est clairement divisible, et seulement lorsque les stipulations excessives sont dénuées d'importance ou sont de pure forme, et ne font partie ni de l'objet principal ni de la substance de la clause. [Je souligne.]

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 030

AOI 031

[35] Other cases have accepted that severance might be applied if the severed parts are independent of one another or can be severed without the severance affecting the meaning of the part remaining. See, for example, *T. S. Taylor Machinery Co. v. Biggar* (1968), 2 D.L.R. (3d) 281 (Man. C.A.), at p. 290, *Putsman v. Taylor*, [1927] 1 K.B. 637 (Div. Ct.), at pp. 639-40, and *T. Lucas & Co. v. Mitchell*, [1974] Ch. 129 (C.A.), at p. 135.

[36] I think the approach of Lord Moulton in *Mason* is the appropriate view of the law rather than the approach taken in the cases cited in para. 35 above. I am of the opinion that blue-pencil severance may be resorted to sparingly and only in cases where the part being removed is clearly severable, trivial and not part of the main purport of the restrictive covenant. However, the general rule must be that a restrictive covenant in an employment contract found to be ambiguous or unreasonable in its terms will be void and unenforceable.

[37] However, I am also of the view that notional severance has no place in the construction of restrictive covenants in employment contracts. In my opinion, there are at least two reasons why it would be inappropriate to extend the doctrine of notional severance to the case of restrictive covenants in employment contracts.

[38] First, there is no bright-line test for reasonableness. In the case of a contract that provides for an illegal rate of interest, for example, notional severance has been used to bring the rate down to the legal rate of 60 percent. In *Transport*, the evidence was that the parties did not intend to enter into an illegal contract, and what must be done to make the contract legal was quite clear. The Court inferred that the parties' original common intention was to charge and pay the highest legal interest rate and notional severance was applied to read down the rate to the highest legal rate.

[35] Dans d'autres causes, on a estimé possible de recourir à la divisibilité si les parties retranchées sont indépendantes des autres ou peuvent être retranchées sans que le sens du reste du document ne soit affecté. Voir, par exemple, *T. S. Taylor Machinery Co. c. Biggar* (1968), 2 D.L.R. (3d) 281 (C.A. Man.), p. 290, *Putsman c. Taylor*, [1927] 1 K.B. 637 (C. div.), p. 639-640, et *T. Lucas & Co. c. Mitchell*, [1974] Ch. 129 (C.A.), p. 135.

[36] J'estime que la vision du droit qu'il faut retenir est celle qui se dégage du raisonnement de Lord Moulton dans *Mason*, et non celle exprimée dans la jurisprudence citée au par. 35 ci-dessus. Selon moi, la technique du trait de crayon bleu devrait être appliquée avec parcimonie, et uniquement dans les cas où la partie retranchée peut clairement être séparée du reste de la clause, est dénuée d'importance et ne fait pas partie de l'objet principal de la clause restrictive. Néanmoins, la règle générale doit être la suivante : une clause restrictive ambiguë ou déraisonnable figurant dans un contrat de travail est nulle et inapplicable.

[37] Je suis également d'avis que la théorie de la divisibilité fictive ne doit pas être appliquée pour interpréter les clauses restrictives d'un contrat de travail. À mon avis, il y a au moins deux raisons pour lesquelles il serait inopportun d'étendre la théorie de la divisibilité fictive aux clauses restrictives d'un contrat de travail.

[38] Premièrement, il n'existe pas de critère de démarcation nette pour l'appréciation du caractère raisonnable. Dans le cas d'un contrat qui prévoit un taux d'intérêt illégal, par exemple, la théorie de la divisibilité fictive a été appliquée pour ramener le taux au maximum de 60 p. 100 autorisé par la loi. Dans *Transport*, il ressortait de la preuve que les parties n'avaient pas l'intention de conclure un contrat illégal et il était très facile de déterminer ce qu'il fallait faire pour rendre le contrat conforme à la loi. La Cour a conclu que les parties avaient initialement l'intention commune d'exiger et de payer le taux d'intérêt légal le plus élevé et elle a appliqué la théorie de la divisibilité fictive pour ramener le taux au maximum prévu par la loi.

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 031

AOI 032

[39] In the case of an unreasonable restrictive covenant, while the parties may not have had the common intention that the covenant be unreasonable, there is no objective bright-line rule that can be applied in all cases to render the covenant reasonable. Applying notional severance in these circumstances simply amounts to the court rewriting the covenant in a manner that it subjectively considers reasonable in each individual case. Such an approach creates uncertainty as to what may be found to be reasonable in any specific case.

[40] Second, applying the doctrine of notional severance runs into the problem identified by Lord Moulton in *Mason*. It invites the employer to impose an unreasonable restrictive covenant on the employee with the only sanction being that if the covenant is found to be unreasonable, the court will still enforce it to the extent of what might validly have been agreed to.

[41] Not only would the use of notional severance change the terms of the covenant from the parties' initial agreement to what the court thinks they should have agreed to, it would also change the risks assumed by the parties. The restrictive covenant is sought by the employer. The obligation is on the employee. Having regard to the generally accepted imbalance of power between employers and employees, to introduce the doctrine of notional severance to read down an unreasonable restrictive covenant to what is reasonable provides no inducement to an employer to ensure the reasonableness of the covenant and inappropriately increases the risk that the employee will be forced to abide by an unreasonable covenant.

[42] For these reasons, the doctrine of notional severance does not apply in respect of restrictive covenants in employment contracts.

V. Application to This Case

[43] Normally, the reasonableness of a restrictive covenant is determined by considering the extent of the activity sought to be prohibited and the extent of the temporal and spatial scope of the prohibition.

[39] Dans le cas d'une clause restrictive déraisonnable, bien que les parties n'aient peut-être pas eu l'intention commune de stipuler une clause déraisonnable, il n'existe pas de règle objective de démarcation nette qui puisse être appliquée dans tous les cas pour obtenir une clause raisonnable. Appliquer la théorie de la divisibilité fictive dans ces circonstances équivaut à récrire la clause en lui attribuant le contenu que le tribunal estime raisonnable, d'un point de vue subjectif, dans chaque cas particulier. Cette façon de procéder engendre l'incertitude quant à ce qui peut être jugé raisonnable dans un cas donné.

[40] Deuxièmement, l'application de la théorie de la divisibilité fictive pose le problème décrit par lord Moulton dans *Mason*. Elle incite l'employeur à imposer une clause restrictive déraisonnable à l'employé en risquant, pour unique sanction, que le tribunal, s'il juge la clause déraisonnable, lui donne néanmoins effet dans la mesure de ce qui aurait pu être valablement stipulé par les parties.

[41] Non seulement le recours à la théorie de la divisibilité fictive modifierait la clause stipulée à l'origine par les parties en lui substituant celle dont le tribunal estime que les parties auraient dû convenir, mais encore elle modifierait les risques assumés par les parties. C'est l'employeur qui stipule la clause restrictive et c'est à l'employé qu'incombe l'obligation. Compte tenu de l'inégalité de pouvoir généralement reconnue entre employeur et employé, le recours à la théorie de la divisibilité fictive pour attribuer une interprétation atténuée raisonnable à une clause restrictive déraisonnable n'incite pas l'employeur à stipuler une clause raisonnable et accroît indûment le risque que l'employé soit contraint de consentir à une clause déraisonnable.

[42] Pour ces motifs, la théorie de la divisibilité fictive ne s'applique pas aux clauses restrictives d'un contrat de travail.

V. Application aux faits de l'espèce

[43] Le caractère raisonnable d'une clause restrictive s'apprécie habituellement au regard de l'ampleur des activités interdites ainsi que de la portée géographique et de la durée de l'interdiction. Le

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 032

AOI 033

This case is different because of the added issue of ambiguity. As indicated, a restrictive covenant is *prima facie* unenforceable unless it is shown to be reasonable. However, if the covenant is ambiguous, in the sense that what is prohibited is not clear as to activity, time, or geography, it is not possible to demonstrate that it is reasonable. Thus, an ambiguous restrictive covenant is, by definition, *prima facie* unreasonable and unenforceable. Only if the ambiguity can be resolved is it then possible to determine whether the unambiguous restrictive covenant is reasonable.

[44] The trial judge found that there was no legal or judicial definition of the term "Metropolitan City of Vancouver". In finding that the spatial area covered by the restrictive covenant was not clear and certain, the trial judge referred to the evidence of the principal of KRG Western. At para. 56 of his reasons, he wrote:

> Mr. Meier's [principal of KRG Western] cross-examination at this trial was revealing as to what the parties had in mind when the phrase was used. At one point he testified that the phrase "means different things to different people". As his evidence progressed he thought that what was intended was the Greater Vancouver Regional District but "not Lion's Bay". At another point he indicated that it meant "Vancouver and suburbs" and finally he defined it on a population base indicating he thought it included "1.4 million people". During the course of his evidence he clearly indicated his belief that it was not limited to the City of Vancouver.

On the basis of this and other evidence, the trial judge found that the language of the restrictive covenant was neither clear nor certain and for this and other reasons dismissed the claim of KRG Western against Shafron.

[45] The Court of Appeal agreed that the term "Metropolitan City of Vancouver" was ambiguous. At para. 59, Chiasson J.A. wrote:

présent pourvoi se distingue en ce qu'il soulève en outre la question de l'ambiguïté de la clause. Comme nous l'avons vu, une clause restrictive est à première vue inapplicable, à moins qu'il ne soit démontré qu'elle est raisonnable. Mais si la clause est ambiguë, en ce sens que l'interdiction n'est pas clairement définie quant à sa durée, à sa portée géographique ou à l'activité interdite, il est impossible d'en démontrer le caractère raisonnable. Une clause restrictive ambiguë est donc par définition déraisonnable et inapplicable à première vue. C'est uniquement si l'ambiguïté peut être dissipée qu'il devient possible de déterminer si la clause restrictive non ambiguë est raisonnable.

[44] Le juge de première instance a constaté l'absence de définition législative ou jurisprudentielle de l'expression [TRADUCTION] « l'agglomération de la ville de Vancouver ». Il s'est reporté au témoignage du directeur de KRG Western pour conclure que le secteur géographique visé par la clause restrictive n'était ni clair ni précis. Voici ce qu'il a écrit au par. 56 de ses motifs :

> [TRADUCTION] Le contre-interrogatoire de M. Meier [le directeur de KRG Western] pendant le procès est révélateur de ce que les parties avaient à l'esprit en utilisant cette expression. Il a déclaré à un moment que cette expression « a une signification différente pour des personnes différentes ». Plus loin dans son témoignage, il a dit croire qu'on voulait parler du District régional de Vancouver, mais « pas de Lion's Bay ». À un autre moment, il a indiqué que cette expression désignait « Vancouver et sa banlieue », puis il a finalement défini l'expression en fonction de la population, précisant qu'elle incluait selon lui « 1,4 million de personnes ». Au cours de son témoignage, il a clairement indiqué que, dans son esprit, l'expression ne visait pas uniquement la ville de Vancouver.

Ce témoignage et d'autres éléments de preuve ont amené le juge de première instance à conclure que la clause restrictive n'était ni claire ni précise. Pour cette raison, et pour d'autres motifs, il a rejeté l'action intentée par KRG Western contre M. Shafron.

[45] La Cour d'appel a elle aussi jugé ambiguë l'expression [TRADUCTION] « l'agglomération de la ville de Vancouver ». Au paragraphe 59, le juge Chiasson a déclaré ce qui suit :

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 033

AOI 034

There is no fixed, recognized meaning for the phrase "Metropolitan City of Vancouver". Various suggested meanings were provided at trial and in this Court. They served merely to reinforce the ambiguity of the phrase.

[46] However, the Court of Appeal was satisfied that "there is no doubt that the parties intended to prevent Mr. Shafron from competing in the City of Vancouver and an area beyond the City" (para. 80). It then determined that what "likely was in the reasonable contemplation of the parties when they made their agreement" (para. 63) was "the City of Vancouver, the University of British Columbia Endowment Lands, Richmond and Burnaby" (para. 61). In construing the ambiguous term "Metropolitan City of Vancouver" in the way it did, the Court of Appeal said that it relied on the doctrine of notional severance to resolve the ambiguity.

A. *Severance Cannot Be Invoked to Resolve the Ambiguity*

[47] With respect, I do not think that what the Court of Appeal did constituted notional severance. As explained above, in *Transport*, notional severance was used to read down an illegal provision in a contract to render it legal. That is not what the Court of Appeal purported to do in this case. It was in fact trying to resolve the ambiguity in the term "Metropolitan City of Vancouver" by reading down covenant according to its notion of reasonableness and what it thought the parties might have intended (paras. 59 and 63). As stated earlier, notional severance does not permit a court to rewrite a restrictive covenant in an employment contract in order to reflect its own view of what the parties' consensus *ad idem* might have been or what the court thinks is reasonable in the circumstances.

[48] In the alternative, KRG Western submitted (at para. 116 of its factum) that, if this Court is unwilling to uphold the decision of the Court of Appeal which held that "Metropolitan City of Vancouver"

[TRADUCTION] Il n'existe aucune définition établie et reconnue de l'expression « l'agglomération de la ville de Vancouver ». Diverses significations ont été proposées pendant le procès et devant notre Cour. Elles n'ont servi qu'à accentuer l'ambiguïté de cette expression.

[46] Toutefois, la Cour d'appel était convaincue que [TRADUCTION] « les parties avaient sans l'ombre d'un doute l'intention d'empêcher M. Shafron de faire concurrence à l'entreprise dans la ville de Vancouver et dans les environs » (par. 80). Elle a ensuite conclu que le secteur [TRADUCTION] « sans doute raisonnablement envisagé par les parties lorsqu'elles ont conclu l'entente » (par. 63) était composé de « la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire de l'Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby » (par. 61). La Cour d'appel a dit s'être appuyée sur la théorie de la divisibilité fictive pour interpréter ainsi l'expression ambiguë [TRADUCTION] « l'agglomération de la ville de Vancouver ».

A. *La divisibilité ne peut être invoquée pour dissiper l'ambiguïté*

[47] En toute déférence, je ne crois pas que la Cour d'appel ait effectivement appliqué la théorie de la divisibilité fictive. Comme je l'ai expliqué précédemment, la Cour a appliqué la théorie de la divisibilité fictive dans *Transport* pour donner une interprétation atténuée d'une clause illégale afin de la rendre légale. Ce n'est pas ce que la Cour d'appel voulait faire en l'espèce. Elle essayait en fait de dissiper l'ambiguïté de l'expression [TRADUCTION] « l'agglomération de la ville de Vancouver » en donnant une interprétation atténuée de la clause selon ce qu'elle jugeait raisonnable et sa perception de l'intention possible des parties (par. 59 et 63). Comme je l'ai déjà indiqué, la théorie de la divisibilité fictive ne permet pas à un tribunal de récrire une clause restrictive d'un contrat de travail en accord avec sa propre perception du consensus auquel ont pu arriver les parties ou avec ce qu'il juge raisonnable dans les circonstances.

[48] KRG Western a fait valoir à titre subsidiaire (par. 116 de son mémoire) que, dans le cas où notre Cour ne serait pas disposée à confirmer la décision de la Cour d'appel interprétant

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 034

AOI 035

should be read to include "the City of Vancouver, the University of British Columbia Endowment Lands, Richmond and Burnaby", this Court should apply blue-pencil severance and remove the word "Metropolitan". In my view, blue-pencil severance does not apply here.

[49] As I have stated, blue-pencil severance is to be applied narrowly, and only in particular circumstances. In *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. v. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293 (B.C.C.A.), Lambert J.A. stated, at pp. 305-6, that

> the courts will only [apply blue pencil severance to] sever the covenant and expunge a part of it if the obligation that remains can fairly be said to be a sensible and reasonable obligation in itself and such that the parties would unquestionably have agreed to it without varying any other terms of the contract or otherwise changing the bargain. . . . It is in that context that reference is made in the cases severing and expunging merely trivial or technical parts of an invalid covenant, which are not part of the main purport of the clause, in order to make it valid . . . .

[50] Removal of the word "Metropolitan" would leave behind only "City of Vancouver". KRG Western, in its factum, stated that the "context makes it clear the parties intended the restricted area to cover not only the City of Vancouver, but also the suburbs immediately surrounding Vancouver" (para. 82). The Court of Appeal stated that the parties "clearly intended a geographic reach that included the City of Vancouver and something more" (para. 57 (emphasis added)). However, there is no evidence that the parties would have "unquestionably" agreed to remove the word "Metropolitan" "without varying any other terms of the contract or otherwise changing the bargain". Blue-pencil severance is therefore not applicable in this case.

l'expression [TRADUCTION] « l'agglomération de la ville de Vancouver » comme désignant « la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire de l'Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby », elle devrait appliquer la technique du trait de crayon bleu et supprimer les mots « l'agglomération de ». À mon avis, la divisibilité pure et simple ne s'applique pas en l'occurrence.

[49] Comme je l'ai expliqué, la divisibilité pure et simple doit être appliquée restrictivement, et uniquement dans des circonstances particulières. Dans *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. c. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293 (C.A.C.-B.), le juge Lambert a déclaré, aux p. 305-306, que

> [TRADUCTION] les tribunaux n'auront [recours à la technique du trait de crayon bleu pour] diviser la clause et en retrancher un élément que s'il est honnêtement possible de dire que l'obligation qui subsiste est en soi une obligation sensée et raisonnable sur laquelle les parties se seraient incontestablement entendues sans changer quoi que ce soit aux autres clauses du contrat ni modifier autrement le marché. [. . .] C'est dans ce contexte qu'il est question, dans la jurisprudence, de la possibilité de diviser une clause invalide ou d'en supprimer des éléments qui sont dénués d'importance ou qui sont de pure forme, et qui sont étrangers à son objet principal, afin de la rendre valide . . .

[50] En supprimant les mots « l'agglomération de », il ne resterait que les mots « la ville de Vancouver ». KRG Western écrit dans son mémoire qu'il [TRADUCTION] « ressort clairement du contexte que, pour les parties, le secteur géographique visé par la restriction devait inclure non seulement la ville de Vancouver, mais également ses banlieues immédiates » (par. 82). La Cour d'appel a estimé que les parties [TRADUCTION] « avaient clairement en tête une portée géographique qui comprenait la ville de Vancouver et quelque chose de plus » (par. 57 (je souligne)). Cependant, aucun élément de preuve ne démontre que les parties se seraient « incontestablement » entendues pour supprimer les mots « l'agglomération de » « sans changer quoi que ce soit aux autres clauses du contrat ni modifier autrement le marché ». La divisibilité pure et simple n'est par conséquent pas applicable en l'espèce.

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 035

B. *No Case Made Out for Rectification*

[51] KRG Western in its factum says that it was obvious that "something must have gone wrong with the language" of the covenant and that "Metropolitan City of Vancouver" is a "mistaken description" (paras. 75 and 78). This submission and KRG's pleadings at first instance invite the Court to apply the doctrine of rectification to clarify the mistaken description.

[52] However, this is not a case in which rectification is properly applicable. In *Frederick E. Rose (London) Ld. v. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953] 2 Q.B. 450 (C.A.), Denning L.J. stated at p. 461:

> Rectification is concerned with contracts and documents, not with intentions. In order to get rectification it is necessary to show that the parties were in complete agreement on the terms of their contract, but by an error wrote them down wrongly; and in this regard, in order to ascertain the terms of their contract, you do not look into the inner minds of the parties — into their intentions — any more than you do in the formation of any other contract.

Here, there was nothing to indicate what the parties intended by the use of the term "Metropolitan" when they entered into the covenant and nothing to indicate that they agreed on an area and then mistakenly wrote down "Metropolitan".

[53] In *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678, Binnie J., at paras. 37-40, set out the necessary requirements for rectification: (1) the existence and content of the inconsistent prior oral agreement; (2) that the party seeking to uphold the terms of the written agreement knew or ought to have known about the lack of correspondence between the written document and the oral agreement, in circumstances amounting to fraud or the equivalent of fraud; and (3) "the precise form" in which the written instrument can be made to express the prior intention.

B. *Le droit à la rectification n'a pas été établi*

[51] Dans son mémoire, KRG Western affirme que, de toute évidence, [TRADUCTION] « il doit y avoir eu erreur dans le libellé » de la clause et que l'expression « l'agglomération de la ville de Vancouver » constitue une « description erronée » (par. 75 et 78). Cette prétention et les actes de procédure déposés par KRG en première instance invitent la Cour à appliquer la théorie de la rectification pour clarifier cette description erronée.

[52] Il ne s'agit cependant pas d'une affaire où la rectification est possible. Dans *Frederick E. Rose (London) Ld. c. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953] 2 Q.B. 450 (C.A.), le lord juge Denning a apporté les précisions suivantes, à la p. 461 :

> [TRADUCTION] La rectification concerne les contrats et les documents, et non les intentions. Pour obtenir une rectification, il faut démontrer que les parties étaient parfaitement d'accord sur les stipulations du contrat, mais qu'elles ont fait une erreur lorsqu'elles les ont consignées par écrit; et il n'y a pas davantage lieu à cet égard, pour établir les conditions du contrat conclu, de sonder la pensée des parties — de sonder leurs intentions — qu'il n'y a lieu de le faire à propos de la formation de tout autre contrat.

En l'espèce, rien n'indiquait ce que les parties avaient en tête en utilisant le mot « agglomération » lors de la conclusion du contrat et rien n'indiquait qu'elles s'étaient entendues sur un secteur géographique, puis avaient écrit le mot « agglomération » par erreur.

[53] Dans *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678, le juge Binnie a énoncé, aux par. 37-40, les conditions préalables à la rectification : il faut (1) établir l'existence et la teneur de l'entente verbale antérieure incompatible; (2) prouver que la partie qui réclame l'application de l'entente écrite connaissait ou aurait dû connaître la discordance entre l'entente verbale et l'entente écrite, dans des circonstances qui constituent une fraude ou l'équivalent d'une fraude; et (3) démontrer « de façon précise » comment l'écrit peut être formulé pour exprimer l'intention antérieure.

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 037

[54] In this case, KRG Western has shown no prior oral agreement, let alone the content of one. Rather, it simply asserts that "something must have gone wrong with the language" of the contract. Without pointing to a prior agreement that was departed from when the contract was put into writing, rectification is not available.

[55] In Binnie J.'s discussion of the "precise form" requirement, at para. 40, he stated:

> The third hurdle is that Sylvan (Bell) [the respondent in that case] must show "the precise form" in which the written instrument can be made to express the prior intention (*Hart*, *supra*, *per* Duff J., at p. 630). This requirement closes the "floodgates" to those who would invite the court to speculate about the parties' unexpressed intentions, or impose what in hindsight seems to be a sensible arrangement that the parties might have made but did not. The court's equitable jurisdiction is limited to putting into words that — and only that — which the parties had already orally agreed to.

In my view, the Court of Appeal imposed what in hindsight seemed to it to be a sensible arrangement that the parties might have made, but did not.

[56] I would also note Binnie J.'s comments, at para. 31:

> In *Hart*, *supra*, at p. 630, Duff J. (as he then was) stressed that "[t]he power of rectification must be used with great caution". Apart from everything else, a relaxed approach to rectification as a substitute for due diligence at the time a document is signed would undermine the confidence of the commercial world in written contracts.

[57] In this case, KRG Western can point to no prior agreement, written or oral, that explains the term "Metropolitan City of Vancouver". Rectification is used to restore what the parties' agreement actually was, were it not for the error in the written agreement. In the present case, there is no indication that the parties agreed on something

[54] En l'espèce, KRG Western n'a pas établi l'existence d'une entente verbale antérieure, et encore moins la teneur d'une telle entente. Elle affirme simplement qu'il [TRADUCTION] « doit y avoir eu erreur dans le libellé » du contrat. Pour demander une rectification, il faut impérativement faire valoir une entente antérieure à laquelle il aurait été dérogé lorsque le contrat a été consigné par écrit.

[55] Le juge Binnie a fait les observations suivantes, au par. 40, sur l'obligation de démontrer « de façon précise » comment l'écrit peut être formulé :

> Suivant le troisième obstacle, Sylvan (Bell) [l'intimée dans cette cause] doit démontrer [TRADUCTION] « de façon précise » comment l'écrit peut être formulé pour exprimer l'intention antérieure (*Hart*, précité, le juge Duff, p. 630). Cette exigence prévient « l'avalanche de poursuites » de la part de ceux qui inviteraient les tribunaux à spéculer sur les intentions inexprimées des parties ou à imposer ce qui, a posteriori, semble être un arrangement judicieux, qu'auraient pu conclure les parties mais qu'elles n'ont par ailleurs pas choisi. La compétence des tribunaux en equity se limite à exprimer en mots ce sur quoi — et uniquement ce sur quoi — les parties s'étaient déjà entendues verbalement.

J'estime que la Cour d'appel a imposé ce qui, a posteriori, lui semblait être un arrangement judicieux qu'auraient pu conclure les parties, mais qu'elles n'ont par ailleurs pas choisi.

[56] Je signalerais aussi les commentaires suivants faits par le juge Binnie au par. 31 :

> Dans l'arrêt *Hart*, précité, p. 630, le juge Duff (plus tard Juge en chef du Canada) a souligné que [TRADUCTION] « [l]e pouvoir de rectification ne doit être utilisé qu'avec grande prudence ». Tout assouplissement de l'application de la rectification qui en ferait un substitut à l'exercice de diligence raisonnable lors de la signature d'un document aurait pour effet d'ébranler la confiance du monde des affaires à l'égard des contrats écrits.

[57] En l'espèce, KRG Western ne peut faire valoir aucune entente préalable, écrite ou verbale, qui expliquerait l'expression [TRADUCTION] « l'agglomération de la ville de Vancouver ». La rectification a pour objet de rétablir l'entente véritablement conclue par les parties, n'eût été l'erreur commise dans l'entente écrite. Or dans le cas qui

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 037

AOI 038

and then mistakenly included something else in the written contract. Rather, they used an ambiguous term in the written contract. The original restrictive covenant was drafted by a Toronto lawyer who apparently did not know that "Metropolitan City of Vancouver" was not a legally defined term. The doctrine of rectification is not applicable.

VI. Conclusion

[58] In my respectful opinion, the Court of Appeal erred when it rewrote the restrictive covenant in this case to substitute for the "Metropolitan City of Vancouver" the "City of Vancouver, the University of British Columbia Endowment Lands, Richmond and Burnaby". The term "Metropolitan City of Vancouver" was ambiguous and there was no context or other evidence demonstrating the mutual understanding of the parties at the time they entered into the contract as to what geographic area it covered. Further, the trial judge found that the restrictive covenant was unreasonable (para. 52). It was inappropriate for the Court of Appeal to rewrite the geographic scope in the restrictive covenant to what it thought was reasonable.

[59] I would allow the appeal with costs here and in the courts below and restore the judgment of the trial judge dismissing KRG Western's action.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Clark Wilson, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Lindsay Kenney, Vancouver.

nous occupe, rien ne permet de croire que les parties auraient convenu d'une chose, puis inscrit par erreur quelque chose d'autre dans le contrat écrit. En fait, elles ont plutôt utilisé une expression ambiguë dans le contrat écrit. La clause restrictive originale a été rédigée par un avocat de Toronto qui, semble-t-il, ne savait pas que l'expression [TRADUCTION] « l'agglomération de la ville de Vancouver » n'avait pas de sens défini en droit. La théorie de la rectification ne s'applique pas.

VI. Conclusion

[58] À mon avis, la Cour d'appel a eu tort de récrire en l'espèce la clause restrictive pour remplacer [TRADUCTION] « l'agglomération de la ville de Vancouver » par « la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire de l'Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby ». L'expression « l'agglomération de la ville de Vancouver » était ambiguë et il n'existait aucun contexte ni autre élément de preuve établissant que les parties s'étaient entendues, au moment de la conclusion du contrat, sur le secteur géographique visé par cette expression. Qui plus est, le juge de première instance a conclu que la clause restrictive était déraisonnable (par. 52). La Cour d'appel ne pouvait pas reformuler la portée géographique de la clause restrictive selon ce qui lui semblait raisonnable.

[59] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures et de rétablir la décision du juge de première instance rejetant l'action de KRG Western.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Clark Wilson, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Lindsay Kenney, Vancouver.

2009 SCC 6 (CanLII)

AOI 038

TAB 3

AOI 040

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*

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*

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.

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 040

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

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

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

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

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

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

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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,

2020 SCC 16 (CanLII)

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

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

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

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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, illusoires.

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,

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 047

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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 047

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

2020 SCC 16 (CanLII)

2020 SCC 16 (CanLII)

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,

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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 inexécutoires.

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

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. Zittrer*, [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. Zittrer*, [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.

2020 SCC 16 (CanLII)

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. Zittrer*, [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 v. 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. nº 513 (QL); *Continental Resources Inc. c. East Asiatic Co. (Canada)*, [1994] A.C.F. nº 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. Zittrer*, [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,

2020 SCC 16 (CanLII)

2020 SCC 16 (CanLII)

[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. nº 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. (2e) 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 nº 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*

2020 SCC 16 (CanLII)

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 060

Ontario. Ministry of Labour, Training and Skills Development. *The Changing Workplaces Review: An Agenda for Workplace Rights — Final Report*. Toronto, 2017.

Paulsson, Jan. *The Idea of Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Peden, John R. *The Law of Unjust Contracts: Including the Contracts Review Act 1980 (NSW) With Detailed Annotations Procedure and Pleadings*. Scarborough, Ont.: Butterworths, 1982.

Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

Radin, Margaret Jane. "Access to Justice and Abuses of Contract" (2016), 33 *Windsor Y.B. Access Just.* 177.

Reiter, B. J. "Unconscionability: Is There a Choice? A Reply to Professor Hasson" (1980), 4 *Can. Bus. L.J.* 403.

Rickett, Charles. "Unconscionability and Commercial Law" (2005), 24 *U.Q.L.J.* 73.

Rotman, Leonard I. "The 'Fusion' of Law and Equity?: A Canadian Perspective on the Substantive, Jurisdictional, or Non-Fusion of Legal and Equitable Matters" (2016), 2 *C.J.C.C.L.* 497.

Smith, Stephen A. *Contract Theory*. New York: Oxford University Press, 2004.

Swan, Angela, Jakub Adamski and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.

Thal, Spencer Nathan. "The Inequality of Bargaining Power Doctrine: the Problem of Defining Contractual Unfairness" (1988), 8 *Oxford J. Legal Stud.* 17.

Uniform Law Conference of Canada. *Uniform Arbitration Act*, 1990 (online: https://www.ulcc.ca/images/stories/Uniform_Acts_EN/Arbitrat_En.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC16_1_eng.pdf).

United Nations. Commission on International Trade Law. *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*. New York, 2012.

van den Berg, Albert Jan, ed. *Yearbook Commercial Arbitration 1999*, vol. XXIVa. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 1999.

Waddams, S. M. "Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations" (1995), 9 *J.C.L.* 55.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 7th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2017.

Waddams, Stephen. "Abusive or Unconscionable Clauses from a Common Law Perspective" (2010), 49 *Can. Bus. L.J.* 378.

Waddams, Stephen. *Principle and Policy in Contract Law: Competing or Complementary Concepts?* New York: Cambridge University Press, 2011.

Ontario. Ministère du Travail, de la Formation et du Développement des compétences. *L'examen portant sur l'évolution des milieux de travail : Un programme pour les droits en milieu de travail — Rapport final*, Toronto, 2017.

Paulsson, Jan. *The Idea of Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Peden, John R. *The Law of Unjust Contracts : Including the Contracts Review Act 1980 (NSW) With Detailed Annotations Procedure and Pleadings*, Scarborough (Ont.), Butterworths, 1982.

Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.

Radin, Margaret Jane. « Access to Justice and Abuses of Contract » (2016), 33 *Windsor Y.B. Access Just.* 177.

Reiter, B. J. « Unconscionability : Is There a Choice? A Reply to Professor Hasson » (1980), 4 *Rev. can. dr. comm.* 403.

Rickett, Charles. « Unconscionability and Commercial Law » (2005), 24 *U.Q.L.J.* 73.

Rotman, Leonard I. « The "Fusion" of Law and Equity? : A Canadian Perspective on the Substantive, Jurisdictional, or Non-Fusion of Legal and Equitable Matters » (2016), 2 *C.J.C.C.L.* 497.

Smith, Stephen A. *Contract Theory*, New York, Oxford University Press, 2004.

Swan, Angela, Jakub Adamski and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.

Thal, Spencer Nathan. « The Inequality of Bargaining Power Doctrine : the Problem of Defining Contractual Unfairness » (1988), 8 *Oxford J. Legal Stud.* 17.

Uniform Law Conference of Canada. *Uniform Arbitration Act*, 1990 (en ligne : https://www.ulcc.ca/images/stories/Uniform_Acts_EN/Arbitrat_En.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC16_1_eng.pdf).

United Nations. Commission on International Trade Law. *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, New York, 2012.

van den Berg, Albert Jan, ed. *Yearbook Commercial Arbitration 1999*, vol. XXIVa, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 1999.

Waddams, S. M. « Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations » (1995), 9 *J.C.L.* 55.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 7th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2017.

Waddams, Stephen. « Abusive or Unconscionable Clauses from a Common Law Perspective » (2010), 49 *Rev. can. dr. comm.* 378.

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 060

AOI 061

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 061

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

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

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

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

[3] Mr. Heller started a class proceeding against Uber in 2017 for violations of the *ESA*. Uber brought a motion to stay the class proceeding in favour of arbitration in the Netherlands. In response, Mr. Heller took the position that the arbitration clause[2] 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[1]. 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[2] prévue aux ententes de service d'Uber est nulle, à la fois parce qu'elle est inique et parce qu'elle soustrait les parties par contrat aux dispositions impératives de la *LNE*. Le juge des motions a conclu qu'il n'avait pas le pouvoir de décider si la convention d'arbitrage était valide et il a donc ordonné le sursis de la procédure intentée par M. Heller (2018 ONSC 718, 421 D.L.R. (4th) 343). La Cour d'appel a infirmé cette ordonnance, jugeant, entre autres, que la convention d'arbitrage

[1] We refer to the four appellants collectively as "Uber".

[2] The phrases "arbitration clause" and "arbitration agreement" both refer to that part of the overall contract dealing with the arbitration.

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

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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 064

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 :

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 064

2020 SCC 16 (CanLII)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[13] Uber, se fondant sur la clause d'arbitrage prévue à l'entente de service qu'elle a conclu avec M. Heller, a demandé le sursis de l'instance au profit d'un arbitrage aux Pays-Bas[4]. Monsieur Heller a plaidé que la clause d'arbitrage est nulle pour deux raisons : parce qu'elle est inique, et parce qu'elle soustrait les parties par contrat aux mesures de protection impératives de la *LNE*.

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

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

[4] La cause a été plaidée sur le fondement que les quatre défenderesses 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* (3e 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.

2020 SCC 16 (CanLII)

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 068

Analysis

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

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

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

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

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

Analyse

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

[19] Nous sommes d'accord avec M. Heller. Le différend qui oppose les parties concerne fondamentalement le travail et l'emploi. La *LACI* n'est pas censée s'appliquer à ce type de causes[5].

[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 nº 43, adoptée par la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international à New York le 10 juin 1958 (« *Convention* ») et la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17, ann. 1, adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985, et modifiée par elle le 7 juillet 2006 (« *Loi type* »). Seule la *Loi type* est pertinente en l'espèce.

[5] Nous notons au passage que si le juge des motions avait ordonné le sursis de l'instance en application de la *LA*, il n'aurait pas été possible d'interjeter appel de sa décision devant la Cour d'appel (*LA*, par. 7(6)). Il aurait toutefois été possible d'en faire appel directement devant la Cour avec autorisation (*Crown Grain Compagny, 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.

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 068

[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.]

2020 SCC 16 (CanLII)

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

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

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

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

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

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

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

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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 071

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* (2e 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.

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 071

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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, nº 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.

2020 SCC 16 (CanLII)

[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

2020 SCC 16 (CanLII)

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* (33e 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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 077

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 077

[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 intervener 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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 079

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'equity 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* (2e 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* (4e 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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 079

AOI 080

2020 SCC 16 (CanLII)

(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* (6e 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 :

AOI 080

AOI 081

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'equity 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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 081

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).

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] 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

[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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 083

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'allégement relèvera du pouvoir général, et les distinctions anormales [. . .] disparaîtront » (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (7e 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* (10e 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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 083

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[6]:

> Two elements are required for the doctrine of unconscionability to apply: inequality of bargaining powers and unfairness. Prof. McCamus describes them as follows:
>
> > . . . one must establish both inequality of bargaining power in the sense that one party is incapable of adequately protecting his or her interests and undue advantage or benefit secured as a result of that inequality by the stronger party. [Emphasis deleted; para. 115.]

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

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

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

[6] The majority did not discuss the elements of unconscionability.

[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[6] :

> 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; par. 115.]

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

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

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

[6] Les juges majoritaires n'ont pas traité des éléments constitutifs de l'iniquité.

2020 SCC 16 (CanLII)

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'equity peut servir relativement à un large éventail de faiblesses présentent au moment de conclure une entente. Ces faiblesses peuvent être *personnelles* (c.-à-d. consister en caractéristiques propres au demandeur en général) ou *circonstancielles* (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;

2020 SCC 16 (CanLII)

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'equity 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* (4e 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).

2020 SCC 16 (CanLII)

[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).

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 088

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

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

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

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

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

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

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

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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 088

[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'equity, on leur fait confiance pour [TRADUCTION] « rendre une justice appropriée sur les plans situationnel et doctrinal » (Rotman, p. 535). L'équité, prémisse et objectif fondamentaux de l'equity, 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.

2020 SCC 16 (CanLII)

(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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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).

2020 SCC 16 (CanLII)

[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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

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

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

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

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

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

[95] En fait, la clause d'arbitrage modifie tous les autres droits substantiels prévus au contrat de sorte que tous les droits dont jouit M. Heller sont assujettis à la condition préalable apparente qu'il se rende à Amsterdam[7], entame une procédure d'arbitrage en payant les frais requis et reçoive une sentence arbitrale établissant une violation de ce droit. Ce n'est qu'une fois ces conditions préalables remplies que M. Heller peut obtenir une décision de justice pour faire valoir ses droits substantiels en application

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

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

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

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

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

[96] Nous ajoutons que l'iniquité de la clause d'arbitrage peut être examinée distinctement de celle du contrat dans son ensemble. Comme l'explique la décision *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik c. South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909 (H.L.), une convention d'arbitrage [TRADUCTION] « 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*[8] étayent en outre cette position.

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

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

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

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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 097

[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 inexécutoires *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.

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 097

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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 099

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 099

AOI 100

[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)*

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 100

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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).

2020 SCC 16 (CanLII)

[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 franchisage 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 équivaudrait 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

2020 SCC 16 (CanLII)

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 *un*just. 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 *in*justes. 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

2020 SCC 16 (CanLII)

(*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. Zittrer*, [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. Zittrer*, [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

2020 SCC 16 (CanLII)

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'equity (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 l'*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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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 inexécutoires 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).

2020 SCC 16 (CanLII)

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).

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] 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).

[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] 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.

[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.

2020 SCC 16 (CanLII)

[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).

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 111

[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 dédoubler le processus.

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 111

(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 des 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.

2020 SCC 16 (CanLII)

[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.

[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] 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

[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

2020 SCC 16 (CanLII)

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

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.

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] 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.

[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] 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

[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

2020 SCC 16 (CanLII)

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 *in*compatible 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 *in*compatible 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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

("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).

2020 SCC 16 (CanLII)

[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.

[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. nº 513 (QL), et *Continental Resources Inc. c. East Asiatic Co. (Canada)*, [1994] A.C.F. nº 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] 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

[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,

2020 SCC 16 (CanLII)

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 121

[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* (7e éd. 2017), c. 14 et p. 306).

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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 121

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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 123

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.*

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 123

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, « Unconscinability : 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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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 :

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 127

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 pourquoi 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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 127

2020 SCC 16 (CanLII)

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'equity cousine, l'influence indue, l'iniquité

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

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

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

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

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

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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, [TRADUCTION] « 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 contrepoids 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,

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

2020 SCC 16 (CanLII)

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 différents 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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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* (2e 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.

2020 SCC 16 (CanLII)

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 rejetterais 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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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.

. . .

2020 SCC 16 (CanLII)

"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.

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 141

[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.

. . .

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 141

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

[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.

2020 SCC 16 (CanLII)

[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.

2020 SCC 16 (CanLII)

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*)?

2020 SCC 16 (CanLII)

- 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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 147

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 jurisprudentiel 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*

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 147

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. Zittrer*, [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. Zittrer*, [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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 149

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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 149

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.

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. *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.

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 151

[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.

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 151

[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* (2e 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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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 ».

2020 SCC 16 (CanLII)

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*,

2020 SCC 16 (CanLII)

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* (6e éd. 2015), p. 158; *BNA c. BNB*, [2019] SGCA 84, par. 44-48 (CommonLII).

2020 SCC 16 (CanLII)

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.

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] 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.

[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) Rule of Systematic Referral to Arbitration

(3) La règle du renvoi systématique à l'arbitrage

[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).

[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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

[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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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.

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) Proposed Exceptions to the Rule of Systematic Referral

(4) Exceptions proposées à la règle du renvoi systématique

[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.

[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) *Systematic Referral and Challenges to the Validity of the Arbitration Agreement*

(a) *Renvoi systématique et contestations visant la validité de la convention d'arbitrage*

[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.

[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] 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

[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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 163

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* (2e 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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 163

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 : par. 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 : par. 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.

2020 SCC 16 (CanLII)

[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 intenter 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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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 nº 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

2020 SCC 16 (CanLII)

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. nº 513 (QL); *Continental Resources Inc. c. East Asiatic Co. (Canada)*, [1994] A.C.F. nº 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 statutaire 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 statutaire 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 statutaire du « tribunal purement consensuel qui ne doit son existence qu'à la seule volonté des parties » : *Roberval Express*,

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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 :

2020 SCC 16 (CanLII)

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.LR. (4th) 387, par. 39.

2020 SCC 16 (CanLII)

[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

2020 SCC 16 (CanLII)

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 : par. 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 : par. 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 inexécutoires. En effet, l'arrêt *Seidel* de la Cour — de même que ses prédécesseurs *Dell*, *Rogers* et *Desputeaux* — confirme que la présomption initiale est l'inverse.
>
> (*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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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 compromettait 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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 179

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 « rédig[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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 179

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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. (2e) 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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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. 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.

[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

2020 SCC 16 (CanLII)

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 185

(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.

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 185

[297] This means that the provision of the *ESA* on which Mr. Heller relies in support of a determination of invalidity of the Arbitration Clause is unavailable to him for the purposes of this motion:

No contracting out

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

A court cannot determine that an arbitration agreement is invalid pursuant to s. 5 without first finding that the parties involved are an employer or agent of an employer and an employee or agent of an employee.[9] Whether Mr. Heller is an employee within the meaning of the *ESA* is a complex question of mixed law and fact which cannot be decided on the basis of the record before the court, nor should it be: the rule of systematic referral applies, and the parties should be referred to arbitration.

[298] Nonetheless, because the parties have made submissions on the merits of the challenge under the *ESA*, I find that it will be helpful to comment on some of the legal aspects of this challenge.

(i) Contracting Out of the Enforcement Mechanisms by Means of an Arbitration Clause

[299] Mr. Heller argues that the Arbitration Clause amounts to a contracting out of an employment standard in that it precludes him from filing a complaint with the Ministry of Labour pursuant to s. 96 of the *ESA* in which he would allege that he has been misclassified. The flaw in his argument is that the ability to file a complaint under s. 96 of that Act is not an employment standard. An "employment standard" is a "requirement or prohibition [under the *ESA*] that applies to an employer for the benefit of an employee": *ESA*, s. 1(1). Even if I assume, without

[9] Mr. Heller did not rest his argument on the common law doctrine of statutory illegality, and I decline to consider it in the absence of submissions from the parties: see *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, 2004 SCC 7, [2004] 1 S.C.R. 249.

[297] Par conséquent, M. Heller ne peut se prévaloir de la disposition de la *LNE* qu'il invoque afin de faire annuler la clause d'arbitrage pour les besoins de la motion en l'espèce :

Impossibilité de se soustraire à une norme d'emploi

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

Le tribunal ne peut annuler une convention d'arbitrage conformément à l'art. 5 sans d'abord conclure que les parties en cause sont des employeurs, des employés ou leurs mandataires[9]. La question de savoir si M. Heller est un employé au sens de la *LNE* est une question complexe mixte de droit et de fait qui ne peut être tranchée sur la base du dossier soumis à la Cour, et elle ne devrait pas l'être non plus. La règle du renvoi systématique s'applique et les parties doivent être renvoyées à l'arbitrage.

[298] Néanmoins, comme les parties ont soumis des arguments quant au bien-fondé de la contestation relative à la *LNE*, il me paraît utile de commenter certains des enjeux juridiques qui se posent.

(i) Se soustraire par contrat aux mécanismes d'application de la loi au moyen d'une clause d'arbitrage

[299] Monsieur Heller fait valoir que la clause d'arbitrage soustrait par contrat les parties à une norme d'emploi en l'empêchant de déposer une plainte auprès du ministère du Travail en vertu de l'art. 96 de la *LNE* dans laquelle il soutiendrait avoir été classifié de manière erronée. La faille dans son argument est que la faculté de déposer une plainte conformément à l'art. 96 de cette loi ne constitue pas une norme d'emploi. La « norme d'emploi » s'entend d'une « exigence ou interdiction prévue par la [*LNE*] qui s'applique à un employeur et qui bénéficie à un

[9] Monsieur Heller n'a pas fondé son argument sur la doctrine de l'illégalité du fait de la loi en common law et je refuse de l'examiner à défaut d'observations des parties : voir *Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp.*, 2004 CSC 7, [2004] 1 R.C.S. 249.

2020 SCC 16 (CanLII)

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* (2e 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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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* (2e 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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 191

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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 191

AOI 192

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

2020 SCC 16 (CanLII)

AOI 192

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

[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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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

2020 SCC 16 (CanLII)

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.

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] 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).

[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, [TRADUCTION] « [l]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] 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

[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*

2020 SCC 16 (CanLII)

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 inexécutoires, 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

2020 SCC 16 (CanLII)

~~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 Règlement 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.

2020 SCC 16 (CanLII)

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.

2020 SCC 16 (CanLII)

Solicitor for the intervener the Workers' Health and Safety Legal Clinic: Workers' Health and Safety Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the intervener the Montreal Economic Institute: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian American Bar Association: Caza Saikaley, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc. and the Toronto Commercial Arbitration Society: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Chamber of Commerce: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Solicitors for the intervener the International Chamber of Commerce: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener the Consumers Council of Canada: Sotos, Toronto.

Solicitors for the intervener the Community Legal Assistance Society: Allen/McMillan Litigation Counsel, Vancouver.

Solicitors for the intervener ADR Chambers Inc.: Bennett Jones, Toronto.

Procureur de l'intervenante Workers' Health and Safety Legal Clinic : Workers' Health and Safety Legal Clinic, Toronto.

Procureurs de l'intervenant l'Institut économique de Montréal : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian American Bar Association : Caza Saikaley, Ottawa.

Procureurs des intervenants Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc. et Toronto Commercial Arbitration Society : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce du Canada : Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce internationale : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenant Consumers Council of Canada : Sotos, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Community Legal Assistance Society : Allen/McMillan Litigation Counsel, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante ADR Chambers Inc. : Bennett Jones, Toronto.

2020 SCC 16 (CanLII)

TAB 4

2176693 Ontario Ltd. et al. v. The Cora Franchise Group Inc.
[Indexed as: 2176693 Ontario Ltd. v. Cora Franchise Group Inc.]

Ontario Reports

Court of Appeal for Ontario,

G.J. Epstein, van Rensburg and Benotto JJ.A.

March 12, 2015

124 O.R. (3d) 776 | 2015 ONCA 152

2015 ONCA 152 (CanLII)

Case Summary

Contracts — Franchise agreement — Clause in franchise agreement requiring franchisee to provide franchisor with general release of any claims against franchisor as condition precedent to franchisor consenting to assignment of franchise agreement to third party — Franchisor asking franchisee to sign release of claims not covered by Arthur Wishart Act (Franchise Disclosure) — Release clause in agreement unenforceable as it was contrary to s. 11 of Act — Severance or reading down of clause to apply only to common law claims not appropriate remedy as it would undermine purpose of Act — Arthur Wishart Act (Franchise Disclosure), 2000, S.O. 2000, c. 3, s. 11.

The applicant franchisees were parties to franchise agreements with the respondent. In each case, a clause in the franchise agreement required the franchisee to provide the franchisor with a general release of any claims against the franchisor, in the form specified by the franchisor, as a condition precedent to the franchisor consenting to the assignment of the franchise agreement. Section 11 of the *Arthur Wishart Act (Franchise Disclosure), 2000* (the "*AWA*") provides that any purported waiver or release by a franchisee of a right given under the Act is void. The respondent asked the applicants to sign a release of claims other than claims covered by the *AWA*. The applicants refused to do so and applied successfully for a declaration that the clause was void and unenforceable. The respondent appealed.

Held, the appeal should be dismissed.

The words "in the form specified by the franchisor" in the impugned clause did not expressly allow the respondent to determine the scope of the release, thereby making it compliant with s. 11 of the AWA. The clause required a "general release", not a release of whatever claims the respondent might specify.

The application judge erred in finding that the impugned clause was void. Section 11 of the *AWA* did not render the impugned clause void, as it operated to void [page777] the release itself, not the provisions of a contract requiring such a release to be provided. However, the impugned clause was unenforceable, as enforcement would require the performance of something that would contravene s. 11 of the *AWA*. The application judge did not err when she held that the clause could not be severed or read down to permit the respondent to require a release of only

non-*AWA* claims. Doing so would subvert the purpose and policy of s. 11 of the *AWA*. Severing clauses otherwise unenforceable under the *AWA* would invite franchisors to draft overly broad provisions with the prospect that the courts would only sever or read those provisions down and would provide no incentive to franchisors to ensure that their franchise agreements are in compliance with the *AWA*. It would also increase the risk that a franchisee -- having signed a waiver or release of all claims -- would erroneously believe it was not entitled to pursue any claims against the franchisor, including its *AWA* claims. To the extent that the applicants would no longer be required to release their common law claims, they would receive a greater protection than to which they would have been entitled. However, the extent of that windfall was hard to assess, since there is significant overlap between the common law and *AWA* claims of a franchisee alleging misrepresentation. In any event, the legitimate interests of the respondent, in the context of an assignment, were protected even without the requirement of providing a release. The purpose of the assignment provision was to ensure that the franchise agreement was assigned to a competent party. All of the other conditions precedent to the respondent's approval of an assignment remained in place. In particular, the respondent did not lose its ability to approve the assignee as a franchisee.

Seidel v. Telus Communications Inc., [2011] 1 S.C.R. 531, [2011] S.C.J. No. 15, 2011 SCC 15, 301 B.C.A.C. 1, 412 N.R. 195, 2011EXP-936, J.E. 2011-498, EYB 2011-187826, 329 D.L.R. (4th) 577, [2011] 6 W.W.R. 229, 16 B.C.L.R. (5th) 1, 82 B.L.R. (4th) 1, 1 C.P.C. (7th) 221, 199 A.C.W.S. (3d) 1064, **distd**

405341 Ontario Ltd. v. Midas Canada Inc., [2010] O.J. No. 2845, 2010 ONCA 478, 264 O.A.C. 111, 70 B.L.R. (4th) 1, 322 D.L.R. (4th) 177, 191 A.C.W.S. (3d) 113, **consd**

Other cases referred to

Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp., [2014] 2 S.C.R. 633, [2014] S.C.J. No. 53, 2014 SCC 53, 2014EXP-2369, J.E. 2014-1345, 373 D.L.R. (4th) 393, [2014] 9 W.W.R. 427, 59 B.C.L.R. (5th) 1, 461 N.R. 335, 25 B.L.R. (5th) 1, 358 B.C.A.C. 1, 614 W.A.C. 1, 242 A.C.W.S. (3d) 266; *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc*., [2009] 1 S.C.R. 157, [2009] S.C.J. No. 6, 2009 SCC 6, 52 B.L.R. (4th) 165, [2009] 3 W.W.R. 577, 301 D.L.R. (4th) 522, 87 B.C.L.R. (4th) 1, 68 C.C.L.I. (4th) 161, 70 C.C.E.L. (3d) 157, 265 B.C.A.C. 1, EYB 2009-153214, J.E. 2009-241, [2009] CLLC Â210-010, 383 N.R. 217, 173 A.C.W.S. (3d) 151; *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp*. (2003), 64 O.R. (3d) 533, [2003] O.J. No. 1919, 226 D.L.R. (4th) 577, 172 O.A.C. 78, 38 B.L.R. (3d) 42, 123 A.C.W.S. (3d) 267 (C.A.); *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp*., [2004] 1 S.C.R. 249, [2004] S.C.J. No. 9, 2004 SCC 7, 235 D.L.R. (4th) 385, 316 N.R. 84, J.E. 2004-446, 183 O.A.C. 342, 40 B.L.R. (3d) 18, 18 C.R. (6th) 1, 17 R.P.R. (4th) 1, REJB 2004-53611, 128 A.C.W.S. (3d) 1002, 60 W.C.B. (2d) 90

Statutes referred to

Arthur Wishart Act (Franchise Disclosure), 2000, S.O. 2000, c. 3, ss. 3, 11

Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2, ss. 3, 172 [page778]

2015 ONCA 152 (CanLII)

Authorities referred to

Hall, Geoff R., *Canadian Contractual Interpretation Law*, 2nd ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2012)

APPEAL from the order of Matheson J. (2014), 119 O.R. (3d) 100, [2014] O.J. No. 550, 2014 ONSC 600 (S.C.J.) declaring clauses in a franchise agreement void and unenforceable.

Geoffrey B. Shaw and *Derek Ronde*, for appellant.

Darren Smith, for respondents.

The judgment of the court was delivered by

[1] **VAN RENSBURG J.A.**: — This appeal engages the interpretation of the rights and obligations of franchisors and franchisees under the *Arthur Wishart Act (Franchise Disclosure), 2000*, S.O. 2000, c. 3 (the "*AWA*"), in the context of the franchisor's consent to an assignment of a franchise agreement to a third party.

[2] The appeal is from an order granted on application by the respondents, declaring void and unenforceable clauses in two franchise agreements requiring delivery of a release as a condition of the respondents' assignment of their franchise agreements. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

A. *Facts*

[3] The appellant is the franchisor of "Cora" restaurants. The respondents are two corporate franchisees with common control that operate Cora restaurants in Ancaster and Niagara Falls, Ontario. Each franchisee entered into a franchise agreement with the appellant, the Ancaster franchisee in 2007 and the Niagara Falls franchisee in 2008.

[4] In 2011 and 2012, the respondents commenced legal actions in the Superior Court against the appellant. In their actions, the respondents assert a number of *AWA* claims, including breach of the duty of fair dealing in the performance and enforcement of their franchise agreements under s. 3, as well as common law claims of breach of contract, negligence and misrepresentation.

[5] In 2013, in an effort to mitigate their damages, the franchisees decided to sell the franchise businesses, and to assign their franchise agreements to third parties.

[6] Pursuant to s. 22.4 of each franchise agreement, the franchisor's consent is required before the franchisee is able to assign its rights under the franchise agreement. Sections 22.4 and 22.6 set out a number of conditions precedent to the franchisor's consent, including the provision of detailed information [page779] about the proposed assignee in order to permit the franchisor to decide whether the assignee would be a suitable franchisee and operator and a

2015 ONCA 152 (CanLII)

requirement that the assignee complete training programs and demonstrate its fitness as a franchisee. Section 22.6 also requires the franchisee seeking to assign its rights to provide a general release of any claims against the franchisor. The section provides specifically that the franchisor, as a condition precedent to the granting of its consent, will require:

> 22.6.4 Franchisee and its directors, officers and shareholders signing and delivering in favour of Franchisor and its directors, officers, shareholders and employees, a general release in the form specified by Franchisor of any claims against Franchisor and its officers, directors, shareholders and employees.

[7] The Niagara franchisee entered an agreement with a third party for the sale of the franchise on July 23, 2013, subject to the appellant's consent. Communications between the parties followed, which included an exchange with respect to the requirement that the franchisee provide a release. The franchisor's counsel requested that the franchisee comply with the conditions for consent set out in the franchise agreement. The franchisee responded that it would not be executing a general release pursuant to s. 22.6.4. The franchisor wrote back, stressing that it expected strict compliance with the assignment provisions, including the requirement for a general release. The franchisee's counsel expressed its position that such a release was contrary to s. 11 of the *AWA.* That section provides as follows:

> 11. Any purported waiver or release by a franchisee of a right given under this Act or of an obligation or requirement imposed on a franchisor or franchisor's associate by or under this Act is void.

[8] The franchisor's counsel responded that it was not seeking the release of claims covered by the *AWA*, and thereafter provided the Niagara franchisee with a draft release. The release stated explicitly that it would not constitute a waiver of any rights prescribed by the *AWA* or claims made thereunder in the pending Superior Court action.

[9] The Niagara franchisee refused to sign the release, and the two respondents brought an application to the Superior Court seeking a declaration that s. 22.6.4 of each franchise agreement was void, unconscionable and unenforceable.

B. *Decision on the Application*

[10] The application judge identified the overarching issue in the application as whether s. 22.6.4 of the two franchise agreements was void by virtue of s. 11 of the *AWA.* A related issue was [page780] whether the impugned release conditions could be read down to be compliant or otherwise be enforceable in part.

[11] The application judge first interpreted s. 22.6.4. She considered [at para. 13] the ordinary meaning of the requirement to provide a "general release . . . of any claims", as including a release of rights under the *AWA.* The words "in the form specified by Franchisor" did not take the release provision outside of s. 11 of the *AWA*, as they related to form, and did not narrow the substantive requirement for a general release.

[12] The application judge held that accepting the appellant's argument that its offer to agree to a narrower release after the issue was raised protected the clause from s. 11 would create a

2015 ONCA 152 (CanLII)

potential for abuse. A franchisor could "wait and see" if a complaint was raised. If not, it could obtain full releases from franchisees who did not assert their rights.

[13] The application judge next considered whether the effect of s. 11 was to void the whole of s. 22.6.4 of the franchise agreement or whether that section could be read down or partially enforced to permit the franchisor to require, as a condition of its consent to an assignment, a release of non- *AWA* claims.

[14] The application judge held that s. 11 of the *AWA* should be interpreted according to the *AWA*'s purpose of mitigating the inequality of bargaining power between franchisors and franchisees. She referred to *405341 Ontario Ltd. v. Midas Canada Inc*., [2010] O.J. No. 2845, 2010 ONCA 478, 322 D.L.R. (4th) 177, where this court held that terms in a franchise agreement calling for a general release were unenforceable. She noted that the court in that case neither found the clauses partly enforceable nor "read them down".

[15] The application judge then reviewed and distinguished several cases, including *Seidel v. Telus Communications Inc*., [2011] 1 S.C.R. 531, [2011] S.C.J. No. 15, 2011 SCC 15, where the Supreme Court concluded that a provision in a cellphone contract that required all claims to be arbitrated did not apply to statutory claims that could be litigated in court under the *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2 ("*BPCPA*"). The provision did apply to require the plaintiff's other claims against the defendant to be arbitrated. The application judge distinguished *Seidel* on the grounds that (i) the policy considerations in the statutes at issue were different, and (ii) *Seidel* involved access to justice and arbitration rather than the release of substantive claims.

[16] The application judge preferred to analogize the case at hand to *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, [2009] 1 S.C.R. 157, [2009] S.C.J. No. 6, 2009 SCC 6, where the [page781] Supreme Court held that the "reading down" or notional severance of offensive employment contract provisions would invite employers to draft overly broad covenants in the hope that either employees would not assert their rights or that a court would sever or read down only the unreasonable parts of the covenant. She found that the policy considerations at issue in this case were similar.

[17] The application judge determined that the wording of s. 11 is broad and does not contemplate that a provision of an agreement can be struck down only in part. Section 22.6.4 explicitly contemplates a "general release", and partial enforcement would raise the same potential for abuse as discussed above. Also, since many *AWA* rights are codifications of the common law, reading down offending provisions to exclude non-statutory rights would create debate and confusion about the status of overlapping claims. A purposive interpretation supported rendering the provision void rather than allowing the appellant to essentially rewrite it.

[18] The application judge accordingly issued a declaration that s. 22.6.4 of the two franchise agreements is void and unenforceable.

C. *Issues on Appeal*

[19] The appellant contends that the application judge erred

2015 ONCA 152 (CanLII)

- by failing to give effect to the ability of the franchisor to choose the form of release and therefore to tender an
- *AWA*-compliant release;

- by disregarding the fact that the release sought as a condition of the proposed transfer did not in any way
- affect the respondents' *AWA* rights;

- in failing to follow the authority of *Seidel v. Telus Communications Inc.*, and refusing to sever the illegal parts
- of the impugned clause; and

-- in applying incorrect policy considerations.

D. *Analysis*

[20] The main issue on this appeal is whether the impugned clause in the franchise agreements, while unenforceable with respect to *AWA* claims, should nonetheless be enforced in part. In my view, in the circumstances here, the clause cannot be severed to require only a release of non-*AWA* claims as a condition of consent to the proposed assignment. I will deal briefly first with the standard of review and the appellant's preliminary arguments [page782] respecting the interpretation of the contract and its actions in seeking only an *AWA*-compliant release. I will then consider the effect of s. 11 of the *AWA* on s. 22.6.4 of the franchise agreements and whether this court should sever or "read down" this provision. I will also address the *Seidel* decision, which in my view does not provide the appropriate analytical framework for the resolution of the issues engaged in this appeal.

(1) *Standard of review*

[21] This appeal involves the interpretation of a contract in light of a statutory provision. Unless there is an extricable question of law, the interpretation of a contract is a question of mixed fact and law: *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, [2014] 2 S.C.R. 633, [2014] S.C.J. No. 53, 2014 SCC 53, 373 D.L.R. (4th) 393, at paras. 50-53. The correctness standard applies if the legal aspect of the issue is readily extricable, otherwise deference is warranted.

[22] In my view, both the interpretation of s. 22.6.4 and the issue of whether that section of the contract is entirely unenforceable, or can be severed, raise questions of mixed fact and law. They involve an assessment of the words of the contract, considered in light of the context and the broader policy objectives of the *AWA*. The decision of the application judge is therefore reviewable on the standard of palpable and overriding error. That said, the result of this appeal does not turn on the standard of review. The decision below, in my view, was correct and devoid of any palpable and overriding error.

(2) *The appellant's preliminary arguments: Whether s. 22.6.4 engages s. 11 of the AWA*

2015 ONCA 152 (CanLII)

[23] The appellant asserts that the application judge erred in concluding that s. 22.6.4 of the franchise agreements contravenes s. 11 of the *AWA*, and is therefore unenforceable.

[24] First, the appellant argues the application judge ignored language in the clause permitting it to require the respondents to provide a release "in the form specified by the Franchisor". Second, the appellant submits that, because the draft release it provided in fact required only a release of common law claims, s. 11 was not engaged at all.

[25] I would reject the appellant's argument that the words "in the form specified by the Franchisor" expressly allow the franchisor to determine the scope of the release, including to make it compliant with the *AWA*, and therefore save the clause from being contrary to s. 11 of the *AWA*. As the application judge stated [at para. 15], "based upon an ordinary interpretation of [page783] those words, they relate to form, not substance". The clause requires a "general release" of "any claims against [the] Franchisor", and not a release of whatever claims the franchisor might specify. The section does not call for a release of claims to the extent that applicable law would permit (which would import flexibility into the substance of the obligation to provide a release); the only flexibility is with respect to form, which does not detract from or qualify the obligation to provide a "general" release of all claims.

[26] I would similarly reject the appellant's argument that, as it required only a release of common law claims from the respondents, s. 11 was not engaged. The clause clearly anticipates that, as a condition of the franchisor's consent to an assignment, the franchisee will provide a general release of all claims. Such a release would include *AWA* claims, and that would violate s. 11.

[27] Accordingly, the impugned clause, by its terms, requires the franchisee, as a condition of transfer, to provide a general release, which would include *AWA* claims. The appellant, by its conduct, could not alter the contractual obligation by seeking to obtain something less, something that would be compliant with the *AWA.* Section 11 of the *AWA* is clearly engaged.

(3) *Section 22.6.4 is not void; it is unenforceable*

[28] The application judge concluded that the requirement to provide a general release was both void and unenforceable. As I explain below, s. 11 of the *AWA* does not render the impugned clause of the franchise agreement void; rather, the obligation imposed by the clause, and that the appellant seeks to enforce, is unenforceable as enforcement would be contrary to statute.

[29] Section 11 of the *AWA* provides that "[a]ny purported waiver or release by a franchisee of a right given under this Act . . . is void". On its plain language, this provision operates to void *the release or waiver itself*, and not the provisions of a contract requiring such a release to be provided. Section 22.6.4 of the franchise agreement is not itself a release of a right under the *AWA* -- it simply requires that such a release be provided in the event of an assignment of the franchise by the franchisee. Section 11 therefore does not operate so as to void the impugned clause from the outset. A void provision would result where, as in *Seidel*, for example, the contract contains an explicit waiver of rights where the waiver is prohibited by statute.

[30] The issue here, then, is whether the clause of the franchise agreement that requires the provision of a general release of all claims is unenforceable as contrary to statute. [page784]

2015 ONCA 152 (CanLII)

[31] Once it is recognized that s. 22.6.4 requires the franchisee, in order to exercise certain rights under the franchise agreement, to provide a general release of all claims (and not just such claims as the franchisor may specify), then it is unenforceable as requiring the performance of something that would contravene s. 11 of the *AWA*. It is acknowledged that the clause cannot not be enforced to require a release of *AWA* claims. The question is then whether the court should read down the requirement to compel only the performance of something that would be legal, *i.e.*, a release, but not of *AWA* claims. This engages the doctrine of severance.

(4) *Section 22.6.4 cannot be severed and enforced to the extent it is not in conflict with s. 11 of the AWA*

[32] The appellant argues that if s. 11 of the *AWA* is engaged by s. 22.6.4, the application judge erred by failing to sever or read down the clause to require a release of non- *AWA* claims only, and that she relied on inappropriate policy considerations in doing so. The appellant submits that this court should find the clause unenforceable only in part, and require the respondents to provide a release of non- *AWA* claims.

[33] The appellant asserts that the practical effect of the application judge's decision is that the appellant will be deprived of its contractual right, bargained for in good faith, to obtain a release as a condition of providing its consent to an assignment. The appellant argues that it is not necessary in order to promote the policy behind the *AWA* to find the section of the contract completely unenforceable; rather, it should be read down to permit the franchisor to tender a release that does not purport to release *AWA* claims.

[34] I conclude that the application judge did not err when she held that the clause could not be severed or read down and enforced only to the extent it was not in conflict with s. 11 of the *AWA*.

(a) *General principles of severance*

[35] Where part of a contract is unenforceable because enforcement would be contrary to statute or the common law, rather than setting aside the entire contract, courts may sever the offending provisions while leaving the remainder of the contract intact. Severance lies along a spectrum of remedies available when a provision of a contract is illegal, including voiding the contract in whole or in part. The appropriate remedy will depend on the particular context: *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, [2004] 1 S.C.R. 249, [2004] S.C.J. No. 9, 2004 SCC 7, at para. 6. [page785] Courts are generally reluctant to sever contractual provisions because severance alters the terms of the original agreement between the parties: *Shafron*, at para. 32.

[36] Severance takes two forms: "blue-pencil" and "notional". Blue-pencil severance involves removing part of a contract, as if by drawing a line through it. Notional severance "involves reading down a contractual provision so as to make it legal and enforceable": *Shafron*, at para. 2. Where severance is appropriate, courts choose the technique that "in light of the particular contractual context involved, would most appropriately cure the illegality while remaining otherwise as close as possible to the intentions of the parties expressed in the agreement": *Transport North American Express Inc.*, at para. 32.

2015 ONCA 152 (CanLII)

[37] Courts will consider the context of the contract at issue and any relevant policy considerations when assessing whether and how to sever provisions: see, for example, *Shafron*. Severance engages policy concerns to a certain degree beyond protecting the parties' intentions, because the court is being asked to assist one party to enforce an otherwise unenforceable provision.

[38] The context here is a business relationship carried out through the vehicle of a franchise. Franchise agreements are contracts of adhesion, frequently in standard form with the "main provisions . . . presented on a 'take it or leave it basis'": *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533, [2003] O.J. No. 1919 (C.A.), at para. 58. These contracts often give the franchisor a significant degree of control over the franchisee's business. In interpreting franchise agreements, courts have applied "policy goals in addition to accuracy in giving effect to the parties' intentions" and have expressed "concern about inequality of power within the contractual relationship, and the resultant need to protect the more vulnerable contracting party from abuse at the hands of the more powerful party": Geoff R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law*, 2nd ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2012), at p. 194.

[39] For the reasons outlined below, in my view, s. 22.6.4 should not be read down to permit the appellant to require a release of only non-*AWA* claims. The blue pencil approach does not apply in the circumstances, because there is no phrase in s. 22.6.4 that could be struck to enable the clause to require a release of only non-*AWA* claims. The clause should not be notionally severed given that severance would undermine the purposes of the *AWA*. [page786]

(b) *The clauses should not be notionally severed*

[40] In my view, notional severance is not an appropriate remedy in the circumstances, as it could undermine the purpose of s. 11 of the *AWA*. This court's decision in *Midas Canada Inc.* is not determinative of whether clauses in a franchise agreement purporting to require a release can be severed. However, the reasoning in that decision informs the analysis and supports the view that notionally severing or reading down clauses calling for a broad release would not be in line with the purposes of the *AWA*. Before continuing with the severance analysis, I pause to consider the *Midas* decision.

(i) *The Midas case is helpful but not determinative*

[41] In the *Midas* case, this court considered whether a franchisor could require a general release of claims by a franchisee as a condition of the renewal or assignment of a franchise agreement.

[42] The case arose in the context of a class proceeding. The claims were asserted under both the common law and the *AWA*. While the class proceeding was pending, the representative plaintiff's franchise agreement expired. As a condition of renewal, the standard form agreement included a provision requiring a general release of any and all claims and causes of action against the franchisor.

[43] The franchisor tendered a draft general release in its proposed renewal agreement that purported to release all claims of any nature. The franchisee moved for an order preventing the franchisor from requiring it to execute a release from the claims certified in the class action as a

2015 ONCA 152 (CanLII)

condition of the renewal or transfer of its rights under the franchise agreement. It sought a declaration that any provision requiring class members to release the franchisor from liability as a condition of the renewal or transfer of their rights under the agreement was unenforceable to the extent of some or all of the common issues in the proceeding.

[44] This court concluded that the renewal and assignment provisions of the franchise agreement requiring a general release were unenforceable and that a release in accordance with those provisions would be void.

[45] MacFarland J.A. stated, at para. 26, "[t]he language of s. 11 could not be clearer. If you include a term in your franchise agreement that purports to be a waiver or release of any rights a franchisee has under the Act, it will be void". After observing that the claims by the franchisees in the class proceedings were [page787] both under the *AWA* and common law, she noted, at paras. 29 and 30:

> To permit the appellant to require the class members to release any claims they might have against the appellant in order to take advantage of any other rights they might have under the Agreement, in my view, is simply contrary to the spirit, intent and letter of the Act. Where a franchisor insists upon such waiver or release, s. 11 makes it clear that any such waiver or release will be void.
> The purpose of the Act is to protect franchisees. The provisions of the Act are to be interpreted in that light. Requiring franchisees to give up any claims they might have against a franchisor for purported breaches of the Act in order to renew their franchise agreement, unequivocally runs afoul of the Act.

[46] Here, the application judge relied on *Midas* to conclude that s. 22.6.4 of the franchise agreement could not be enforced in part. She noted that MacFarland J.A. did not find the clauses in *Midas* enforceable in part. However, *Midas* does not establish that clauses requiring a release can never be severed or read down. The court concluded that the relevant provisions were unenforceable. The issue of severance was not considered in *Midas*, as there was no indication that the franchisor had offered or was prepared to accept anything less than a full release of claims.

[47] While the *Midas* decision is therefore not determinative, the views expressed in that case can nevertheless inform this court's consideration of the severance issue, as noted later in these reasons.

(ii) *Relevant factors for notional severance*

[48] In *Transport North American Express Inc.*, at para. 42, a case dealing with a contract providing for an illegal rate of interest, the Supreme Court adopted several factors to assess the appropriateness of notional severance or partial enforcement as a remedy in the face of an illegal provision in a contract. When reworded to apply to the franchise context, the factors would read as follows: (1) whether the purpose or the policy of s. 11 of the *AWA* would be subverted by severance; (2) whether the parties entered into the agreement for an illegal purpose; (3) the relative bargaining positions of the parties and their conduct in reaching the agreement; and (4) the potential for the franchisee to enjoy an unjustified windfall. Although not

2015 ONCA 152 (CanLII)

in a statutory context, the Supreme Court relied on similar considerations in *Shafron* to conclude that, as a general rule, notional severance should not be available in the case of restrictive covenants in employment contracts (at paras. 37-41). [page788]

[49] While the context is different, some of the factors identified are useful in this case. Indeed, in *Midas*, MacFarland J.A. considered the first factor -- the policies of the *AWA* -- in concluding that the clauses at issue there were unenforceable. Here, the application judge considered similar factors as well. Considering these factors is also consistent with the court's general approach to the interpretation of franchise agreements as discussed above, which takes into account policy goals and is concerned with the inequality of bargaining power between franchisors and franchisees.

[50] In my view, the illegal purpose factor, while appropriate in the illegal interest rate context, is not helpful when considering the terms of a franchise agreement. Franchise agreements are entered into for legal and legitimate business purposes, as was the case here. Even when considering a particular problematic clause, it will be rare that parties have an illegal purpose.

[51] Similarly, the factor looking at the positions of the parties and their conduct in reaching the agreement may be of limited assistance in the franchise context. Unlike a loan on which an illegal rate of interest is charged, a franchise agreement covers a wide range of subjects and is often in standard form. As such, the parties' conduct in reaching the agreement may not provide much insight into whether severance of a particular clause would be appropriate. However, I note that the relative bargaining positions of the parties may be relevant, especially given the concern about inequality of bargaining power in the franchise context.

[52] In the circumstances of this case, there are limited factual findings on which to assess the parties' positions and conduct in forming the agreement, so this factor is of little assistance.

[53] Accordingly, I consider only the first and fourth factors: whether the purpose or policy of s. 11 of the *AWA* would be subverted by the mode of severance suggested by the appellant, and whether the franchisee would receive an unjustified windfall if the clause is held to be unenforceable in its entirety.

(iii) *The purpose and policy of s. 11 of the AWA would be subverted by severance*

[54] As MacFarland J.A. held in *Midas*, the purpose of the *AWA* is to protect franchisees (at para. 30). Section 11, in particular, aims to protect franchisees against more sophisticated franchisors who might seek to have franchisees contract out of their *AWA* rights. As the application judge noted, enforcing in part a clause calling for a general release raises the potential for abuse by franchisors. [page789]

[55] In the context of restrictive covenants in employment contracts, the Supreme Court cited similar concerns about abuse in holding that notional severance was not available as a remedy. The court in *Shafron* concluded that permitting notional severance would "[invite] employers to draft overly broad restrictive covenants with the prospect that the courts will only sever the unreasonable parts or read down the covenant to what the courts consider reasonable" (at para. 33). Applying the doctrine of notional severance would also "[provide] no inducement to an employer to ensure the reasonableness of the covenant and inappropriately [increase] the risk that the employee will be forced to abide by an unreasonable covenant" (at para. 41).

2015 ONCA 152 (CanLII)

2015 ONCA 152 (CanLII)

[56] As this court said in *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.*, at para. 66, the franchise context is similar to the employment context. Like employees, franchisees generally do not have equal bargaining power to the franchisor and are unable to negotiate more favourable terms (because franchise agreements are contracts of adhesion). Their relationship with the franchisor continues to be affected by a power imbalance because the franchisee must submit to inspections and audits and is often required to purchase items from the franchisor (*Shelanu*, at para. 66).

[57] Applying notional severance to clauses otherwise unenforceable under the *AWA* would similarly invite franchisors "to draft overly broad [provisions] with the prospect that the courts will only sever . . . or read [those provisions] down". It would provide no incentive to franchisors to ensure their franchise agreements are in compliance with the *AWA*. It would also increase the risk that a franchisee -- having signed a waiver or release of all claims -- would erroneously believe it is not entitled to pursue any claims against the franchisor, including its *AWA* claims. "Reading down" contractual requirements that overreach would have a chilling effect on the exercise of franchisees' rights. Each of these possibilities suggests that notional severance would diminish the protection offered by s. 11 of the *AWA* against franchisors who might seek to have franchisees contract out of their *AWA* rights.

[58] In my view, therefore, permitting notional severance of the overbroad clause in this case could subvert the policy and purpose of s. 11 of the *AWA.*

(iv) *The franchisees would receive a windfall to some degree*

[59] The issue here is whether there is a potential for the respondents to receive an unjustified windfall if the clause is [page790] struck in its entirety rather than read down to require a release of non-*AWA* claims alone. The appellant argues in effect that the respondents would receive a windfall: they bargained to provide a release of all claims in exchange for the appellant's consent to a transfer of their rights under the franchise agreement, and if the clauses are severed in their entirety, they will not have to provide any release at all. The appellant contends that the application judge's decision has the effect of giving franchisees more than they are entitled to and eroding the franchisor's contractual rights beyond what is required to give effect to the protections under the *AWA.*

[60] To the extent that the respondents would no longer be required to release their common law claims, the appellant is correct that the respondents receive a greater protection than what they would have been entitled to. However, the extent of the windfall is difficult to assess, since there is significant overlap between the common law and *AWA* claims of a franchisee alleging misrepresentation. Of course, there is no "windfall" to the respondents by not requiring them to release their *AWA* claims as such a release would not be enforceable.

[61] In any event, the legitimate interests of the franchisor, in the context of an assignment, are protected even without the requirement of providing a release. As the appellant notes in its factum, "the purpose of Cora's assignment provision is to ensure that the franchise agreement is assigned to a party that will be a competent franchisee able to operate the franchise in accordance with Cora's standards". All of the other conditions precedent to the franchisor's approval of an assignment remain in place. In particular, the appellant does not lose its ability to

approve the assignee as a franchisee.

(v) *Conclusion on notional severance*

[62] The potential for some windfall to the respondents in this particular case does not outweigh the potential for abuse and subversion of the purposes of s. 11 of the *AWA* if severance were permitted. Having regard to the relevant considerations, I conclude that the clause should not be notionally severed or read down to require only a release of non-*AWA* claims. Allowing franchisors to include such clauses in franchise agreements, knowing courts would only find them unenforceable in part, could serve to undermine the purposes of the *AWA*.

(c) *Seidel is distinguishable*

[63] The appellant contends that the application judge ought to have applied the analysis from the Supreme Court's decision [page791] in *Seidel v. Telus Communications Inc.* to conclude that the requirement to provide a release would be void only to the extent that the franchisor seeks the release of *AWA* claims. The application judge distinguished *Seidel* on the basis that it involved different policy considerations and dealt with access to justice and arbitration rather than the release of substantive claims. I would distinguish *Seidel* but for different reasons that have to do with how the question in each case came before the court. As I will explain, the analytical framework in *Seidel* simply does not apply here.

[64] It is apparent that the court in *Seidel* did not use the enforceability and severance analysis that I have followed in this decision. The issue arose in a different way and required a different framework of analysis. As I have indicated, the question in this case is the enforceability of a contractual provision that would require an act to be performed that is contrary to statute. The question in *Seidel* was whether (or to what extent) an impugned provision in the contract itself was void.

[65] In *Seidel*, the representative plaintiff commenced a court action in relation to a cellphone contract, asserting both common law rights and claims under the British Columbia *BPCPA*. The defendant sought to stay the court proceedings, relying on a clause in the contract providing for any claims to be referred to mediation and thereafter, if unresolved, to "private, confidential and binding arbitration" (the "arbitration clause"). Under s. 172 of the *BPCPA*, persons affected by a consumer transaction were entitled to bring actions under the *BPCPA* in the Supreme Court to enforce the statute's consumer protection standards. Section 3 of the *BPCPA* (like s. 11 here) stated that any agreement that waived statutory rights was "void".

[66] The question was, then, the effect of the statutory provision on the arbitration clause. The contractual term itself purported to waive rights, including those under the *BPCPA*. The arbitration clause was not *unenforceable* as requiring an act contrary to the *BPCPA*; rather, the Supreme Court applied s. 3 so as to *void* the arbitration clause to the extent it would require *BPCPA* claims to be arbitrated. In other words, the arbitration clause was void to the extent that it would restrict the exercise of the *BPCPA* rights.

[67] Section 11 of the *AWA*, like s. 3 of the *BPCPA*, provides that any agreement that would waive or release rights under the *AWA* is void. However, as we have seen, the franchise agreement requires the delivery *of a general release* that would include *AWA* claims. It is not the

2015 ONCA 152 (CanLII)

franchise agreement itself that waives or releases rights; accordingly, unlike in *Seidel*, the question is not [page792] whether the contractual term itself is already void, or void in part by virtue of a statutory provision (as would be the case if the franchise agreement, for example, contained a release of rights).

[68] This distinction is more than merely technical.

[69] The enforceability and severance analysis requires an extra step. The appellant is seeking to enforce a contractual obligation, an obligation that by its terms is too broad and incapable of being enforced without violating s. 11 of the *AWA.* The appellant needs the assistance of the court to permit it to call for something less, something that will be in accordance with the statute.

[70] This extra dimension invokes policy concerns that do not arise where the court is asked to interpret a statutory provision to determine whether and to what extent it renders provisions in an agreement void. In the latter case, the legislature has spoken. In the former, while the holding that a provision is unenforceable results from statute, the degree to which the court is willing to sever the impugned clause requires a different analytical framework. Taking *Seidel* as an example, the only assistance the plaintiff could reasonably expect of the court was to be given the benefits of the rights under the *BPCPA*. The court in that case was asked only to extend the applicable statutory protections. Here, the appellant requires the court's assistance to render its overbroad provision compliant with statute. And it follows that, as in *Midas*, *Shafron* and *Transport North American Express Inc.*, the court must consider the broader implications of providing that assistance.

E. *Conclusion*

[71] Accordingly, I would conclude that the impugned clause in the franchise agreement is not voided by s. 11 of the *AWA*, but rather it is unenforceable, as enforcement would result in a release which would be void by virtue of s. 11. In all the circumstances of this case and in light of the purpose of s. 11 and the other provisions of the *AWA*, the impugned clause should not be notionally severed and enforced in part to require the delivery of a release of non-*AWA* claims by the franchisee as a condition of the franchisor's consent to an assignment. I would therefore dismiss the appeal.

[72] I would award the respondent its costs of this appeal in the agreed-upon amount of $12,500, inclusive of disbursements and applicable taxes.

Appeal dismissed.

2015 ONCA 152 (CanLII)

TAB 5

AOI 220

New Solutions Financial Corporation *Appellant*

v.

Transport North American Express Inc. *Respondent*

INDEXED AS: TRANSPORT NORTH AMERICAN EXPRESS INC. *v.* NEW SOLUTIONS FINANCIAL CORP.

Neutral citation: 2004 SCC 7.

File No.: 29355.

2003: October 16; 2004: February 12.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contracts — Interest — Criminal rate — Illegality — Severability — Section 347 of Criminal Code prohibiting effective annual interest rate in excess of 60 percent — Contract found to contravene prohibition — Offending interest rate read down so that contract provided for maximum legal rate of interest — Whether "notional severance" available as remedy in cases arising under s. 347 — Whether application of notional severance appropriate in this case — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 347.

The appellant and the respondent entered into a credit agreement pursuant to which the appellant advanced the respondent the sum of $500,000. A commitment letter in respect of the proposed credit facility was signed and provided for the following payments: (a) interest at four percent per month calculated daily, payable monthly in arrears; (b) a monthly monitoring fee of $750; (c) a one percent standby fee; (d) royalty payments of $160,000 in eight quarterly installments; (e) payment of legal and other fees; and (f) a commitment fee of $5,000. In addition to the commitment letter, the parties executed an accounts receivable factoring agreement, a promissory note, a general security agreement and personal guarantees of the indebtedness for up to $500,000. From the outset, the parties had agreed to depart from the terms of the accounts receivable factoring agreement. The application judge granted the respondent's application for a declaration that the agreement contained an interest

New Solutions Financial Corporation *Appelante*

c.

Transport North American Express Inc. *Intimée*

RÉPERTORIÉ : TRANSPORT NORTH AMERICAN EXPRESS INC. *c.* NEW SOLUTIONS FINANCIAL CORP.

Référence neutre : 2004 CSC 7.

N° du greffe : 29355.

2003 : 16 octobre; 2004 : 12 février.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour, LeBel, Deschamps et Fish.

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

Contrats — Intérêt — Taux criminel — Illégalité — Divisibilité — Prohibition par l'art. 347 du Code criminel des taux d'intérêt annuels effectifs dépassant 60 pour 100 — Contrat jugé contraire à cette prohibition — Réduction du taux d'intérêt illégal prévu par le contrat pour que celui-ci prévoit le taux d'intérêt maximum autorisé par la loi — La « divisibilité fictive » peut-elle être utilisée comme réparation en cas de contraventions à l'art. 347? — Convient-il d'appliquer la divisibilité fictive en l'espèce? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 347.

L'appelante et l'intimée ont conclu une convention de crédit par laquelle la première a avancé à la seconde la somme de 500 000 $. Les parties ont signé, relativement aux facilités de crédit proposées, une lettre d'engagement prévoyant les paiements suivants : a) des intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance; b) des frais de surveillance de 750 $ par mois; c) un droit d'usage de 1 pour 100; d) des redevances de 160 000 $ payables en huit versements trimestriels; e) le paiement des honoraires d'avocat et d'autres frais; f) une commission d'engagement de 5 000 $. En plus de la lettre d'engagement, les parties avaient signé une convention d'affacturage, un billet et une convention de garantie générale, et des garanties personnelles avaient été accordées, à l'égard de la dette, jusqu'à concurrence de 500 000 $. Dès le départ, les parties ont convenu de déroger aux modalités de la convention d'affacturage. Le juge de première

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 220

AOI 221

component that contravened s. 347 of the *Criminal Code* and applied "notional severance" to reduce the effective annual interest rate to 60 percent so the agreement would comply with s. 347. The majority of the Court of Appeal allowed the respondent's appeal; it struck out the clause providing for interest at a rate of four percent per month, calculated daily and payable monthly in arrears, and left in place the other payments, which amounted to an effective annual rate of 30.8 percent when computed as interest as *per* s. 347(2).

Held (Bastarache, Deschamps and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Iacobucci, Major, Arbour and LeBel JJ.: The various payments made by the respondent, with the exception of any portion of the payments relating to repayment of principal, satisfy the definition of "interest" in s. 347(2) and cumulatively amount to an interest rate in excess of that permitted by the *Code*. Notional severance is available as a matter of law as a remedy in cases arising under s. 347. The traditional rule that contracts in violation of statutory enactments are void *ab initio* is not the approach courts should necessarily take in cases of statutory illegality involving s. 347. Instead, judicial discretion should be employed and a spectrum of remedies is available. At one end of the spectrum are contracts so objectionable that their illegality will taint the entire contract — exploitive loan-sharking arrangements and contracts that have a criminal object should be declared void *ab initio*. At the other end of the spectrum are contracts that, although they do contravene a statutory enactment, are otherwise unobjectionable. Contracts of this nature will often attract the application of the doctrine of severance. In each case, the determination of where along the spectrum a given case lies, and the remedial consequences flowing therefrom, will hinge on a careful consideration of the specific contractual context and the illegality involved. If the case is an appropriate one for the court to sever only those provisions of the loan agreement that put the effective interest rate over 60 percent, and if it is conceded, as it must be, that such rewording alters the agreement of the parties, the question becomes only a choice of the appropriate technique of severance. The preferred severance technique is the one that, in light of the particular contractual context involved, would most appropriately cure the illegality while remaining otherwise as close as possible to the intentions of the parties expressed in the agreement. The "blue-pencil" technique may not necessarily achieve that result. The change effected by the blue-pencil technique will often fundamentally alter the

instance a prononcé, en faveur de l'intimée, un jugement déclaratoire portant que les modalités relatives à l'intérêt prévues par la convention contrevenaient à l'art. 347 du *Code criminel* et il a appliqué la « divisibilité fictive » (« *notional severance* ») afin de réduire le taux d'intérêt annuel effectif à 60 pour 100, de façon que la convention respecte l'art. 347. La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel interjeté par l'intimée et a biffé la clause prévoyant les intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance, mais elle n'a pas touché aux autres paiements, qui, suivant le par. 347(2), constituaient des intérêts et correspondaient à un taux annuel effectif de 30,8 pour 100.

Arrêt (les juges Bastarache, Deschamps et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Les juges Iacobucci, Major, Arbour et LeBel : Les divers paiements effectués par l'intimée, à l'exception de toute somme appliquée au remboursement du capital, correspondent à la définition d'« intérêt » au par. 347(2) et, globalement, donne un taux d'intérêt supérieur à celui autorisé par le *Code*. Les tribunaux peuvent, en droit, recourir à la divisibilité fictive comme réparation dans les litiges découlant de l'art. 347. La règle traditionnelle de la nullité *ab initio* des contrats qui contreviennent à un texte de loi n'est pas la solution que les tribunaux devraient nécessairement privilégier en cas de violations de l'art. 347. Dans de tels cas, ceux-ci devraient plutôt exercer leur pouvoir discrétionnaire et puiser parmi l'éventail des réparations dont ils disposent. À une extrémité du spectre des réparations disponibles, on trouve les contrats qui sont à ce point répréhensibles que leur illégalité les invalide entièrement — les arrangements de prêt usuraire abusifs et les autres contrats ayant un objet criminel devraient être déclarés nuls *ab initio*. À l'autre extrémité du spectre, on trouve les contrats qui, quoiqu'ils contreviennent à un texte de loi, ne sont par ailleurs pas répréhensibles. Les contrats de cette nature entraînent souvent l'application de la doctrine de la divisibilité. Dans chaque cas, pour déterminer l'endroit où se situe une affaire donnée sur ce spectre et les conséquences qui en découlent du point de vue de la réparation, il faut procéder à un examen minutieux du contexte contractuel précis et de l'illégalité en cause. S'il s'agit d'une affaire où le tribunal est justifié de retrancher uniquement les clauses de la convention de prêt qui haussent le taux d'intérêt effectif à plus de 60 pour 100, et s'il est admis, comme cela se doit, qu'une telle reformulation modifie la convention des parties, il ne reste qu'à choisir la technique appropriée d'application de la divisibilité. La technique à privilégier est celle qui, compte tenu du contexte particulier du contrat, remédie le mieux à l'illégalité tout en respectant, autant que faire se peut,

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 221

AOI 222

consideration associated with the bargain and do violence to the intention of the parties. Indeed, in many cases, the application of the blue-pencil approach will provide for an interest-free loan where the parties demonstrated in the agreement a clear intention to charge and pay considerable interest.

The application of notional severance to the agreement between the parties in this case was appropriate. Four considerations are relevant to the determination of whether public policy ought to allow an otherwise illegal agreement to be partially enforced rather than being declared void *ab initio* in the face of illegality in the contract: (1) whether the purpose or policy of s. 347 would be subverted by severance; (2) whether the parties entered into the agreement for an illegal purpose or with an evil intention; (3) the relative bargaining positions of the parties and their conduct in reaching the agreement; (4) the potential for the debtor to enjoy an unjustified windfall. Given that the present case involved a commercial transaction engaged in by experienced and independently advised commercial parties, it is difficult to see why the choice of a 30.8 percent rather than 60 percent rate better fosters compliance with s. 347(1)(*a*) of the *Code*. The other considerations also militate in favour of a flexible remedy. There is no evidence on the record to suggest that the appellant has been charged with violating s. 347(1)(*a*). The contract was entered into for ordinary commercial purposes and there was nothing inherently illegal or evil about this intention. With respect to the third factor, each party in this case had independent legal advice, was commercially experienced and knew what it was getting into. Finally, any potential for an unjustified windfall in this case arises from the respondent possibly not having to repay the principal and interest, or from the respondent possibly not having to pay a commercially appropriate rate of interest on the loan. Given that each party had independent legal advice and knew precisely the obligations that it was taking on, the equities of the situation favour the appellant.

Per Deschamps and Fish JJ. (dissenting): The well-established "blue-pencil" remedy applied in the Court of Appeal respects the trial judge's findings of fact, as it must, and achieves an equitable result consistent with

l'intention exprimée par les parties dans la convention. La technique du « trait de crayon bleu » ne permet pas nécessairement d'obtenir ce résultat. Le changement apporté au moyen de cette technique modifie souvent de manière fondamentale la contrepartie en cause dans le marché et il fait violence à l'intention des parties. En effet, dans de nombreux cas l'application de la technique du trait de crayon bleu donne lieu à un prêt sans intérêts, alors même que les parties avaient manifesté dans leur convention l'intention évidente de percevoir et de payer, selon le cas, des intérêts considérables.

L'application de la divisibilité fictive à la convention des parties en l'espèce était bien fondée. Quatre facteurs sont pertinents pour décider si aucune considération d'ordre public n'empêche le tribunal d'ordonner l'exécution partielle d'une convention par ailleurs illégale, au lieu de déclarer celle-ci nulle *ab initio* en raison de l'illégalité du contrat : (1) la question de savoir si l'application de la divisibilité compromettrait l'objectif ou la politique générale visé par l'art. 347; (2) la question de savoir si les parties ont conclu la convention dans un but illégal ou dans une intention malveillante; (3) le pouvoir de négociation relatif des parties et leur conduite au cours des négociations; (4) la possibilité que le débiteur tire un profit injustifié de la solution choisie. Comme il s'agissait en l'espèce d'une opération commerciale conclue par des parties possédant l'expérience des affaires et ayant chacune consulté ses propres conseillers, il est difficile de voir en quoi le fait de choisir le taux de 30,8 pour 100 plutôt que celui de 60 pour 100 favorise davantage le respect de l'al. 347(1)*a*) du *Code*. Les autres facteurs militent eux aussi en faveur de l'application d'une réparation souple. Rien au dossier n'indique que l'appelante a été accusée d'avoir enfreint l'al. 347(1)*a*). Il s'agissait d'un contrat conclu à des fins commerciales ordinaires et l'intention des parties n'avait fondamentalement rien d'illégal ou de malveillant. Relativement au troisième facteur, il convient de signaler que chaque partie a consulté ses propres avocats, avait l'expérience des affaires et savait dans quoi elle s'engageait. Enfin, seule l'intimée pourrait en l'espèce être la bénéficiaire d'un profit injustifié, du fait qu'elle pourrait ne pas être obligée de rembourser le capital et de payer les intérêts ou qu'elle pourrait être dispensée de payer, à l'égard du prêt, un taux d'intérêt approprié d'un point de vue commercial. Étant donné que chaque partie a consulté ses propres conseillers juridiques et connaissait exactement les obligations qu'elle contractait, du point de vue de l'equity la situation est favorable à l'appelante.

Les juges Deschamps et Fish (dissidents) : La réparation bien établie du « trait de crayon bleu » appliquée par la Cour d'appel respecte comme il se doit les conclusions de fait du juge de première instance et produit

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 222

AOI 223

established principle. The trial judge erred in straining the recognized rules of equity by resorting to what he described as "notional severance". Even on the assumption that notional severance is available as a matter of law as a remedy in cases arising under s. 347 of the *Code*, notional severance should be permitted only where: (1) public policy does not require that the entire agreement be declared unenforceable; (2) severance is found to be warranted; and (3) severance *simpliciter* — or "blue-pencil severance" — is impracticable or would occasion an unjust result. Here, on the facts as found by the trial judge, the first two criteria are satisfied but the third is not: blue-pencil severance is both possible and fair. Unlike notional severance as applied by the trial judge, blue-pencil severance does not do violence to the policy purposes of s. 347 of the *Code* or require a judicial re-writing of the interest clause agreed to, as such, by the parties. It appears neither "artificial" nor "arbitrary" to sever the criminal rate of interest agreed to as interest and to leave intact the distinct and separate charges not agreed to as interest, and not considered to be interest by either party. This solution still leaves the appellant with a return of slightly more than 30 percent per annum. Further, it appears that all four relevant considerations, examined individually and weighed together, militate here in favour of the remedy applied by the Court of Appeal and against the remedy adopted by the trial judge. The effect of the trial judge's decision was to stretch the principles of equity in an inappropriate way and to send the wrong message to those who lend money at a criminally prohibited rate to "willing" borrowers who cannot otherwise obtain a loan. They should not be encouraged to believe that if their illegal arrangement is subjected to judicial scrutiny, they will nonetheless recover the highest rate they could legally have charged — and thus suffer no pecuniary disadvantage for having violated s. 347 of the *Code*.

Per Bastarache J. (dissenting): Severance in the traditional sense, not "notional severance", should be the remedy available in these circumstances. There is a fundamental difference between striking out offending sections of a contract and rewriting a central provision. Although both approaches interfere in some way with the intent of the parties, the added flexibility of the rewriting approach comes at a considerable cost and

un résultat équitable, en harmonie avec les principes reconnus. Le juge de première instance a à tort forcé les règles d'equity reconnues en utilisant ce qu'il a appelé la « divisibilité fictive ». Même en acceptant l'hypothèse que les tribunaux peuvent, en droit, recourir à la divisibilité fictive comme réparation dans les litiges découlant de l'art. 347 du *Code*, le recours à la divisibilité fictive ne devrait être autorisé que dans les cas où les conditions suivantes sont réunies : (1) aucune raison d'ordre public ne requiert que l'accord au complet soit déclaré inexécutoire; (2) la divisibilité est jugée justifiée; (3) la divisibilité pure et simple — ou « divisibilité au moyen du trait de crayon bleu » — n'est pas faisable ou produirait un résultat injuste. En l'espèce, à la lumière des faits constatés par le juge de première instance, les deux premières conditions sont respectées, mais la troisième ne l'est pas : la divisibilité au moyen du trait de crayon bleu est une solution à la fois possible et juste. Contrairement à la méthode de la divisibilité fictive, telle qu'elle a été appliquée par le juge de première instance, la divisibilité au moyen du trait de crayon bleu ne fait pas violence aux objectifs d'intérêt général visés par l'art. 347 du *Code* ni ne requiert du tribunal qu'il réécrive la clause relative aux intérêts dont ont convenu, en tant que telle, les parties. Il n'apparaît ni « artificiel » ni « arbitraire » de retrancher le taux d'intérêt criminel, convenu au titre de l'intérêt, et de maintenir les frais distincts, non stipulés comme de l'intérêt et non considérés comme de l'intérêt par l'une ou l'autre des parties. Cette solution permet malgré tout à l'appelante d'obtenir un rendement légèrement supérieur à 30 pour 100 par année. De plus, il semble que, examinées individuellement et appréciées globalement, les quatre considérations pertinentes militent en l'espèce en faveur de la réparation appliquée par la Cour d'appel et contre celle retenue par le juge de première instance. La décision de ce dernier a eu pour effet de forcer indûment les principes d'equity et d'envoyer un message inapproprié à ceux qui prêtent de l'argent à un taux interdit par le droit criminel à des emprunteurs « consentants », qui ne peuvent emprunter auprès de personne d'autre. Il ne faudrait pas laisser croire aux prêteurs que, même si leurs arrangements illégaux sont contrôlés par les tribunaux, ils pourront néanmoins obtenir le taux le plus élevé qu'ils auraient pu légalement imposer — et éviter en conséquence tout désavantage financier susceptible de découler de leur contravention à l'art. 347 du *Code*.

Le juge Bastarache (dissident) : La réparation ouverte dans les présentes circonstances est la divisibilité, au sens traditionnel, et non la « divisibilité fictive ». Il existe une différence fondamentale entre le fait de retrancher des clauses illégales d'un contrat et celui de reformuler une clause cruciale d'un contrat. Quoique les deux méthodes modifient d'une certaine manière l'intention des parties, la souplesse accrue que permet la

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 223

AOI 224

it is not supported by any principle of contract law. By contrast, the severance doctrine is a long-standing one. The "blue-pencil" test has been applied several times in the context of violations of s. 347 of the *Code* to strike out offending interest provisions. Moreover, there is no legal or other principled reason to limit the application of the new approach endorsed by the majority to the criminal rate of interest and other illegal provisions would be open to judicial redrafting. The availability of "notional severance" as a remedy creates greater uncertainty in the law. Under notional severance, courts will be permitted to literally add new words to the parties' agreement and by doing so, courts will be substituting their intentions for those of the parties.

The approach taken by the majority in this case is also inconsistent with that taken in *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112, where the Court interpreted the definition of interest broadly in order to prevent creditors from avoiding the statute by manipulating the form in which payments were made. Under the majority's approach, a creditor would be permitted to escape the consequences of its avoidance measures by simply reducing the rate applied to the maximum permitted under the *Code* and this approach is inconsistent with the general objectives expressed in the *Code* and incompatible with the notion of deterrence. In addition, there do not appear to be compelling reasons to depart from well-established precedent in this case.

Lastly, clause 9.1 of the accounts receivable factoring agreement reflects the parties' own intentions as to remedy. It cannot be said that the wording of the clause anticipates — still less, provides for — notional severance. In view of the plain meaning of clause 9.1, counsel's concession as to the intention of the parties, and the letter sent by the appellant's solicitor to the respondent three weeks after the commitment letter was signed, the blue-pencil approach adopted by the Court of Appeal is entirely consistent with the parties' own intentions and notional severance is not.

Cases Cited

By Arbour J.

Applied: *William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1; **referred to:** *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112; *Still v. M.N.R.*, [1998] 1 F.C. 549; *Cope v. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707; *Kocotis v.*

reformulation s'accompagne toutefois d'un coût considérable et aucun principe du droit des contrats n'étaye le recours à cette méthode. À l'opposé, la divisibilité est une doctrine établie depuis longtemps. Le test du « trait de crayon bleu » a été appliqué à plusieurs reprises dans le contexte de violations de l'art. 347 du *Code* afin de supprimer des clauses relatives à l'intérêt contraires à la loi. Qui plus est, il n'existe aucune considération juridique ou autre raison de principe justifiant d'appliquer seulement aux taux d'intérêt criminels la nouvelle démarche à laquelle souscrit la majorité, ce qui signifie que d'autres clauses illégales pourraient être reformulées par les tribunaux. La possibilité de recourir à la « divisibilité fictive » comme réparation crée une incertitude encore plus grande en droit. La divisibilité fictive permettra concrètement aux tribunaux d'ajouter des mots nouveaux à la convention des parties et, ce faisant, de substituer leur volonté à celle des parties.

L'analyse adoptée par les juges majoritaires en l'espèce est incompatible avec celle retenue dans l'arrêt *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112, où notre Cour a interprété largement la définition d'intérêt afin d'empêcher les créanciers de contourner la loi en manipulant la forme des paiements. La démarche retenue par la majorité permettrait au créancier d'échapper aux conséquences des mesures qu'il a prises pour contourner la loi simplement en réduisant le taux d'intérêt au taux maximum permis par le *Code*. Cette approche est incompatible avec les objectifs généraux énoncés dans le *Code* et avec l'idée de dissuasion. De plus, il ne semble y avoir ici aucune raison impérieuse d'écarter une jurisprudence bien établie.

Enfin, la clause 9.1 de la convention d'affacturage reflète l'intention des parties en ce qui a trait à la réparation. Il est impossible d'affirmer que cette clause envisageait le recours à la divisibilité fictive — et encore moins qu'elle pourvoyait à son application. Vu le sens clair de cette clause, la concession de l'avocat quant à l'intention des parties et la lettre expédiée par l'avocat de l'appelante à l'intimée trois semaines après la signature de la lettre d'engagement, la technique du trait de crayon bleu adoptée par la Cour d'appel est tout à fait compatible avec l'intention des parties, alors que la divisibilité fictive ne l'est pas.

Jurisprudence

Citée par la juge Arbour

Arrêt appliqué : *William E. Thomson Associates Inc. c. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1; **arrêts mentionnés :** *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112; *Still c. M.R.N.*, [1998] 1 C.F. 549; *Cope c. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707; *Kocotis*

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 224

D'Angelo (1957), 13 D.L.R. (2d) 69; *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 S.C.R. 603; *Neider v. Carda of Peace River District Ltd.*, [1972] S.C.R. 678; *Mira Design Co. v. Seascape Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97; *Trillium Computer Resources Inc. v. Taiwan Connection Inc.* (1993), 11 B.L.R. (2d) 1, aff'd (1994), 11 B.L.R. (2d) 1; *Milani v. Banks* (1997), 145 D.L.R. (4th) 55.

By Fish J. (dissenting)

William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter (1989), 61 D.L.R. (4th) 1.

By Bastarache J. (dissenting)

Still v. M.N.R., [1998] 1 F.C. 549; *Cope v. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707; *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 S.C.R. 603; *Steinberg v. Cohen*, [1930] 2 D.L.R. 916; *Hasiuk v. Oshanek*, [1936] 1 D.L.R. 232; *Carney v. Herbert*, [1985] 1 All E.R. 438; *McFarlane v. Daniell* (1938), 38 S.R. 337; *Attwood v. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571; *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. v. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293; *Mira Design Co. v. Seascape Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 347.

Authors Cited

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

Marsh, Norman S. "The Severance of Illegality in Contract" (1948), 64 *L.Q.R.* 230 and 347.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999.

Ziegel, Jacob S. "Bill C-44: Repeal of the Small Loans Act and Enactment of a New Usury Law" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 188.

Ziegel, Jacob S. "The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost" (1986), 11 *Can. Bus. L.J.* 233.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 60 O.R. (3d) 97, 214 D.L.R. (4th) 44, 160 O.A.C. 381, 27 B.L.R. (3d) 163, 6 R.P.R. (4th) 1, [2002] O.J. No. 2335 (QL), reversing a judgment of the Superior Court of Justice (2001), 54 O.R. (3d) 144, 200 D.L.R. (4th) 560, 16 B.L.R. (3d) 148, [2001] O.J. No. 1948 (QL). Appeal allowed, Bastarache, Deschamps and Fish JJ. dissenting.

c. D'Angelo (1957), 13 D.L.R. (2d) 69; *Bank of Toronto c. Perkins* (1883), 8 R.C.S. 603; *Neider c. Carda de Rivière-la-Paix Ltée*, [1972] R.C.S. 678; *Mira Design Co. c. Seascape Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97; *Trillium Computer Resources Inc. c. Taiwan Connection Inc.* (1993), 11 B.L.R. (2d) 1, conf. par (1994), 11 B.L.R. (2d) 1; *Milani c. Banks* (1997), 145 D.L.R. (4th) 55.

Citée par le juge Fish (dissident)

William E. Thomson Associates Inc. c. Carpenter (1989), 61 D.L.R. (4th) 1.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Still c. M.R.N., [1998] 1 C.F. 549; *Cope c. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707; *Bank of Toronto c. Perkins* (1883), 8 R.C.S. 603; *Steinberg c. Cohen*, [1930] 2 D.L.R. 916; *Hasiuk c. Oshanek*, [1936] 1 D.L.R. 232; *Carney c. Herbert*, [1985] 1 All E.R. 438; *McFarlane c. Daniell* (1938), 38 S.R. 337; *Attwood c. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571; *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. c. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293; *Mira Design Co. c. Seascape Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 347 [mod. 1992, ch. 1, art. 60, ann. 1, art. 25].

Doctrine citée

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.

Marsh, Norman S. « The Severance of Illegality in Contract » (1948), 64 *L.Q.R.* 230 and 347.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto : Canada Law Book, 1999.

Ziegel, Jacob S. « Bill C-44 : Repeal of the Small Loans Act and Enactment of a New Usury Law » (1981), 59 *R. du B. can.* 188.

Ziegel, Jacob S. « The Usury Provisions in the Criminal Code : The Chickens Come Home to Roost » (1986), 11 *Rev. can. dr. comm.* 233.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2002), 60 O.R. (3d) 97, 214 D.L.R. (4th) 44, 160 O.A.C. 381, 27 B.L.R. (3d) 163, 6 R.P.R. (4th) 1, [2002] O.J. No. 2335 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure de justice (2001), 54 O.R. (3d) 144, 200 D.L.R. (4th) 560, 16 B.L.R. (3d) 148, [2001] O.J. No. 1948 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Bastarache, Deschamps et Fish sont dissidents.

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 226

Peter J. Cavanagh and *Eric N. Hoffstein*, for the appellant.

Robert G. Ackerman, for the respondent.

The judgment of Iacobucci, Major, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

ARBOUR J. —

I. Overview

In March 2000, the appellant, New Solutions Financial Corp. ("New Solutions"), and the respondent, Transport North American Express Inc. ("TNAE"), entered into a credit agreement pursuant to which New Solutions advanced TNAE the sum of $500,000. In addition to various other fees and charges, the agreement provided for interest to be paid at the rate of four percent per month, calculated daily and payable monthly in arrears. By all accounts, the various payments called for by the agreement constituted a "criminal rate" of interest as defined in s. 347 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (the "*Code*"). The payments soon became too onerous for TNAE to meet, and the company applied to the Ontario Superior Court of Justice for a declaration that the agreement contained an illegally high rate of interest and should not be enforced.

The application judge, Cullity J., ruled that he was not confined to the so-called "blue-pencil" approach to severance in dealing with the statutory illegality of the contract, whereby only discrete illegal promises could be excised. Using "notional severance", he read down the offending interest rate so the contract provided for the maximum legal rate of interest: (2001), 54 O.R. (3d) 144.

Upon appeal to the Court of Appeal for Ontario, Rosenberg J.A., for the majority, concluded that the doctrine of severance only permits the striking of distinct promises from a contract: (2002), 60 O.R. (3d) 97. He reversed the application judge's finding

Peter J. Cavanagh et *Eric N. Hoffstein*, pour l'appelante.

Robert G. Ackerman, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Arbour et LeBel rendu par

LA JUGE ARBOUR —

I. Vue d'ensemble

1 En mars 2000, l'appelante, New Solutions Financial Corp. (« New Solutions »), et l'intimée, Transport North American Express Inc. (« TNAE »), ont conclu une convention de crédit par laquelle New Solutions a avancé à TNAE la somme de 500 000 $. En plus de certains droits, honoraires et autres frais, la convention prévoyait le paiement d'intérêts au taux mensuel de 4 pour 100, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance. Tous s'accordent pour dire que les divers paiements prévus par la convention constituaient un « taux criminel » au sens de l'art. 347 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le « *Code* »). Les paiements sont rapidement devenus trop lourds pour TNAE, qui a alors demandé à la Cour supérieure de justice de l'Ontario un jugement déclaratoire portant que la convention prévoyait un taux d'intérêt illégalement élevé et était inexécutoire.

2 Le juge Cullity, qui a entendu la demande de jugement déclaratoire, a estimé que, en matière de divisibilité, il n'était pas tenu d'appliquer uniquement la technique du [TRADUCTION] « trait de crayon bleu » (« *blue-pencil* ») pour remédier aux contrats illégaux du fait de la loi, technique qui permet seulement d'exciser certains engagements illégaux autonomes. Recourant à la [TRADUCTION] « divisibilité fictive » (« *notional severance* »), il a réduit le taux d'intérêt illégal pour que le contrat fixe le taux d'intérêt maximum autorisé par la loi : (2001), 54 O.R. (3d) 144.

3 Au terme de l'appel de cette décision à la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Rosenberg a conclu, au nom des juges majoritaires, que la doctrine de la divisibilité permettait uniquement de retrancher des engagements distincts dans un contrat : (2002),

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 226

AOI 227

that notional severance was an available remedial instrument. Rosenberg J.A. found that it was appropriate to strike out or blue-pencil the provision calling for interest at four percent per month, calculated daily and payable monthly in arrears, leaving the balance of the agreement to be enforced in accordance with its terms. Sharpe J.A., agreeing with the reasons of Cullity J., dissented.

60 O.R. (3d) 97. Il a infirmé la conclusion du juge de première instance selon laquelle les tribunaux pouvaient recourir à la divisibilité fictive comme technique réparatrice. Le juge Rosenberg a estimé qu'il convenait de retrancher ou de rayer au trait de crayon bleu la clause prévoyant le paiement d'intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance, tout en permettant l'exécution du reste de la convention conformément aux modalités y stipulées. Le juge Sharpe a exprimé sa dissidence, souscrivant plutôt aux motifs du juge de première instance Cullity.

4 There is broad consensus that the traditional rule that contracts in violation of statutory enactments are void *ab initio* is not the approach courts should necessarily take in cases of statutory illegality involving s. 347 of the *Code*. Instead, judicial discretion should be employed in cases in which s. 347 has been violated in order to provide remedies that are tailored to the contractual context involved. The primary issue in this appeal by New Solutions is whether notional severance, as formulated and applied by Cullity J., is valid in Canadian law and applicable here.

Il est généralement admis que la règle traditionnelle de la nullité *ab initio* des contrats qui contreviennent à un texte de loi n'est pas la solution que les tribunaux devraient nécessairement privilégier en cas de violations de l'art. 347 du *Code*. Dans de tels cas, ceux-ci devraient plutôt exercer leur pouvoir discrétionnaire et accorder des réparations adaptées à la situation contractuelle concernée. La principale question dans le présent pourvoi interjeté par New Solutions consiste à décider si la divisibilité fictive, telle que l'a formulée et appliquée le juge Cullity, est une solution valide en droit canadien et si elle s'applique en l'espèce.

5 Given the desirability of remedial flexibility in cases of statutory illegality arising in connection with s. 347 of the *Code*, the evolving nature of the law regarding statutory illegality generally and the sound policy basis in which the concept is rooted, I find that notional severance is available as a matter of law as a remedy in cases arising under s. 347.

Vu la souplesse qu'il est souhaitable de reconnaître aux tribunaux en matière de réparations dans les affaires d'illégalité fondées sur l'art. 347 du *Code*, et vu aussi le caractère évolutif du droit relatif aux illégalités du fait de la loi en général et les principes judicieux sur lesquels repose ce concept, j'estime que les tribunaux peuvent, en droit, recourir à la divisibilité fictive comme réparation dans les litiges découlant de l'art. 347.

6 A spectrum of remedies is available to judges in dealing with contracts that violate s. 347 of the *Code*. The remedial discretion this spectrum affords is necessary to cope with the various contexts in which s. 347 illegality can arise. At one end of the spectrum are contracts so objectionable that their illegality will taint the entire contract. For example, exploitive loan-sharking arrangements and contracts that have a criminal object should be declared void *ab initio*. At the other end of the spectrum are

Les juges disposent d'un éventail de réparations lorsqu'ils examinent des contrats contrevenant à l'art. 347 du *Code*. Le pouvoir discrétionnaire que représente ce spectre de réparations est nécessaire pour permettre aux juges de façonner des solutions adaptées aux différentes situations contractuelles dans lesquelles peuvent se présenter les contraventions à l'art. 347. À une extrémité de ce spectre, on trouve les contrats qui sont à ce point répréhensibles que leur illégalité les invalide entièrement. Par

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 227

AOI 228

2004 SCC 7 (CanLII)

contracts that, although they do contravene a statutory enactment, are otherwise unobjectionable. Contracts of this nature will often attract the application of the doctrine of severance. The agreement in this case is an example of such a contract. In each case, the determination of where along the spectrum a given case lies, and the remedial consequences flowing therefrom, will hinge on a careful consideration of the specific contractual context and the illegality involved.

The application judge in this case found that (i) the agreement between New Solutions and TNAE only inadvertently violated s. 347; (ii) the parties were experienced in commercial matters and negotiated at arm's length; (iii) there was no evidence that they did not have equal bargaining power; and (iv) they each had the benefit of independent legal advice in the course of the negotiations leading to the agreement. Consequently, the application of notional severance to the agreement between New Solutions and TNAE in this case by Cullity J. was appropriate. I would allow the appeal.

II. Facts

For the relevant time period, TNAE was in the business of expedited freight trucking. Ken and Karen Dragosits were shareholders in TNAE and actively involved in the operation of its business. Prior to the end of 1999, other shareholders held a 50 percent interest in TNAE. A corporation connected to these other shareholders provided TNAE the funds needed for the firm's working capital. A demand was made by this other corporation for the repayment of the funds owed to it by TNAE. The Dragosits and TNAE decided to search out a source for the means to repay the indebtedness.

The Dragosits sought financing from BDO Capital, now the appellant, New Solutions, to enable TNAE to repay its indebtedness and for the other

exemple, les arrangements de prêt usuraire abusifs et les autres contrats ayant un objet criminel devraient être déclarés nuls *ab initio*. À l'autre extrémité, on trouve les contrats qui, quoiqu'ils contreviennent à un texte de loi, ne sont par ailleurs pas répréhensibles. Les contrats de cette nature entraînent souvent l'application de la doctrine de la divisibilité. La convention en cause dans la présente affaire est un exemple d'un tel contrat. Dans chaque cas, pour déterminer l'endroit où se situe une affaire donnée sur ce spectre et les conséquences qui en découlent du point de vue de la réparation, il faut procéder à un examen minutieux du contexte contractuel précis et de l'illégalité en cause.

7 En l'espèce, le juge de première instance a tiré les conclusions suivantes : (i) la convention intervenue entre New Solutions et TNAE ne contrevenait à l'art. 347 qu'en raison d'une inadvertance; (ii) les parties avaient de l'expérience des affaires et avaient négocié sans lien de dépendance; (iii) aucune preuve n'indiquait qu'elles n'avaient pas négocié d'égale à égale; (iv) chacune avait consulté son propre conseiller juridique durant les négociations ayant abouti à la convention. Par conséquent, la décision du juge Cullity d'appliquer la divisibilité fictive à la convention conclue par New Solutions et TNAE en l'espèce était bien fondée. J'accueillerais le pourvoi.

II. Les faits

8 Au cours de la période pertinente, TNAE faisait du transport routier de marchandises. Ken et Karen Dragosits étaient actionnaires de TNAE et participaient activement à l'exploitation de l'entreprise. Avant la fin de 1999, d'autres actionnaires détenaient une participation de 50 pour 100 dans TNAE. Une société à laquelle étaient liés ces autres actionnaires fournissait à TNAE les sommes nécessaires au titre du fonds de roulement de l'entreprise. Cette autre société a demandé à TNAE de lui rembourser les sommes qu'elle lui devait. Les Dragosits et TNAE ont décidé de rechercher une source de financement qui leur permettrait de rembourser les dettes de l'entreprise.

9 Les Dragosits se sont adressés à BDO Capital, devenue depuis New Solutions, l'appelante, pour obtenir le financement propre à permettre à TNAE

AOI 228

shareholders in TNAE to be bought out. The parties eventually entered into an agreement that contained a high rate of interest and also significant other fees and charges. The costly nature of the loan for TNAE no doubt reflected the high risk New Solutions was taking on in making the funds available.

10 Before arriving at their agreement, New Solutions expressed interest in acquiring a 30 percent equity interest in TNAE in conjunction with the contemplated credit facility. The Dragosits resisted this as they wished to be the sole shareholders of TNAE. In lieu of surrendering an equity interest, they agreed that New Solutions would receive a "royalty payment" of $160,000, payable in eight quarterly installments, to reflect the approximate value of a 30 percent equity interest in TNAE.

11 In the negotiations leading up to the agreement, each party had the benefit of independent legal advice. On March 6, 2000, a commitment letter in respect of the proposed credit facility was signed by the Dragosits and provided for the following payments:

(a) interest at four percent per month calculated daily, payable monthly in arrears;

(b) a monthly monitoring fee of $750;

(c) a one percent standby fee;

(d) royalty payments of $160,000 in eight quarterly installments;

(e) payment of legal and other fees; and

(f) a commitment fee of $5,000.

With the exception of the standby fee, all these payments were found by Cullity J. and by Rosenberg J.A. to constitute "interest" under s. 347(2) of the *Code*. Presumably, the standby fee was not included in the calculation of the effective interest rate because no standby fees were charged since the full credit facility of $500,000 was drawn upon.

de rembourser ses dettes et de racheter la participation des autres actionnaires de TNAE. Les parties ont finalement conclu une convention prévoyant un taux d'intérêt élevé ainsi que des droits, honoraires et autres frais substantiels. Le caractère onéreux de l'emprunt pour TNAE reflétait sans aucun doute le risque élevé que prenait New Solutions en avançant les fonds à TNAE.

Avant que les parties ne concluent la convention de crédit envisagée, New Solutions s'est dit intéressée à acheter une participation de 30 pour 100 dans TNAE. Les Dragosits se sont opposés à cette demande, puisqu'ils souhaitaient être les uniques actionnaires de TNAE. Au lieu de céder une participation, ils ont accepté que New Solutions reçoive des [TRADUCTION] « redevances » de 160 000 $, payables en huit versements trimestriels et reflétant la valeur approximative d'une participation de 30 pour 100 dans TNAE.

Au cours des négociations qui ont abouti à la convention, chaque partie a consulté ses propres avocats. Le 6 mars 2000, les Dragosits ont signé, relativement aux facilités de crédit proposées, une lettre d'engagement prévoyant les paiements suivants :

a) des intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance;

b) des frais de surveillance de 750 $ par mois;

c) un droit d'usage de 1 pour 100;

d) des redevances de 160 000 $ payables en huit versements trimestriels;

e) le paiement des honoraires d'avocat et d'autres frais;

f) une commission d'engagement de 5 000 $.

Le juge Cullity et le juge Rosenberg ont estimé que, à l'exception du droit d'usage, tous ces paiements constituaient des « intérêts » au sens du par. 347(2) du *Code*. La raison pour laquelle le droit d'usage n'a pas été pris en compte dans le calcul du taux d'intérêt effectif est vraisemblablement le fait qu'aucun paiement n'a été fait à ce titre parce que la somme de 500 000 $ a été empruntée d'un seul coup.

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 230

By March 30, 2000, the parties had, in addition to the commitment letter, executed an accounts receivable factoring agreement, a promissory note and a general security agreement. The Dragosits also each executed personal guarantees of the indebtedness for up to $500,000 plus interest at the rate of 30 percent per annum. From the outset, the parties had agreed to depart from the terms of the accounts receivable factoring agreement. On March 28, 2000, the solicitor for New Solutions wrote to the solicitor for TNAE and the Dragosits, confirming that the parties had agreed on March 27 that they would not strictly follow the terms of the accounts receivable factoring agreement unless New Solutions elected to exercise its rights under it. Instead, the understanding was that TNAE would borrow the full $500,000 from New Solutions and pay the interest, fees and royalties as set out in the commitment letter. According to Cullity J., "the concept of a factoring of receivables was put aside and replaced by a revolving credit facility" (para. 5).

12 Au 30 mars 2000, les parties avaient signé, en plus de la lettre d'engagement, une convention d'affacturage, un billet et une convention de garantie générale. Chacun des époux Dragosits a également accordé, à l'égard de la dette, des garanties personnelles jusqu'à concurrence de 500 000 $, assorties d'un taux d'intérêt de 30 pour 100 par année. Dès le départ, les parties ont convenu de déroger aux modalités de la convention d'affacturage. Le 28 mars 2000, l'avocat de New Solutions a confirmé par écrit à celui de TNAE et des Dragosits que, le 27 mars, les parties avaient convenu qu'elles n'observeraient pas strictement les modalités de la convention d'affacturage, à moins que New Solutions ne choisisse d'exercer les droits que lui conférait cette convention. En effet, les parties ont plutôt décidé que TNAE emprunterait à New Solutions la somme de 500 000 $ en entier et lui paierait les intérêts, commissions, droits, frais, honoraires et redevances prévus par la lettre d'engagement. Selon le juge Cullity, [TRADUCTION] « l'idée d'affacturage a été écartée et remplacée par une facilité de crédit renouvelable » (par. 5).

The principal amount of $500,000 was advanced by New Solutions. At the outset, TNAE paid interest at the rate of four percent per month, calculated daily and payable monthly in arrears, as well as the other fees and charges, in general accordance with the terms of the commitment letter.

13 New Solutions a avancé le capital de 500 000 $. Au début, TNAE a payé les intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à échéance, ainsi que les droits, honoraires et autres frais, le tout d'une manière généralement conforme aux modalités de la lettre d'engagement.

The various payments eventually became onerous, and TNAE sought legal advice regarding the repayment of the borrowed funds. TNAE then applied to the Ontario Superior Court of Justice for a declaration that the agreement contained an interest component that contravened s. 347 of the *Code*. It also sought an order that interest previously paid be returned.

14 Ces divers paiements sont finalement devenus trop lourds et TNAE a consulté un avocat au sujet du remboursement des fonds empruntés. TNAE a ensuite demandé à la Cour supérieure de justice de l'Ontario un jugement déclaratoire portant que les modalités relatives à l'intérêt de la convention contrevenaient à l'art. 347 du *Code*. Elle a également sollicité une ordonnance intimant la remise des intérêts déjà payés.

On the basis of actuarial evidence, Cullity J. found that the effective interest rate on the loan, if it was repaid in full within two years, was 90.9 percent per annum. In itself, the promise to pay interest at four percent per month calculated daily, payable monthly in arrears, amounted to an effective annual

15 Se fondant sur la preuve actuarielle fournie, le juge Cullity a conclu que le taux d'intérêt effectif du prêt — en supposant que celui-ci soit remboursé entièrement dans un délai de deux ans — s'élevait à 90,9 pour 100 par année. À elle seule, la promesse de payer des intérêts de 4 pour 100 par mois,

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 230

AOI 231

interest rate of 60.1 percent. The remaining payments amounted to an effective annual interest rate of 30.8 percent.

16 New Solutions originally denied that the agreement violated the *Code* but sought severance and rectification if it did. Cullity J. found that the agreement was in contravention of s. 347(1)(*a*) and applied "notional severance" to reduce the effective annual interest rate to 60 percent so the agreement would comply with s. 347. The Court of Appeal allowed TNAE's appeal; it struck out the clause providing for interest at a rate of four percent per month calculated daily and payable monthly in arrears, and left in place the other payments, which amounted to an effective annual rate of 30.8 percent when computed as interest as *per* s. 347(2). New Solutions seeks the restoration of the decision of the application judge.

III. Relevant Statutory Provisions

17 The pertinent text of the relevant provision of the *Criminal Code* is:

347. (1) Notwithstanding any Act of Parliament, every one who

(*a*) enters into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate, or

(*b*) receives a payment or partial payment of interest at a criminal rate,

is guilty of

(*c*) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding five years, or

(*d*) an offence punishable on summary conviction and is liable to a fine not exceeding twenty-five thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both.

(2) In this section,

"credit advanced" means the aggregate of the money and the monetary value of any goods, services or benefits

calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance, équivalait à un taux d'intérêt annuel effectif de 60,1 pour 100. Les autres paiements correspondaient à un taux d'intérêt annuel effectif de 30,8 pour 100.

New Solutions a d'abord nié que la convention contrevenait au *Code*, mais elle a demandé que le tribunal applique la divisibilité et la rectification s'il y avait effectivement contravention. Le juge Cullity a conclu que la convention contrevenait à l'al. 347(1)*a*) et il a appliqué la « divisibilité fictive » afin de réduire le taux d'intérêt annuel effectif à 60 pour 100, de façon que la convention respecte l'art. 347. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par TNAE; elle a biffé la clause prévoyant les intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance, mais elle n'a pas touché aux autres paiements, qui, suivant le par. 347(2), constituaient des intérêts et correspondaient à un taux annuel effectif de 30,8 pour 100. New Solutions demande le rétablissement de la décision du juge de première instance.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Voici les passages pertinents de la disposition applicable du *Code criminel* :

347. (1) Nonobstant toute autre loi fédérale, quiconque, selon le cas :

a) conclut une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel;

b) perçoit, même partiellement, des intérêts à un taux criminel,

est coupable :

c) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

d) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'une amende maximale de vingt-cinq mille dollars et d'un emprisonnement maximal de six mois, ou de l'une de ces peines.

(2) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

« capital prêté » L'ensemble des sommes d'argent et de la valeur pécuniaire globale de tous biens, services ou

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 231

actually advanced or to be advanced under an agreement or arrangement minus the aggregate of any required deposit balance and any fee, fine, penalty, commission and other similar charge or expense directly or indirectly incurred under the original or any collateral agreement or arrangement;

"criminal rate" means an effective annual rate of interest calculated in accordance with generally accepted actuarial practices and principles that exceeds sixty per cent on the credit advanced under an agreement or arrangement;

. . .

"interest" means the aggregate of all charges and expenses, whether in the form of a fee, fine, penalty, commission or other similar charge or expense or in any other form, paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement, by or on behalf of the person to whom the credit is or is to be advanced, irrespective of the person to whom any such charges and expenses are or are to be paid or payable, but does not include any repayment of credit advanced or any insurance charge, official fee, overdraft charge, required deposit balance or, in the case of a mortgage transaction, any amount required to be paid on account of property taxes;

. . .

(3) Where a person receives a payment or partial payment of interest at a criminal rate, he shall, in the absence of evidence to the contrary, be deemed to have knowledge of the nature of the payment and that it was received at a criminal rate.

. . .

(7) No proceedings shall be commenced under this section without the consent of the Attorney General.

IV. Issue

Are judges in Canada permitted by law to exercise remedial discretion to partially enforce a contract contravening s. 347 of the *Code* by reading down interest rate provisions to avoid what would otherwise be illegality?

prestations effectivement prêtés ou qui doivent l'être dans le cadre d'une convention ou d'une entente, déduction faite, le cas échéant, du dépôt de garantie et des honoraires, agios, commissions, pénalités, indemnités et autres frais similaires résultant directement ou indirectement de la convention initiale ou de toute convention annexe.

. . .

« intérêt » L'ensemble des frais de tous genres, y compris les agios, commissions, pénalités et indemnités, qui sont payés ou payables à qui que ce soit par l'emprunteur ou pour son compte, en contrepartie du capital prêté ou à prêter. La présente définition exclut un remboursement de capital prêté, les frais d'assurance, les taxes officielles, les frais pour découvert de compte, le dépôt de garantie et, dans le cas d'un prêt hypothécaire, les sommes destinées à l'acquittement de l'impôt foncier.

« taux criminel » Tout taux d'intérêt annuel effectif, appliqué au capital prêté et calculé conformément aux règles et pratiques actuarielles généralement admises, qui dépasse soixante pour cent.

. . .

(3) Quiconque reçoit paiement, total ou partiel, d'intérêts à un taux criminel est présumé connaître, jusqu'à preuve du contraire, l'objet du paiement et le caractère criminel de celui-ci.

. . .

(7) Il ne peut être engagé de poursuites pour une infraction prévue au présent article sans le consentement du procureur général.

IV. Question en litige

Au Canada, le droit permet-il aux juges d'exercer leur pouvoir discrétionnaire de réparation et de donner partiellement effet à un contrat contraire à l'art. 347 du *Code* en réduisant le taux d'intérêt prévu par les clauses relatives au taux d'intérêt pour éliminer l'illégalité dont serait autrement entaché le contrat?

18

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 233

V. Analysis

A. *Illegality of the Contract*

19 The definition of "interest" in s. 347(2) is broad: see *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112, at para. 28. The various payments made by TNAE, with the exception of any portion of the payments relating to the repayment of principal, satisfy the definition of "interest" as defined in s. 347(2). This includes the "royalty payments". I agree with the courts below that the payments made by TNAE to New Solutions cumulatively amount to an interest rate in excess of that permitted by the *Code*.

B. *The Doctrine of Illegality*

20 The Federal Court of Appeal's decision in *Still v. M.N.R.*, [1998] 1 F.C. 549, provides a useful summary of the development of the doctrine of illegality, including a discussion of the development and evolution of the doctrine's common law and statutory branches. In addressing the current state of the doctrine of illegality, Robertson J.A. remarked, at para. 12:

> Law reform agencies have been quick to conclude that the law of illegality is in an unsatisfactory state . . . . There is a plethora of conflicting decisions and great uncertainty as to the principles which should be guiding the courts. Arguably, so many exceptions have been grafted on to the common law rule that illegal contracts are void *ab initio* that the validity of the rule itself is brought into question.

In light of the excellent treatment of the doctrine's history by Robertson J.A. in *Still v. M.N.R.*, there would be little benefit to fully retracing the doctrine's history here. Instead, given the evolving nature of this area of law, a very brief survey of some of the existing case law on the application of the doctrine of illegality will provide sufficient context for the finding in this case that notional severance is available as a discretionary remedy in cases where s. 347 has been violated.

V. Analyse

A. *L'illégalité du contrat*

Le terme « intérêt » est défini largement au par. 347(2) : voir *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112, au par. 28. Les divers paiements effectués par TNAE, à l'exception de toute somme appliquée au remboursement du capital, correspondent à la définition d'« intérêt » au par. 347(2). Sont également visés les [TRADUCTION] « redevances » prévues par le contrat. Je souscris à la conclusion des juridictions inférieures selon laquelle l'ensemble des paiements faits par TNAE à New Solutions donne un taux d'intérêt supérieur à celui autorisé par le *Code*.

B. *La doctrine de l'illégalité*

L'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Still c. M.R.N.*, [1998] 1 C.F. 549, comporte un résumé utile de l'historique de la doctrine de l'illégalité, qui décrit notamment l'élaboration et l'évolution des deux volets de cette doctrine, à savoir les illégalités découlant de la common law et les illégalités du fait de la loi. Examinant l'état actuel de la doctrine de l'illégalité, le juge Robertson a fait les remarques suivantes au par. 12 :

> Les organismes de réforme du droit ont été prompts à conclure que les règles de droit en matière d'illégalité laissent à désirer [. . .] Il existe une foule de décisions contradictoires sur les principes qui devraient guider les tribunaux, et l'incertitude est grande dans ce domaine. On peut soutenir que les exceptions qui se sont greffées à la règle de common law voulant qu'un contrat illégal soit nul *ab initio* sont si nombreuses que la validité de la règle elle-même est mise en question.

Vu cet excellent exposé du juge Robertson dans l'arrêt *Still c. M.R.N.*, il ne serait guère utile en l'espèce de refaire entièrement l'historique de la doctrine de l'illégalité. Au contraire, comme il s'agit d'un domaine du droit qui est en constante évolution, un très bref survol de la jurisprudence sur l'application de cette doctrine établira le contexte nécessaire pour étayer la conclusion que la divisibilité fictive est une réparation discrétionnaire applicable dans les affaires portant sur la violation de l'art. 347.

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 233

AOI 234

The historical common law approach to contractual illegality is reflected in the following passage of Parke B. in *Cope v. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707 (Ex. Ct.), at p. 710:

> [W]here the contract which the plaintiff seeks to enforce, be it express or implied, is expressly or by implication forbidden by the common or statute law, no court will lend its assistance to give it effect. It is equally clear that a contract is void if prohibited by a statute, though the statute inflicts a penalty only, because such a penalty implies a prohibition.

In *Cope v. Rowlands*, the question surrounded whether an unlicensed broker could recover for the work that he had done for the defendant. The court concluded that the legal requirement (under threat of penalty) that brokers be licensed by the city of London implied a prohibition on work being done by unlicenced brokers. As a consequence, the contract was held to be void *ab initio* and the unlicensed broker was unable to enforce his claim for payment for the work that had been done. The Court of Appeal for Ontario denied recovery in a similar case involving an electrician seeking to recover for work done without possessing the appropriate class of licence: see *Kocotis v. D'Angelo* (1957), 13 D.L.R. (2d) 69.

The historical common law approach that contracts illegal under statute are void *ab initio* has been applied by this Court: see, e.g., *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 S.C.R. 603, and more recently, *Neider v. Carda of Peace River District Ltd.*, [1972] S.C.R. 678. However, some time ago Canadian courts began to develop a more flexible approach to statutory illegality in contract, often severing the illegal provisions and enforcing the remainder. For example, in one of the earliest cases dealing with the application of s. 347 of the *Code*, *Mira Design Co. v. Seascape Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97 (B.C.S.C.), Huddart L.J.S.C. held that although the interest provisions of a mortgage were unenforceable, exceeding as they did the maximum effective interest rate permitted under s. 305.1 of the *Code*

21 L'analyse historique suivie en common law en matière d'illégalité contractuelle est décrite dans l'extrait suivant des motifs exposés par le baron Parke dans l'affaire *Cope c. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707 (Ex. Ct.), p. 710 :

> [TRADUCTION] [S]i le contrat exprès ou tacite dont le demandeur sollicite l'exécution est explicitement ou implicitement interdit par la common law ou un texte de loi, aucun tribunal n'accordera son aide pour lui donner effet. De plus, il est clair qu'un contrat est nul s'il est interdit par une loi, même si celle-ci n'inflige qu'une sanction pécuniaire, parce que pareille sanction implique une interdiction.

Dans l'affaire *Cope c. Rowlands*, il s'agissait de décider si le demandeur, un courtier non agréé, pouvait obtenir, par voie judiciaire, le paiement du travail qu'il avait accompli pour le défendeur. Le tribunal a conclu que l'obligation faite par la loi aux courtiers (sous peine de sanction) d'être agréés par la ville de Londres signifiait qu'il était interdit aux personnes non agréées d'exercer les activités de courtier. Par conséquent, le tribunal a jugé que le contrat était nul *ab initio* et que le courtier non agréé ne pouvait demander aux tribunaux d'obliger le défendeur au paiement du travail fourni par le courtier. Dans une affaire similaire, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé d'indemniser un électricien qui demandait le paiement de travaux qu'il avait exécutés sans posséder le permis approprié : voir *Kocotis c. D'Angelo* (1957), 13 D.L.R. (2d) 69.

22 La règle de longue date de la common law selon laquelle sont nuls *ab initio* les contrats illégaux du fait de la loi a été appliquée par notre Cour : voir, par exemple, l'arrêt *Bank of Toronto c. Perkins* (1883), 8 R.C.S. 603, et, plus récemment, l'arrêt *Neider c. Carda de Rivière-la-Paix Ltée*, [1972] R.C.S. 678. Toutefois, il y a un certain nombre d'années, les tribunaux canadiens ont commencé à appliquer une solution plus souple en matière d'illégalité contractuelle du fait de la loi, bien souvent en retranchant les clauses illégales et en ordonnant l'exécution du reste du contrat. Par exemple, dans l'une des premières décisions portant sur l'application de l'art. 347 du *Code*, *Mira Design Co. c. Seascape Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97 (C.S.C.-B.), la juge locale Huddart a conclu que, en dépit du fait

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 234

AOI 235

(the predecessor to s. 347), the contract as a whole should not be held to be void *ab initio*. Her reasoning, at p. 104, was that although the section makes it an offence to receive interest at an illegal rate, the section did not seek to make associated collateral agreements (such as for the transfer of the real estate or the payment of the principal amount owing on the mortgage) void *ab initio*:

Most Canadians would agree that the purpose of the Criminal Code is to protect the public by providing for the punishment of behaviour that Parliament considers to be against the public interest. The purpose of s. 305.1 [now s. 347] is to punish everyone who enters into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate. It does not expressly prohibit such behaviour, nor does it declare such an agreement or arrangement to be void. The penalty is severe, and designed to deter persons from making such agreements. It replaces the Small Loans Act, which included a prohibition of such agreements and gave the court the power to reconstruct them. It is designed to protect borrowers. There is no penalty imposed on a person who makes an agreement to pay, or pays, interest at a criminal rate. It is not designed to prevent persons from entering into lending transactions per se.

23 The same approach was taken by the Court of Appeal for Ontario in *William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1. Having considered s. 347 of the *Code*, the court in that case concluded that where an interest rate provided for in an agreement exceeds the 60 percent statutory maximum, the interest rate provision of the contract may be severed without declaring the whole contract void.

24 In *Thomson*, at p. 8, Blair J.A. considered the following four factors in deciding between partial enforcement and declaring a contract void *ab initio*: (i) whether the purpose or the policy of s. 347 would be subverted by severance; (ii) whether the parties entered into the agreement for an illegal purpose or with an evil intention; (iii) the relative bargaining positions of the parties and their conduct in reaching

que les clauses d'un prêt hypothécaire relatives aux intérêts étaient invalides parce que ceux-ci dépassaient le taux effectif maximal permis par l'art. 305.1 du *Code* (maintenant l'art. 347), il n'y avait pas lieu de prononcer la nullité *ab initio* de l'ensemble du contrat. Selon le raisonnement exposé par la juge à la p. 104, bien que la disposition précisât que commet une infraction quiconque perçoit des intérêts à un taux illégal, cette disposition n'entendait pas rendre nulles *ab initio* les arrangements connexes (par exemple le transfert du bien immobilier ou le paiement du capital dû sur l'emprunt hypothécaire) :

[TRADUCTION] La plupart des Canadiens conviendraient que l'objet du Code criminel est de protéger le public en punissant les comportements que le législateur juge contraires à l'intérêt public. L'article 305.1 [maintenant l'art. 347] a pour objet de punir toute personne qui conclut une convention ou une entente en vue de percevoir des intérêts à un taux criminel. La disposition n'interdit pas expressément ce comportement et ne déclare pas non plus qu'une telle convention ou entente est frappée de nullité. La peine prévue est sévère et vise à décourager la conclusion de telles conventions. La disposition remplace la Loi sur les petits prêts, laquelle interdisait de telles conventions et donnait au tribunal le pouvoir de les reformuler. Elle tend à protéger les emprunteurs. Elle n'impose aucune sanction aux personnes qui paient des intérêts à un taux criminel, ou s'engagent à le faire. Elle ne vise pas à empêcher les gens de conclure des conventions de prêt en soi.

La Cour d'appel de l'Ontario a adopté la même analyse dans l'arrêt *William E. Thomson Associates Inc. c. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1. Dans cette affaire, après avoir examiné l'art. 347 du *Code*, la cour a conclu que, lorsque le taux d'intérêt prévu par une convention dépasse le taux maximal de 60 pour 100 autorisé par la loi, le tribunal peut retrancher la clause relative à l'intérêt sans prononcer la nullité de l'ensemble du contrat.

Dans l'arrêt *Thomson*, p. 8, le juge Blair a tenu compte des quatre facteurs suivants pour décider s'il devait déclarer le contrat nul *ab initio* ou ordonner son exécution partielle : (i) la question de savoir si l'application de la divisibilité compromettait l'objectif ou la politique générale visé par l'art. 347; (ii) la question de savoir si les parties ont conclu la convention dans un but illégal ou dans une intention

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 235

AOI 236

the agreement; and (iv) whether the debtor would be given an unjustified windfall. He did not foreclose the possibility of applying other considerations in other cases, however, and remarked (at p. 12) that whether "a contract tainted by illegality is completely unenforceable depends upon all the circumstances surrounding the contract and the balancing of the considerations discussed above and, in appropriate cases, other considerations".

In *Trillium Computer Resources Inc. v. Taiwan Connection Inc.* (1993), 11 B.L.R. (2d) 1 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), aff'd (1994), 11 B.L.R. (2d) 1 (Ont. Div. Ct.), Conant J. entered summary judgment in favour of the plaintiff who had paid $8,000 interest in consideration of credit extended by the defendant for eight days. In a brief judgment and without addressing the authorities on this point, Conant J. stated, at p. 2:

> I am satisfied that an interest rate of over 3,000 % per annum, whether it be for credit and/or compensation for damages and other matters suffered by the Defendant, is a flagrant breach of s. 347 of the *Criminal Code* of Canada. This, in my view, is illegal and shall be returned to the Plaintiff less the maximum rate of 60% per annum allowed under the Code. [Emphasis added.]

This approach is similar to the one applied by Cullity J. and endorsed by Sharpe J.A. (in dissent at the Court of Appeal) in the present case.

In *Milani v. Banks* (1997), 145 D.L.R. (4th) 55, the Court of Appeal for Ontario applied the contextual approach endorsed by Blair J.A. in *Thomson*, *supra*. This case involved a $32,000 loan with a term of 30 days. The contract provided for $3,000 to be kept by the creditor in respect of the costs associated with the loan, and an 18 percent annualized interest rate to be paid on the full principal amount. McKinlay J.A. for the court held, at pp. 59-60 that:

malveillante; (iii) le pouvoir de négociation relatif des parties et leur conduite au cours des négociations; (iv) la question de savoir si le débiteur tirerait un profit injustifié de la solution choisie. Le juge Blair n'a toutefois pas écarté la possibilité d'examiner d'autres considérations dans d'autres affaires, soulignant (à la p. 12) que la réponse à la question de savoir si [TRADUCTION] « un contrat entaché d'illégalité est entièrement inexécutoire dépend de l'ensemble des circonstances du contrat et de la mise en balance des facteurs énoncés précédemment ainsi que, dans certains cas, d'autres considérations ».

25 Dans l'affaire *Trillium Computer Resources Inc. c. Taiwan Connection Inc.* (1993), 11 B.L.R. (2d) 1 (C. Ont. (Div. gén.)), conf. par (1994), 11 B.L.R. (2d) 1 (C. div. Ont.), le juge Conant a rendu un jugement sommaire en faveur de la demanderesse, qui avait payé 8 000 $ en intérêts en contrepartie du crédit que lui avait consenti la défenderesse pendant une période de huit jours. Dans un bref jugement ne faisant état d'aucune jurisprudence sur ce point, le juge Conant a affirmé, à la p. 2 :

> [TRADUCTION] Je suis convaincu qu'un taux d'intérêt annuel supérieur à 3000%, que ce soit en contrepartie du crédit consenti et/ou à titre d'indemnisation pour les dommages et autres inconvénients subis par la défenderesse, constitue une violation flagrante de l'art. 347 du *Code criminel* du Canada. À mon avis, un tel taux est illégal et l'intérêt versé doit être remboursé à la demanderesse, déduction faite de la somme correspondant au taux annuel maximum de 60% autorisé par le Code. [Je souligne.]

Cette démarche est similaire à celle qui, en l'espèce, a été appliquée par le juge Cullity en première instance et que le juge Sharpe (dissident) a suivie en appel.

26 Dans l'arrêt *Milani c. Banks* (1997), 145 D.L.R. (4th) 55, la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué l'analyse contextuelle adoptée par le juge Blair, de la même cour, dans l'affaire *Thomson*, précitée. L'arrêt *Milani* concernait un prêt de 32 000 $ consenti pour une durée de 30 jours. Aux termes du contrat, le créancier retenait 3 000 $ de la somme prêtée pour les frais reliés au prêt, en plus d'avoir droit à des intérêts, payables sur le total du capital au taux annualisé de 18 pour 100. La juge McKinlay a conclu ainsi, au nom de la cour, aux p. 59-60 :

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 236

AOI 237

In this case, the appellant takes the position that the only offensive part of the loan was the $3,000 charge for "fees", and that if the agreement were left intact apart from that provision, the result would be a fair one in the circumstances. I am inclined to agree with that position . . . .

. . .

I consider this case to be one strongly favouring the position of the appellant. She is clearly not entitled to the $3,000 fee, but I would strike only that provision, and leave the loan otherwise intact as a $32,000 loan with interest at 18% per annum for a thirty day term.

The approach taken by McKinlay J.A. in *Milani* is reflected in the path taken by Rosenberg J.A. at the Court of Appeal for Ontario in the case at bar. McKinlay J.A. severed one of the "interest" terms (actually attributable to "costs") from the loan so that the interest rate would be legal, just as Rosenberg J.A. in this case severed the promise to pay interest at four percent per month, calculated daily, payable monthly in arrears, thereby leaving the other charges to amount, cumulatively, to a permissible rate of interest under s. 347.

C. *The Problematic Nature of the Blue-Pencil Test*

27 The blue-pencil approach is understood both as a test of the availability of severance to remedy contractual illegality and also as a technique for effecting severance. The blue-pencil approach as a test of the appropriateness of severance requires a consideration of whether an illegal contract can be rendered legal by striking out (i.e., by drawing a line through) the illegal promises in the agreement. The resulting set of legal terms should retain the core of the agreement. If the nature or core of the agreement is disturbed, then on this test the illegal clause in the contract is not a candidate for severance and the entire contract is void. The blue-pencil approach

[TRADUCTION] En l'espèce, l'appelante prétend que le seul élément répréhensible du prêt était la somme de 3 000 $ exigée au titre des « frais », et que si la convention était laissée intacte, sauf pour cette clause, le résultat serait juste dans les circonstances. Je suis encline à partager ce point de vue . . .

. . .

Je considère que nous sommes en présence d'une affaire où les circonstances militent fortement en faveur de l'adoption de la thèse de l'appelante. Celle-ci n'a manifestement pas droit aux frais de 3 000 $, mais je ne retrancherais que cette clause et je laisserais le reste du contrat intact, en l'occurrence un prêt de 32 000 $, consenti pour une période de 30 jours et portant intérêt au taux annuel de 18 pour 100.

L'approche retenue par la juge McKinlay de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Milani* se reflète dans le raisonnement suivi par le juge Rosenberg dans l'arrêt de la même cour en l'espèce. La juge McKinlay avait retranché du contrat de prêt l'une des conditions relatives à l'« intérêt » (de fait, une condition touchant les « frais ») pour que le taux d'intérêt respecte la loi, de la même manière que le juge Rosenberg a retranché, en l'espèce, l'engagement de payer des intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance, laissant ainsi intacts les autres frais, qui constituaient cumulativement l'équivalent d'un taux d'intérêt autorisé par l'art. 347.

C. *La nature problématique du test du trait de crayon bleu*

La méthode du trait de crayon bleu est considérée à la fois comme un test permettant de déterminer s'il y a ouverture à la divisibilité pour remédier à un contrat illégal, et comme une technique d'application de la divisibilité. Lorsque la méthode du trait de crayon bleu est utilisée comme test pour décider de l'opportunité d'appliquer la divisibilité, le tribunal doit se demander si le contrat illégal peut être validé en retranchant (c'est-à-dire en rayant d'un trait) les engagements illégaux y figurant. L'ensemble de conditions légales résultant de ce retranchement doit préserver l'essence du contrat. Suivant ce test, si la nature ou l'essence du

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 237

AOI 238

as a technique of effecting severance involves the actual excision of the provisions leading to the illegality, leaving those promises untainted by the illegality to be enforced.

The use of the blue-pencil approach to sever one or more provisions from a contract alters the terms of the agreement between the parties. The only agreement that one can say with certainty the parties would have agreed to is the one that they actually entered into. The insistence in the case law that the blue-pencil test derives its validity from refusing to change or add words or provisions to the contract is unconvincing. It is doubtful, for example, that the lenders in cases such as *Thomson*, *supra*, or *Mira Design*, *supra*, would have entered into the agreements at issue had they been aware *ex ante* that they would only be entitled to the return of the principal advanced. The change effected by the blue-pencil technique will often fundamentally alter the consideration associated with the bargain and do violence to the intention of the parties. Indeed, in many cases, the application of the blue-pencil approach will provide for an interest-free loan where the parties demonstrated in the agreement a clear intention to charge and pay considerable interest.

The blue-pencil test was developed in cases where the courts were considering instruments under seal, where the form of the deed governed and where the intention of the parties was irrelevant. It was therefore important that what remained after severance would be a valid deed:

In the deed form was everything; the actual intention of the parties was immaterial. It was, therefore, natural that in considering the possibility of severance of promises in a deed, the court should be concerned to see that what was left remained a valid deed; there could be no question of implying a promise to take effect if part of the

contrat est modifiée, la clause illégale du contrat ne se prête alors pas à l'application de la divisibilité et le contrat tout entier est nul. En tant que technique d'application de la divisibilité, la méthode du trait de crayon bleu consiste à amputer concrètement les clauses à l'origine de l'illégalité, tout en maintenant les engagements non viciés par l'illégalité pour qu'ils soient exécutés.

28 L'emploi de la technique du trait de crayon bleu pour retrancher une ou plusieurs clauses d'un contrat modifie les conditions de la convention conclue par les parties. La seule convention qui, peut-on affirmer avec certitude, est intervenue entre les parties est celle qu'elles ont conclue dans les faits. L'importance que la jurisprudence accorde au fait que le test du trait de crayon bleu tire sa validité du refus de changer ou d'ajouter des mots ou des clauses au contrat n'est pas convaincante. Par exemple, il est permis de douter que, dans des affaires tels les arrêts *Thomson*, précité, ou *Mira Design*, précité, les prêteurs auraient conclu les conventions litigieuses s'ils avaient su, avant le fait, qu'ils n'auraient droit qu'à la remise du capital prêté. Le changement apporté au moyen de la technique du trait de crayon bleu modifie souvent de manière fondamentale la contrepartie en cause dans le marché et il fait violence à l'intention des parties. En effet, dans de nombreux cas l'application de la technique du trait de crayon bleu donne lieu à un prêt sans intérêts, alors même que les parties avaient manifesté dans leur convention l'intention évidente de percevoir et de payer, selon le cas, des intérêts considérables.

29 Le test du trait de crayon bleu a été élaboré à l'occasion de décisions dans lesquelles les tribunaux examinaient des actes scellés, où le respect de la forme prescrite était le facteur déterminant et où l'intention des parties n'était pas pertinente. Il était donc important que tout ce qui n'avait pas été retranché demeure un acte valide :

[TRADUCTION] Seule la forme de l'acte comptait; l'intention réelle des parties était sans importance. Il était donc naturel que, dans l'examen de la possibilité de retrancher certains engagements de l'acte, le tribunal s'assure que ce qui allait rester demeure un acte valide; il était hors de question de supposer qu'un engagement produirait ses

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 238

AOI 239

original bargain was illegal. This is the historical origin of what was later called the 'blue-pencil test'.

(N. S. Marsh, "The Severance of Illegality in Contract" (1948), 64 *L.Q.R.* 230 and 347, at pp. 351-52)

Historically, courts were not concerned with the intention of the parties. The artificiality of the blue-pencil test arises from the common law constraints imposed on courts unaided by principles of equity.

30 Courts inescapably make a new bargain for the parties when they use the blue-pencil approach. As Cullity J. remarked, at paras. 35-36:

> The blue-pencil test is, I believe, a relic of a bygone era when the attitude of courts of common law — unassisted by principles of equity — towards the interpretation and enforcement of contracts was more rigid than is the case at the present time. At an early stage in the development of the law relating to illegal promises, severance was held to be justified on the basis of the blue-pencil test alone. As the reasoning in *Milani* and *William E. Thomson* demonstrates, we have moved a long way beyond that mechanical approach. Enforcement may be refused in the exercise of the kind of discretionary judgment I have mentioned even where blue-pencil severance is possible.
>
> Despite repeated statements in the cases that the court will not make a new agreement for the parties, that is, of course, exactly what it does whenever severance is permitted in cases like *William E. Thomson* and *Milani*. [Emphasis added.]

I am in complete agreement with the conclusion that when a court employs the blue-pencil test, it is making a new agreement for the parties. Indeed, all forms of severance alter the terms of the original agreement.

31 I also agree with the view of Rosenberg J.A. at the Court of Appeal in the present case, at para. 33, that severance lies along a spectrum of available

effets si une partie du marché conclu initialement était illégale. Voilà les origines historiques de ce qui a plus tard été appelé le « test du trait de crayon bleu ».

(N. S. Marsh, « The Severance of Illegality in Contract » (1948), 64 *L.Q.R.* 230 et 347, p. 351-352)

Autrefois, les tribunaux ne se souciaient pas de l'intention des parties. L'artificialité du test du trait de crayon bleu découle des contraintes que la common law imposait aux tribunaux, lesquels ne pouvaient faire appel aux principes d'equity.

Les tribunaux établissent immanquablement un nouveau marché entre les parties lorsqu'ils appliquent la technique du trait de crayon bleu. Comme l'a fait remarquer le juge Cullity, aux par. 35-36 :

> [TRADUCTION] À mon avis, le test du trait de crayon bleu constitue un vestige d'une époque révolue où les tribunaux de common law — qui jugeaient sans l'aide des principes d'equity — avaient à l'égard de l'interprétation et de l'exécution des contrats une attitude plus rigide que ce n'est le cas aujourd'hui. Au début de l'élaboration du droit relatif aux engagements illégaux, on considérait que seul le test du trait de crayon bleu permettait de justifier le recours à la divisibilité. Comme le démontre le raisonnement exposé dans les arrêts *Milani* et *William E. Thomson*, nous avons progressé bien au-delà de cette démarche mécanique. Appliquant le genre de pouvoir discrétionnaire dont j'ai parlé, le tribunal peut refuser d'ordonner l'exécution du contrat, et ce même dans un cas où la divisibité est possible au moyen de la technique du trait de crayon bleu.
>
> Malgré les affirmations répétées, dans la jurisprudence, que les tribunaux n'établissent pas de nouvelles conventions entre les parties, c'est bien sûr exactement ce qu'ils font à chaque fois que la divisibilité est autorisée dans des affaires tels les arrêts *William E. Thomson* et *Milani.* [Je souligne.]

Je souscris sans réserve à la conclusion selon laquelle le tribunal qui emploie le test du trait de crayon bleu se trouve à établir une nouvelle convention entre les parties. De fait, toutes les techniques d'application de la divisibilité modifient les conditions de la convention originale.

Je partage également l'opinion exprimée en l'espèce par le juge Rosenberg de la Cour d'appel de l'Ontario, au par. 33, à savoir que la

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 239

AOI 240

remedies. Depending on the circumstances, the court may exercise its discretion to find the whole agreement unenforceable or sever only the provision(s) that put the effective interest rate over 60 percent:

> [A] judge has discretion to apply the doctrine of severance to an agreement that offends the criminal interest rate provisions of the Code. This discretion gives rise to a spectrum of available remedies. Where the loan transaction resembles a traditional loan sharking arrangement, the court may refuse to apply the doctrine of severance and hold the entire loan agreement unenforceable, including the obligation to repay the principal. While this remedy leaves the borrower with a windfall, this result may be justified in some cases by the need to denounce such usurious practices. See *C.A.P.S. International Inc. v. Kotello*, [2002] M.J. No. 205 [(QL)] (Q.B.). At the other end of the spectrum, in the case of a good faith commercial transaction where the equities favour the lender and severance does not undermine the policy of the legislation, the court may sever only those provisions of the loan agreement that put the effective interest rate over 60 per cent, leaving intact the borrower's obligation to repay the principal and pay some interest. See *e.g.*, *Milani*, *supra*. Closer to the centre of the spectrum lies a case like *Terracan* [*Capital Corp. v. Pine Projects Ltd.* (1993), 100 D.L.R. (4th) 431(B.C.C.A.)], where the court severed all the interest provisions but upheld the debtor's obligation to repay the principal. [Emphasis added.]

This statement of the remedial discretion of a judge in a case involving a violation of s. 347 of the *Code* takes into account the seriousness of the illegality involved in any given case, the identity and nature of the parties and the broader contractual context.

If the case is an appropriate one for the court to sever only those provisions of the loan agreement that put the effective interest rate over 60 percent, and if it is conceded, as it must be, that such a rewording alters the agreement of the parties, the

divisibilité s'inscrit le long du spectre des réparations à la disposition des tribunaux. Selon les circonstances, le tribunal peut exercer son pouvoir discrétionnaire soit pour déclarer l'ensemble de la convention inexécutoire soit pour retrancher uniquement la ou les clauses ayant pour effet de hausser le taux d'intérêt effectif à plus de 60 pour 100 :

> [TRADUCTION] [L]es juges disposent du pouvoir discrétionnaire nécessaire pour appliquer la doctrine de la divisibilité à une convention qui contrevient aux dispositions du Code relatives au taux d'intérêt criminel. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire donne naissance à un spectre de réparations à la disposition des tribunaux. Lorsque le prêt ressemble à un arrangement classique de prêt usuraire, le tribunal peut refuser d'appliquer la doctrine de la divisibilité et déclarer l'ensemble de la convention de prêt inexécutoire, y compris l'obligation de rembourser le capital. Bien que cette réparation procure un profit inattendu à l'emprunteur, une telle solution peut parfois être justifiée par la nécessité de dénoncer de telles pratiques usuraires. Voir *C.A.P.S. International Inc. c. Kotello*, [2002] M.J. nº 205 [(QL)] (B.R.). À l'autre extrémité du spectre, dans le cas d'une opération commerciale conclue de bonne foi, où les principes d'equity favorisent le prêteur et où la divisibilité ne compromet pas l'objectif de politique générale visé par la loi, le tribunal a la faculté de retrancher uniquement les clauses de la convention de prêt qui haussent le taux d'intérêt effectif à plus de 60 pour 100, sans toucher à l'obligation de l'emprunteur de rembourser le capital et de payer une certaine somme au titre des intérêts. Voir, par exemple, l'arrêt *Milani*, précité. Plus près du centre du spectre, on trouve une affaire comme *Terracan* [*Capital Corp. c. Pine Projects Ltd.* (1993), 100 D.L.R. (4th) 431 (C.A.C.-B.)], où le tribunal a retranché toutes les clauses relatives à l'intérêt mais a confirmé l'obligation du débiteur de rembourser le capital. [Je souligne.]

Cette description du pouvoir discrétionnaire du juge d'accorder réparation dans les affaires de contravention à l'art. 347 du *Code* tient compte de la gravité de l'illégalité en cause, de l'identité et de la nature des parties ainsi que du contexte général du contrat.

S'il s'agit d'une affaire où le tribunal est justifié de retrancher uniquement les clauses de la convention de prêt qui haussent le taux d'intérêt effectif à plus de 60 pour 100, et s'il est admis, comme cela se doit, qu'une telle reformulation modifie la

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 240

question becomes only a choice of the appropriate technique of severance. The preferred severance technique is the one that, in light of the particular contractual context involved, would most appropriately cure the illegality while remaining otherwise as close as possible to the intentions of the parties expressed in the agreement. The blue-pencil technique may not necessarily achieve that result.

33 The blue-pencil test is imperfect because it involves mechanically removing illegal provisions from a contract, the effects of which are apt to be somewhat arbitrary. The results may be arbitrary in the sense that they will be dependent upon accidents of drafting and the form of expression of the agreement, rather than the substance of the bargain or consideration involved. For example, if the effective interest rate of the total interest obligation (as defined in s. 347(2)) in the agreement between New Solutions and TNAE were only 0.1 percent lower, then the excision of the various charges, fees and royalty payment provisions using the blue-pencil technique would have resulted in a legally valid agreement bearing an effective annual rate of interest of 60 percent. Although the results obtained from the blue-pencil approach will in many cases be sensible and may often be desirable, due to its artificiality, the application of the blue-pencil approach will sometimes be inappropriate.

34 Section 347 of the *Code* invites difficulties with arbitrariness by imposing a bright line of 60 percent as demarcating legal interest from illegal interest. This legislatively mandated bright line distinguishes s. 347 cases from those involving provisions, for example, in restraint of trade, where there is no bright line. The interaction of the blue-pencil test with the bright line separating illegal interest from legal interest leads to erratic results. Consider the following three substantively equivalent contracts. Assume for each contract that each party was commercially sophisticated, of equivalent bargaining power and in receipt of independent legal advice. Assume also that neither party was aware

convention des parties, il ne reste qu'à choisir la technique appropriée d'application de la divisibilité. La technique à privilégier est celle qui, compte tenu du contexte particulier du contrat, remédie le mieux à l'illégalité tout en respectant, autant que faire se peut, l'intention exprimée par les parties dans la convention. La technique du trait de crayon bleu ne permet pas nécessairement d'obtenir ce résultat.

La technique du trait de crayon bleu est imparfaite en ce qu'elle consiste à retrancher mécaniquement les clauses illégales du contrat, solution dont les effets risquent d'être quelque peu arbitraires. Les conséquences peuvent être arbitraires en ce sens qu'elles dépendent des hasards de la rédaction et de la forme d'expression employée dans la convention, plutôt que de la substance du marché ou de la contrepartie en cause. Par exemple, si le taux d'intérêt effectif de l'ensemble de l'obligation relative à l'intérêt (au sens du par. 347(2)) prévue par la convention conclue par New Solutions et TNAE était inférieur de 0,1 pour 100 seulement, alors l'excision des clauses relatives aux droits, frais, honoraires et redevances au moyen de la technique du trait de crayon bleu aurait produit une convention légalement valide fixant un taux d'intérêt annuel effectif de 60 pour 100. Bien que les résultats obtenus grâce à cette technique soient dans bien des cas logiques et puissent souvent être souhaitables, l'application de cette réparation est parfois inappropriée en raison de son artificialité.

L'application de l'art. 347 du *Code* ouvre la porte à des difficultés dues à l'arbitraire parce qu'il fixe une ligne de démarcation nette — 60 pour 100 — entre l'intérêt légal et l'intérêt illégal. Cette démarcation prescrite par la loi distingue les affaires fondées sur l'art. 347 de celles concernant les clauses — restreignant la liberté de commerce par exemple — à l'égard desquelles il n'existe pas de telle ligne de démarcation nette. L'interaction du test du trait de crayon bleu et de la ligne de démarcation nette séparant l'intérêt légal et l'intérêt illégal produit des résultats erratiques. Prenons les trois contrats suivants, tous essentiellement équivalents. Pour chacun de ceux-ci, supposons que les deux

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 242

the interest payable was prohibited by the *Code*. The three contracts lead to dramatically different results when the blue-pencil test is applied.

First, consider the result obtained using the blue-pencil approach in the case at bar. Accepted actuarial evidence showed that the contract between TNAE and New Solutions providing for interest at four percent per month, calculated daily, payable monthly in arrears, represented an effective interest rate of 60.1 percent per annum; other fees and charges reflected a further 30.8 percent interest per annum, resulting in a total rate of 90.9 percent. The application of the blue-pencil test required that, at the very least, the 60.1 percent interest provision be struck from the contract since, standing alone, it violated s. 347. After considering the equities of the contractual context, Rosenberg J.A. concluded that TNAE should have to repay the principal and at least some interest. Consequently, the provision calling for 60.1 percent effective annual interest was struck from the contract, and TNAE was held accountable for repaying the principal plus the other fees and charges, amounting to an effective annual interest rate of 30.8 percent.

Second, consider a contract that provides for 60.0 percent interest in one provision and 30.9 percent interest in the remaining provisions. This contract would result in the same 90.9 percent per annum rate of interest payable overall. Given the equities of the contractual context as found in the courts below, the application of the blue-pencil test would result in the other fees and charges being struck from the contract and the 60.0 percent interest payment obligation surviving.

parties possèdent une grande expérience des affaires et un pouvoir de négociation équivalent et que chacune a consulté ses propres avocats. Imaginons également qu'aucune des parties ne savait que le taux d'intérêt payable était prohibé par le *Code*. L'application du test du trait de crayon bleu à ces trois contrats donne des résultats très différents.

35 Premièrement, examinons le résultat obtenu en utilisant la méthode du trait de crayon bleu en l'espèce. La preuve actuarielle admise a démontré que le contrat conclu par TNAE et New Solutions, lequel prévoyait des intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance, représentait un taux d'intérêt effectif annuel de 60,1 pour 100; les droits, honoraires et autres frais prévus se traduisaient par un intérêt annuel supplémentaire de 30,8 pour 100 qui, ajouté au taux susmentionné, donnait un taux d'intérêt global de 90,9 pour 100. L'application du test du trait de crayon bleu exigeait à tout le moins que la clause prévoyant un taux d'intérêt de 60,1 pour 100 soit retranchée du contrat, puisque sa seule présence contrevenait à l'art. 347. Après avoir examiné le contexte du contrat au regard des principes d'equity, le juge Rosenberg a conclu que TNAE devrait être contrainte de rembourser le capital et de payer au moins une certaine somme au titre des intérêts. Par conséquent, la clause fixant un taux d'intérêt annuel effectif de 60,1 pour 100 a été retranchée du contrat et TNAE a été tenue au paiement du capital ainsi que des droits, honoraires et autres frais, qui correspondaient à un taux d'intérêt annuel effectif de 30,8 pour 100.

36 Deuxièmement, examinons un contrat qui comporte une clause fixant un taux d'intérêt de 60 pour 100 et d'autres clauses prévoyant des frais correspondant à un taux d'intérêt global de 30,9 pour 100. Ce contrat imposerait lui aussi un taux d'intérêt annuel global de 90,9 pour 100. Compte tenu des conclusions des juridictions inférieures sur le contexte du contrat au regard des principes d'equity, l'application du test du trait de crayon bleu entraînerait le retranchement des droits, honoraires et autres frais prévus par le contrat et le maintien de l'obligation de payer un intérêt de 60 pour 100.

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 242

AOI 243

37 Finally, consider what the result would be under the blue-pencil approach if there were only one interest provision, and that this provision called for an effective annual interest rate of 90.9 percent, which would also involve exactly the same amount of consideration passing from borrower to the lender as under the previous two contracts. The blue-pencil test would require that the entire interest obligation be severed from the contract, since it alone would violate s. 347. This would result in no interest being payable under the contract. It is possible, in this last example, that the illegality of the rate would be so apparent that courts would be justified in reducing to zero such a blatantly illegal rate. On the other hand, if the criminal rate was arrived at inadvertently — or under a misapprehension of the law — as assumed for the comparison of these three contracts, the obligation to repay at least some interest should be upheld. In that case, the maximum permissible rate would best reflect the intention of the parties, while curing the illegality.

Enfin, voyons quel résultat donnerait l'application de la technique du trait de crayon bleu si le contrat ne comportait qu'une seule clause relativement à l'intérêt, que cette clause fixait un taux d'intérêt annuel effectif de 90,9 pour 100 et que la contrepartie totale que devrait verser l'emprunteur au prêteur était exactement la même que dans les deux contrats précédents. Suivant le test du trait de crayon bleu, l'obligation relative à l'intérêt devrait être retranchée entièrement, puisque sa seule présence contreviendrait à l'art. 347. Cette situation ferait en sorte qu'aucun intérêt ne serait payable en vertu du contrat. Dans ce dernier exemple, il est possible que l'illégalité du taux soit à ce point flagrante que les tribunaux seraient justifiés de réduire à zéro un taux d'intérêt aussi manifestement illégal. Par contre, si le taux criminel a été fixé par inadvertance — ou par suite d'une mauvaise compréhension de la loi —, comme nous l'avons supposé aux fins de comparaison des trois exemples de contrats, l'obligation de payer au moins une certaine somme au titre des intérêts devrait être maintenue. Dans un tel cas, le taux maximal permis par la loi est celui qui reflète le mieux l'intention des parties, en plus de remédier à l'illégalité.

38 This demonstrates that, at least in the case of contracts in violation of s. 347 of the *Code*, the results associated with the application of the blue-pencil approach are overly dependent upon the form of the contract, rather than its substance. In these three similar contracts, the borrower must pay 30.8 percent interest, 60.0 percent interest, or no interest, depending on otherwise insignificant differences in drafting. Results this erratic and sensitive to the form of contractual expression are undesirable, and can be avoided through the use of notional severance in cases where considerations flowing from the broad contractual context favour the lender.

Cet exercice démontre que, à tout le moins dans le cas des contrats contrevenant à l'art. 347 du *Code*, le résultat de l'application de la technique du trait de crayon bleu dépend davantage de la forme du contrat que de sa substance. Dans ces trois contrats similaires, les emprunteurs doivent, en raison de différences de rédaction par ailleurs négligeables, payer respectivement 30,8 pour 100, 60 pour 100 et 0 pour 100 d'intérêt. Des résultats aussi erratiques et tributaires de la formulation du contrat ne sont pas souhaitables et peuvent être évités par l'application de la divisibilité fictive dans les cas où certaines considérations tenant au contexte général du contrat plaident en faveur du prêteur.

39 There is little danger that abuses of this remedial flexibility would surreptitiously creep past trial judges. On the contrary, judges are apt to be quite suspicious, and rightly so, of credit arrangements which provide for effective annual rates of interest in excess of 60 percent per annum. Using notional severance to read down interest provisions to be just

Il y a peu de risques que cette souplesse en matière de réparation donne lieu à des abus susceptibles d'échapper à la vigilance des juges. Au contraire, les juges savent très bien se méfier, à juste titre d'ailleurs, des arrangements de crédit prévoyant un taux d'intérêt annuel effectif supérieur à 60 pour 100. Le recours à la divisibilité fictive pour

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 243

AOI 244

within the legal limit would not find application in traditional loan-sharking transactions. It would be available as a remedy where a court recognizes the commercial sophistication and professional advice received by both parties, concludes that the violation of s. 347 by the parties was unintentional, and considers it equitable to give effect to the highest legal interest obligation available. In such cases, there is no reason, in my view, to prefer the blue-pencil approach as more likely to deter criminal interest rates. I will return to this point below.

Thus, the appropriate approach is to vest the greatest possible amount of remedial discretion in judges in courts of first instance. The spectrum of available remedies runs from a court holding contracts in violation of s. 347 void *ab initio*, in the most egregious and abusive cases, according to the criteria identified in *Thomson*, *supra*, to notional severance. In the determination of where along the spectrum a particular contract lies, the considerations identified in *Thomson* by Blair J.A. should be referred to and analysed carefully. Although Blair J.A. was considering the desirability of severing illegal interest from principal, the same factors are helpful in determining whether to reduce illegal interest to a legal level.

D. *Application of the Revised Approach*

Finding, as I do, that the maximum level of remedial flexibility should be vested in judges and available for application by them subject to a careful analysis of the factors identified in *Thomson*, I will apply this approach to the facts of the case at bar.

As outlined above, in *Thomson*, Blair J.A. identified four considerations relevant to the determination of whether public policy ought to allow an otherwise illegal agreement to be partially enforced

réduire au taux maximum permis par la loi le taux prévu par les clauses relatives à l'intérêt ne serait pas ouvert à l'égard des opérations classiques de prêt usuraire. Cette réparation pourrait être accordée dans les cas où le tribunal constate que les parties ont l'expérience des affaires et ont été conseillées par des professionnels, conclut que les parties n'ont pas enfreint intentionnellement l'art. 347 et estime qu'il est équitable de donner effet à l'obligation la plus lourde que permet la loi au titre de l'intérêt. Dans de tels cas, il n'existe à mon avis aucune raison de privilégier la technique du trait de crayon bleu du fait qu'elle serait plus susceptible de décourager la perception de taux d'intérêt criminels. Je vais revenir sur ce point un peu plus loin.

40 En conséquence, la solution appropriée consiste à reconnaître aux juges de première instance un pouvoir discrétionnaire aussi large que possible en matière de réparations. Le spectre des réparations à la disposition des tribunaux va de l'annulation *ab initio* des contrats contrevenant à l'art. 347 dans les cas les plus inacceptables et les plus abusifs, au regard des critères énoncés dans l'arrêt *Thomson*, précité, jusqu'à l'application de la divisibilité fictive. Pour situer un contrat donné sur ce spectre, il faut se reporter aux facteurs dégagés par le juge Blair dans l'arrêt *Thomson* et les analyser soigneusement. Même si, dans cette affaire, le juge Blair s'interrogeait sur l'opportunité de retrancher l'obligation de payer l'intérêt illégal sans supprimer celle de rembourser le capital, les mêmes facteurs sont néanmoins utiles pour décider si le taux d'intérêt illégal doit être réduit à un taux permis par la loi.

D. *L'application de la démarche révisée*

41 Comme j'arrive à la conclusion que les juges doivent disposer de la plus grande souplesse possible en matière de réparations et pouvoir l'appliquer, pourvu toutefois qu'ils analysent soigneusement les facteurs dégagés dans l'arrêt *Thomson*, je vais appliquer cette analyse aux faits de l'espèce.

42 Comme je l'ai expliqué précédemment, le juge Blair a énuméré, dans l'arrêt *Thomson*, quatre facteurs pertinents pour décider si aucune considération d'ordre public n'empêche le tribunal

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 244

rather than being declared void *ab initio* in the face of illegality in the contract:

1. whether the purpose or policy of s. 347 would be subverted by severance;

2. whether the parties entered into the agreement for an illegal purpose or with an evil intention;

3. the relative bargaining positions of the parties and their conduct in reaching the agreement;

4. the potential for the debtor to enjoy an unjustified windfall.

43 The first factor — whether the policy behind s. 347 would be subverted here by partial enforcement — is related to the concerns expressed by Rosenberg J.A. in this case that civil remedies should not frustrate the deterrence purpose of the criminal prohibition. In this regard, it is important to identify the policy purpose underlying s. 347. Ostensibly, it was intended to curb loan-sharking activity. It is difficult to pinpoint the precise rationale behind the provision, however, because the legislative record yields few clues. According to Professor Ziegel:

> On July 22nd, 1980, only a day after its first reading, the House of Commons gave second and third reading to Bill C-44, "An Act to amend the Small Loans Act and to provide for its repeal and to amend the Criminal Code". The Bill was not debated and its adoption had the unanimous support of all three political parties. Any public discussion of the merits of the Bill was effectively forestalled by the haste with which it was rushed through the House. This failure to give interested parties an opportunity to study and comment on the Bill would be serious enough if the Bill only dealt with minor technical matters. But it does not. The Bill deals with questions of major social, economic, and legal importance which warranted careful examination. Even if one accepts the soundness of the objectives of the Bill, it does not follow that its technical implementation is equally unobjectionable or that the same goals could not have been realized in a less controversial manner. In the writer's view, the Bill is open to

d'ordonner l'exécution partielle d'une convention par ailleurs illégale, au lieu de déclarer celle-ci nulle *ab initio* en raison de l'illégalité du contrat :

1. la question de savoir si l'application de la divisibilité compromettrait l'objectif ou la politique générale visé par l'art. 347;

2. la question de savoir si les parties ont conclu la convention dans un but illégal ou dans une intention malveillante;

3. le pouvoir de négociation relatif des parties et leur conduite au cours des négociations;

4. la possibilité que le débiteur tire un profit injustifié de la solution choisie.

Le premier facteur — la question de savoir si la réalisation de la politique générale à la base de l'art. 347 serait compromise en l'espèce par l'exécution partielle de la convention — rejoint la crainte exprimée dans la présente affaire par le juge Rosenberg, à savoir que les réparations accordées en matière civile ne devraient pas nuire à l'objectif de dissuasion visé par l'interdiction criminelle. À cet égard, il est important de discerner la politique générale à la base de l'art. 347. À première vue, cette disposition a pour objet de mettre un frein aux activités de prêt usuraire. Il est toutefois difficile de déterminer la raison d'être précise de la disposition, étant donné que l'historique législatif renferme peu d'indices. Selon le professeur Ziegel :

> [TRADUCTION] Le 22 juillet 1980, un jour seulement après la première lecture, la Chambre des Communes a procédé aux deuxième et troisième lectures du projet de loi C-44, intitulé « Loi portant modification et abrogation de la Loi sur les petits prêts et modifiant le Code criminel ». Le projet de loi n'a pas été débattu et les trois partis politiques ont appuyé unanimement son adoption. L'adoption hâtive du projet de loi par la Chambre a pour ainsi dire empêché tout débat public sur le bien-fondé de celui-ci. Le fait de ne pas avoir donné aux intéressés l'occasion d'étudier le projet de loi et de le commenter serait en soi suffisamment grave si ce projet de loi ne portait que sur des détails techniques. Mais ce n'est pas le cas. Le projet de loi traite de questions d'importance considérable sur les plans social, économique et juridique, qui méritaient un examen attentif. Même si l'on admet le bien-fondé des objectifs du projet de loi, il ne s'ensuit pas que sa mise en œuvre sur le plan technique est elle

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 246

objections on both counts and may generate as many new problems as it was designed to resolve.

(J. S. Ziegel, "Bill C-44: Repeal of the Small Loans Act and Enactment of a New Usury Law" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 188, at p. 188)

As was stated by this Court in *Garland*, *supra*, at para. 25:

> The ostensible purpose of s. 347 was to aid in the prosecution of loan sharks. See *House of Commons Debates*, 1st Sess., 32nd Parl., vol. III, July 21, 1980, at p. 3146; *Thomson*, *supra*, at p. 549. However, it is clear from the language of the statute — e.g., its reference to insurance and overdraft charges, official fees, and property taxes in mortgage transactions — that s. 347 was designed to have a much wider reach, and in fact the section has most often been applied to commercial transactions which bear no relation to traditional loan-sharking arrangements. Although s. 347 is a criminal provision, the great majority of cases in which it arises are not criminal prosecutions. Rather, like the case at bar, they are civil actions in which a borrower has asserted the common-law doctrine of illegality in an effort to avoid or recover an interest payment, or to render an agreement unenforceable. For this reason, the provision has attracted criticism from some commercial lawyers and academics, and calls have repeatedly been made for its amendment or repeal. . . . Nevertheless, it is now well settled that s. 347 applies to a very broad range of commercial and consumer transactions involving the advancement of credit, including secured and unsecured loans, mortgages and commercial financing agreements.

Since it is very difficult to identify the policy objective behind s. 347 of the *Code* beyond the prevention of loan-sharking, violations of the section that clearly do not involve loan-sharking should be approached cautiously, keeping in mind that there is no need to deter, through the criminal law, effective interest rates of up to 60 percent per year. Given that this was a commercial transaction engaged in by experienced and independently advised commercial parties, it is difficult to see why the choice of a 30.8 percent rather than

aussi à l'abri de toute critique ou qu'il n'aurait pas été possible d'atteindre les mêmes buts d'une manière moins controversée. L'auteur est d'avis que le projet de loi prête le flanc à la critique à ces deux égards et pourrait créer autant de problèmes qu'il était censé en résoudre.

(J. S. Ziegel, « Bill C-44 : Repeal of the Small Loans Act and Enactment of a New Usury Law » (1981), 59 *R. du B. can.* 188, p. 188)

Comme l'a précisé la Cour dans l'arrêt *Garland*, précité, par. 25 :

> Le but apparent de l'art. 347 était d'aider à poursuivre les usuriers. Voir *Débats de la Chambre des communes*, 1re sess., 32e législ., vol. III, 21 juillet 1980, à la p. 3146; *Thomson*, précité, à la p. 549. Toutefois, il ressort clairement de cette disposition — notamment de la mention qu'elle fait des frais d'assurance, des frais pour découvert de compte, des taxes officielles et des taxes foncières dans le cas de prêts hypothécaires — qu'elle était destinée à avoir une portée beaucoup plus large, et en fait, elle a très souvent été appliquée à des opérations commerciales qui n'ont rien à voir avec les prêts usuraires classiques. Bien que l'art. 347 soit une disposition en matière criminelle, la plupart du temps il n'est pas invoqué dans le cadre de poursuites criminelles. Il s'agit plutôt, comme en l'espèce, de poursuites civiles dans lesquelles un emprunteur invoque la théorie de l'illégalité en common law dans le but d'éviter ou d'obtenir un paiement d'intérêt, ou dans le but de rendre une entente non exécutoire. Pour cette raison, la disposition a été critiquée par certains avocats et auteurs de doctrine spécialisés en droit commercial, et sa modification ou son abrogation a été réclamée à maintes reprises. [. . .] Cependant, il est maintenant bien établi que l'art. 347 s'applique à une très large gamme d'opérations en matière de commerce et de consommation qui comportent un prêt de capital, notamment les prêts garantis et non garantis, les prêts hypothécaires et les contrats de financement commercial.

Puisqu'il est très difficile de dégager la politique générale à la base de l'art. 347 du *Code*, outre la prévention des prêts usuraires, les contraventions à cet article qui ne comportent de toute évidence pas de telles activités devraient être analysées avec prudence, en gardant à l'esprit qu'il n'est pas nécessaire de décourager, au moyen du droit criminel, la perception de taux d'intérêt annuels effectifs pouvant atteindre 60 pour 100. Comme il s'agissait en l'espèce d'une opération commerciale conclue par des parties possédant l'expérience des affaires et

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 246

AOI 247

60 percent rate better fosters compliance with s. 347(1)(*a*) of the *Code*.

44 The second factor is whether the agreement was entered into for an illegal purpose or with an evil intention. There is no evidence on the record to suggest that New Solutions has been charged with violating s. 347(1)(*a*). Absent a criminal conviction, New Solutions has the benefit of the presumption of innocence. Concerns with specific and general deterrence are best addressed by the criminal law. A prosecution under s. 347 of the *Code* cannot be initiated without the consent of the Attorney General. This suggests that even a criminal remedy is not always appropriate for an infringement of s. 347, let alone a civil remedy seeking to promote the criminal law objective of deterrence. Cullity J. found that the parties were unaware that the agreement contravened s. 347, their intent being only to provide the means by which TNAE could buy out its remaining shareholders and acquire commercially necessary working capital. It was a contract entered into for ordinary commercial purposes. There was nothing inherently illegal or evil about this intention. The worst that could be said is that TNAE was a high-risk debtor for New Solutions to lend to (even with the personal guarantees of the Dragosits), the corporation's needs were high relative to its value, and it needed the money on relatively short notice. This second consideration militates in favour of a flexible remedy.

45 The third factor concerns the relative bargaining positions of the parties and their conduct in reaching the agreement. Each party had independent legal advice. Each party was commercially experienced. The Dragosits and TNAE knew what they were getting into, as did New Solutions. The one failing seems to be that neither side realized that their agreement would contravene s. 347 of the *Code*.

ayant chacune consulté ses propres conseillers, il est difficile de voir en quoi le fait de choisir le taux de 30,8 pour 100 plutôt que celui de 60 pour 100 favorise davantage le respect de l'al. 347(1)*a*) du *Code*.

Le deuxième facteur est la question de savoir si la convention a été conclue dans un but illégal ou dans une intention malveillante. Rien au dossier n'indique que New Solutions a été accusée d'avoir enfreint l'al. 347(1)*a*). En l'absence de déclaration de culpabilité criminelle, New Solutions bénéficie de la présomption d'innocence. Il est préférable de recourir au droit criminel pour faire face aux problèmes de dissuasion spécifique et générale. Aucune poursuite fondée sur l'art. 347 du *Code* ne peut être intentée sans l'autorisation du procureur général. Cela tend à indiquer que même une sanction criminelle n'est pas toujours la réparation appropriée en cas de violation de l'art. 347, à plus forte raison une réparation civile visant à réaliser l'objectif de dissuasion du droit criminel. Le juge Cullity a conclu que les parties ignoraient que la convention contrevenait à l'art. 347 et qu'elles avaient uniquement voulu doter TNAE des moyens de racheter la participation des autres actionnaires et du fonds de roulement nécessaire à l'exercice de ses activités. Il s'agissait d'un contrat conclu à des fins commerciales ordinaires. Cette intention n'avait fondamentalement rien d'illégal ou de malveillant. Le pire qu'on puisse dire est que TNAE était un emprunteur présentant un risque élevé pour le prêteur, New Solutions (et ce malgré les garanties personnelles consenties par les Dragosits), que les besoins de crédit de l'entreprise étaient grands comparativement à sa valeur et que celle-ci avait besoin des fonds à assez brève échéance. Ce deuxième facteur milite en faveur de l'application d'une réparation souple.

Le troisième facteur est le pouvoir de négociation relatif des parties et leur conduite au cours des négociations. Chaque partie a consulté ses propres avocats. Chaque partie avait l'expérience des affaires. Tout comme New Solutions, les Dragosits et TNAE savaient dans quoi ils s'engageaient. Le seul problème semble être le fait que ni l'une ni l'autre des parties n'a constaté que la convention

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 247

AOI 248

This third consideration, too, favours a flexible remedy.

Finally, any potential for an unjustified windfall in this case arises from TNAE possibly not having to repay the principal and interest, or from TNAE possibly not having to pay a commercially appropriate rate of interest on the loan. Given that each party had independent advice and knew precisely the obligations that they were taking on, my conclusion is that the equities of the situation favour New Solutions. This is in accord with the findings by both the lower courts in this case.

New Solutions should be repaid the principal, with the highest amount of interest legally allowable, namely 60 percent. This represents a reduction from the interest rate of 90.9 percent that the contract provided for, but, given s. 347 of the *Code*, is the most that New Solutions can legally receive. This no more rewrites the contract than enforcing only the other obligations, which cumulatively amount to "interest" at 30.8 percent.

My colleague, Bastarache J., refers to clause 9.1 of the accounts receivable factoring agreement (para. 68), arguing it supports the blue-pencil approach to severance. I agree that by clause 9.1 the parties expressed a preference for the use of severance to give full effect to the valid provisions of that agreement. I have two responses to the view, however, that the clause calls for the use of the blue-pencil approach to severance rather than notional severance. First, from the outset the parties agreed not to strictly abide by the terms of the accounts receivable factoring agreement. Therefore, I question whether it is appropriate to refer to clause 9.1 of this agreement. Second, accepting for the sake of argument that the factoring agreement is relevant, the use of notional severance is not foreclosed by the intent underlying the inclusion of clause 9.1 in the factoring agreement. The genuine intent underlying

contrevenait à l'art. 347 du *Code*. Ce troisième facteur milite lui aussi en faveur de l'application d'une réparation souple.

46 Enfin, seule TNAE pourrait en l'espèce être la bénéficiaire d'un profit injustifié, du fait qu'elle pourrait ne pas être obligée de rembourser le capital et de payer les intérêts ou qu'elle pourrait être dispensée de payer, à l'égard du prêt, un taux d'intérêt approprié d'un point de vue commercial. Étant donné que chaque partie a consulté ses propres conseillers juridiques et connaissait exactement les obligations qu'elle contractait, j'estime que, du point de vue de l'equity, la situation est favorable à New Solutions. Cette conclusion est conforme aux constatations des juridictions inférieures en l'espèce.

47 New Solutions a droit au remboursement du capital du prêt, ainsi qu'au taux d'intérêt le plus élevé que la loi autorise, à savoir 60 pour 100. Ce taux est inférieur au taux de 90,9 pour 100 prévu par le contrat, mais, eu égard à l'art. 347 du *Code*, il s'agit du taux le plus élevé que New Solutions peut légalement percevoir. Cette modification ne constitue pas davantage une reformulation du contrat que ne le serait la solution d'ordonner l'exécution des autres obligations seulement, lesquelles correspondent cumulativement à un « intérêt » de 30,8 pour 100.

48 Mon collègue le juge Bastarache invoque la clause 9.1 de la convention d'affacturage (par. 68), faisant valoir qu'elle justifie le recours à la divisibilité au moyen de la technique du trait de crayon bleu. J'admets que, par cette clause, les parties ont exprimé leur désir de recourir à la divisibilité pour donner plein effet aux dispositions valides de leur convention. Toutefois, l'opinion selon laquelle la clause commande l'emploi de la technique du trait de crayon bleu au lieu de la divisibilité fictive m'inspire deux observations. Premièrement, dès le départ les parties ont convenu de ne pas observer de manière stricte les modalités de la convention d'affacturage. Par conséquent, je m'interroge sur le bien-fondé d'invoquer la clause 9.1 de cette convention. Deuxièmement, même en supposant, pour les besoins de l'argument, que la convention d'affacturage soit pertinente, l'application de la divisibilité

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 248

AOI 249

clause 9.1 was to preserve as much of the agreement as possible should any part of it be deemed to be invalid. In light of the analysis above, the part of the agreement that is invalid is the obligation to pay an effective interest rate in excess of 60 percent per annum. Therefore, notional severance is the most appropriate remedy to apply here, since it gives the greatest possible legal effect to the valid aspects of the agreement, which is in concert with the intention underlying clause 9.1.

VI. Conclusion

49 For the foregoing reasons I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the order of Cullity J. I would award costs to the appellant in this Court and in the Court of Appeal.

The following are the reasons delivered by

50 BASTARACHE J. (dissenting) — I have read the reasons of Arbour J. and respectfully disagree. I would not make available the remedy of "notional severance", whereby judges are permitted to rewrite offending provisions in a contract so as to make them conform with the law. Instead, I would restrict the remedy available under such circumstances to severance, in the traditional sense, whereby judges are permitted to strike out offending provisions in a contract provided they represent separate promises.

51 My dissent is based on three major considerations.

52 First, like Rosenberg J.A. of the Ontario Court of Appeal, I think there is a fundamental difference between striking out offending sections of a contract and rewriting a central provision of a contract. Although both approaches admittedly interfere in some way with the intent of the parties, the added flexibility of the rewriting approach comes at a

fictive n'est pas exclue en raison de l'intention à la base de l'insertion de la clause 9.1 dans la convention d'affacturage. L'objet véritable de cette clause était de préserver la plus grande partie possible de la convention dans l'éventualité où quelque élément de celle-ci serait jugé invalide. À la lumière de l'analyse qui précède, la partie de la convention qui est invalide est l'obligation de payer un taux d'intérêt effectif dépassant 60 pour 100 par année. Par conséquent, la divisibilité fictive est la réparation la plus appropriée en l'espèce, car elle donne l'effet juridique le plus large possible aux aspects valides de la convention, résultat qui est conforme à l'intention à la base de l'inclusion de la clause 9.1 dans la convention.

VI. Conclusion

Pour les raisons qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir celle du juge Cullity, avec dépens en faveur de l'appelante devant la Cour et devant la Cour d'appel.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — J'ai lu les motifs de la juge Arbour et, en toute déférence, je ne peux y souscrire. Je n'autoriserais pas le recours à la méthode dite de la [TRADUCTION] « divisibilité fictive » (« *notional severance* »), qui permet aux juges de reformuler les clauses illégales d'un contrat pour les rendre conformes à la loi. Je limiterais plutôt la réparation ouverte dans de telles circonstances à la divisibilité, au sens traditionnel, qui permet aux juges de retrancher les clauses illégales d'un contrat, pourvu que celles-ci représentent des engagements distincts.

Ma dissidence repose sur trois considérations principales.

Premièrement, à l'instar du juge Rosenberg de la Cour d'appel de l'Ontario, j'estime qu'il existe une différence fondamentale entre le fait de retrancher des clauses illégales d'un contrat et celui de reformuler une clause cruciale d'un contrat. Même s'il est vrai que les deux méthodes modifient d'une certaine manière l'intention des parties, la souplesse accrue

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 249

AOI 250

considerable cost. Furthermore, it is not supported by any principle of contract law. On the contrary, the severance doctrine is a long-standing one. A useful survey of the history and development of severance for illegality can be found in *Still v. M.N.R.*, [1998] 1 F.C. 549 (C.A.).

Historically, courts held that illegality in contract rendered the entire agreement unenforceable and refused to order the return of money or property transferred under the agreement. This classic approach to contractual illegality was articulated by Parke B. in *Cope v. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707 (Ex. Ct.), at p. 710:

> [W]here the contract which the plaintiff seeks to enforce, be it express or implied, is expressly or by implication forbidden by the common or statute law, no court will lend its assistance to give it effect. It is equally clear that a contract is void if prohibited by a statute, though the statute inflicts a penalty only, because such a penalty implies a prohibition.

This Court has also endorsed the traditional doctrine of statutory illegality. In *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 S.C.R. 603, Ritchie C.J. stated, at p. 610:

> It would be a curious state of the law if, after the Legislature had prohibited a transaction, parties could enter into it, and, in defiance of the law, compel courts to enforce and give effect to their illegal transactions.

At p. 613, Strong J. added:

> Whenever the doing of any act is expressly forbidden by statute, whether on grounds of public policy or otherwise, the English courts hold the act, if done, to be void, though no express words of avoidance are contained in the enactment itself.

See also *Steinberg v. Cohen*, [1930] 2 D.L.R. 916 (Ont. C.A.); *Hasiuk v. Oshanek*, [1936] 1 D.L.R. 232 (Man. C.A.).

Over time, the lower courts in Canada moved away from this strict approach because it was

que permet la reformulation s'accompagne toutefois d'un coût considérable. En outre, aucun principe du droit des contrats n'étaye le recours à cette méthode. À l'opposé, la divisibilité est une doctrine établie depuis longtemps. L'arrêt *Still c. M.R.N.*, [1998] 1 C.F. 549 (C.A.), décrit fort utilement l'historique et l'évolution de la divisibilité en tant qu'instrument permettant de remédier à l'illégalité.

53 Pendant longtemps, les tribunaux ont jugé que l'illégalité d'un contrat rendait celui-ci entièrement inexécutable et ils refusaient d'ordonner la remise de l'argent ou des biens transférés en vertu du contrat. Dans l'arrêt *Cope c. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707 (Ex. Ct.), p. 710, le baron Parke a énoncé ainsi cette solution classique en matière d'illégalité contractuelle :

> [TRADUCTION] [S]i le contrat exprès ou tacite dont le demandeur sollicite l'exécution est explicitement ou implicitement interdit par la common law ou un texte de loi, aucun tribunal n'accordera son aide pour lui donner effet. De plus, il est clair qu'un contrat est nul s'il est interdit par une loi, même si celle-ci n'inflige qu'une sanction pécuniaire, parce que pareille sanction implique une interdiction.

54 Notre Cour a elle aussi souscrit à la doctrine traditionnelle de l'illégalité du fait de la loi. Dans l'arrêt *Bank of Toronto c. Perkins* (1883), 8 R.C.S. 603, le juge en chef Ritchie a dit ceci, à la p. 610 :

> [TRADUCTION] Il s'agirait d'un curieux état du droit si les parties pouvaient conclure une opération interdite par le législateur et, au mépris de la loi, obliger les tribunaux à donner effet à leurs opérations illégales.

Le juge Strong a pour sa part ajouté ce qui suit, à la p. 613 :

> [TRADUCTION] Chaque fois que l'accomplissement d'un acte est expressément interdit par une loi, que ce soit pour des raisons fondées sur l'intérêt public ou pour d'autres raisons, les tribunaux anglais jugent que l'acte ainsi accompli est frappé de nullité, malgré l'absence de termes exprès d'annulation dans la loi même.

Voir également, les arrêts *Steinberg c. Cohen*, [1930] 2 D.L.R. 916 (C.A. Ont.), et *Hasiuk c. Oshanek*, [1936] 1 D.L.R. 232 (C.A. Man.).

55 Au fil du temps, les tribunaux d'instance inférieure canadiens ont délaissé cette doctrine stricte,

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 250

AOI 251

2004 SCC 7 (CanLII)

viewed as harsh and inequitable in some cases and could result in a windfall to one party. Courts have come to apply a modern approach when faced with a contract that contains an illegal provision. Under the modern approach to illegality, a contract that violates a statute may be enforceable, but not in its entirety. In *Carney v. Herbert*, [1985] 1 All E.R. 438, the Privy Council succinctly summarized the principles to be applied. At p. 443 of the decision, their Lordships quoted with approval the following statements made in an Australian case, *McFarlane v. Daniell* (1938), 38 S.R. 337 (N.S.W. Dist. Ct. App.), at p. 345:

> When valid promises supported by legal consideration are associated with, but separate in form from, invalid promises, the test of whether they are severable is whether they are in substance so connected with the others as to form an indivisible whole which cannot be taken to pieces without altering its nature . . . . If the elimination of the invalid promises changes the extent only but not the kind of the contract, the valid promises are severable . . . . If the substantial promises were all illegal or void, merely ancillary promises would be inseverable.

Accordingly, the illegal promise may be severed from the rest of the contract, leaving the remaining promises to be enforced by the court. See G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4th ed. 1999), at pp. 441-45; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4th ed. 1999), at p. 421. This has been referred to as the "blue-pencil" test, a label first used in the case of *Attwood v. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571 (C.A.).

56 In my opinion, the "blue-pencil" test is nothing more than an expression to describe the application of the severance principle. In *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. v. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293 (B.C.C.A.), at pp. 299-300, Hinkson J.A. referred to *Attwood v. Lamont* in

parce qu'elle était considérée dure et inéquitable dans certains cas et que son application pouvait se traduire par une rentrée inattendue pour une partie. Les tribunaux en sont venus à appliquer une approche moderne lorsqu'ils sont en présence d'un contrat comportant une clause illégale. Selon cette solution moderne à l'illégalité, un contrat qui contrevient à une loi peut être déclaré exécutoire mais non intégralement. Dans l'arrêt *Carney c. Herbert*, [1985] 1 All E.R. 438, le Conseil privé a résumé succinctement les principes applicables. À la page 443 de la décision, les lords juges ont cité avec approbation les observations suivantes, tirées d'une décision australienne, *McFarlane c. Daniell* (1938), 38 S.R. 337 (N.S.W. Dist. Ct. App.), p. 345 :

> [TRADUCTION] Lorsque des engagements valides et accompagnés d'une contrepartie licite sont joints à des engagements invalides, mais formulés distinctement de ceux-ci, le critère permettant de décider si les premiers peuvent être dissociés des seconds consiste à se demander si, du point de vue du fond, tous ces engagements sont à ce point interreliés qu'ils forment un tout indivisible, dont les diverses parties ne peuvent être séparées sans modifier la nature de l'ensemble [. . .] Si la suppression des engagements invalides ne modifient que la portée du contrat, mais non sa nature, les engagements valides sont dissociables [. . .] Si les engagements essentiels sont tous illégaux ou nuls, les engagements qui ne sont qu'accessoires ne seraient pas dissociables.

En conséquence, l'engagement illégal peut être retranché du reste du contrat, ce qui permet au tribunal de donner force exécutoire aux autres engagements. Voir G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4e éd. 1999), p. 441-445; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4e éd. 1999), p. 421. Cette méthode a été qualifiée de test du [TRADUCTION] « trait de crayon bleu » (« *blue-pencil* »), désignation utilisée pour la première fois dans l'arrêt *Attwood c. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571 (C.A.).

À mon avis, le test du « trait de crayon bleu » n'est rien de plus qu'une expression décrivant l'application du principe de la divisibilité. Dans l'arrêt *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. c. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293 (C.A.C.-B.), aux p. 299-300, le juge Hinkson a cité l'arrêt *Attwood c.*

AOI 251

AOI 252

which Lord Sterndale M.R. captured the essence of the applicable principle, at pp. 577-78:

> I think, therefore, that it is still the law that a contract can be severed if the severed parts are independent of one another and can be severed without the severance affecting the meaning of the part remaining.
>
> This is sometimes expressed, as in this case by the Divisional Court, by saying that the severance can be effected when the part severed can be removed by running a blue pencil through it.

Under the blue-pencil test, severance is only possible if the judge can strike out, by drawing a line through, the portion of the contract they want to remove, leaving the portions that are not tainted by illegality, without affecting the meaning of the part remaining. In other words, the offending provision must constitute a separate promise, and one that is not part of the main purport and substance of the contract. The provision must appear severable. See Fridman, *supra*, at p. 443.

The blue-pencil test has been applied several times in the context of violations of s. 347 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to strike out offending interest provisions. For example, in an earlier dealing with the application of s. 347 (then s. 305.1), *Mira Design Co. v. Seascape Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97 (B.C.S.C.), at p. 105, Huddart L.J.S.C. held:

> In these circumstances, and considering that the offending provisions can be deleted by striking the first proviso on p. 2 of the mortgage, the words "in the event it is paid to the Mortgagee", and "together with interest at the aforesaid rate on the principal sum of EIGHTY THOUSAND ($80,000) DOLLARS" from the second proviso, the entire following paragraph and the words "and interest" from the covenant contained in para. A on the same page, I have concluded that the offending portions are severable in fact.

At p. 104, Huddart L.J.S.C. also described the scope and application of s. 305.1 of the *Criminal Code* as follows:

Lamont dans lequel lord Sterndale, maître des rôles, a exprimé ainsi, aux p. 577-578, l'essence du principe applicable :

> [TRADUCTION] J'estime en conséquence que le droit n'a pas changé et autorise encore la divisibilité du contrat si les parties retranchées sont indépendantes des autres et peuvent être retranchées sans que soit affecté le sens des dispositions restantes.
>
> Les tribunaux expriment parfois cette idée en disant, comme le fait la Cour divisionnaire en l'espèce, que la divisibilité peut être réalisée lorsqu'on peut supprimer la partie retranchée en la rayant d'un trait de crayon bleu.

57 D'après le test du trait de crayon bleu, la divisibilité peut être appliquée uniquement lorsque le juge peut retrancher, en la raturant, la partie du contrat qu'on entend supprimer, tout en conservant les parties non viciées par l'illégalité, et ce sans que ne soit affecté le sens du reste du document. En d'autres termes, la clause illégale doit constituer un engagement distinct, qui ne soit pas partie de l'objet et de l'essence même du contrat. La clause doit paraître retranchable. Voir Fridman, *op. cit.*, p. 443.

58 Le test du trait de crayon bleu a été appliqué à plusieurs reprises dans le contexte de violations de l'art. 347 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, afin de supprimer des clauses relatives à l'intérêt contraires à la loi. Par exemple, dans une des premières décisions portant sur l'application de l'art. 347 (l'art. 305.1 à l'époque), *Mira Design Co. c. Seascape Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97 (C.S.C.-B.), la juge locale Huddart a conclu ainsi, à la p. 105 :

> [TRADUCTION] Vu ces circonstances et comme les clauses illégales peuvent être éliminées en supprimant la première condition de la p. 2 du prêt hypothécaire, les passages « si la somme est payée au créancier hypothécaire » et « en plus des intérêts, au taux indiqué précédemment, sur le capital de QUATRE-VINGT MILLE (80 000 $) DOLLARS » figurant dans la deuxième condition, le paragraphe suivant en entier et les mots « et les intérêts » dans le covenant figurant au par. A, à la même page, je conclus que les passages illégaux sont effectivement retranchables.

De plus, à la p. 104, la juge locale Huddart a décrit en ces termes la portée et l'application de l'art. 305.1 du *Code criminel* :

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 252

AOI 253

Most Canadians would agree that the purpose of the Criminal Code is to protect the public by providing for the punishment of behaviour that Parliament considers to be against the public interest. The purpose of s. 305.1 [now s. 347] is to punish everyone who enters into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate. It does not expressly prohibit such behaviour, nor does it declare such an agreement or arrangement to be void. The penalty is severe, and designed to deter persons from making such agreements. It replaces the Small Loans Act, which included a prohibition of such agreements and gave the court the power to reconstruct them. It is designed to protect borrowers. There is no penalty imposed on a person who makes an agreement to pay, or pays, interest at a criminal rate. It is not designed to prevent persons from entering into lending transactions per se. As regards subject matter, its scope and application are limited to agreements regarding interest. Moreover, to find that s. 305.1 necessarily prohibits the entering into of agreements or arrangements to receive interest at a criminal rate would be to accomplish that which Parliament has chosen not to do, or cannot do, directly.

[TRADUCTION] La plupart des Canadiens conviendraient que l'objet du Code criminel est de protéger le public en punissant les comportements que le législateur juge contraires à l'intérêt public. L'article 305.1 [maintenant l'art. 347] a pour objet de punir toute personne qui conclut une convention ou une entente en vue de percevoir des intérêts à un taux criminel. La disposition n'interdit pas expressément ce comportement et ne déclare pas non plus qu'une telle convention ou entente est frappée de nullité. La peine prévue est sévère et vise à décourager la conclusion de telles conventions. La disposition remplace la Loi sur les petits prêts, laquelle interdisait de telles conventions et donnait au tribunal le pouvoir de les reformuler. Elle tend à protéger les emprunteurs. Elle n'impose aucune sanction aux personnes qui paient des intérêts à un taux criminel, ou s'engagent à le faire. Elle ne vise pas à empêcher les gens de conclure des conventions de prêt en soi. Quant à l'objet de cette disposition, sa portée et son application se limitent aux ententes portant sur les intérêts. Qui plus est, le fait de conclure que l'art. 305.1 prohibe nécessairement la conclusion de conventions ou d'ententes de perception d'intérêts à un taux criminel reviendrait à faire ce que le législateur a choisi de ne pas faire ou ne peut pas faire directement.

59 Second, there is no legal or other principled reason to limit the application of the new approach endorsed by my colleague, that is notional severance, to the application of the criminal rate of interest. This means that other illegal provisions would be open to judicial redrafting. In my opinion, the availability of "notional severance" as a remedy creates greater uncertainty in the law. It is clear that both severance and notional severance alter the parties' agreement in some way. However, under the traditional severance approach, courts continue to work with the words of the parties themselves, removing only those portions of the contract that render it illegal. In stark contrast, under notional severance, courts will be permitted to literally add new words to the parties' agreement. By doing so, courts will be substituting their intentions for those of the parties. Notional severance would extend the judicial role in what I consider to be an unfortunate way. One instance, in particular, comes to mind.

Deuxièmement, il n'existe aucune considération juridique ou autre raison de principe justifiant d'appliquer seulement aux taux d'intérêt criminels la nouvelle démarche à laquelle a souscrit ma collègue, en l'occurrence la divisibilité fictive. Cela signifie que d'autres clauses illégales pourraient être reformulées par les tribunaux. À mon avis, la possibilité de recourir à la « divisibilité fictive » comme réparation crée une incertitude encore plus grande en droit. Il est clair que tant la divisibilité pure et simple que la divisibilité fictive ont pour effet de modifier d'une certaine manière la convention des parties. Toutefois, lorsqu'ils appliquent la divisibilité traditionnelle les tribunaux continuent de s'en tenir aux termes choisis par les parties elles-mêmes, et ils ne retranchent du contrat que les passages qui lui donnent son caractère illégal. À l'opposé, la divisibilité fictive permettra concrètement aux tribunaux d'ajouter des mots nouveaux à la convention des parties. Ce faisant, ils substitueront leur volonté à celle des parties. La divisibilité fictive élargirait le rôle des tribunaux d'une manière qui, à mon avis, serait regrettable. Un exemple précis de cela me vient à l'esprit.

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 253

AOI 254

In *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. v. King*, *supra*, Hinkson, Lambert and Southin JJ.A. wrote three sets of concurring reasons refusing to grant an interlocutory injunction to enforce a covenant in restraint of trade. The provision of the contract in question was a non-competition clause that restrained competition in Canada and Bermuda. All three judges held that the covenant was overly broad. They refused to substitute a covenant with reasonable terms for the unreasonable provision. Lambert J.A. concluded that the authorities were clear that courts may not make contracts for parties that they have not made themselves. In his opinion, substituting the words "British Columbia and Alberta" for "Canada and Bermuda" would have rendered the term enforceable (p. 307), but that was something for the parties, not the court, to do. Under the new approach, would judges be permitted to make such substitutions in order to render the contract enforceable?

60 Dans l'arrêt *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. c. King*, précité, les juges Hinkson, Lambert et Southin ont, dans des opinions individuelles, refusé d'accorder une injonction interlocutoire qui aurait forcé les intéressés à respecter une clause restreignant la liberté de commerce. La stipulation du contrat en question était une clause de non-concurrence interdisant à certaines personnes d'exercer leurs activités au Canada et aux Bermudes. Les trois juges ont estimé que cette clause avait une portée trop large. Ils ont refusé de remplacer cette clause déraisonnable par des termes raisonnables. Le juge Lambert a conclu que la jurisprudence indiquait clairement que les tribunaux ne peuvent établir, pour les parties, des contrats dont celles-ci n'ont pas elles-mêmes convenu. À son avis, substituer les mots [TRADUCTION] « Colombie-Britannique et Alberta » aux mots « Canada et Bermudes » aurait rendu la clause exécutoire (p. 307), mais il appartenait aux parties, et non au tribunal, de prendre une telle mesure. En vertu de la nouvelle méthode, les juges seraient-ils autorisés à faire de telles substitutions afin de donner force exécutoire au contrat?

It is important to note that Lambert J.A. found, at p. 307, that the blue-pencil rule would have made no difference to his decision as he would not have been any more willing to sever a portion of the clause had it named all the provinces and territories of Canada separately, and so been amenable to the application of the blue-pencil rule. (I am not convinced under traditional severance that a court would not be permitted to strike out a number of offending provisions, or a number of provinces within a list, in order to render the contract compliant with the law. As the majority's decision preserves traditional severance as one of the remedies within the trial judge's discretion, this issue will likely be considered in a more appropriate case in the future.)

61 Il importe de souligner que, à la même page, le juge Lambert a également conclu que la règle du trait de crayon bleu n'aurait rien changé à sa décision, car il n'aurait pas été davantage disposé à retrancher quelque partie que ce soit de cette clause, même si celle-ci avait distinctement énuméré chaque province et territoire du Canada et se serait ainsi prêtée à l'application de la règle susmentionnée. (Je ne suis pas convaincu qu'un tribunal ne pourrait pas, en application de la divisibilité traditionnelle, biffer certaines clauses illégales, ou encore un certain nombre de provinces figurant dans une liste, afin de rendre le contrat conforme à la loi. Comme la décision des juges majoritaires maintient la divisibilité traditionnelle comme réparation relevant du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, cette question sera probablement examinée un jour dans une instance plus appropriée.)

Furthermore, Lambert J.A. held that a clause, where one alternative encompasses another, would be, in his opinion, void for uncertainty and should not be made valid by severance. For example, a contract containing a covenant not to compete: (1) in

62 En outre, le juge Lambert s'est dit d'avis qu'une clause prévoyant une solution en englobant une autre serait nulle pour cause d'incertitude et ne devrait pas être validée par l'application de la divisibilité. Par exemple, un contrat comportant une

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 254

AOI 255

Ottawa, and (2) in the rest of Ontario, might be valid as to Ottawa, but overbroad, and therefore wholly invalid, as to Ontario. Including the two promises within the same contract renders the whole clause invalid. In Lambert J.A.'s opinion, the only point on which the covenant is clear is that the covenant is to cover at least Ottawa. But the parties could have simply stated that. Again, under the approach adopted by my colleague, could a court rewrite the second clause to read, for example, "in the rest of northeastern Ontario", so that it no longer constitutes an illegal restraint of trade?

clause par laquelle l'intéressé s'engage à ne pas faire de concurrence (1) à Ottawa et (2) dans le reste de l'Ontario pourrait être valide dans le cas d'Ottawa, mais trop large et, partant, entièrement invalide pour ce qui concerne l'Ontario. La stipulation des deux engagements dans le même contrat invalide toute la clause. Selon le juge Lambert, le seul élément qui ressort nettement de la clause restrictive est qu'elle est valide au moins à Ottawa. Mais les parties auraient pu simplement dire cela. Ici aussi, est-ce que selon la méthode adoptée par ma collègue, le tribunal pourrait, par exemple, reformuler ainsi la deuxième clause, « dans le reste du nord-est de l'Ontario », pour qu'elle ne constitue plus une restriction illégale à la liberté de commerce?

63 Third, in my view, the approach taken by the majority in this case is inconsistent with that taken in *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112. In *Garland*, this Court interpreted the definition of interest broadly in order to prevent creditors from avoiding the statute by manipulating the form in which payments are to be made. At paras. 27-28, Major J. wrote:

> It is apparent from this definition that for the purposes of s. 347 "interest" is an extremely comprehensive term, encompassing many types of fixed payments which would not be considered interest proper at common law or under general accounting principles. . . .
>
> . . . The broad language of s. 347 was presumably intended . . . to prevent creditors from avoiding the statute simply by manipulating the form of payment exacted from their debtors . . . . It is the substance, and not merely the form, of a charge or expense which determines whether it is governed by s. 347.

Troisièmement, je suis d'avis que l'analyse adoptée par les juges majoritaires en l'espèce est incompatible avec celle retenue dans l'affaire *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112. Dans cet arrêt, notre Cour a interprété largement la définition d'intérêt afin d'empêcher les créanciers de contourner la loi en manipulant la forme des paiements. Le juge Major a écrit ceci, aux par. 27-28 :

> Il ressort de cette définition que, pour les fins de l'art. 347, l'« intérêt » est un terme qui a un sens très large et qui désigne de nombreux types de paiements fixes qui ne seraient pas considérés comme un intérêt proprement dit en common law ou selon des principes comptables généraux. . .
>
> . . . Le texte général de l'art. 347 visait probablement [. . .] à empêcher les créanciers de contourner la loi en manipulant simplement la forme du paiement exigé de leurs débiteurs [. . .] C'est la nature, et non seulement la forme, des frais qui détermine s'ils sont régis par l'art. 347.

64 Under my colleague's approach, a creditor would be permitted to escape the consequences of its avoidance measures by simply reducing the rate applied to the maximum permitted under the *Criminal Code*. In my opinion, this approach is inconsistent with the general objectives expressed in the *Code* and incompatible with the notion of deterrence. It is a criminal offence for any lender, even a commercial creditor, to enter into a loan agreement providing for

La démarche retenue par ma collègue permettrait au créancier d'échapper aux conséquences des mesures qu'il a prises pour contourner la loi simplement en réduisant le taux d'intérêt au taux maximum permis par le *Code criminel*. À mon avis, cette analyse est incompatible avec les objectifs généraux énoncés dans le *Code* et avec l'idée de dissuasion. Tout prêteur, même un créancier commercial, commet une infraction criminelle lorsqu'il

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 255

AOI 256

an effective interest rate greater than 60 percent per annum. And, as Rosenberg J.A. remarked, at para. 31, of the majority reasons of the Court of Appeal ((2002), 60 O.R. (3d) 97) to permit a notional severance of the kind ordered by the application judge is to effect a substantial innovation in the common law doctrine of severance to the benefit of those who *prima facie* stand in violation of the criminal law.

It is also important to note that this Court has developed a method for determining whether, as a matter of principle, a departure from well-established precedent is warranted. I canvassed the relevant factors in *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34, at para. 43, as follows:

> In the recent case of *Robinson* [*R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683], Lamer C.J., for a majority of the Court, relied on five factors to justify the reversal of an earlier decision of the Court in *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330. These factors were the existence of previous dissenting opinions in this Court, a trend in the provincial appellate courts to depart from the principles adopted in the original decision, criticism of the case or the adoption of a contrary rule in other jurisdictions, doctrinal criticism of the case and its foundations, and inconsistency of the case with other decisions. While they are not prerequisites for a change in the common law, these factors help to identify compelling reasons for reform. On the other hand, courts will not intervene where the proposed change will have complex and far-reaching effects, setting the law on an unknown course whose ramifications cannot be accurately measured: see *Bow Valley* [*Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210], at para. 93.

In my opinion, there do not appear to be compelling reasons to depart from the lower courts' and Privy Council's well-established precedent.

My colleague has provided a comprehensive summary of the facts in issue. In my opinion, the finding by the trial judge that there was no criminal intent should not cloud our analysis. Knowledge is not a requirement under the provision. Indeed, as

conclut une convention de prêt fixant un taux d'intérêt effectif annuel supérieur à 60 pour 100. En outre, comme l'indiquait le juge Rosenberg pour la majorité ((2002), 60 O.R. (3d) 97, par. 31), le fait d'autoriser la sorte de divisibilité fictive ordonnée par le juge de première instance revient à apporter à la doctrine de la divisibilité prévue par la common law une innovation substantielle en faveur de personnes qui, à première vue, contreviennent au droit criminel.

65 Il importe également de souligner que notre Cour a élaboré une méthode pour déterminer si des raisons de principe justifient d'écarter une jurisprudence bien établie. Dans l'arrêt *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34, j'ai fait état des facteurs pertinents à cet égard, au par. 43 :

> Récemment, dans l'affaire *Robinson* [*R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683], le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom des juges majoritaires de notre Cour, s'est fondé sur cinq facteurs pour justifier la décision d'écarter l'arrêt antérieur de notre Cour *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330. Ces facteurs étaient l'existence d'opinions dissidentes exprimées antérieurement au sein de notre Cour, la constatation d'une tendance parmi les cours d'appel provinciales à s'écarter des principes adoptés dans l'arrêt en question, les critiques formulées à l'égard de cet arrêt ou l'adoption d'une règle contraire dans d'autres pays, la critique de cet arrêt et de ses fondements dans la doctrine, ainsi que l'incompatibilité de cet arrêt avec d'autres décisions. Bien que ces facteurs ne soient pas des préalables à la modification de la common law, ils permettent néanmoins de constater l'existence de motifs de réforme convaincants. Par ailleurs, les tribunaux n'interviendront pas lorsque la modification proposée aurait des effets complexes et d'une grande portée, qui placeraient le droit sur une trajectoire inconnue dont les conséquences ne peuvent pas être mesurées avec précisions : voir *Bow Valley* [*Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210], au par. 93.

Ici, il ne semble y avoir aucune raison impérieuse d'écarter la jurisprudence établie par les tribunaux inférieurs et par le Conseil privé.

66 Ma collègue a fait un résumé complet des faits de l'espèce. À mon avis, la conclusion du juge de première instance selon laquelle il y avait absence d'intention criminelle ne doit pas influencer notre analyse. En effet, la disposition n'exige pas que

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 256

AOI 257

noted by Rosenberg J.A., at para. 15 of the majority reasons of the Court of Appeal, the typical case is one where the parties do not intend to violate the criminal law and occupy relatively equal bargaining positions.

67 Also, while legal advice will almost certainly be helpful, parties cannot rely on such advice to excuse themselves from non-compliance with the law. Here, advice was given on the specific interest clause only, that the interest was 48 percent, and that advice was wrong. Neither party was advised by its solicitor of the scope of s. 347 of the *Criminal Code* (see appellant's factum, at para. 5; respondent's factum, at para. 1). Contracting parties should consider all of the provisions in the agreement when determining the total interest charged.

68 I would like to conclude by drawing attention to clause 9.1 of the accounts receivable factoring agreement which reflects the parties' own intentions as to remedy (see tab 4 of the respondent's record). Clause 9.1 reads as follows:

> **9.1 Severability.** If any provision of this Agreement is deemed by a court having jurisdiction to be wholly or partially invalid, this Agreement shall be interpreted as if such provision had not been part of this Agreement, and so that the validity of such provision shall not affect the validity of the remainder of this Agreement which shall be construed as if this Agreement had been executed without such provision.

69 At the hearing of the appeal in this Court, counsel for the appellant submitted that "this severance provision really doesn't apply to the interest rate provision that is in effect in this case which is found in a separate document which was in the commitment letter". Counsel conceded however that clause 9.1 "reflects an intention that if, to the extent that a provision is tainted by illegality, it will not render the contract invalid, and this clause applies to the extent that notional severance is not effected" (emphasis added). The underlined caveat is, of course, incompatible with the plain meaning of clause 9.1 and unsupported by the record.

l'infraction ait été commise sciemment. De fait, comme l'a souligné le juge Rosenberg dans l'opinion majoritaire, au par. 15, en général dans les affaires de ce genre les parties n'entendaient pas contrevenir au droit criminel et ont négocié d'égale à égale.

De plus, bien que le fait d'avoir obtenu des conseils juridiques sera certainement utile, les parties ne peuvent invoquer ces conseils pour justifier leur inobservation de la loi. En l'espèce, l'opinion obtenue ne portait que sur la clause même traitant des intérêts et disait que leur taux s'élevait à 48 pour 100; mais cette opinion était erronée. Aucune des parties n'a été informée de la portée de l'art. 347 du *Code criminel* (voir le par. 5 du mémoire de l'appelante et le par. 1 de celui de l'intimée). Les parties contractantes doivent tenir compte de toutes les clauses de la convention lorsqu'elles calculent l'intérêt total demandé.

J'aimerais conclure en m'arrêtant sur la clause 9.1 de la convention d'affacturage, qui reflète l'intention des parties en ce qui a trait à la réparation (voir l'onglet 4 du mémoire de l'intimée). La classe 9.1 est ainsi rédigée :

> [TRADUCTION] **9.1 Divisibilité de la convention.** Si un tribunal compétent déclare l'une quelconque des clauses de la présente convention totalement ou partiellement invalide, cette clause est considérée comme n'ayant jamais fait partie de la convention, de sorte que sa validité n'a aucune incidence sur celle des autres clauses de la convention, laquelle est considérée comme ayant été signée sans la clause en question.

Durant l'audition du pourvoi devant notre Cour, l'avocat de l'appelante a plaidé que [TRADUCTION] « cette clause de divisibilité ne s'applique pas réellement à la clause relative au taux d'intérêt en vigueur dans la présente affaire, que l'on trouve dans un document distinct dans la lettre d'engagement ». Toutefois, l'avocat a concédé que la clause 9.1 [TRADUCTION] « reflète l'intention qu'une clause entachée d'illégalité ne rende pas le contrat invalide, et que cette clause s'applique dans la mesure où on n'a pas recours à la divisibilité fictive » (je souligne). La réserve soulignée dans l'extrait qui précède est évidemment incompatible avec le sens évident de la clause 9.1 et elle n'est pas étayée par le dossier.

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 257

AOI 258

In any event, the commitment letter referred to by counsel is dated March 6, 2000, and the factoring agreement that contains clause 9.1 indicates that it was executed as of March 30, 2000. And, significantly, the commitment letter and the factoring agreement provide for the same royalty payment of $160,000, the same monitoring fee of $750 per month, and the same standby fee of 1 percent per month.

A letter sent from the appellant's solicitor to the respondent is instructive in this regard. As the trial judge explains, at paras 4-5 of his reasons ((2001), 54 O.R. (3d) 144):

> Although a factoring agreement, promissory note and general security agreement were executed on — or as of — March 30, 2000, the parties had already agreed to depart from the provisions of the first of these documents. On March 28, 2000, the respondent's solicitor wrote to the solicitor acting for the applicant and the Dragosits:
>
> > Further to our conversation of March 27, 2000, I confirm on behalf of my client that as an economic accommodation to your client, the administration of the factoring facility will not strictly follow the provisions of the factoring agreement, unless my client elects to exercise its rights under that agreement. It is anticipated that your client will draw the full amount of the facility and pay interest, fees and royalties as they are set out in the commitment letter. Please note that the interest rate [is] 48 (per cent) per annum.
>
> In consequence, the concept of a factoring of receivables was put aside and replaced by a revolving credit facility secured on the current assets of the applicant including its accounts receivable. Each of the Dragosits signed a personal guarantee for the entire $500,000. [Emphasis added.]

In these circumstances, I am not persuaded that clause 9.1 of the factoring agreement was in any way overtaken by the commitment letter dated earlier. While certain aspects of the financial arrangement were governed by the commitment letter alone, it is apparent from the letter sent by appellant's solicitor that the provisions of the factoring agreement were still very much alive.

70 Quoi qu'il en soit, la lettre d'engagement mentionnée par l'avocat est datée du 6 mars 2000 et la convention d'affacturage où figure la clause 9.1 porte l'indication qu'elle a été faite le 30 mars 2000. De plus, fait significatif, les lettre et convention susmentionnées prévoient la même redevance de 160 000 $, les mêmes frais de surveillance de 750 $ par mois et le même droit d'usage de 1 pour 100 par mois.

71 Une lettre expédiée à l'intimée par l'avocat de l'appelante est instructive à cet égard. Comme l'explique le juge de première instance, aux par. 4 et 5 de ses motifs ((2001), 54 O.R. (3d) 144) :

> [TRADUCTION] Bien qu'une convention d'affacturage, un billet et une convention générale de garantie aient été établis le — ou vers le — 30 mars 2000, les parties avaient déjà convenu de ne pas s'en tenir aux clauses du premier document susmentionné. Le 28 mars 2000, l'avocat de l'intimée a écrit à celui qui représentait la requérante et les Dragosits :
>
> > Pour donner suite à notre conversation du 27 mars 2000, je vous confirme de la part de ma cliente que, à titre d'arrangement financier avec votre cliente, l'administration des facilités d'affacturage ne se fera pas strictement selon les clauses de la convention d'affacturage, à moins que ma cliente ne choisisse d'exercer les droits que lui accorde cette convention. Il est prévu que votre cliente utilisera le montant total de ce crédit et paiera les intérêts, droits, commissions, frais honoraires et redevances énoncés dans la lettre d'engagement. Veuillez prendre note que le taux d'intérêt est 48 (pour cent) par année.
>
> En conséquence, l'idée d'affacturage a été écartée et remplacée par une facilité de crédit renouvelable garantie par les éléments d'actif de la demanderesse, y compris ses comptes recevables. Chacun des Dragosits a signé une garantie personnelle pour la somme complète de 500 000 $. [Je souligne.]

72 Dans ces circonstances, je ne suis pas convaincu que la clause 9.1 de la convention d'affacturage devait céder le pas à la lettre d'engagement portant une date antérieure. Bien que certains aspects des arrangements financiers fussent régis uniquement par la lettre d'engagement, il ressort clairement de la lettre expédiée par l'avocat de l'appelante que les modalités de la convention d'affacturage continuaient encore de s'appliquer.

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 258

AOI 259

73 A plain reading of the clause indicates that, should a term of the agreement between the parties be "deemed . . . wholly or partially invalid", the parties intended their agreement to be "construed as if this Agreement had been executed without [the offending] provision". I cannot see how the wording of the clause can be said to anticipate — still less, to provide for — notional severance.

74 Bearing in mind the plain meaning of clause 9.1, counsel's concession as to the intention of the parties and the letter sent by the appellant's solicitor to the respondent on March 28, 2000 — three weeks after the commitment letter, on which the appellant relies, was signed, I feel bound to conclude that the blue-pencil approach adopted by the Court of Appeal is entirely consistent with the parties' own intentions and that notional severance is not.

75 In light of this consideration, I respectfully disagree with my colleague that reducing, or effectively rewriting, the rate of interest to the legally prescribed rate of 60 percent would show more respect for the sanctity of the bargain between the parties. It appears from clause 9.1 that the parties turned their minds to this very issue and agreed that, in the event of a court declaring a provision in the contract invalid, the agreement shall be interpreted, not redrafted, as if that provision was not part of the contract.

76 For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Deschamps and Fish JJ. were delivered by

77 FISH J. (dissenting) — With respect for the contrary view of Justice Arbour, I would, like Justice Bastarache and for the reasons that follow, dismiss the appeal with costs.

I

78 We are concerned in this case with the civil consequences of a serious violation of the criminal law of Canada.

La simple lecture de la clause indique que, si une condition de la convention liant les parties était [TRADUCTION] « déclar[ée] [. . .] totalement ou partiellement invalide », les parties entendaient que la convention soit « considérée comme ayant été signée sans la clause [illégale] ». Je ne vois pas comment on pourrait affirmer que cette clause envisageait le recours à la divisibilité fictive — et encore moins qu'elle pourvoyait à son application.

Gardant à l'esprit le sens clair de la clause 9.1, la concession de l'avocat quant à l'intention des parties et la lettre expédiée par l'avocat de l'appelante à l'intimée le 28 mars 2000 — trois semaines après la signature de la lettre d'engagement sur laquelle s'appuie l'appelante —, j'estime devoir conclure que la technique du trait de crayon bleu adoptée par la Cour d'appel est tout à fait compatible avec l'intention des parties, mais que la divisibilité fictive ne l'est pas.

Vu cette constatation, je ne peux me rallier à l'avis de ma collègue que le fait de réduire le taux stipulé au taux de 60 pour 100 prescrit par la loi, ou concrètement de reformuler le taux d'intérêt convenu, respecte davantage le caractère sacré du marché intervenu entre les parties. La clause 9.1 tend à indiquer que les parties se sont penchées sur cette question et ont convenu que si un tribunal déclarait invalide une des clauses de la convention, elles ne reformuleraient pas celle-ci mais considéreraient plutôt que la clause en question n'en faisait pas partie.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Deschamps et Fish rendus par

LE JUGE FISH (dissident) — Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par la juge Arbour, je suis d'avis, tout comme le juge Bastarache et pour les motifs suivants, de rejeter le pourvoi avec dépens.

I

Le présent pourvoi porte sur les conséquences civiles d'une violation grave du droit criminel canadien.

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 259

AOI 260

Section 347 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides that it is a criminal offence to charge or agree to receive "interest at a criminal rate", which is defined as interest that exceeds 60 percent per annum. I consider the violation in this case to be serious because the appellant charged the respondent an effective interest rate of more than 90 percent.

I recognize that the law of equity is not a closed-end list of off-the-shelf remedies. Like the majority in the Court of Appeal, however, I do not believe this case required a new and novel prescription to ensure a fair and reasonable solution. The well-established "blue-pencil" remedy described by my colleagues and applied in the Court of Appeal respects the trial judge's findings of fact, as it must, and achieves an equitable result consistent with established principle.

Finally, I agree with the majority in the Court of Appeal that the trial judge erred in straining the recognized rules of equity by resorting to what he described as "notional severance". In different circumstances, his fresh and creative approach might well prove appropriate. That would be so where notional severance is necessary to resolve a private dispute fairly and in a manner that is not incompatible with the social and legal objectives of the criminal law — which, in my respectful view, is not the case here.

II

The appellant made a commercial loan to the respondent at a "criminal rate" within the meaning of s. 347 of the *Criminal Code*. Pursuant to that provision, as I have mentioned, anything over 60 percent per annum is, as a matter of law, a "criminal rate".

The loan in this case was made at an effective annual rate of 90.9 percent, or 150 percent of the legal maximum.

79 Aux termes de l'art. 347 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, commet une infraction criminelle, quiconque impose ou accepte de percevoir « des intérêts à un taux criminel », lequel est défini comme étant un taux d'intérêt annuel qui dépasse 60 pour 100. J'estime que nous sommes en présence d'une violation grave, car l'appelante a imposé à l'intimée un taux d'intérêt effectif supérieur à 90 pour 100.

80 Je reconnais que les règles d'equity ne constituent pas une liste exhaustive de réparations toutes faites. À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, cependant, je ne crois pas qu'une réparation nouvelle et originale s'imposait en l'espèce pour apporter une solution juste et raisonnable au litige. La réparation bien établie du [TRADUCTION] « trait de crayon bleu » (« *blue-pencil* »), décrite par mes collègues et appliquée par la Cour d'appel, respecte comme il se doit les conclusions de fait du juge de première instance et produit un résultat équitable, en harmonie avec les principes reconnus.

81 Enfin, je souscris à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle le juge de première instance a à tort forcé les règles d'equity reconnues en utilisant ce qu'il a appelé la [TRADUCTION] « divisibilité fictive » (« *notional severance* »). Dans d'autres circonstances, son approche originale et créative pourrait fort bien se révéler appropriée. Ce serait le cas, par exemple, lorsque l'application de la divisibilité fictive est nécessaire pour trancher un litige privé d'une manière équitable et non incompatible avec les objectifs sociaux et juridiques du droit criminel — situation différente, à mon humble avis, de celle dont nous sommes ici saisis.

II

82 L'appelante a consenti à l'intimée un prêt à un « taux criminel » au sens de l'art. 347 du *Code criminel*. Comme je l'ai mentionné précédemment, selon cette disposition tout taux d'intérêt annuel supérieur à 60 pour 100 constitue en droit un « taux criminel ».

83 En l'espèce, le prêt a été consenti au taux annuel effectif de 90,9 pour 100, soit 150 pour 100 du maximum autorisé par la loi.

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 260

AOI 261

84 There were two components to the interest charged.

85 The first provided for interest at four percent per month, calculated daily, payable monthly in arrears. Appellant's solicitor, without intending to mislead, erroneously advised respondent's solicitor "that the interest rate [was] 48 (per cent) per annum". It was in fact 60.1 percent, a criminal rate in itself.

86 The second component consisted in various charges that, taken together, increased the effective annual interest rate from 60.1 percent to 90.9 percent.

87 These facts are not in dispute.

88 Moreover, the appellant, though it did so at the outset, no longer contests: (1) that the rate stipulated as interest was a "criminal rate" within the meaning of s. 347 of the *Criminal Code*; and (2) that the additional charges I have mentioned fall within the definition of "interest" in s. 347. And it is common ground that s. 347 applies to the kind of commercial loan that concerns us here.

89 Two defining features of the impugned loan agreement must therefore be borne in mind from the outset. First, that we are not dealing in this case with a contract that violates civil, commercial or regulatory legislation, but rather with an agreement that violates the *Criminal Code* of Canada; and second, that the effective interest rate under that contract amounts to more than one-and-a-half times the threshold criminal rate, and does not exceed it barely, slightly, or by only 0.1 percent.

90 The trial judge found that the appellant did not intend to breach s. 347 of the *Criminal Code*. This was therefore, in his view, a case for severance of the illegal provisions in the contract.

91 It is important to remember that only one provision of the contract was illegal in itself: the provision which charges interest at the criminally prohibited

L'intérêt à payer comportait deux éléments.

Le premier était constitué d'intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance. L'avocat de l'appelante a mentionné par écrit à l'avocat de l'intimée, erronément — mais sans intention de tromper —, [TRADUCTION] « que le taux d'intérêt [s'élevait à] 48 (pour cent) par année », alors qu'il s'élevait en réalité à 60,1 pour 100, un taux criminel en soi.

Le deuxième élément était composé de frais divers qui, considérés globalement, faisaient grimper le taux d'intérêt annuel effectif de 60,1 pour 100 à 90,9 pour 100.

Ces faits ne sont pas contestés.

De plus, bien qu'elle ait contesté ces points au départ, l'appelante reconnaît maintenant (1) que le taux d'intérêt prévu constituait un « taux criminel » au sens de l'art. 347 du *Code criminel* et (2) que les frais additionnels dont j'ai fait état plus tôt sont visés par la définition d'« intérêt » à l'art. 347. En outre, il est établi que l'art. 347 s'applique au genre de prêt commercial qui nous intéresse en l'espèce.

Il importe donc, d'entrée de jeu, de retenir deux caractéristiques déterminantes du contrat de prêt. Premièrement, nous ne sommes pas en présence d'un contrat enfreignant une disposition législative de nature civile, commerciale ou réglementaire, mais plutôt d'une convention contrevenant au *Code criminel* du Canada; deuxièmement, le taux d'intérêt effectif stipulé correspond à plus d'une fois et demie le taux criminel minimal, et il ne le dépasse pas qu'à peine, légèrement ou de 0,1 pour 100 seulement.

Le juge du procès a conclu que l'appelante n'avait pas eu l'intention d'enfreindre l'art. 347 du *Code criminel*. Le retranchement des clauses illégales du contrat était donc, à son avis, la solution qui s'imposait en l'espèce.

Il est important de se rappeler qu'une seule des clauses du contrat était illégale en soi : la stipulation fixant l'intérêt au taux criminellement interdit de

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 261

AOI 262

rate of 60.1 percent. The other charges, included in the definition of interest set out in s. 347, were separately set out in the agreement and not stipulated as interest.

Had the trial judge severed the interest clause and left the other charges intact, his decision would have fallen within the bounds of his discretion.

He declined, however, to do so.

Instead, he applied a new and novel remedy that he described as "notional severance", rewriting the interest clause so as to yield, when added to the other charges, a cumulative, effective interest rate of 60 percent — the very threshold of the criminal rate prohibited by s. 347 of the *Code*.

In the Court of Appeal for Ontario, the majority found that the trial judge had erred in "straining" the law in this way. The appellant had charged the respondent a criminal rate of interest far exceeding the limit established by Parliament, and the Court of Appeal found it inappropriate, as a matter of legal principle and judicial policy, to bend or extend the equitable remedy of severance in order to secure for the appellant the maximum rate of interest it could have recovered had it not violated the law.

Bearing in mind the trial judge's findings of fact and applying the recognized blue-pencil approach, the Court of Appeal instead severed the criminal rate agreed to by the parties as interest and permitted the appellant to recover the separately stipulated charges, which left in place an effective interest rate of just over 30 percent.

The decisive question in this Court is whether the Court of Appeal erred in law in concluding as it did.

I would answer that question in the negative.

60,1 pour 100. Les autres frais, qui sont également visés par la définition d'intérêt énoncée à l'art. 347, étaient mentionnés séparément dans la convention qui ne stipulait pas qu'ils constituaient de l'intérêt.

92 Si le premier juge avait retranché la clause relative à l'intérêt et qu'il avait laissé celles visant les autres frais intactes, sa décision aurait respecté les limites de son pouvoir discrétionnaire.

93 Il a toutefois refusé d'agir ainsi.

94 Il a plutôt appliqué une réparation nouvelle et originale, qu'il a appelée « divisibilité fictive » et au moyen de laquelle il a reformulé la clause relative à l'intérêt pour obtenir, une fois les autres frais pris en compte, un taux cumulatif d'intérêt effectif de 60 pour 100 — limite même passée laquelle un taux d'intérêt devient un taux criminel interdit par l'art. 347 du *Code*.

95 En Cour d'appel de l'Ontario, la majorité a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en [TRADUCTION] « forçant » ainsi la portée du droit applicable pertinent. Comme l'appelante avait imposé à la défenderesse un taux d'intérêt criminel dépassant largement la limite établie par le législateur, la Cour d'appel a estimé qu'il ne convenait pas, en tant que principe juridique et politique judiciaire, de dénaturer ou d'élargir la réparation en equity que constitue la divisibilité pour accorder à l'appelante le taux d'intérêt le plus élevé qu'elle aurait pu obtenir si elle n'avait pas enfreint la loi.

96 Gardant à l'esprit les conclusions de fait du premier juge et appliquant la méthode reconnue du trait de crayon bleu, la Cour d'appel a plutôt retranché le taux d'intérêt criminel convenu par les parties au titre des intérêts, et elle a permis à l'appelante d'obtenir paiement des frais précisés dans des clauses distinctes, ce qui a eu pour effet de maintenir un taux d'intérêt effectif légèrement supérieur à 30 pour 100.

97 Devant notre Cour, la question déterminante consiste à décider si la Cour d'appel a commis une erreur de droit en retenant cette solution.

98 Je répondrais à cette question par la négative.

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 262

AOI 263

III

99 Without so deciding, I am prepared for present purposes to agree with Arbour J., at para. 5, that "notional severance is available as a matter of law as a remedy in cases arising under s. 347" of the *Criminal Code*.

100 Even on that assumption, however, I would permit notional severance only where: (1) public policy does not require that the entire agreement be declared unenforceable; (2) severance is found to be warranted; and (3) severance *simpliciter* — or "blue-pencil severance" — is impracticable or would occasion an unjust result.

101 Here, on the facts as found by the trial judge, the first two criteria are satisfied but the third is not: blue-pencil severance is both possible and fair. And, unlike notional severance as applied by the trial judge, blue-pencil severance does not do violence to the policy purposes of s. 347 of the *Criminal Code* or require a judicial rewriting of the interest clause agreed to, as such, by the parties.

102 Section 347(1) of the *Code* provides that everyone who

> (*a*) enters into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate, or
>
> (*b*) receives a payment or partial payment of interest at a criminal rate,
>
> is guilty of
>
> (*c*) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding five years, or
>
> (*d*) an offence punishable on summary conviction and is liable to a fine not exceeding twenty-five thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both.

III

Sans pour autant conclure en ce sens, je suis disposé, pour les besoins du présent pourvoi, à me rallier à l'opinion exprimée par la juge Arbour, au par. 5, où elle dit « que les tribunaux peuvent, en droit, recourir à la divisibilité fictive comme réparation dans les litiges découlant de l'art. 347 » du *Code criminel*.

Même en acceptant cette hypothèse, toutefois, je n'autoriserais l'application de la divisibilité fictive que dans les cas où les conditions suivantes sont réunies : (1) aucune raison d'ordre public ne requiert que l'accord au complet soit déclaré inexécutoire; (2) la divisibilité est jugée justifiée; (3) la divisibilité pure et simple — ou [TRADUCTION] « divisibilité au moyen du trait de crayon bleu » — n'est pas faisable ou produirait un résultat injuste.

En l'espèce, à la lumière des faits constatés par le juge du procès, les deux premières conditions sont respectées, mais la troisième ne l'est pas : la divisibilité au moyen du trait de crayon bleu est une solution à la fois possible et juste. Qui plus est, contrairement à la méthode de la divisibilité fictive, telle qu'elle a été appliquée par le juge de première instance, la divisibilité au moyen du trait de crayon bleu ne fait pas violence aux objectifs d'intérêt général visés par l'art. 347 du *Code criminel* ni ne requiert du tribunal qu'il réécrive la clause relative aux intérêts dont ont convenu, en tant que telle, les parties.

Le paragraphe 347(1) du *Code* dispose que quiconque selon le cas :

> *a*) conclut une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel;
>
> *b*) perçoit, même partiellement, des intérêts à un taux criminel,
>
> est coupable:
>
> *c*) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;
>
> *d*) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'une amende maximale de vingt-cinq mille dollars et d'un emprisonnement maximal de six mois, ou de l'une de ces peines.

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 263

AOI 264

And s. 347(2) provides:

(2) In this section,

. . .

"criminal rate" means an effective annual rate of interest calculated in accordance with generally accepted actuarial practices and principles that exceeds sixty per cent on the credit advanced under an agreement or arrangement;

As consideration for its loan to the respondent, in addition to the interest stipulated as interest, the appellant, as already mentioned, charged various other amounts that constituted interest called by another name. As noted by Arbour J., it is undisputed that those charges fall squarely with the definition of "interest" set out in s. 347(2) of the *Criminal Code*. Together, they added 30.8 percent to the 60.1 percent expressly contemplated by the agreement.

The trial judge found as a fact that the appellant, in charging the respondent an effective interest rate of 90.9 percent per annum, did not intend to breach the provisions of s. 347. His conclusion in this regard should not be misunderstood: an intent to breach the section is not an essential element of the offence.

There is no doubt, moreover, that the appellant was perfectly aware of the stipulated rate of interest (though perhaps not of its actuarial quantification) and was aware of all the other charges that, as a matter of law, constitute interest as well.

As I said earlier, I am prepared to assume for present purposes that notional severance is a remedy known to law, but would permit its application in cases involving a breach of the criminal law only where severance is nonetheless warranted as a matter of equity and severance *simpliciter* is impracticable or would create an unjust result.

L'expression « taux criminel » est définie ainsi au par. 347(2) : 103

(2) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

. . .

« taux criminel » Tout taux d'intérêt annuel effectif, appliqué au capital prêté et calculé conformément aux règles et pratiques actuarielles généralement admises, qui dépasse soixante pour cent.

En contrepartie du prêt qu'elle a consenti à l'intimée, l'appelante a, comme je l'ai mentionné plus tôt, exigé en sus des intérêts désignés comme tels dans le contrat divers autres frais qui constituaient de l'intérêt mais étaient qualifiés autrement. Comme le dit la juge Arbour, il est incontestable que ces frais correspondent exactement à la définition du terme « intérêt » énoncée au par. 347(2) du *Code criminel*. Ensemble, ils majoraient de 30,8 pour 100 le taux de 60,1 pour 100 expressément prévu par l'accord. 104

Le juge du procès a tiré la conclusion de fait selon laquelle l'appelante, en exigeant de l'intimée un taux d'intérêt annuel effectif de 90,9 pour 100, n'avait pas eu l'intention d'enfreindre les dispositions de l'art. 347. Il ne faut pas mal interpréter sa conclusion à cet égard : l'intention d'enfreindre cette disposition ne constitue pas un élément essentiel de l'infraction. 105

En outre, il est certain que l'appelante était parfaitement au fait du taux d'intérêt stipulé (même si elle ignorait peut-être sa valeur actuarielle) et elle était également au fait de tous les autres frais qui, en droit, constituent eux aussi de l'intérêt. 106

Comme je l'ai dit précédemment, je suis disposé à accepter, pour les besoins du présent pourvoi, que la divisibilité fictive est une réparation reconnue en droit, mais je n'autoriserais son application à l'égard des violations du droit criminel que dans les cas où la divisibilité est néanmoins justifiée en equity et où la divisibilité pure et simple n'est pas faisable ou produirait un résultat injuste. 107

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 264

AOI 265

108 The question, then, is whether this is such a case.

109 With the greatest of respect, I am persuaded that it is not, essentially for the reasons set out by Rosenberg J.A., speaking for the majority in the Ontario Court of Appeal ((2002), 60 O.R. (3d) 97, at paras. 31-35):

> It is a criminal offence for any lender, even a commercial creditor, to enter into a loan agreement providing for an effective interest rate greater than 60 per cent per annum. And to permit a notional severance of the kind ordered by the application judge is to effect a substantial innovation in the common law doctrine of severance. While the common law develops over time, it would be inconsistent with the aims of deterrence for the courts to make such a major innovation at the behest of those who *prima facie* stand in violation of the criminal law. As Huddart J. [now J.A.] said in *Pacific National Developments* [*Ltd. v. Standard Trust Co.* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 158 (S.C.),] at p. 163 . . . : "It is not for the courts either to strain to find ways in which to avoid the application of the *Criminal Code*, or to assist those who strain to do so, although it is for the courts to interpret strictly penal provisions of statutes".

. . .

I agree with the British Columbia Court of Appeal in *Terracan*, *supra*, that a judge has discretion to apply the doctrine of severance to an agreement that offends the criminal interest rate provisions of the Code. This discretion gives rise to a spectrum of available remedies. Where the loan transaction resembles a traditional loan sharking arrangement, the court may refuse to apply the doctrine of severance and hold the entire loan agreement unenforceable, including the obligation to repay the principal. While this remedy leaves the borrower with a windfall, this result may be justified in some cases by the need to denounce such usurious practices. See *C.A.P.S. International Inc. v. Kotello*, [2002] M.J. No. 205 [(QL)] (Q.B.). At the other end of the spectrum, in the case of a good faith commercial transaction where the equities favour the lender and severance does not undermine the policy of the legislation, the court may sever only those provisions of the loan agreement that put the effective interest rate over 60 per cent, leaving intact the borrower's obligation to repay the principal and pay some interest. See *e.g.*, *Milani*, *supra*. Closer to the centre of the spectrum lies a case like *Terracan*,

Il s'agit donc de décider si nous sommes en présence d'un tel cas.

En toute déférence, je suis convaincu que non, essentiellement pour les raisons exprimées par le juge Rosenberg, au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ((2002), 60 O.R. (3d) 97, par. 31-35) :

> [TRADUCTION] Commet une infraction criminelle tout prêteur, même un créancier commercial, qui conclut une convention de prêt prévoyant un taux d'intérêt annuel effectif supérieur à 60 pour 100. Et autoriser le genre de divisibilité fictive ordonnée par le juge de première instance constitue une innovation substantielle dans la doctrine de la divisibilité fictive en common law. Certes, la common law évolue avec le temps, mais les tribunaux iraient à l'encontre des objectifs de dissuasion s'ils apportaient une telle innovation en faveur de personnes qui, à première vue, ont enfreint le droit criminel. Comme l'a indiqué la juge Huddart [maintenant juge à la Cour d'appel] dans l'affaire *Pacific National Developments* [*Ltd. c. Standard Trust Co.* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 158 (C.S.),] à la p. 163 [. . .] : « Il n'appartient pas aux tribunaux de s'efforcer de trouver des moyens d'éviter l'application du *Code criminel*, ni d'aider ceux qui cherchent à le faire, quoiqu'il leur incombe d'interpréter strictement les dispositions législatives pénales ».

. . .

À l'instar de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Terracan*, précité, j'estime que les juges disposent du pouvoir discrétionnaire nécessaire pour appliquer la doctrine de la divisibilité à une convention qui contrevient aux dispositions du Code relatives au taux d'intérêt criminel. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire donne naissance à un spectre de réparations à la disposition des tribunaux. Lorsque le prêt ressemble à un arrangement classique de prêt usuraire, le tribunal peut refuser d'appliquer la doctrine de la divisibilité et déclarer l'ensemble de la convention de prêt inexécutoire, y compris l'obligation de rembourser le capital. Bien que cette réparation procure un profit inattendu à l'emprunteur, une telle solution peut parfois être justifiée par la nécessité de dénoncer de telles pratiques usuraires. Voir *C.A.P.S. International Inc. c. Kotello*, [2002] M.J. nº 205 [(QL)] (B.R.). À l'autre extrémité du spectre, dans le cas d'une opération commerciale conclue de bonne foi, où les principes d'equity favorisent le prêteur et où la divisibilité ne compromet pas l'objectif de politique générale visé par la loi, le tribunal a la faculté de retrancher uniquement les clauses

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 265

AOI 266

where the court severed all the interest provisions but upheld the debtor's obligation to repay the principal.

Where does the present case fit on the spectrum? The application judge concluded, and I have accepted, that the equities favour the lender. His reasons make it clear that if he had concluded that notional severance was not available, he would have severed the provision calling for payment of an interest rate of 4 per cent per month calculated daily, payable monthly in arrears. I agree that this is the appropriate remedy.

In this case there are at least two distinct covenants that can be traced back to the negotiations leading to the agreement. As indicated, the respondent initially wanted an equity interest in the appellant's business. This is the source of the royalty payments. The other covenant was the more conventional agreement with respect to interest. In my view, it is possible to sever one or both in a manner consistent with the established principles respecting severance. The 4 per cent per month interest provision must be severed because it violates s. 347 of the *Criminal Code*. I see no justification for trying to save that provision simply because it only barely exceeds 60 per cent. The respondent is an experienced commercial lender. It misled the appellant, albeit unintentionally, when its solicitor referred to the interest rate as merely 48 per cent. The appellant has not shown that the other fees and charges such as the commitment fee and monitoring fee are clearly part of the interest rate payment and accordingly they should not be severed.

I agree with Rosenberg J.A.'s analysis and would add these additional considerations.

The first relates to the appellant's purported good faith. As I understand it, this refers to:

(1) the trial judge's finding that the appellant did not intend to breach s. 347, in the sense that the appellant appears not to have realized that its

de la convention de prêt qui haussent le taux d'intérêt effectif à plus de 60 pour 100, sans toucher à l'obligation de l'emprunteur de rembourser le capital et de payer une certaine somme au titre des intérêts. Voir, par exemple, l'arrêt *Milani*, précité. Plus près du centre du spectre, on trouve une affaire comme *Terracan*, où le tribunal a retranché toutes les clauses relatives à l'intérêt mais a confirmé l'obligation du débiteur de rembourser le capital.

Où se situe la présente affaire sur ce spectre? Le juge de première instance a conclu — conclusion à laquelle je souscris — que les principes d'equity favorisent le prêteur. Il ressort clairement de ses motifs que, s'il avait jugé qu'il n'y avait pas ouverture à la divisibilité fictive, il aurait retranché la clause qui exige le paiement d'intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance. Je suis d'avis qu'il s'agit là de la réparation appropriée.

En l'espèce, il existe au moins deux clauses distinctes dont les origines remontent aux négociations ayant abouti à la convention. Comme il a été indiqué plus tôt, la défenderesse voulait au départ obtenir une participation dans l'entreprise de l'appelante. C'est ce qui a amené le paiement de redevances. L'autre clause était l'arrangement, plus traditionnel, concernant l'intérêt. À mon avis, il est possible de retrancher l'une d'elles, ou les deux, d'une manière qui respecte les principes bien établis en matière de divisibilité. La clause fixant à 4 pour 100 le taux d'intérêt mensuel doit être retranchée, parce qu'elle contrevient à l'art. 347 du *Code criminel*. Je ne vois aucune raison d'essayer de sauvegarder cette clause simplement parce qu'elle ne dépasse que légèrement 60 pour 100. La défenderesse est une société prêteuse expérimentée. Bien qu'elle n'en ait pas eu l'intention, elle a induit l'appelante en erreur lorsque son avocat a indiqué que le taux d'intérêt n'était que de 48 pour 100. L'appelante n'a pas démontré que les droits, honoraires et autres frais, par exemple la commission d'engagement et les frais de surveillance, font clairement partie du taux d'intérêt à percevoir et il n'y a donc pas lieu de les retrancher.

110 Je souscris à l'analyse du juge Rosenberg et j'y ajouterais les considérations suivantes.

111 La première se rapporte à la présumée bonne foi de l'appelante. Si je comprends bien, cette bonne foi ressortirait des éléments suivants :

(1) la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'appelante n'avait pas l'intention de violer l'art. 347, en ce sens qu'elle

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 266

AOI 267

otherwise well-understood charges violated the *Criminal Code*; and

(2) the fact that the separate and distinct charges which added just over 30 percent per annum to the stipulated rate of interest were not known by the appellant to constitute interest within the meaning of s. 347(2) of the *Code.*

112 I accept that neither the appellant nor the respondent thought of the added charges as interest.

113 On this assumption, it appears to me neither "artificial" nor "arbitrary" to sever the criminal rate of interest agreed to as interest and to leave intact the distinct and separate charges not agreed to as interest, and not considered to be interest by either party.

114 This solution responds adequately to the policy concerns expressed by the majority in the Court of Appeal. Unlike notional severance, it requires no judicial rewriting of the interest clause agreed to as such by the parties. And it still leaves the appellant with a return of slightly more than 30 percent per annum.

IV

115 Arbour J. concludes that the four factors set out by Blair J.A. in *William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1 (Ont. C.A.), favour severance in this case. I agree. That is why I would affirm the judgment of the Court of Appeal.

116 But the more difficult question is whether these four factors favour notional severance as opposed to the established blue-pencil form of severance contemplated by Blair J.A. in *Thomson*. In my respectful view, they do not.

117 The first consideration or factor is whether the purpose and policy of s. 347 of the *Criminal Code*

semble ne pas s'être rendue compte que les frais, qui étaient par ailleurs bien compris par tous les intéressés, contrevenaient au *Code criminel*;

(2) le fait que l'appelante ignorait que les frais distincts, qui majoraient d'un peu plus de 30 pour 100 le taux d'intérêt annuel stipulé dans la convention, constituaient de l'intérêt au sens de ce terme au par. 347(2) du *Code.*

J'accepte que ni l'appelante ni l'intimée ne considéraient les frais additionnels comme de l'intérêt.

Suivant ce raisonnement, il ne m'apparaît ni « artificiel » ni « arbitraire » de retrancher le taux d'intérêt criminel, convenu au titre de l'intérêt, et de maintenir les frais distincts, non stipulés comme de l'intérêt et non considérés comme de l'intérêt par l'une ou l'autre des parties.

Cette solution répond adéquatement aux considérations de politique générale mentionnées par les juges de la Cour d'appel. Contrairement à la divisibilité fictive, cette solution n'oblige pas le tribunal à réécrire la clause relative aux intérêts dont ont expressément convenu les parties. Elle permet également à l'appelante d'obtenir un rendement légèrement supérieur à 30 pour 100 par année.

IV

La juge Arbour a conclu que les quatre facteurs énumérés par le juge Blair dans l'arrêt *William E. Thomson Associates Inc. c. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1 (C.A. Ont.), militent en faveur de la divisibilité en l'espèce. Je partage cette opinion. Voilà pourquoi je confirmerais l'arrêt de la Cour d'appel.

Toutefois, il reste encore la question plus difficile de savoir si ces quatre facteurs militent en faveur de l'application de la divisibilité fictive plutôt que de la technique de divisibilité au moyen du trait de crayon bleu envisagée par le juge Blair dans l'arrêt *Thomson*. En toute déférence, je répondrais à cette question par la négative.

Le premier élément ou facteur consiste à se demander si l'objectif et la politique générale visés

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 267

AOI 268

would be better served by severance *simpliciter* or by notional severance.

In support of her conclusion, on this branch of the matter, Arbour J. cites at para. 43, an article in which Professor Ziegel explains his objections to s. 347 (J. S. Ziegel, "Bill C-44: Repeal of the Small Loans Act and Enactment of a New Usury Law" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 188). On the issue that concerns us here, however, Professor Ziegel elsewhere states:

> So far as the interest component is concerned, obviously the lender cannot recover that part of it which exceeds 60%. But can he recover the first 60%? In my view, the answer should be no, and this on two grounds. First, it is unlikely that the contract itself will distinguish between the two interest components. There is therefore no basis on which to apply the doctrine of severance. The second reason is that severance would undermine the policy of s. 305.1 [now s. 347] (even if one believes, as the writer does, that it is a bad policy) and encourage lenders to run calculated risks, secure in the knowledge that they would only lose that part of the interest which exceeds 60%. [Emphasis added.]

(J. S. Ziegel, "The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost" (1986), 11 *Can. Bus. L.J.* 233, at p. 242)

Professor Ziegel's first reason is of limited application here, since the parties did distinguish between the two components of the illegal interest rate. Moreover, there is a sound basis for distinguishing between them: the first, agreed to by the parties as interest, itself exceeds the limit, albeit narrowly, while the second was not considered by the parties to be part of the interest rate, though s. 347 gives it that effect.

Professor Ziegel's second reason, which I share, clearly militates in favour of blue-pencil severance, the solution adopted by the majority in the Court of Appeal, and against "notional severance", which the trial judge applied in awarding the appellant interest at the threshold of the criminal rate.

par l'art. 347 du *Code criminel* seraient mieux servis par la divisibilité pure et simple ou par la divisibilité fictive.

118 Pour étayer sa conclusion sur ce volet, la juge Arbour cite, au par. 43, un article dans lequel le professeur Ziegel explique ses réserves à l'égard de l'art. 347 (J. S. Ziegel, « Bill C-44 : Repeal of the Small Loans Act and Enactment of a New Usury Law » (1981), 59 *R. du B. can.* 188). Sur la question qui nous intéresse en l'espèce, toutefois, le professeur Ziegel dit ceci dans un autre article :

> [TRADUCTION] En ce qui concerne les intérêts, il est évident que le prêteur ne peut obtenir paiement de la partie qui excède 60%. Peut-il toutefois obtenir 60%? À mon avis, il faut répondre par la négative, et ce pour deux raisons. Premièrement, il est peu probable que le contrat prévoit une distinction entre les deux éléments de l'intérêt. En conséquence, l'application de la théorie de la divisibilité ne repose sur aucune assise. Deuxièmement, la divisibilité pourrait nuire à la politique générale visée par l'art. 305.1 [maintenant l'art. 347] (même si certains, dont l'auteur, estiment qu'il s'agit d'une mauvaise politique) et pourrait inciter les prêteurs à prendre des risques calculés, étant certains qu'ils ne perdraient que la partie des intérêts excédant 60%. [Je souligne.]

(J. S. Ziegel, « The Usury Provisions in the Criminal Code : The Chickens Come Home to Roost » (1986), 11 *Rev. can. dr. comm.* 233, p. 242)

119 La première raison donnée par le professeur Ziegel n'a qu'une application restreinte en l'espèce, puisque les parties ont effectivement distingué les deux éléments du taux d'intérêt illégal. En outre, la distinction repose sur des motifs valables : le premier élément — dont ont convenu les parties en tant qu'intérêt — excède lui-même légèrement la limite prévue, alors que le second n'était pas considéré par les parties comme faisant partie du taux d'intérêt, bien que l'art. 347 lui donne cet effet.

120 La deuxième raison donnée par le professeur Ziegel, à laquelle je souscris, milite clairement en faveur de la divisibilité au moyen du trait de crayon bleu (« *blue-pencil severance* ») — la solution retenue par les juges majoritaires de la Cour d'appel — et contre la « divisibilité fictive », la solution qu'a appliquée le juge du procès en accordant à l'appelante des intérêts frôlant le taux criminel.

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 268

AOI 269

121 I agree with Arbour J. that the second consideration — whether the parties entered into the agreement for an illegal purpose or with an evil intention — in this case favours a flexible remedy. That objective, however, is satisfied by severing the interest clause and leaving the other charges intact, since this requires the respondent to pay, and allows the appellant to receive, an effective interest rate of more than 30 percent on the commercial loan that was the object of their agreement.

À l'instar de la juge Arbour, j'estime que la deuxième considération — la question de savoir si les parties ont conclu une convention dans un but illégal ou dans une intention malveillante — milite en l'espèce en faveur de l'application d'une réparation souple. Toutefois, il est possible d'atteindre ce but en retranchant la clause relative à l'intérêt et en laissant intactes celles concernant les autres frais, puisque cette solution permet à l'appelante de percevoir, tout en obligeant l'intimée à payer, un taux d'intérêt effectif supérieur à 30 pour 100 à l'égard du prêt commercial qui était l'objet de l'accord entre les parties.

122 This remedy certainly differs from — but is no less "flexible" — than the remedy conceived by the trial judge.

Certes, cette réparation est différente — bien qu'elle soit tout aussi « souple » — que celle conçue par le juge du procès.

123 Had there been only an effective interest rate of 60.1 percent — and not a cumulative effective rate of 90.9 percent — it might have been desirable, I concede, not to sever the interest clause entirely. But that was not the case here.

Si on avait été en présence d'un taux d'intérêt effectif de 60,1 pour 100 seulement, et non d'un taux d'intérêt effectif cumulatif de 90,9 pour 100, il aurait pu être souhaitable, je l'admets, de ne pas retrancher en entier la clause relative à l'intérêt. Mais ce n'était pas le cas en l'espèce.

124 The third consideration relates to the relative bargaining positions of the parties and their conduct in reaching the agreement.

La troisième considération concerne le pouvoir de négociation relatif des parties et leur conduite au cours des négociations.

125 In this regard, it is true that the respondent had the advice of a solicitor and does not appear to have been a naive or inexperienced victim of misunderstanding. But a commercial borrower who agrees, for lack of an alternative source of financing, to pay an effective interest rate of 90.9 percent per annum — many times the normal commercial rate — and to provide personal guarantees for the loan, can hardly be said to have bargaining power equal to that of the lender.

Sur ce point, il est vrai que l'intimée a obtenu les conseils d'un avocat et ne semble pas être la victime naïve ou inexpérimentée d'un malentendu. Néanmoins, il est difficile d'affirmer que l'emprunteur commercial qui, en l'absence d'autres sources de financement, accepte de payer un taux d'intérêt annuel effectif de 90,9 pour 100 — taux bien des fois supérieur au taux commercial normal —, et de fournir des garanties personnelles à l'égard de l'emprunt, a un pouvoir de négociation équivalent à celui du prêteur.

126 I turn now to the fourth consideration, relating to the potential for unjust enrichment or, in the words of Arbour J., an "unjustified windfall" (para. 42).

Je vais maintenant examiner la quatrième considération, qui concerne la possibilité d'enrichissement injuste ou, pour reprendre les mots de la juge Arbour, d'un « profit injustifié » (par. 42).

127 Unlike Arbour J., I do not consider that the respondent can be said to be unjustly enriched if it is relieved by a court of law of its contractual

Contrairement à la juge Arbour, je ne crois pas qu'il soit possible de dire que l'intimée s'enrichit injustement parce que le tribunal la dégage de son

AOI 269

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 270

undertaking to pay a criminal rate of interest where, as here, it is required at the same time to pay an effective annual rate of more than 30 percent and to repay the principal as well — in full.

In short, it appears to me that all four considerations identified by Blair J.A. in *Thomson*, *supra*, examined individually and weighed together, militate here in favour of the remedy applied by the Court of Appeal and against the remedy adopted by the trial judge.

Accordingly, I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in substituting for the criminal rate of interest charged by the appellant to the respondent the highest rate the appellant could otherwise have charged.

And, like the Court of Appeal, I see no basis in the established rules of equity that would permit the trial judge to rewrite the illegal interest clause agreed to by the parties in this way. It should simply have been struck out on the accepted blue-pencil approach.

The effect of the trial judge's decision was to stretch the principles of equity in an inappropriate way and to send the wrong message to those who lend money at a criminally prohibited rate to "willing" borrowers who cannot otherwise obtain a loan.

They should not be encouraged to believe that if their illegal arrangement is subjected to judicial scrutiny, they will nonetheless recover the highest rate they could legally have charged — and thus suffer no pecuniary disadvantage for having violated s. 347 of the *Criminal Code*.

V

As mentioned at the outset, I have assumed for the purposes of this appeal the correctness of Arbour J.'s premise that "notional severance is available as a matter of law as a remedy in cases arising under s. 347" of the *Criminal Code*.

engagement contractuel de payer un taux d'intérêt criminel si, comme en l'espèce, il l'oblige en même temps à payer un taux d'intérêt annuel effectif supérieur à 30 pour 100 et à rembourser le capital — en entier.

128 Bref, il me semble que, examinées individuellement et appréciées globalement, les quatre considérations énoncées par le juge Blair dans l'arrêt *Thomson*, précité, militent en l'espèce en faveur de la réparation appliquée par la Cour d'appel et contre celle retenue par le juge de première instance.

129 Je partage donc l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle le premier juge a commis une erreur en remplaçant le taux d'intérêt criminel demandé par l'appelante à l'intimée par le taux le plus élevé que l'appelante aurait par ailleurs pu exiger.

130 De plus, tout comme la Cour d'appel, je ne peux trouver dans les règles d'equity reconnues aucun fondement autorisant le juge de première instance à réécrire de la sorte la clause illégale relative aux intérêts dont ont convenu les parties. Cette clause aurait simplement dû être biffée au moyen de la méthode reconnue du trait de crayon bleu.

131 La décision du juge du procès a eu pour effet de forcer indûment les principes d'equity et d'envoyer un message inapproprié à ceux qui prêtent de l'argent à un taux interdit par le droit criminel à des emprunteurs « consentants », qui ne peuvent emprunter auprès de personne d'autre.

132 Il ne faudrait pas laisser croire aux prêteurs que, même si leurs arrangements illégaux sont contrôlés par les tribunaux, ils pourront néanmoins obtenir le taux le plus élevé qu'ils auraient pu légalement imposer — et éviter en conséquence tout désavantage financier susceptible de découler de leur contravention à l'art. 347 du *Code criminel*.

V

133 Comme je l'ai dit au départ, j'ai tenu pour acquis en l'espèce le bien-fondé de la prémisse de la juge Arbour selon laquelle « les tribunaux peuvent, en droit, recourir à la divisibilité fictive comme réparation dans les litiges découlant de l'art. 347 » du *Code criminel*.

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 270

AOI 271

134 On this assumption, I would apply notional severance to cases involving a breach of the *Criminal Code* only where severance does no violence to public policy interests, is found to be warranted as a matter of equity, and severance *simpliciter* is impracticable or, though possible, would create an unjust result.

135 For all of these reasons and, to the extent that they are not incompatible, the reasons of Bastarache J., I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, BASTARACHE, DESCHAMPS *and* FISH JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Fraser Milner Casgrain, Toronto.

Solicitors for the respondent: Ackerman Law Office, Toronto.

Conformément à cette hypothèse, j'appliquerais la divisibilité fictive aux seuls cas de violation du *Code criminel* où cette méthode ne fait pas violence à des considérations d'ordre public, où elle est justifiée par les principes d'equity et où la divisibilité pure et simple est irréalisable ou, bien que réalisable, produirait un résultat injuste.

Pour tous ces motifs et, dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles, pour ceux exposés par le juge Bastarache, je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges BASTARACHE, DESCHAMPS *et* FISH *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelante : Fraser Milner Casgrain, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Ackerman Law Office, Toronto.

2004 SCC 7 (CanLII)

AOI 271

TAB 6

Court of Appeal

No. CA10190 Vancouver Registry

BETWEEN:

CANADIAN AMERICAN FINANCIAL CORP. (CANADA) LTD.

PLAINTIFF (APPELLANT)

AND:

CHARLES DOUGLAS W. KING and DOUGLAS W. KING MARKETING CORP.

DEFENDANTS (RESPONDENTS)

1989 CanLII 252 (BC CA)

REASONS FOR JUDGMENT OF THE HONOURABLE MR. JUSTICE LAMBERT

Before: The Honourable Mr. Justice Hinkson The Honourable Mr. Justice Lambert The Honourable Madam Justice Southin

Counsel for the Appellant: D. W. Donohoe

Counsel for the Respondent: J. D. Waddell

Vancouver, British Columbia

April 25, 1989

I have had the advantage of reading the reasons of Mr. Justice Hinkson in draft form. He has stated the facts and it is unnecessary for me to do so.

[Page 2]

I

I propose to make six points about the question of severance of covenants in restraint of competition and then to apply them to this case.

1. The first question that must be asked is whether a covenant in restraint of competition is valid as it stands. That depends on whether it meets Lord Macnaghten's test in the Nordenfelt case of being reasonable, both in reference to the interests of the parties and also in

reference to the interests of the public. See Nordenfelt v. The Maxim Nordenfelt Guns do Ammunition Company, Ltd., (1894) A.C. 535 at 565. It also depends on the covenant not being void for uncertainty.

2. If the covenant is valid *as* it stands, then it is open to being enforced, by injunction and by interim injunction. As indicated in the reasons of Mr. Justice Hinkson, that question turns on the application of the principles enunciated by this court in Wheatley v. Ellis (1944-45), 61 B.C.R. 55. It is open to the court to grant an injunction restraining only part of the type of conduct that is covered by the valid covenant if conduct contrary to the remainder of the valid covenant need not be restrained, either because it is not threatened or for some other reason. But granting an injunction in relation to only a part of the type of conduct contemplated by the covenant does not involve a severance of the covenant. The whole covenant is valid. But the remedy need not be any broader than the circumstances of the case require.

[Page 3]

3. It is only if the covenant is not valid as it stands that a question of severance arises. The courts have always resisted re-writing a contract that the t parties have made. No doubt they will continue to do so. So whether the reason for the invalidity is because the covenant as it stands is void for uncertainty or because it is unreasonable either in reference to the interests of the parties or the interests of the public, the courts will only sever the covenant and expunge a part of it if the obligation that remains can fairly be said to be a sensible and reasonable obligation in itself and such that' the parties would unquestionably have agreed to it without varying any other terms of the contract or otherwise changing the bargain. It is only if they had been told when they made the contract that they could not have what they had drafted but could have the portion that would remain after the severance and expungement, and, only if in those circumstances they would both have readily agreed to the severence and expungement without any other change in the contract, that any request for severance can succeed. It is in that context that reference is made in the cases to severing and expunging • merely trivial or technical parts of an invalid covenant, which are not part of the main purport of the clause, in order to make it valid. See Lord Moulton in Mason v. Provident Clothing and Supply Company, Limited, [1913] A.C. 724 at 745 and Dickson, J.A. in T.S. Taylor Machinery Co. Ltd. v. Biggar (1969), 67 W.W.R. 246 at 257, as quoted by Mr. Justice Hinkson. The purpose of the severance is to retain the bargain made by the parties, not to impose a new bargain on them.

1989 CanLII 252 (BC CA)

4. The so-called "blue pencil" rule was first called by that name, as far as I can determine, in Attwood v. Lamont, [1920] 2 K.B. 146 (Div.Ct.), [1920] 3 K.B. 571 (C.A.).

[Page 4]

It is important to understand that the rule does not automatically permit the severance of a part of a clause that could notionally be f severed by merely striking out words. Rather, the rule says that only when the severance can be made simply by striking out words will a severance be permitted; but not necessarily then. Adding words or re-writing the clause *is* contrary to the "blue pencil" rule. In my opinion the rule is overly artificial and places too much stress on the words chosen to express the intention of the parties and not enough stress on the intention of the parties, themselves. In my opinion, the "blue pencil" rule in its strict form, *as* I have stated it, should not be considered as a rule of law and should not be applied as such in British Columbia. It should be regarded only as an aid to determining whether the case is an appropriate one for severance in accordance with the principles set out in paragraph 3 above.

5. Covenants such as the one in Attwood v. Lamont not to "carry on the trades of tailor, dressmaker, general draper, milliner, hatter, haberdasher, gentleman's or ladies' or childrens' outfitter" can be considered for severance because each of those trades is separate and distinct. They can be said to be a group of separate covenants and not just one covenant. But, of course, it should be remembered that the Court of Appeal in Attwood refused to sever the covenant in that case and refused to confine it to the trade of tailor. The whole covenant was struck down.

6. It is no function of the courts to act as de facto arbitrators over clauses that are drawn as alternatives. If the covenant says that the employee

[Page 5]

will not compete in (a) Canada, (b) British Columbia, and (c) Vancouver, for (i) I ten years, (ii) five years, and (iii) one year, for example, the courts ought not to use the- "blue pencil" rule to make an agreement for the parties that they have been unable to make for themselves. Such a clause, where one alternative encompasses another, but on a wider scale, is, in my opinion, void for uncertainty and should not be made valid by severance. The only point on which the terms of the covenant are clear is that the covenant is to cover at least Vancouver for at least

1989 CanLII 252 (BC CA)

one year. The parties could have said that. If they failed to do so, then they will risk losing the whole clause.

II

I now return to the application of those principles to this case. I agree with Mr. Justice Hinkson that the covenant in this case is unreasonable in its geographical limits, having regard to the factual matrix in which the agreement was made. The covenant is therefore void as being in restraint of trade. The whole covenant is severable from the rest of the agreement between the parties and should be struck out.

I agree with Mr. Justice Hinkson that substituting "British Columbia and Alberta" for "Canada and Bermuda" in the covenant would be to make a new covenant and I would not do it. But I should add that the "blue pencil" rule would have made no difference to my decision. I would not have made a severance any more readily or any less readily if the clause had named all the Provinces and Territories of Canada separately, and so been amenable to the application of the "blue pencil" rule.

[Page 6]

For these reasons and the reasons of Mr. Justice Hinkson, I would dismiss the appeal.

[S]

[ScanLII Collection]

1989 CanLII 252 (BC CA)

TAB 7

CITATION: Mandeville Holdings Inc. v. Santucci, 2021 ONSC 4321
COURT FILE NO.: CV-21-00660326-00CL
DATE: 20210618

2021 ONSC 4321 (CanLII)

SUPERIOR COURT OF JUSTICE – ONTARIO
(COMMERCIAL LIST)

RE: MANDEVILLE HOLDINGS INC. and MANDEVILLE PRIVATECLIENT INC., Plaintiffs/Moving Parties

AND:

JERRY SANTUCCI and ASSANTE CAPITAL MANAGEMENT LTD., Defendants/Responding Parties

BEFORE: S.F. Dunphy J.

COUNSEL: *Susan Kushneryk* and *Eric Morgan*, for the Plaintiffs

Bruce O'Toole, for the Defendant/Responding party, Jerry Santucci

Mitchell Fournie, for the Defendant/Responding party, Assante Capital Management Ltd.

HEARD at Toronto: June 4, 2021

REASONS FOR DECISION

[1] The main issue in this case is whether either or both of a non-competition and non-solicitation clause can be enforced by way of interlocutory injunction. The agreement containing these clauses was entered into by a financial advisor in connection with the sale of his portfolio of clients and associated goodwill to the parent company of the financial services firm he wished to associate with. Seven years later the two have parted ways and the defendant immediately took steps to attempt to persuade some or all of his former clients to follow him to a new firm.

[2] For the reasons that follow, I have found that the non-competition clause is very likely void as being unreasonably broad relative to the purposes and context of the transaction that gave rise to it. I have, however, found that the non-solicitation clause is a reasonable one and ought to be protected by way of an injunction. The defendant received significant value for the sale of the goodwill of the client portfolio. The client base that the defendant was actively attempting to move to his new firm was overwhelmingly

part of the same portfolio of clients that the defendant sold to the moving parties seven years earlier. While the non-compete clause would prohibit the defendant from earning a living anywhere in Ontario in his profession of many years, the non-solicit clause is more targeted and is reasonable on its face. The lost opportunity to have a two-year window to cultivate and broaden its client relationships without interference from the defendant during the bargained-for two-year window constitutes irreparable harm and the balance of convenience strongly favours the moving parties.

2021 ONSC 4321 (CanLII)

Background facts

[3] The plaintiffs are parent (Mandeville Holdings Inc.) and wholly-owned subsidiary (Mandeville Private Client Inc.). MPC is a wealth management services company, registered as an investment dealer in Ontario and elsewhere and regulated by, among others, the Investment Industry Regulatory Organization (or "IIROC"). The structure of an unregulated parent holding company and a regulated subsidiary is quite a common one in this industry.

[4] The wealth management business of MPC is carried on through individual investment advisors. These are the agents who actually deal with the clients. The defendant Mr. Santucci was one such registered investment advisor. Working in a regulated industry, he too was required to be registered, with his registration sponsored by MPC.

[5] Mr. Santucci began discussions about joining MPC in late 2013. He received an "Indicative Term Sheet" on December 19, 2013 regarding his proposed relationship with "Mandeville", a term defined in the Term Sheet as "[MHI] (and its related and affiliated subsidiaries)". The Term Sheet recorded representations he made to Mandeville that his practice then had $65 million in Assets Under Administration and that he had no contractual commitments that precluded him from moving his practice to Mandeville, noting that he was "expected to honor previous contracts". The offer made to him at that time included an offer to allow him to acquire 390,000 convertible preferred shares (to be converted to common shares after an initial assessment period of approximately 18 months), options to acquire further common shares, a $500,000 interest-free loan, the purchase of his customer list, incentives to be offered to transferring clients, advertising support and similar matters.

[6] Mr. Santucci was quite attracted to the prospect of acquiring an equity interest in MHI because of his own work history. The principal of MHI was Mr. Lee Chin. Mr. Santucci had worked as an investment advisor with a company headed by Mr. Chin earlier in his career. He believed that Mr. Chin's shareholders did very well when that business was sold. His affidavit states that he "wanted to be a shareholder in the hopes that Lee Chin was able to do it again". The arrangements made with Mr. Santucci by MPC – and in particular the purchase of his "book of business" – was by no means the standard method of doing business for MPC. This was a negotiated arrangement.

[7] In January 2014, Mr. Santucci and the plaintiffs entering into a series of related agreements. These agreements included the following:

a. A “Non-competition and Non-Solicitation Agreement (or NCNSA);

b. A “Purchase and Sale Agreement” (or PSA);

c. A “Principal-Agent Agreement” (or Agent Agreement).

[8] The Purchased Assets were described as “all books and records relating to the Private Client Business maintained by the Vendor”, “all current marketing material and marketing strategies used by the Vendor in connection with the Private Client Business”, and the goodwill of the Private Client Business. The “Private Client Business” was defined as Mr. Santucci’s private client business “in respect of the clients listed in Schedule A” which contained a list of approximately 240 clients Mr. Santucci was then servicing.

[9] The purchase price for the Purchased Assets was $390,000 which was to be paid through the issue of 390,000 fully paid convertible preferred shares. Mr. Santucci alleges the fair market value of his book of business was much higher than this. I attach no weight to his subjective and speculative evidence in that regard, particularly given the terms of the PSA that represent the purchase price as being fair market value.

[10] Some broad comparators of the purchase price paid are possible. Mr. Santucci’s evidence is that the commission split was 70:30 with 70% of commissions being retained by him and 30% going to MPC. This was modified somewhat due to MPC passing on some of the costs of the close regulatory supervision that Mr. Santucci was subject to at the time he joined MPC. His evidence is that his gross commissions were in the range of $410,000 to $500,000 per year. From this data I infer that the purchase price paid by MHI represented several times the level of annual commissions MPC could expect to derive from commissions arising from the book of business being acquired. While I do not have evidence of the net income of Mr. Santucci over the years in question, it is reasonable to infer that the purchase price represented something in excess of one year of his net income before tax since it was close to 100% of gross annual commissions and the payment was tax-structured to benefit Mr. Santucci. This general idea is sufficient for the purposes of any conclusions I may need to reach. The consideration was certainly substantial.

[11] Section 2.3 of the PSA stipulated that the NCNSA entered into contemporaneously with the PSA was part and parcel of the consideration for the PSA. It also provided that elections under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.) would be made to ensure that “no amount in respect of the restrictive covenants described … is included in the income of the Vendor”. Other tax provisions dealt with the allocation of the purchase price to various tax accounts and the ability of the vendor to accomplish a “roll over” for tax purposes. All of this ensured that Mr. Santucci would pay as little tax arising from the receipt of $390,000 in value as possible and the structure was implicitly premised on the

2021 ONSC 4321 (CanLII)

bona fides of the NCNSA for no value for tax purposes could be attributed to that agreement in good faith otherwise.

[12] The essential provisions of the NCNSA for the purposes of this motion at least are as follows:

a. MHI and Mr. Santucci were the only named parties thereto – MPC is not a party;

b. The "Restricted Territory" was described as "the geographic region within which [Mr. Santucci] is registered to provide any of the Restricted Activities on behalf of MHI or its subsidiaries as of the date on which he stops providing such services for MHI and its subsidiaries". In Mr. Santucci's case, this means all of Ontario.

c. The "Term" is "the two year period immediately after the last day on which the Advisor provides services for MHI, regardless of the reason for the cessation of services". Mr. Santucci attaches particular importance to the failure to add "or its subsidiaries" after MHI as was done in the definition of "Restricted Territory". I shall return to this question below.

d. The "Restricted Activities" is broadly defined to encompass the securities industry generally "the business of marketing, selling and/or distributing securities, providing investment advice, and the ancillary activities needed to perform the duties described". Mr. Santucci notes that Restricted Activities is a broad term that encompasses essentially the entire securities industry including segments thereof that the plaintiffs may not be involved in.

e. Mr. Santucci agreed in article 2.1 that "he will not, during the Term, within the Restricted Territory, directly or indirectly, in any manner whatsoever, including either individually in partnership, jointly or in conjunction with any other person … be engaged in any undertaking or business … that is in whole or in part the same as or substantially similar to the Restricted Activities".

f. Mr. Santucci agreed in Article 3.1 that he "will not, during the Term, within the Restricted Territory, directly or indirectly, in any manner whatsoever … induce any person who is … [a] customer … of MHI as of the date on which [Mr. Santucci] stops providing services for MHI, to terminate such relationship, to leave … to stop buying from, or otherwise to reduce its dealing with MHI or any of MHI"s affiliates".

[13] The NCNSA contained what I might describe as the "usual" clauses acknowledging the irreparable harm that would result from any breach by him of its undertakings and his agreement of the right of MHI to seek injunctive relief.

2021 ONSC 4321 (CanLII)

[14] Article 5.6 of the NCNSA contained a very broad “severability” clause pursuant to which any provision found to be restricted, prohibited or unenforceable “shall be ineffective only to the extent of that restriction, prohibition or unenforceability and shall not affect the validity or enforceability of the remaining portions of that provision and, if applicable … without invalidating the remaining provisions of this Agreement”.

2021 ONSC 4321 (CanLII)

[15] The Agent Agreement acknowledged Mr. Santucci’s status as an agent of MPC within the context of the applicable regulatory regime. He was required to devote his full time to his practice as an MPC advisor, to comply with all regulatory requirements and similar matters. Among other things, this agreement acknowledges that all products sold and all business or professional activities in respect of which he was licensed “shall be conducted in the name of MPC, must flow through MPC and be carried on the books and records of MPC” and that all books and records that he is required to maintain by MPC or regulatory authorities are the property of MPC. Upon termination of the agreement, Mr. Santucci was obliged “without formal demand or request and without retaining any copies of summaries of any kind” to return to MPC all MPC Property.

[16] On December 14, 2020, MPC gave notice to Mr. Santucci that their relationship was “no longer of mutual benefit” and that Mandeville would be terminating the Agency Agreement effective the close of business on January 20, 2021. The letter reminded him of his sale of his book of business under the PSA and of the NCNSA pursuant to which, “you are prohibited from, among other things, soliciting any client of Mandeville for a period of 2 years”.

[17] The reasons for the termination of the relationship are not material for this motion. It is relevant, however, to note that MPC had initiated similar steps to terminate its relationship with Mr. Santucci in 2016, including sending him similar written letters reminding him of the terms of the NCNSA that would apply. MPC agreed with Mr. Santucci not to proceed with the termination of the Agency Agreement on that occasion. No issue was then taken by Mr. Santucci with the applicability or enforceability of the NCNSA.

[18] On January 19, 2021, Mr. Santucci was reminded of the termination of the Agency Agreement that would be effective the following day. He was reminded again of his obligations under the NCNSA. There is no indication of him raising any issues regarding the NCNSA at this time.

[19] On February 18, 2021, MPC wrote to Mr. Santucci alleging certain breaches of Mr. Santucci’s obligations. Among other things, the letter suggested that Mr. Santucci had refused to confirm that he had not retained any client information when this was requested of him and that MPC had information that (i) Mr. Santucci was in fact contacting clients regarding his future plans and (ii) that he had retained some financial documents relating to them.

[20] On cross-examination, Mr. Santucci stated that he had not given any thought nor sought advice about the enforceability of the NCNSA prior to receipt of this letter. He also claimed a similar level of ignorance of the contents of this agreement when he signed it

in 2014. Given the frequency with which Mr. Santucci was reminded in writing of the general terms of the NCNSA and the frequency and type of communications Mr. Santucci maintained with his client base before and after January 20, 2021, I find those assertions hard to credit.

(a) Alleged breaches of NCNSA

[21] The moving parties have alleged a number of breaches of the NSNCA by Mr. Santucci. It is alleged that Mr. Santucci retained client records that belong to MPC, that he approached at least some of the clients he was formerly responsible for at MPC to tell them of his imminent move to Assante and that MPC had lost nine clients formerly handled by Mr. Santucci representing more than $4.2 million in AUA of whom seven representing $3.9 million had requested to transfer their investments to Assante. All but one of the transferring clients – to this point at least – were clients in the book of business originally purchased by MHI in 2014.

[22] Mr. Santucci began the process of becoming an investment advisor associated with a competitor of MPC – the defendant Assante Capital Management Ltd. in early March 2021. Assante has agreed not to take any steps to register the transfer of any clients from MPC associated with Mr. Santucci's representative code and on that basis MPC is seeking no relief from Assante on this motion.

[23] Mr. Santucci's evidence is that his computer and cell phone were wiped when he parted ways with MPC in January 2021 and he says he kept no physical records either. What contacts he has had with the clients he was servicing prior to that time has come, he says, as a result of those clients having contacted him at the cell phone number that he had for many years and featured prominently on his business cards and correspondence. He is aware of three such clients who had been with him for approximately 20 years who contacted him and insisted on moving their business to Assante.

[24] This is an interlocutory injunction and not a trial. The final determination of such matters will be for the trial judge. It does fall upon me to draw inferences from the evidence on this interlocutory injunction necessary to consider the test for issuing an injunction. Such inferences cannot be considered definitive findings of course.

[25] Subject to the foregoing caveat, the records of Mr. Santucci's email, telephone and text message communications with MPC clients that he formerly serviced strongly suggests that the plaintiffs' allegations of solicitation on the part of Mr. Santucci have significant substance to them and Mr. Santucci's allegation of playing a passive role in those communications cannot be credited with much weight.

[26] The volume of communications recorded is quite high as is the number of clients corresponded with. At least one client contacted him on January 21, 2021 in an email that clearly implied significant prior discussions regarding Mr. Santucci's new situation. The same client contacted him a short while later about a webinar Mandeville had invited him

2021 ONSC 4321 (CanLII)

to attend and Mr. Santucci responded discouraging him from taking Mandeville[1] up on the offer. He later advised the same client that he was just waiting for regulators to reinstate his licence and confirmed that the client should ignore documents sent to him by Mandeville for signature.

[27] There seems little doubt that Mr Santucci actively discouraged at least some former clients from staying with Mandeville. He kept them up to date about his progress in getting his license transferred, he asked some of them to tell him what they were receiving from MPC and gave them advice about what to do in response. In many cases, the records suggest no break in the frequency of contact with such clients before and after January 20, 2021.

[28] It cannot be said definitively at this juncture who initiated those contacts. It seems quite likely to me that Mr. Santucci initiated at least some of them given the visible continuity and frequency of contacts both before and after his termination date and the initiation of such contact involved the use of records that were the property of MPC. The factor of telephone records or computers allegedly being wiped would offer little in the way of practical obstacles to initiating such contact in a world of cloud back-ups and the fact that Mr. Santucci and his staff had been working from home for almost a year at that point. Mr. Santucci's evidence suggests that he gave the NCNSA little thought or consideration until he sought legal advice about it after receiving the February 19, 2021 letter.

Issues to be decided

[29] There is no dispute regarding the high level description of the legal tests to be followed even if there is dispute about the application of those principles to this case. As the plaintiffs seek an interlocutory injunction, they must satisfy the three-part test crystallized in the Supreme Court of Canada decision in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, 1994 CanLII 117 (SCC), [1994] 1 SCR 311 of a serious issue, to be tried, the presence of irreparable harm and consideration of the balance of convenience. The application of the first test – the existence of a serious issue to be tried – was subject to some debate concerning whether a strong prima facie case must be shown to justify enforcing a restrictive covenant in all cases.

[30] The following questions require determination on this motion:

a. What is the strength of the plaintiffs' case as regards the alleged breaches of the NCNSA and the Agency Agreement?

[1] Many of the documents in the record routinely use the term "Mandeville" to refer to the corporate group as a whole without differentiation. I use it in that sense here as well.

2021 ONSC 4321 (CanLII)

b. What is the strength of the plaintiffs' case as regards the enforceability of the NCNSA?

c. What are the consequences of a strong *prima facie* case (or lack of one) on the second and third branches of the RJR test?

d. Have the plaintiffs established irreparable harm?

e. Does the balance of convenience favour the issuance of the requested injunction?

Analysis and discussion

[31] The defendant wished to ensure that I did not interpret the tightly constrained relief sought by the plaintiffs – restricted primarily to enjoining the use of MPC's records or the solicitation of Mr. Santucci's former clients – as an invitation to ignore the broad scope of the NCNSA as drafted which, the defendant argues, is overbroad and unreasonable and thus unenforceable. That argument has not been lost on me and I have addressed the first branch of the *RJR* test from the perspective of the enforceability of the agreements in question while the actual relief sought – being somewhat narrower than the full scope of the agreements might permit – is focused on in the context of the balance of convenience only.

(a) First issue: What is the strength of the plaintiffs' case as regards the alleged breaches of the NCNSA and the Agency Agreement?

[32] For the reasons given above in my summary of the background facts, I find that the plaintiffs have established a strong *prima facie* case that Mr. Santucci retained and used records that were the property of MPC pursuant to the Agency Agreement. He was fielding detailed questions regarding the contents of client accounts after the termination of the Agency Agreement and I have found it quite likely that he initiated at least some of the client contacts evidenced in the voluminous telephone, text message and email contacts produced. All of these contacts involved the use of records that were the property of MPC pursuant to the Agency Agreement and that Mr. Santucci had a positive obligation to return to MPC upon the termination of the Agency Agreement on January 20, 2021. I acknowledge but do not necessarily accept Mr. Santucci's evidence that he initiated no such calls and only input data into his phone from caller ID as and when calls came in. That appears to me to be an unlikely explanation given the volume and nature of the communications produced that I have reviewed fairly closely.

[33] The evidence of breach of the NCNSA is also extensive. The NCNSA contains two broad prohibitions, the enforceability of which shall be considered in the next section of these reasons: a prohibition on being actively involved in a competing securities business and a prohibition on inducing any customer to terminate his or her relationship or otherwise to reduce its dealing with Mandeville. While the evidence of frequent phone calls with numerous MPC clients before and after the termination of the Agency

2021 ONSC 4321 (CanLII)

Agreement does not include the content of those calls, the contemporary evidence of emails and text messages leads to the strong inference that the phone calls were to similar effect. The written records of text messages and emails clearly veer into the domain of persuading MPC clients to reduce or terminate the services formerly being provided by MPC.

[34] The plaintiffs have made out a strong *prima facie* case that both the Agency Agreement and the NCNSA have been breached on a material and on-going scale by Mr. Santucci. Indeed, his evidence regarding the balance of convenience is essentially premised on the truth of that conclusion. His affidavit states that starting his business again from scratch without his clients would effectively end his career – that conclusion was expressed by him in the context of starting after a two year hiatus but is no less valid an admission as regards starting tomorrow without his existing client base to mine.

(b) Second issue: What is the strength of the plaintiffs' case as regards the enforceability of the NCNSA?

[35] It is here that the crux of the dispute between the parties lies.

[36] Much ink has been spilled on the subject of the enforceability of restrictive covenants. As shall be seen, the tension in the case law can largely be laid at the feet of the contrasting approach to the issue taken by our courts when dealing with a sale of business or with an employment contract. To the degree, this case has unique traits it lies in the fact that Mr. Santucci's agreements have aspects of both an employment-like arrangement and a traditional sale of business or goodwill.

[37] Rather than re-invent the wheel, I shall paraphrase the Court of Appeal's effort to synthesize the jurisprudence. The following summary is taken from paragraphs 49 through 54 of the Court of Appeal's decision in *Martin v. ConCreate USL Limited Partnership*, 2013 ONCA 72 (CanLII) but slightly edited and shorn of citations:

a. Covenants in restraint of trade are contrary to public policy because they interfere with individual liberty and the exercise of trade. They are *prima facie* unenforceable.

b. A covenant will only be upheld if it is reasonable in reference to the interests of the parties concerned and the interests of the public in discouraging restraints on trade.

c. The party that seeks to enforce a restrictive covenant has the onus of demonstrating that the covenants are reasonable as between the parties. The party seeking to avoid enforcement of the covenant bears the onus of demonstrating that it is not reasonable with respect to the public interest.

2021 ONSC 4321 (CanLII)

d. If a covenant is ambiguous, in the sense that what is prohibited is not clear as to activity, time, or geography, it is not possible to demonstrate that it is reasonable. It is therefore unreasonable and unenforceable.

e. The law distinguishes between a restrictive covenant in connection with the sale of a business, and one between an employer and an employee. The former may be required to protect the goodwill sold to the purchaser, and does not usually involve the imbalance of power that exists between employer and employee. Accordingly, a less rigorous test is applied in determining the reasonableness of a restrictive covenant given in connection with the sale of a business.

f. Greater deference is given to the freedom of contract of "knowledgeable persons of equal bargaining power". Nevertheless, the broader restraints on trade justifiable in the context of a sale of a business must be reasonable within such a context. There is a strong public interest "in discouraging restraints on trade and, maintaining free and open competition unencumbered by the fetters of restrictive covenants".

g. The factors relevant in determining whether a restrictive covenant is reasonable are the same in the contexts of the sale of a business and an employment agreement: the geographic coverage of the covenant, the period of time that it is in effect and the extent of the activity prohibited. And reasonableness is determined in light of the circumstances existing at the time that the covenant was made. Those circumstances include the reasonable expectations of the parties about the future activities and marketplace of the business.

[38] In the present case there are four controversies regarding the enforceability of the NCNSA that must be addressed: (i) whether the employment or the sale-of-business lens (or both) ought appropriately be applied; (ii) whether the NCNSA is ambiguous; (iii) whether the NCNSA is reasonable; and (iv) whether the doctrine of "reading down" or "blue penciling" can be applied to uphold any part of the NCNSA if any other part is found unreasonable.

(i) Whether the employment or the sale-of-business lens (or both) ought appropriately be applied

[39] Neither party has taken the position that Mr. Santucci was an employee. Mr. Santucci's affidavit does not make such a claim. Neither the Term Sheet nor the Agency Agreement made any such claim. Mr. Santucci maintained his own staff and paid many of his own expenses, receiving allowances for others.

[40] The sale of business lens is an appropriate one through which to analyse the reasonableness of the restrictive covenants contained in the NCNSA. While there is disputed evidence regarding the degree to which Mr. Santucci had independent legal

2021 ONSC 4321 (CanLII)

advice concerning the agreements he entered into in January 2014, I cannot conclude that there was an imbalance of bargaining power whether Mr. Santucci consulted counsel or not. The sale of goodwill and purchase of shares framework offered to Mr. Santucci by the Term Sheet was not the standard arrangement in the industry or for MHI. Mr. Santucci was by his own account anxious to acquire an equity stake in MHI. The consideration for the sale of the book of business and associated goodwill – just under $400,000 in fully-paid shares – compares favourably to Mr. Santucci's annual gross revenues and represents a significant multiple of MPC's share of the commissions generated by the portfolio of clients to be acquired. Mr. Santucci's suggestion that he neither read nor considered the contents of the agreements he signed – coming as it does seven years after the fact – is quite self-serving. Whether or not he had independent legal advice, he had plenty of time and access to it if he wished. He was and is a sophisticated individual with many years of experience in the securities business. He knew or ought to have known the documents he was signing had legal impact. His years of experience in the industry gave him or ought to have given him a high level of appreciation of the import of the restrictions he agreed to. He knew or ought to have known that the plaintiffs were relying upon his agreement to the terms of the various agreements signed being valid and binding upon him. They would not have agreed to enter into any dealings with him absent those binding agreements and he very much wanted them to do so.

[41] While the sale of business lens is an appropriate one through which to examine these arrangements, I do not view the matter as being an all-or-nothing proposition. While not an employee in the common law sense of the word, the arrangements between Mr. Santucci and the plaintiffs was at least "employment adjacent". The arrangement was an exclusive one – the clients brought to Mandeville by Mr. Santucci and those that he developed relationships with after joining MPC were all clients of MPC and MPC owned all of the books and records relating to them (and bore the regulatory responsibility arising therefrom).

[42] At the end of the day, the test of reasonableness applies to restrictive covenants arising both from the sale of a business and from the employment context. The difference between them largely comes down to the degree of strictness applied to the analysis of them. That degree of strictness is not a binary "on or off" decision but may be considered to be more in the nature of a continuum. The Court of Appeal's decision in *Martin* demonstrates this point since Martin *was* an employee but an employee taken on in the context of a sale of a business of which he was part owner. By contrast, the Supreme Court's decision in *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6 (CanLII), [2009] 1 SCR 157 was an employment law case and its strict approach to the questions of severance and "blue penciling" must be viewed to some degree in that light. While a sale of business was also involved there, the necessary connection between the restrictive covenant in question and the sale of the business – as opposed to the employment relationship – was lacking.

(ii) Whether the NCNSA is ambiguous

2021 ONSC 4321 (CanLII)

[43] The defendant's arguments that the NCNSA is ambiguous all arise from the alleged inconsistent references in the NCNSA to MHI in some cases and to MHI and affiliates in others. Viewed in context and with applying the ordinary canons of contractual interpretation, there is no ambiguity. The holding company-regulated subsidiary structure used by Mandeville is not remotely rare or unknown in the industry and Mr. Santucci had decades of experience in the industry. He needed to be registered with IIROC and filed the appropriate paperwork to accomplish this in relation to MPC whereas he knew or ought to have known that MHI was the entity to whom he sold his book of business and from whom he purchased shares. Mr. Santucci's protestations that he never appreciated the corporate separation in this case is another convenient self-serving assertion that requires me to ascribe a level of ignorance to him of documents that he executed that does not fit his standing as a securities registrant and experienced business-person.

[44] The specific language challenged as ambiguous is the definition of "Term" in art. 1.1 of the NCNSA and the non-solicitation language of art. 3.1. Both provisions make reference to "the last day on which the Advisor provides services for MHI". The defendant's position is that the non-competition restriction in art. 2.1 is only applicable during the "Term" and the "Term" does not begin until he stops providing services for MHI. Since he never provided services to MHI, he argues that the provision is ambiguous as to a material term and thus fatally flawed. The same argument is advanced in relation to the non-solicitation restrictions in art. 3.1, but with greater force since art. 3.1(a) forbids Mr. Santucci from doing various things during the same "Term" in relation to any person who is a "customer" of MHI "as of the date on which the Advisor stops providing services for MHI".

[45] The premise that Mr. Santucci provided no services to MHI is a false one – he clearly did so on an indirect basis. Mr. Santucci sold his private client business to MHI who became the owner of it. The Term Sheet that described the inter-related framework of arrangements to be made to associate with Mr. Santucci referenced the arrangements being made with "Mandeville" generally. The sale of the book of business and goodwill took place in the context of a network of related agreements that contemplated Mr. Santucci continuing to service that same portfolio of clients going forward and to do so through MHI's wholly-owned subsidiary MPC through the Agency Agreement. MHI had an interest, albeit an indirect one, in the continued servicing of the portfolio it purchased. As sole shareholder of MPC, it would benefit from the servicing of that portfolio on an on-going basis (as would Mr. Santucci both through the receipt of commissions and in his capacity as shareholder of MHI).

[46] Viewing the provisions in the context of the NCNSA as a whole, there is no ambiguity. It was clear at the time that the services to be provided by Mr. Santucci to MHI would be of the indirect sort described above. The parties knew that MPC was the regulated entity and the entity in connection with which Mr. Santucci would be registered. The non-solicitation provision of art. 3.1(a) applied to causing a "customer" of MHI from reducing its dealing with "MHI or any of MHI's affiliates". In providing for the assignment of MHI's rights under the NCNSA, art. 5.7 clearly recognized that Mr. Santucci provided his services to a business unit of MHI: "MHI may assign or transfer its rights … under this

2021 ONSC 4321 (CanLII)

Agreement to an affiliate, subsidiary … or to a bona fide purchaser of the *business unit to which the Advisor provides services*" [emphasis added]. Indeed, giving effect to the defendant's argument would do no more than cause this application to be reformulated the next day following a formal assignment of the NCNSA to MPC. Such form over substance shell games are unnecessary if the agreements are read with a view to giving effect to rather than defeating the objective and clear intentions of the parties.

[47] The parties did not intend to enter into an agreement that was absurd and meaningless on its face where such agreement was explicitly a material element of the sale of the business and where the vendor was *intended* to receive tax benefits arising from the existence of the restrictive covenants that he was entering into. Art. 5.7 demonstrates the contextual interpretation of MHI as including the "business unit to which the Advisor provides services" was the intended meaning. This is consistent with common sense and ordinary language usage. A purchaser of an iPhone is commonly considered as a customer of Apple and not only of the Irish affiliate that owns the intellectual property, the Chinese affiliate that manufactured most of it, the American one that assembled it or the Canadian one that operated the retail store. Depending on context, reference to a corporation may be understood to refer to its subsidiaries or those of its subsidiaries within the contemplation of the parties. This is such a case.

[48] I find no ambiguity in the NCNSA arising from the failure to reference subsidiaries each time the term MHI was employed. The intention of the parties in the context of the document was clear and unambiguous. This is not a case like *Shafron* where "City of Metropolitan Vancouver" was an intrinsically ambiguous and uncertain phrase providing no guidance as to which of the surrounding districts, cities, villages or First Nations communities were intended to be included within it. MPC was known by both parties to be the regulated entity through which MHI conducted the securities business whose financial products Mr. Santucci was promoting or providing support for. The only ambiguity arising is the product of looking to find ambiguity that does not exist. Contracts are interpreted in context and not divorced from it.

(iii) Whether the NCNSA is reasonable

[49] The analysis of reasonableness must be examined in the light of all of the circumstances of the transaction viewed at the time the agreement was made.

[50] In my view art. 2.1 of the NCNSA fails the reasonableness test. It would operate to prevent Mr. Santucci from being associated with *any* other securities firm even in a capacity quite unrelated to that undertaken for the plaintiffs and even if the firm in question is not a competitor of the plaintiffs. The clause goes far beyond restrictions reasonably connected to the transaction giving rise to it – the protection of a book of business and associated goodwill being sold. This provision is clearly over-broad.

[51] I do not reach the same conclusion in relation to art. 3.1. The non-solicitation provisions of this article are subject to the same geographic and time limits as art. 2.1,

2021 ONSC 4321 (CanLII)

but they are tightly tied to actions taken by Mr. Santucci in relation to the actual business of MHI.

[52] I reject the straw-man argument raised by the defendant that art. 3.1 is too vague because Mr. Santucci might not know whether a prospective client that he might contact in future is a client of MPC or an affiliate that he had not previous dealt with. That might be the case were Mr. Santucci selling widgets. It is not the case when selling financial services products in a regulated environment with broad know your client requirements. Any inadvertent attempt to sell financial products to a prohibited class of potential customers would be known long before any harm was done. There is plenty of capacity for Mr. Santucci to earn a living while honouring his commitments under art. 3.1 of the NCNSA if he is minded to do so.

[53] Having regard to the amount paid to acquire the goodwill of the business, the nature of the business, Mr. Santucci's commission split and his on-going relationship with the clients in question, this non-solicitation restriction is reasonably and directly related to the transaction giving rise to it. I have been pointed to no basis on which such an otherwise reasonable restriction might nevertheless be contrary to the public interest.

[54] I therefore find that the moving parties have failed to discharge their onus of showing the restrictions in art. 2.1 are reasonable but they have satisfied me that the restrictions in art. 3.1 are reasonable in the circumstances. The responding party has failed to satisfy me that public policy prohibits the sort of restrictions on solicitation contained in art. 3.1 that are otherwise reasonably restricted to the foreseeable and identifiable interests of the purchaser of the goodwill sold by Mr. Santucci.

[55] I repeat for the sake of clarity the point made earlier: this is an interlocutory injunction application and not a trial. My role is to weigh and assess the evidence placed before me *at this juncture* and for the limited purposes of the motion before me. The last word on the subject – and after a more thorough review of the evidence – will belong to the trial judge.

(iv) Whether the doctrine of "reading down" or "blue penciling" can be applied to uphold any part of the NCNSA if any other part is found unreasonable

[56] The defendant leaned quite heavily upon the *Shafron* case and the comments of the Supreme Court in that case suggesting a very narrow scope for the doctrine of "blue penciling" or "reading down". Having found art. 2.1 to be an unreasonable restriction on its face, I agree with the defendant that I cannot proceed to try to "fix" it by striking out portions of it or "reading it down" sufficiently to find some core of it that can be characterized as reasonable. Doing so would require me to write a "reasonable" non-competition clause that the parties never agreed to and never considered.

[57] The same cannot be said for the balance of the NCNSA. The NCNSA can be read quite reasonably and coherently without reference to art. 2.1. Further, enforcing the balance of the agreement save the provision struck out does not re-write the contract for

2021 ONSC 4321 (CanLII)

the parties – it enforces the very agreement they made. Art. 5.6 provided for this specific circumstance. It reads as follows:

> 5.6 If any provision of this Agreement … is unenforceable, that provision shall be ineffective only to the extent of that restriction, prohibition or unenforceability and shall not affect the validity or enforceability of the remaining portions of that provision, and if applicable, without affecting its application to other circumstances, and without invalidating the remaining provisions of this Agreement.

[58] Art, 5.6 is clear and unambiguous on its face. The application of this article to the excision of art. 2.1 and the retention of the balance of the agreement neither remakes the agreement between the parties nor does it violate any other principle of public policy. To the contrary, it gives effect to the clearly expressed contractual intent of the parties.

[59] By contrast, invalidating the NCNSA in its entirety would impose a contract upon the parties that is diametrically opposite to what they agreed to and for which MHI paid and Mr. Santucci received very substantial consideration. MHI purchased the client list and associated goodwill from Mr. Santucci. Mr. Santucci accepted MHI's shares that he ardently wished to own as consideration. The consideration received by Mr. Santucci was tax-structured in a way that was premised on the validity of the restrictive covenants agreed to. The PSA and the NCNSA were interconnected agreements. Mr. Santucci's primary obligations under them were deferred until the time of his departure and it is those obligations that he seeks to resile from having received the full benefit of the rest.

[60] While I have found that art. 2.1 cannot be enforced because it is overbroad and thus unreasonable, I am required to give effect to the intent of the parties and to enforce the balance of the NCNSA. I find that art. 3.1 is both reasonable and enforceable notwithstanding my conclusions in relation to art. 2.1.

(v) Conclusion re: strong prima facie case

[61] In conclusion on this point, I find that the plaintiffs have established a strong *prima facie* case that Mr. Santucci has breached art. 3.1 of the NCNSA with MHI and that he has made use of business records that are the property of MPC pursuant to the Agency Agreement. I find the case for unreasonableness of art. 2.1 of the NCNSA to be sufficiently strong that the plaintiffs have failed to establish a triable issue that this provision could be found to be enforceable after a full trial. However, I have found that a strong *prima facie* case has been made out that art. 3.1 is enforceable notwithstanding the invalidity of art. 2.1.

(c) Third issue: What are the consequences of a strong *prima facie* case (or lack of one) on the second and third branches of the RJR test?

[62] I concur with Corbett J. in *ADT Security Services Canada, Inc. v. Fluent Home Ltd.*, 2019 ONSC 2804 (CanLII) at para. 33-34 that there is not a stand-alone requirement

2021 ONSC 4321 (CanLII)

for a party seeking to enforce a restrictive covenant to make out a strong *prima facie* case. The stronger the case that is made out, the lesser the weight given to the elements of irreparable harm and the balance of convenience.

[63] In this case, I find that the case strongly made out that Mr. Santucci has made use of business records of MPC that he had an obligation not to use and to turn over to MPC when the Agency Agreement terminated. I also find that MHI has made out its case quite strongly that Mr. Santucci is in breach of his obligation not to try to take away from MHI (or the subsidiary to which MHI had confided it) the very asset he sold seven years earlier for a considerable sum of money.

[64] At all events, the question of the enforceability of art 3.1 and art. 5.7 of the NCNSA in light of my findings in relation to art 2.1 thereof raises a serious issue to be tried. I must move to consider the questions of irreparable harm and the balance of convenience in either event.

(d) Fourth issue: Have the plaintiffs established irreparable harm?

[65] MPC has made out a strong *prima facie* case to be protected from the unauthorized use of its business records by Mr. Santucci and MHI has made out a strong *prima facie* case to be protected from further breaches of art. 3.1 of the NCNSA. Have either or both of them made out a case for the existence of irreparable harm?

[66] I start with the proposition that such clauses in connection with a sale of goodwill are entitled to more favourable consideration than those imposed in the employment context.

[67] I have noted earlier the fact that Mr. Santucci split commissions received from clients (the great bulk of whom were those whom he transferred over to MPC originally) on a 70:30 basis in his favour, that the purchase price likely exceeded one year of net commissions he might receive, and that the transaction including the restrictive covenants in the NSNSA was advantageously tax-structured to the benefit of Mr. Santucci. Conversely, MHI would need several years to recoup indirectly the purchase price paid given the lower share of commissions retained.

[68] The plaintiffs' evidence of harm to date amounts to a significant figure already and the lost opportunities to cross-sell, to receive recommendations from or to sell enhanced services to the portfolio of clients that Mr. Santucci had an obligation to leave undisturbed by him for two years can only be guessed at. The plaintiffs had the right to a two-year window of opportunity to attempt firmly to stitch the client base maintained by Mr. Santucci back into the fabric of their business without interference from Mr. Santucci. Mr. Santucci received very significant compensation to ensure that he would not interfere. That bargained-for opportunity has already been very significantly damaged and the damage will only become more severe and difficult to gauge with the passage of time.

2021 ONSC 4321 (CanLII)

[69] MHI's loss is derivative for the most part being reflected in loss of income and income potential for its wholly-owned subsidiary, but is no less real for that.

[70] MPC too has a direct interest in preventing the unauthorized use of the client books and records that Mr. Santucci undertook to return without copying for similar reasons.

[71] I find that the plaintiffs have both discharged their burden of establishing the likelihood of irreparable harm arising were the injunctions sought not granted. In the case of MPC, that interest is established regardless of the status of the NCNSA to which it is not a party absent an assignment.

(e) Fifth issue: Does the balance of convenience favour the issuance of the requested injunction?

[72] In my view, the balance of convenience favours issuing the limited injunction sought by the plaintiffs. The injunction sought is limited to clients formerly serviced by Mr. Santucci bearing his "Rep Code" and to the unauthorized use by him of client records of MPC which he is and was required to return without using or copying.

[73] While the order sought will certainly interfere with Mr. Santucci's ability to earn a living, it only does so in line with agreements freely entered into and for which he was well paid. The injunction granted affects no more than his ability to mine for his own profit the client contacts that he agreed to leave undisturbed for two years. He will not be prohibited from working in the community or in the industry that he has spent several decades working in. Having sold his client list and associated goodwill already, the balance of convenience strongly favours holding him to his bargain to this limited extent.

Disposition

[74] Accordingly, I find that the moving parties are entitled to the relief sought in paragraphs 1(a), (b), (c) and (d) of the Notice of Motion as against the defendant Mr. Santucci. These orders sought prohibit violations of art. 3.1 of the NCNSA in relation to MPC clients formerly serviced by Mr. Santucci only (i.e. those with Mr. Santucci's "Rep Code") or the use or retention of client records that belong to MPC. No order was sought by or against the defendant Assante and no order is being made by me against Assante.

[75] The parties have agreed on the costs to be paid to the successful party by the unsuccessful party on this motion – these having been fixed by agreement between them at the level of $18,000. The moving parties shall be entitled to their costs that I fix at $18,000.

[76] I should note that it is ALWAYS preferable for the parties to address the subject of costs *before* the outcome of a particular motion is known and to consider carefully what amount can fairly be asked for or paid. In the event agreement between the parties does not emerge, they are at least able to address the issue at the close of argument as is mandated by Rule 57.01(6). The number of costs reserves has been skyrocketing

2021 ONSC 4321 (CanLII)

recently due to the fact that parties are failing to take their obligations under Rule 57.01(6) seriously.

[77] All litigants should be aware that motions judges have and will exercise their discretion to decline to award any costs in future where Rule 57.01(6) is not complied with.

[78] Orders accordingly.

_____

S.F. Dunphy J.

Date: June 18, 2021

2021 ONSC 4321 (CanLII)

TAB 8

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

CITATION: 7868073 Canada Ltd. v. 1841978 Ontario Inc., 2024 ONCA 371
DATE: 20240509
DOCKET: COA-22-CV-0384 & COA-23-CV-0587

Fairburn A.C.J.O., Simmons J.A. and Daley J. (*ad hoc*)

BETWEEN

7868073 Canada Ltd., 1841979 Ontario Limited, 1636833 Ontario Inc., Architectural Coatings Solutions Inc., Transreflect Inc. and Itolo Mallozzi

Plaintiffs

and

1841978 Ontario Inc., Powder Coating Solutions Inc., Vacuum Metallizing Limited, Robert W. Langlois carrying on business as Relectionight, Carrie Ferguson, carrying on business as Reflectionight, Robert W. Langlois, Carrie Ferguson, Jeffrey Steven Sugar, Gary Sugar, RJG Labs Inc. and Pultrucoater Inc.

Defendants

AND BETWEEN

Powder Coating Solutions Inc.,
Robert W. Langlois and 1841978 Ontario Inc.

Plaintiffs by Counterclaim

and

7868073 Canada Ltd., 1841979 Ontario Limited, 1636833 Ontario Inc., Architectural Coatings Solutions Inc., Transreflect Inc., Itolo Mallozzi, Fram Professional Corporation, Wade Kosowan and Low Risk Logistics Inc.

Defendants to the Counterclaim

AND BETWEEN

Gary Sugar

2024 ONCA 371 (CanLII)

Plaintiff

and

Vacuum Metallizing Limited, Powder Coating Solutions Inc., RJG Labs Inc., Pultrucoater Inc., Jeffrey Steven Sugar and Robert W. Langlois

Defendants

AND BETWEEN

Vacuum Metallizing Limited, Powder Coating Solutions Inc., RJG Labs Inc., Pultrucoater Inc., Jeffrey Steven Sugar and Robert W. Langlois

Plaintiffs by Counterclaim

and

Gary Sugar

Defendant to the Counterclaim

2024 ONCA 371 (CanLII)

Matthew Milne-Smith, for the appellant/respondent by way of cross-appeal (COA 22-CV-0384) and respondent/respondent by way of cross-appeal (COA 23 CV-0587), Gary Sugar

Hilary Book and William McLennan, for the respondents/respondents by way of cross-appeal (COA-22-CV-0384) and appellants/respondents by way of cross-appeal (COA-23-CV-0587), Vacuum Metallizing Limited, Robert Langlois, Jeffrey Sugar and 1841978 Ontario Limited

Maureen L. Whelton, Ed Hiutin and Meaghan Coker, for the respondents/appellants by way of cross-appeal (COA-22-CV-0384 & and COA 23 CV-0587), 7868073 Canada Ltd., 1841979 Ontario Limited, 1636833 Ontario Inc., Architectural Coatings Solutions Inc., Transreflect Inc., Low Risk Logistics Inc., Itolo Mallozzi and Wade Kosowan

Heard: March 5, 2024

On appeal from the judgment of Justice Bernadette Dietrich of the Superior Court of Justice, dated August 29, 2022, with reasons reported at 2022 ONSC 4557 and 2023 ONSC 736.

Simmons J.A.:

OVERVIEW

[1] The judgment under appeal stems from two actions that were tried together. In both actions, the plaintiffs were former business associates of Robert Langlois.

[2] Mr. Langlois held himself out as an expert in powder-coating substrates, which involved applying powder coating, as opposed to liquid paint, to surfaces such as fiberglass and plastic.

[3] After being fired from his long-time position at Alliance Surface Finishing Inc. ("ASF"), Mr. Langlois started two powder-coating business ventures in quick succession with different partners, and then transferred the business of the second venture to a third venture.

[4] The plaintiffs in both actions claimed that Mr. Langlois breached obligations to their businesses and that they were therefore entitled to the profits from powder-coating work sourced by him between 2013 and 2015.

[5] The issues on appeal in relation to the first action that was commenced arise in large part from a license agreement dated June 24, 2011 (the "License Agreement").

[6] Under the terms of the License Agreement, Mr. Langlois granted an exclusive, worldwide license in perpetuity to certain "Licensed Rights", including

2024 ONCA 371 (CanLII)

his “knowledge acquired” in the powder-coating industry, to 7868073 Canada Ltd. (“786”).

[7] Prior to being fired by ASF, Mr. Langlois had persuaded two friends, Itolo Mallozzi[1] and Wade Kosowan, who had no experience in the powder-coating industry, to join him in launching a powder-coating business venture.[2] Together they formed, and through their respective holding companies, held equal shares in, 786, the Licensee under the License Agreement. In turn, 786 owned the shares of two other companies, Architectural Coatings Solutions Inc. and Transreflect Inc., each of which was intended to carry out different aspects of the newly founded business.[3] I will refer to these three companies collectively as “ACS”.

[8] It is undisputed that while Mr. Langlois contributed the know-how and industry contacts to ACS, Mr. Kosowan and Mr. Mallozzi were investors, with little, if any, knowledge of the powder-coating industry.

[9] Mr. Kosowan and Mr. Mallozzi invested over $350,000 in the 786 business venture over a period of approximately 18 months. This money was used, in part,

---

[1] Mr. Mallozzi was a named Licensor, along with Mr. Langlois in the License Agreement. However, it is undisputed that he did not own any intellectual property. Rather, he had assisted Mr. Langlois in submitting some of the provisional patent applications that formed part of Schedule ‘A’ to the License Agreement, and it was anticipated that he would continue to do so in the future.

[2] Mr. Langlois initially represented to Mr. Kosowan and Mr. Mallozzi that ASF was in financial trouble as its investors were no longer interested in investing. Later, around June 7, 2011, the date he was fired by ASF, he informed them that ASF was on the verge of receivership and that its investors were about to seize its assets.

[3] The business venture was intended to include the manufacture, distribution and sale of powder-coating and reflective coating products.

2024 ONCA 371 (CanLII)

to advance shareholder loans, in lieu of salary, to Mr. Langlois. Despite these monetary investments, ACS was not ultimately successful.[4]

[10] As of February 2012, ACS had not attracted any customers or generated any revenue. In January 2012, Mr. Langlois began forming a new powder-coating joint venture with Jeffrey Sugar, the owner of a liquid paint company, Vacuum Metallizing Limited ("Vacuum Metallizing"), and Gary Sugar, a corporate-commercial lawyer and Jeffrey Sugar's brother. The three men operated their joint venture through Powder Coating Solutions Inc. ("PCS"). All three eventually became officers and directors of, and held equal shares in, PCS. By early February 2012, Mr. Langlois had stopped working at ACS.

[11] After learning what Mr. Langlois had done, in July 2012, ACS and three others (the two holding companies owned by Mr. Kosowan and Mr. Mallozzi, respectively, and Mr. Mallozzi personally, collectively the "ACS plaintiffs") commenced an action (the "ACS action") against Mr. Langlois, Jeffrey Sugar, Gary Sugar, PCS, Vacuum Metallizing and other related parties, alleging that Mr. Langlois had breached the License Agreement and his fiduciary duties to ACS, including a duty of confidence, and that Jeffrey Sugar and Gary Sugar knowingly assisted him in doing so.

[4] Mr. Kosowan gave evidence that, as of the date Mr. Langlois left, their total investment was $268,144.02. Around $87,000 of additional expenses were incurred after Mr. Langlois left.

2024 ONCA 371 (CanLII)

2024 ONCA 371 (CanLII)

[12] Subsequently, in 2015, Gary Sugar commenced an action (the "Gary Sugar action") against Mr. Langlois, Jeffrey Sugar, Vacuum Metallizing, and other related parties.[5] Among other things, Gary Sugar alleged that, in January 2014, Mr. Langlois and Jeffrey Sugar secretly misappropriated PCS' powder-coating business, which included a contract with RM2 Canada Inc. ("RM2"), a manufacturer of fiberglass-reinforced polymer pallets, and transferred it to Vacuum Metallizing, while misrepresenting to PCS and Gary Sugar that the RM2 contract was not profitable. An accounting report filed at trial showed that the total estimated profits of PCS and Vacuum Metallizing between 2012 and 2019 was $3,018,702.[6] Gary Sugar asserted that the majority of these funds were profits from the RM2 contract which belonged to PCS but were diverted to Vacuum Metallizing.

[13] The two actions were heard over 22 days in November and December 2021 and February 2022. Mr. Langlois and Jeffrey Sugar were self-represented at trial. Jeffrey Sugar acted on behalf of Vacuum Metallizing. PCS was unrepresented. Following the trial, the trial judge gave lengthy reasons in which she extensively reviewed the evidence and positions of the parties.

[14] In relation to the ACS action, the trial judge rejected Mr. Langlois' and Gary Sugar's many grounds for claiming that the License Agreement is invalid and

---

[5] There were counterclaims in both the ACS Action and the Gary Sugar action, which were dismissed. The counterclaims are not at issue on this appeal.

[6] This figure includes tax credit refunds for scientific research and development received by Vacuum Metallizing.

unenforceable or had been terminated. She found that Mr. Langlois was a fiduciary who owed fiduciary duties to ACS and his former partners, Mr. Kosowan and Mr. Mallozzi, and that Mr. Langlois breached both the License Agreement and his fiduciary duties, "all of which [breaches] were intertwined", by leaving ACS and taking with him the Licensed Rights he had granted to ACS, including his know-how and expertise. She found that both Gary Sugar and Jeffrey Sugar knowingly assisted him in doing so. She further found that PCS, Mr. Langlois, Jeffrey Sugar and Vacuum Metallizing misappropriated business opportunities, including the RM2 contract, and the sale of three powder-coating machines called Pultrucoaters, which would have been available to ACS but for the breaches of fiduciary duty and breach of the License Agreement. However, she dismissed the ACS plaintiffs' claim for breach of confidence.[7]

[15] The trial judge assessed the profits to be disgorged by the defendants in the ACS action (except for Gary Sugar who did not share in such profits) at $2,501,986. However, she capped the liability of Jeffrey Sugar and Vacuum Metallizing at $1,250,000 based on evidence that Jeffrey Sugar received a 50%

[7] The trial judge concluded that Mr. Langlois breached the License Agreement in using his know-how to the detriment of ACS but found that the ACS plaintiffs had not "met their onus to show that Mr. Langlois was in possession of confidential information that belonged to ACS, which he conveyed to the defendants, and which they used to the detriment of the [ACS] plaintiffs."

2024 ONCA 371 (CanLII)

share of these profits.[8] The foregoing awards are referred to as the "ACS judgment".

[16] Although Gary Sugar was not ordered to repay any of the misappropriated profits in the ACS judgment, because the trial judge found he knowingly assisted Mr. Langlois' breaches, she ordered that the damages and claims in the ACS action ranked ahead of the damages and claims in the Gary Sugar action.

[17] Given her decision in the ACS action, the trial judge concluded that the Gary Sugar action was moot. She therefore dismissed the Gary Sugar action. However, she added that, had she decided the ACS action differently, she would have found Mr. Langlois and Jeffrey Sugar breached duties that they owed to PCS as senior officers and directors of that company. Further, she found that, in addition to breaching duties, they had caused PCS' business to be conducted in a manner that was prejudicial to, and unfairly disregarded the interests of, Gary Sugar, i.e., she concluded that their conduct was oppressive. In the circumstances, had she not granted judgment to ACS, she said she would have ordered an accounting and a prophylactic disgorgement of the net profits from the powder-coating work done by PCS and Vacuum Metallizing to Gary Sugar. The trial judge stated that these remedies would have been appropriate not only because of Mr. Langlois' and

[8] The trial judge also found Mr. Langlois liable for repaying loans and expenses relating to APS. Those findings are not in issue on this appeal.

2024 ONCA 371 (CanLII)

Jeffrey Sugar's breaches of fiduciary duty and oppressive conduct, but also because of their failure to disclose important documentary evidence until ordered to do so.

[18] Turning to costs, in the ACS action, the trial judge ordered that Mr. Langlois, Jeffrey Sugar, PCS, Vacuum Metallizing and Gary Sugar pay the costs of the action, in the amount of $1,000,000 all-inclusive, on a joint and several basis. However, the trial judge capped the costs liability of Jeffrey Sugar and Vacuum Metallizing together at $334,000 and also capped the costs liability of Gary Sugar at the same amount. The ACS plaintiffs did not request costs in the Gary Sugar action. The trial judge accepted Gary Sugar's submission that no order as to costs should be made in the Gary Sugar action.

ISSUES ON APPEAL

[19] Gary Sugar joins Mr. Langlois, 184978 Ontario Limited (Mr. Langlois' holding company), Jeffrey Sugar and Vacuum Metallizing (these appellants, other than Gary Sugar, are referred to as the "Langlois appellants") in appealing the ACS judgment. They[9] assert that the trial judge erred in holding that:

i) the License Agreement was valid and enforceable;

[9] Gary Sugar and the Langlois appellants frame some of their arguments on their appeals of the ACS judgment somewhat differently. However, because they are aligned in interest in appealing the ACS judgment, in some instances, I have chosen not to specify which of these appellants advanced which argument.

2024 ONCA 371 (CanLII)

ii) the License Agreement was not terminated; and

iii) Mr. Langlois breached the License Agreement and also breached fiduciary duties to ACS by joining PCS and/or by misappropriating corporate opportunities of ACS.

2024 ONCA 371 (CanLII)

[20] Gary Sugar also appeals the dismissal of the Gary Sugar action. He asserts that, if the appeal of the ACS judgment is allowed, the order dismissing the Gary Sugar action should be set aside and he should be awarded disgorgement damages for breach of fiduciary duty in the amount of $2,501,986 plus pre- and post-judgment interest, and an order under s. 248(3) of the *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16, requiring Mr. Langlois, Jeffrey Sugar, Vacuum Metallizing and PCS to reimburse him for his investment in PCS and purchase his shares in that company.

[21] The ACS plaintiffs seek leave to cross-appeal the trial judge's costs award, and, if leave be granted, ask that the caps on the costs liability of Jeffrey Sugar, Vacuum Metallizing and Gary Sugar be set aside.

DECISION IN BRIEF

[22] For the reasons that follow, I would dismiss the appeals of the ACS judgment and also deny the request, by way of cross-appeal, for leave to appeal costs. As Gary Sugar's appeal of the judgment in the Gary Sugar action was premised on a

successful appeal of the ACS action, it is unnecessary that I address his arguments on appeal of the Gary Sugar action, and I would dismiss that appeal.

2024 ONCA 371 (CanLII)

DISCUSSION

A. THE APPEALS OF THE ACS JUDGMENT

[23] Before turning to the issues on the appeals of the ACS judgment, I will review the relevant provisions of the License Agreement.

The License Agreement

[24] The Licensed Rights are defined in the first recital of the License Agreement:

> 1. The Licensor is engaged in the design, manufacture and distribution of powder, liquid and other coating technology pursuant to the patents, patent applications and technological disclosures and designs set out in Schedule "A" to this Agreement, and has developed equipment, processes, trade secrets and manufacturing and distributing techniques and knowledge acquired during many years (all collectively referred to herein as the "**Licensed Rights**")[.] [Emphasis in original.]

[25] Section 1(1) of the License Agreement sets out the grant of license and reads in part as follows:

> **1. Licensor covenants**
>
> (1) *Li[c]ense Grant*. The Licensor grants to the Licensee … an exclusive, non-assignable … world wide li[c]ense to the Licensed Rights…. The parties agree, understand and intend that the Licensed Rights granted hereunder are broader than the contents of the patent applications, and shall continue to be broader than the patent applications.

[26] Section 1(4) restricts the right of the Licensor to transfer the Licensed rights during the term of the License Agreement unless sooner terminated:

> (4) *Licensor's Restriction*. The Licensor agrees that it will not during the term of this Agreement, unless sooner terminated as provided, grant any assignment, license or …sublicense to manufacture or sell the Licensed Rights covered by this Agreement to any person, firm or corporation anywhere in the world.

[27] Section 2(1) explains that the absence of royalties payable under the License Agreement is because the Licensor took an ownership interest in the Licensee:

> **2. Licensee Covenants**
>
> (1) *Royalty*. The Licensee shall pay no royalties to the Licensor for the rights granted hereunder, the Licensor having taken an ownership interest in the Licensee in consideration of this Agreement.

[28] Section 3 specifies that the term of the License Agreement "shall be for an unlimited period, being a grant in perpetuity of a license to the Licensed Rights."

[29] Sections 4 and 5 address cancellation for default and termination. Section 4 specifies that the License Agreement shall be subject to cancellation by the Licensor in the event of default by the Licensee that is not cured within sixty days of written notice of cancellation. Section 5 gives the Licensor a right of termination in various circumstances, including on or after the Licensee is either bankrupt or insolvent.

2024 ONCA 371 (CanLII)

[30] Schedule ‘A’ to the License Agreement contains several provisional patent applications, which could be, and were, updated while Mr. Langlois was at ACS to include further provisional patent applications. As emerged at trial, however, none of these applications ever matured into patents.

(1) The trial judge did not err in holding that the License Agreement was valid and enforceable

[31] At trial, Gary Sugar and the Langlois appellants raised multiple challenges to the validity and enforceability of the License Agreement. The trial judge rejected their arguments that the License Agreement was void as against perpetuity, lacking consideration, an unlawful restraint of trade, unconscionable, not duly authorized by a shareholder’s resolution, and missing Schedule ‘A’ when it was signed, as well as their claims that the License Agreement had been terminated.

[32] On appeal, Gary Sugar and the Langlois appellants (collectively “the appellants”) challenge only her findings that the License Agreement was not an unlawful restraint of trade and that it had not been terminated. I will deal with the appeal issue that the trial judge erred in failing to find that the License Agreement was terminated in the next section.

[33] Leaving aside the issue of whether the License Agreement was terminated, the appellants focus their validity and enforceability submissions on: i) the trial

2024 ONCA 371 (CanLII)

judge's rejection of their arguments that the License Agreement imposed an unlawful restraint of trade, and ii) her findings that "know-how" can be licensed.

[34] Concerning the restraint of trade issue, the trial judge accepted the ACS plaintiffs' position that an unlawful restraint of trade arises only once the relationship between two contracting parties comes to an end and one party is improperly restrained from doing certain things. However, she found that, in this case, Mr. Langlois began competing with his ACS business partners while the License Agreement was still in effect and while it prevented him "from sharing his intellectual property, know-how and experience with anyone other than 786." She therefore declined to apply the restraint of trade doctrine.

[35] Concerning the know-how issue, the trial judge noted that while Gary Sugar asserted that a license of Mr. Langlois' know-how and expertise in perpetuity was draconian and an unconscionable covenant in restraint of trade, he did not suggest that know-how cannot be licensed.

[36] The appellants raise several arguments concerning these findings.

(i) Did the trial judge err in failing to find the License Agreement was an unlawful restraint of trade?

[37] First, the appellants argue that the trial judge erred in failing to consider whether the License Agreement was void *ab initio* as a restraint of trade.

2024 ONCA 371 (CanLII)

[38] On its face, the License Agreement limits Mr. Langlois' ability to work using his knowledge and experience in the powder-coating industry for the benefit of anyone other than the ACS plaintiffs, even after he stopped working for ACS. Relying on *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157, at paras. 16-17, the appellants say that such a provision is void as being contrary to public policy unless it can be shown to be reasonable having regard to three factors: its geographic scope, its period, and the extent of the activity it prohibits. Here, they contend that the worldwide scope and restriction on the use of Mr. Langlois' knowledge in perpetuity make the restrictions in the License Agreement obviously unreasonable. In failing to even consider those factors, the appellants submit that the trial judge failed to apply the proper test to determine if the License Agreement was void *ab initio* as an unlawful restraint of trade, which they say it clearly was. Although they acknowledged in oral argument[10] that the *Shafron* test has not been applied in the employment context to hold that contracts of employment, while in effect, are an unlawful restraint of trade because they prohibit an employee from competing with their employer during their employment[11], the appellants nonetheless submitted that the *Shafron* test should apply in this case based on "first principles".

2024 ONCA 371 (CanLII)

[10] Counsel for the Langlois appellants made this acknowledgement in oral argument.
[11] See *GasTOPS Ltd. v. Forsyth*, 2009 CanLII 66153 (Ont. S.C.), at para. 95, aff'd 2012 ONCA 134, 288 O.A.C. 201.

[39] Also relying on *Shafron*, the appellants argue that the onus was on the ACS plaintiffs to show that the License Agreement was not an unlawful restraint of trade and that the trial judge reversed the burden of proof by requiring the appellants to show that the License Agreement is invalid or unenforceable. I would not accept these submissions. The *Shafron* decision, on which the appellants rely, is about a restrictive covenant in an employment contract that restricted the right of an employee to compete with his former employer *after* leaving his employment. The decision also speaks generally to restrictive covenants, for example, those contained in a contract for a sale of business addressing a seller's right to compete with a purchaser following a sale.

[40] While there is no doubt that restraint of trade principles may apply to a restrictive covenant applicable after the termination of a licensing agreement (e.g., *Tank Lining Corp. v. Dunlop Industrial Ltd.* (1982), 40 O.R. (2d) 219 (C.A.)), the appellants have proffered no authority to support their argument in this case that restraint of trade principles apply to the License Agreement prior to termination or cancellation in accordance with its terms.

[41] I am sceptical that restraint of trade principles apply in this case. See, e.g. *Warner Brothers Pictures Inc. v. Nelson*, [1936] 3 All E.R. 160 (K.B.), in which Branson J. held that restraint of trade principles did not apply to a contract which required an actress to provide her services exclusively to the plaintiff film producers. He said, "[w]here, as in the present contract, the covenants are all

2024 ONCA 371 (CanLII)

concerned with what is to happen whilst the defendant is employed by the plaintiffs and not thereafter, there is no room for the application of the doctrine of restraint of trade": at p. 163.

[42] However, in his authoritative text, *The Law of Contracts*, 3rd ed. (Toronto: Irwin Law, 2020), John D. McCamus questions whether the principle from *Warner Brothers* should be "generalized beyond the employment context": at p. 527, fn. 154. This is because covenants restraining competition have been subject to the restraint of trade principle during the term of other contracts, such as certain music publication contracts used by music publishers for young artists and solus contracts used by gas station suppliers. Nonetheless, in relation to the question whether restraint of trade principles should apply during the currency of the License Agreement, I see the principle in *Warner Brothers* as being more appropriate.

[43] Under the terms of the License Agreement, Mr. Langlois granted an exclusive worldwide license in the Licensed Rights to 786 in exchange for an interest in 786. He sought out his investor business partners, who had little, if any, knowledge of the powder coating industry, so he could grow his business. The restrictions on competing prior to cancellation or termination of the License Agreement were neither unreasonable to him nor contrary to public policy. That such restrictions existed made sense in the context of the business arrangement that was negotiated. Mr. Langlois participated in the negotiations, agreed to the

2024 ONCA 371 (CanLII)

terms of the License Agreement and was not hampered by inequality of bargaining power.

[44] However, in the end, I need not resolve the issue whether restraint of trade principles apply. Even assuming that they could apply while the License Agreement was in force, I am satisfied that the restriction on Mr. Langlois' use of the Licensed Rights was reasonable between the parties and reasonable in the public interest for the same reasons that I consider restraint of trade principles may not apply. Notwithstanding its broad geographic scope and the limits it placed on selling, distributing and putting to use the Licensed Rights, the License Agreement was temporally limited in the sense that it was subject to cancellation and termination by the Licensor, and restricted Mr. Langlois from competing with ACS only during its currency. It did not purport to restrain him from using the Licensed Rights after its termination and went no further than necessary to protect the legitimate interests of 786, the party in whose favour it was granted: see *MEDIchair LP v. DME Medequip Inc.*, 2016 ONCA 168, 129 O.R. (3d) 161, at para. 38.

[45] As this court observed in *Martin v. ConCreate USL Limited Partnership*, 2013 ONCA 72, 359 D.L.R. (4th) 123, "[g]reater deference is given to the freedom of contract of 'knowledgeable persons of equal bargaining power'": at para. 53, citing *Elsley v. J.G. Collins Ins. Agencies Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 916, at p. 923; see also *Payette v. Guay inc.*, 2013 SCC 45, [2013] 3 S.C.R. 95, at para. 58. Mr. Langlois was not in a situation akin to an employee, where the power

2024 ONCA 371 (CanLII)

imbalance between an employer and employee demands more rigorous scrutiny: see *Shafron*, at para. 23; *M & P Drug Mart Inc. v. Norton*, 2022 ONCA 398, 79 C.C.E.L. (4th) 171, at para. 34. Assuming, without deciding, that restraint of trade principles apply, I am satisfied that the License Agreement is reasonable between the parties and with reference to the public interest.

[46] I acknowledge that, at both the outset and the conclusion of her discussion concerning Mr. Langlois' and Gary Sugar's arguments that the License Agreement was invalid or unenforceable, the trial judge stated that the onus was on them to show that it was. I observe that the onus of proof issue may be more nuanced than the appellants acknowledge: see e.g., *Martin v. ConCreate*, at paras. 49-50. However, as I have reached the conclusion that, even assuming that restraint of trade principles apply, the License Agreement was reasonable between the parties, the question whether the motion judge reversed the burden of proof does not arise.

(ii) Did the trial judge err in finding that know-how can be licensed?

[47] Gary Sugar also argues on behalf of the appellants that, having interpreted the License Agreement as licensing Mr. Langlois' knowledge or know-how, as opposed to licensing specific technology, the trial judge erred in determining that a worldwide license in perpetuity of knowledge or know-how is permissible.

2024 ONCA 371 (CanLII)

[48] I would not accept this submission. In her reasons, the trial judge observed that while Gary Sugar raised an argument about restraint of trade at trial even though he had not pleaded it, he did not suggest that knowledge or know-how cannot be licensed. I note, as well, that in his pleadings, Mr. Langlois acknowledged that there was no intellectual property in the "technology and processes" referred to in the License Agreement. Rather, he asserted that it was his "knowledge, training, technical skills and know-how that [were] of value".

[49] In my view, this argument by Gary Sugar is but one of several attempts by the appellants to try to recast their position at trial and raise issues on appeal that were not raised in the court below. An appeal is not the forum for parties to raise issues not raised in the court below: see e.g., *Mroz v. Mroz*, 2015 ONCA 171, 125 O.R. (3d) 105, at para. 83, citing *Perez (Litigation Guardian of) v. Salvation Army in Canada* (1998), 42 O.R. (3d) 229 (C.A.), at p. 233. The attempts to do so are particularly problematic in a case such as this, involving a lengthy trial at which the trial judge was required to address a multitude of arguments, most of which the appellants do not attempt to revisit on appeal.

[50] I observe as well that the appellants did raise an argument in the court below that the License Agreement was void as against perpetuity. After finding that the License Agreement was not an unlawful restraint of trade, the trial judge relied on *Conseil Scolaire Catholique Franco-Nord v. Nipissing Ouest (Municipalité)*, 2021 ONCA 544, 158 O.R. (3d) 332, to hold that the License Agreement was not void

2024 ONCA 371 (CanLII)

as against perpetuity. The appellants did not challenge her finding in that respect on appeal. Nor did they challenge on appeal her finding that the License Agreement was not unconscionable.

(2) The trial judge did not err in finding that the License Agreement was not terminated

[51] The appellants submit that the trial judge erred in failing to find that the License Agreement was terminated, and therefore did not prohibit Mr. Langlois' use of the Licensed Rights following the date of termination. The appellants focus their submissions on three emails/letters: an email from Mr. Kosowan dated February 14, 2012, a letter from Mr. Langlois dated March 1, 2012 and a letter from Gary Sugar dated April 19, 2012.

(i) The February 14, 2012 email

[52] Mr. Kosowan's February 14, 2012 email was addressed to contacts and potential customers of ACS and ASF, Mr. Langlois' longtime former employer until June 7, 2011[12] with whom ACS made an arrangement following Mr. Langlois' departure. The email reads in part as follows:

> Due to recent developments concerning our association with Robert Langlois we find it necessary to clarify our position for the benefit of our clients. Robert Langlois has stated that he is no longer associated with ACS - this is

[12] ASF was in the business of powder coating. Mr. Langlois served as its CEO and President from 2003 to June 2011. As previously noted, ASF terminated his employment on June 7, 2011.

2024 ONCA 371 (CanLII)

> definitely our position as well. We have also been made aware that Robert Lang[l]ois has not settled his differences with the Alliance Surface Finishing Inc., his former employer.
>
> After careful consideration and due diligence, we are pleased to announce that the Board of Directors of [ACS] have chosen to move forward in an exclusive relationship with [ASF] to provide our customers with a full range of powder coating solutions. We feel this new relationship mitigates any intellectual property risk and adds significant value due to ASF's in house capabilities. [Emphasis added.]

2024 ONCA 371 (CanLII)

[53] The trial judge held that the February 14, 2012 email did not have the effect of relieving Mr. Langlois of his obligations under the License Agreement or any fiduciary obligations he may have owed to ACS. Rather, she said it was intended to clarify, for the benefit of the clients and customers of ACS and ASF, that Mr. Langlois and ACS were no longer working together. She observed that the License Agreement does not give 786 the right to terminate it. She said, "there is no language in that communication that alters the legal and contractual relationships between the parties, and their rights and obligations to each other."

[54] The appellants submit that the trial judge erred in failing to find that the February 14, 2012 email did not terminate the License Agreement. They point to the emphasized portion of the email indicating that Mr. Langlois had stated he was no longer associated with ACS and that that was ACS' position as well. They say the trial judge erred in law in failing to find that the email confirmed that Mr. Langlois

had repudiated the License Agreement and that ACS had accepted his repudiation.

[55] I would not accept this submission. Once again, the appellants are attempting to raise on appeal an issue that was not raised in the court below. The appellants did not plead repudiation, let alone that the February 14, 2012 email constituted an acceptance of a repudiation. On the contrary, Mr. Langlois, Gary Sugar and Jeffrey Sugar argued at trial that, when Mr. Kosowan sent the February 14, 2012 email, he unilaterally terminated the License Agreement. As the trial judge observed, it was not open to ACS under the terms of the License Agreement to terminate it. In any event, I agree with the trial judge that the fact that ACS advised its contacts and potential customers that it agreed with Mr. Langlois' statement that he was no longer working with ACS does not demonstrate an intention to release him from his obligations under the License Agreement. This conclusion is also consistent with the fact that Mr. Langlois continued to hold shares in 786 after his departure.

2024 ONCA 371 (CanLII)

(ii) Mr. Langlois' March 1, 2012 Letter and Gary Sugar's April 19, 2012 Letter

[56] Mr. Langlois and Gary Sugar on Mr. Langlois' behalf both purported to exercise the cancellation and termination rights contained in ss. 4 and 5 of the License Agreement in letters dated March 1, 2012 (from Mr. Langlois) and

April 19, 2012 (from Gary Sugar). The letters relied on various grounds specified in ss. 4 and 5. On appeal, the appellants rely only on the right to terminate based on the insolvency of ACS. They say that, in the face of the trial judge's finding at para. 197 of her reasons that it was "more likely than not" that ACS was insolvent when Mr. Langlois left ACS to start PCS, she erred in failing to find these letters terminated the License Agreement.

2024 ONCA 371 (CanLII)

[57] I would not accept this submission. The trial judge's statement at para. 197 of her reasons must be read in context. The issue she was discussing at para. 197 was unconscionability, not termination. She addressed termination at paras. 178 to 191 of her reasons and rejected the appellants' claims that either the March 1, 2012 letter or the April 19, 2012 letter terminated the License Agreement. At para. 190, she stated that, "[n]o evidence was adduced to show that any of [the] events triggering termination had occurred." She added that while the April 19, 2012 letter specifically alleged that ACS was insolvent, "no evidence was adduced in support of that allegation."

[58] The trial judge's subsequent statement at para. 197 on which the appellants rely was not a finding that the appellants had proven ACS was insolvent to support their purported notices of termination. Instead, it was an observation, in the context of her discussion of the appellants' claim that the License Agreement was unconscionable, that the appellants had a right of termination that they were probably entitled to exercise. Immediately after making the statement on which the

appellants rely, the trial judge went on to clarify that the appellants had not proven ACS was insolvent:

> It is more likely than not that ACS was insolvent at that time. If so, to terminate the Licence Agreement, Mr. Langlois could have relied on paragraph 5 and proven that ACS was insolvent. He did not. This opportunity was identified by his lawyer at the time, Gary Sugar, but it was not pursued. [Emphasis added.]

2024 ONCA 371 (CanLII)

[59] I see no error in the trial judge's conclusions that the License Agreement was not terminated by any of the three e-mails/letters.

(3) The trial judge did not err in finding that Mr. Langlois owed the ACS plaintiffs fiduciary duties after leaving ACS

[60] At trial, Mr. Langlois argued that he had no fiduciary duties to ACS because he was not an officer or director of any of the ACS companies. Gary Sugar did not dispute that Mr. Langlois was a fiduciary, but rather submitted that his fiduciary duties were severed early on when Mr. Langlois got involved with PCS and Mr. Kosowan sent the February 14, 2012 email.

[61] The trial judge had "no difficulty concluding" that Mr. Langlois owed fiduciary duties to the ACS plaintiffs. He brought his knowledge, expertise and experience in the industry to their powder-coating business venture. He was ACS' operating mind and the face of its product. He was the partner with information with respect to each of the opportunities pursued by ACS. While he was with ACS, he was the only one being paid and the most significant opportunities arose out of his contacts.

Despite not holding a formalized position as officer or director of any of the ACS companies, he held himself out as "President and Chief Executive Officer of ACS." The trial judge concluded that he was the *de facto* President and CEO of ACS. Moreover, without his portfolio of skills and experience, the ACS business venture had no chance of success.

[62] Mr. Langlois thus had considerable scope for the exercise of discretion. He could unilaterally exercise that discretion to affect the interests of the ACS plaintiffs, and they were particularly vulnerable to him and to the exercise of his power. He was therefore a fiduciary.

[63] The trial judge also concluded that Mr. Langlois' fiduciary duties continued after he left ACS. As I have said, she found that the February 14, 2012 email did not terminate either the License Agreement or his fiduciary duties. Rather, she concluded that they continued even following ACS' association with ASF. At paras. 232, 233, 235 and 236 of her reasons, she said, in part, as follows:

> ACS had a critical vulnerability…. Without Mr. Langlois, and his portfolio of skills and experience, the [ACS] plaintiffs knew that the venture would have no chance of success….
>
> As it turned out, when Mr. Langlois left without warning, the [ACS] plaintiffs were largely unsuccessful at pursuing customers and opportunities, even with the assistance of ASF. This was because Mr. Langlois continued to pursue those very same customers and opportunities, as the face of powder coating.
>
> …

2024 ONCA 371 (CanLII)

> The very vulnerability that the [ACS] plaintiffs sought to guard against through the Licence Agreement became their reality. Their goal of mitigating the risk that Mr. Langlois would leave and take his know-how and expertise with him was defeated by Mr. Langlois' decision to conduct himself in a manner that he had specifically agreed not to.
>
> I find that the fiduciary obligations that Mr. Langlois owed to the [ACS] plaintiffs … were not severed as Gary Sugar alleges. Mr. Langlois' conduct in leaving ACS and taking with him the Licensed Rights he had granted to ACS, including his know-how and expertise, with him struck at the very underpinning of the contractual mechanism between the ACS partners.

[64] Concerning Gary Sugar's specific claim that he understood the February 14, 2012 email to mean that the relationship between Mr. Langlois and ACS was over, the trial judge said, at para. 335 of her reasons:

> As a corporate lawyer, Gary Sugar ought to have recognized that the February 14 Email was a necessary but unsuccessful attempt by Mr. Kosowan to mitigate the impact of Mr. Langlois moving to PCS to unfairly compete with ACS in breach of the Licence Agreement and his fiduciary duties. Mr. Langlois' duties to act in good faith, with loyalty and in ACS' best interest continued.

[65] The appellants submit that the trial judge made a palpable and overriding error in failing to find that ACS eliminated its vulnerability – which was the critical element giving rise to Mr. Langlois' fiduciary duties – through its association with ASF, a fact they say Mr. Kosowan confirmed in his February 14, 2012 email. In particular, Mr. Kosowan informed ACS' contacts and prospective clients in that email that ACS had "chosen to move forward … with [ASF] to provide [their]

2024 ONCA 371 (CanLII)

customers with a full range of powder-coating solutions." Further, he represented that "ASF [brought] the strength of 10 years" in the powder-coating industry and had "the knowledge and expertise to deliver the solutions [ACS] wish[ed] to provide."

[66] The appellants contend that the conclusion that ACS eliminated its vulnerability by partnering with ASF is unaffected by the trial judge's observation that the ACS plaintiffs were "largely unsuccessful at pursuing customers and opportunities, even with the assistance of ASF" because Mr. Langlois continued to pursue those same customers and opportunities. They assert that what happened after-the-fact is irrelevant to the reality that, by partnering with ASF, ACS effectively eliminated its vulnerability to Mr. Langlois – and told its contacts and potential customers that it had done so. Further, they submit that Mr. Langlois' pursuit of customers was not a sufficient basis to ground a continuing fiduciary duty. To hold otherwise would impose a perpetual restriction on his ability to work. The appellants rely on the principle that a departing fiduciary is entitled to compete so long as the fiduciary competes fairly: *Veolia ES Industrial Services Inc. v. Brulé*, 2012 ONCA 173, 289 O.A.C. 207, at para. 33, leave to appeal refused, [2012] S.C.C.A. No. 229.

[67] Finally, and, in any event, the appellants say that a departing fiduciary's continuing duty exists only for a reasonable period of time, not indefinitely: *GasTOPS Ltd. v. Forsyth*, 2009 CanLII 66153 (Ont. S.C.), at para. 109, aff'd 2012

2024 ONCA 371 (CanLII)

ONCA 134, 288 O.A.C. 201. To hold otherwise would be contrary to public policy as an unreasonable restraint of trade. The appellants submit that, if Mr. Langlois' fiduciary duties were still in place even after the February 14, 2012 email, they would certainly have ended well before April 2013, when PCS began doing business with RM2.

[68] I would not accept these submissions. The trial judge's finding that Mr. Langlois' fiduciary duties continued after he left ACS is a finding of mixed fact and law and is entitled to deference on appeal: *Shafron*, at para. 13; *Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247, at para. 49. The trial judge considered ACS' agreement with ASF but concluded that it was no more than an attempt to mitigate the harm caused by Mr. Langlois' unilateral decision to leave ACS. ACS' agreement with ASF did not eliminate ACS' vulnerability vis-à-vis Mr. Langlois. As the trial judge noted, years after his departure from ACS, Mr. Langlois was still holding himself out as "the" expert in powder coating. ACS remained vulnerable to Mr. Langlois and he continued to hold power and discretion in relation to ACS, because he took with him, and continued to exploit following his departure, the knowledge and expertise he licensed to 786.

[69] Contrary to the appellants' submissions, Mr. Langlois' situation is not similar to that of a departed employee whose relationship with his former employer has terminated. Following his departure from ACS, Mr. Langlois continued to be bound by the terms of the License Agreement. His continuing fiduciary obligations flowed,

2024 ONCA 371 (CanLII)

in part, from the continuing existence of that agreement, the continued power and discretion he held vis-à-vis ACS and his former partners because of his knowledge and expertise, and their vulnerability to him as a result of that knowledge and expertise.

[70] Further, I agree with the trial judge's conclusion that the February 14, 2012 e-mail was nothing more than an attempt to mitigate the harm caused by the breakdown in ACS' relationship with Mr. Langlois. To hold that sending a message to potential customers, signalling the continued viability of the business, was enough to demonstrate that Mr. Langlois was relieved of his fiduciary duties could imply that businesses cannot hold themselves out as able to carry on business to their customers in the face of a loss of a business partner unless they are willing to release the former partner of all lasting fiduciary duties and associated liabilities.

(4) The trial judge did not err in concluding that Mr. Langlois breached his contractual and fiduciary obligations by misappropriating corporate opportunities of ACS

[71] The trial judge found that Mr. Langlois breached his contractual and fiduciary obligations by misappropriating corporate opportunities that belonged to ACS (the RM2 contract and sale of three powder-coating machines), for the benefit of PCS/Vacuum Metallizing. Mr. Langlois and Jeffrey Sugar ultimately shared the profits from these opportunities to the exclusion of PCS and Gary Sugar.

2024 ONCA 371 (CanLII)

[72] The appellants say that in reaching these conclusions, the trial judge applied the wrong test. They argue that she erred in law by holding that the RM2 opportunity belonged to ACS because it was not a “fresh initiative” for Mr. Langlois at PCS, but rather the result of Mr. Langlois’ relationship with Stanley Rokicki, which Mr. Langlois nurtured while at ACS.

[73] Instead of asking whether the RM2 contract was a “fresh initiative”, the appellants say that the trial judge should have considered whether the RM2 contract was a “maturing business opportunity” for ACS that was “ripe” at the time Mr. Langlois left ACS, i.e., “a prize ready for immediate grasping – not a general course of future conduct which is merely being explored”: *Pizza Pizza Ltd. v. Gillespie* (1990), 75 O.R. (2d) 225 (Gen. Div.), at pp. 246-47. Given that the ACS plaintiffs conceded that the RM2 opportunity was not available while Mr. Langlois was at ACS, the appellants submit that it could not have met this threshold. Similarly, as the trial judge found that “PCS decided to invent … the Pultrucoater” in January 2013, the subsequent sales of Pultrucoater machines could not possibly be considered a “maturing business opportunity” let alone one that was “ripe” when Mr. Langlois left ACS.

[74] I would not accept these submissions. The trial judge relied on principles set out in *Can. Aero v. O’Malley*, [1974] S.C.R. 592, for her analysis. She said that in *Can. Aero*, the Supreme Court referred to a “fresh initiative” as being the “only opportunity a fiduciary could pursue without breaching his fiduciary duty to his

2024 ONCA 371 (CanLII)

former partners and shareholders of ACS." This statement undoubtedly refers to the following passage at p. 607 of *Can. Aero*:

> In my opinion, this ethic disqualifies a director or senior officer from usurping for himself or diverting to another person or company with whom or with which he is associated a maturing business opportunity which his company is actively pursuing; he is also precluded from so acting even after his resignation where the resignation may fairly be said to have been prompted or influenced by a wish to acquire for himself the opportunity sought by the company, or where it was his position with the company rather than a fresh initiative that led him to the opportunity which he later acquired. [Emphasis added.]

[75] She also accepted and quoted from a passage at p. 620 of *Can. Aero*, setting out the principle that determining whether there has been a breach of fiduciary duty is a case-specific exercise requiring consideration of a variety of potential factors. "Ripeness" of the opportunity is not determinative but only one potential factor: see *Can. Aero*, at p. 620.

[76] In this case, the trial judge considered several factors to be important in determining whether there was a sufficient causal nexus between Mr. Langlois' breach of fiduciary duty and profits earned on the RM2 contract, including the following:

- Mr. Langlois had already appropriated the ACS Business Plan for PCS before he told his partners that he would be leaving ACS;

2024 ONCA 371 (CanLII)

- in addition to the ACS Business Plan, Mr. Langlois took with him the rights that he had licensed to ACS;
- Mr. Langlois left ACS at a time when he was close to closing a deal with Inline Fiberglass Ltd. (“Inline Fiberglass”), which he had been working on for months with its principal, Mr. Rokicki;
- the potential deal with Inline Fiberglass involved installing an in-line powder-coating machine at Inline Fiberglass and the ACS Business Plan included reference to a potential deal with Inline Fiberglass;
- Mr. Langlois acknowledged in his evidence that PCS was formed, in part, on the basis of the potential deal with Inline Fiberglass;
- although the deal with Inline Fiberglass ultimately fell through, in April 2013, within approximately a year of the incorporation of PCS, Mr. Langlois, Jeffrey Sugar and Gary Sugar met with RM2 at the building where Inline Fiberglass was located and where Mr. Rokicki had given Mr. Langlois office space; and
- at the time of the April 2013 meeting, Mr. Rokicki was also renting a space in the same building to RM2 and working with it on the design of an anti-slip texture for its skids.

[77] The trial judge found as a fact that the RM2 opportunity (including the RM2 contract and the sale of a powder-coating machine to RM2) was not a fresh

2024 ONCA 371 (CanLII)

initiative for Mr. Langlois. Rather, it was Mr. Langlois' relationship with Mr. Rokicki, the principal of Inline Fiberglass, nurtured over the duration of Mr. Langlois' tenure at ACS, which led to the RM2 opportunity. In particular, Mr. Langlois had been actively pursuing a joint venture with Inline Fiberglass throughout his tenure at ACS which would have involved installing an in-line powder-coating machine at Inline Fiberglass. Meanwhile, Mr. Rokicki had been working with RM2 to find an anti-slip solution for its skids. PCS' contract with RM2 involved the use of anti-skid technology for pallets that Mr. Langlois developed while at ACS. It was reasonable to conclude that the RM2 opportunity was an extension of the Inline Fiberglass opportunity that Mr. Langlois was pursuing while at ACS and not a fresh initiative for Mr. Langlois.

[78] Similarly, the trial judge observed that Mr. Langlois conceded that the Pultrucoater powder-coating machine that he "invented" in 2013 involved basically the same process he had used for machines at ACS "but condensed into a smaller machine." She concluded that his "know-how was essential to the design and development of the three automated powder-coating machines sold by PCS." Further, she found that "by disclosing his processes, designs, and knowledge relating to powder-coating machines that he had licensed to ACS … [Mr. Langlois] gave PCS the competitive advantage that ACS had had while Mr. Langlois was working for ACS."

2024 ONCA 371 (CanLII)

[79] Although the trial judge considered *Pizza Pizza*, she distinguished it on its facts. She observed that, while it was undisputed that the defendant, Mr. Gillespie, who left Pizza Pizza to start Chicken Chicken, was a fiduciary, Chicken Chicken was his own initiative and not the result of a corporate opportunity from Pizza Pizza. She also rejected the appellants' argument that the discussion in *Pizza Pizza* concerning ripeness modified the "fresh initiative" principle on which she relied.

[80] I see no error in the trial judge's application of the law to the facts of this case. I observe that, while the passage from p. 607 of *Can. Aero* that I have set out above specifies that a fiduciary is precluded from usurping "a maturing business opportunity", it indicates as well that a fiduciary is precluded from taking advantage of an opportunity "where it was his position with the company rather than a fresh initiative that led him to the opportunity which he later acquired."

[81] Significantly, in this case, the License Agreement had not been cancelled or terminated when the appellants took advantage of the RM2 opportunities.

[82] In the end, I am satisfied that the trial judge considered the relevant principles and committed no reviewable errors.

B. THE CROSS-APPEAL

Leave to appeal costs is denied

2024 ONCA 371 (CanLII)

[83] The ACS plaintiffs seek leave to appeal the caps the trial judge imposed on the costs liability of Gary Sugar, Jeffrey Sugar and Vacuum Metallizing.

[84] The ACS plaintiffs assert that the trial judge erred in principle by departing from the rule that losing parties are generally liable for costs on a joint and several basis despite a decision to apportion liability as between the losing parties on a different basis and also by departing from the general rule without giving reasons for doing so. They also assert that the trial judge appeared not to consider key factors militating against capping liability for costs, such as findings of misconduct against a party and a party's contribution to the overall complexity of the proceedings.

[85] Leave to appeal costs is denied. The basis for capping the awards of costs is obvious from the judgment that was awarded and the trial judge's endorsement on costs. I am not persuaded that the ACS plaintiffs have met the high threshold for obtaining leave to appeal a discretionary costs award.

DISPOSITION

[86] Based on the foregoing reasons, I would dismiss the appeals and the request by way of cross-appeal for leave to appeal costs.

[87] I would award costs of the appeal in the ACS action to the ACS plaintiffs in the agreed upon amount of $65,000, all-inclusive, payable severally by Gary Sugar and the Langlois appellants in the amount of $32,500 each as agreed to by the

2024 ONCA 371 (CanLII)

parties. In accordance with the parties' agreement, I would make no order as to costs of the appeal in the Gary Sugar action.

Released: May 9, 2024 "J.M.F."

"Janet Simmons J.A."
"I agree. Fairburn A.C.J.O."
"I agree. Daley J. *(ad hoc)"*

2024 ONCA 371 (CanLII)

TAB 9

In the Court of Appeal of Alberta

Citation: City Wide Towing and Recovery Service Ltd v Poole, 2020 ABCA 305

Date: 20200827
Docket: 2003-0021-AC
Registry: Edmonton

2020 ABCA 305 (CanLII)

Between:

City Wide Towing and Recovery Service Ltd.

Respondent
(Plaintiff)

- and -

Devon Poole and DRM Recovery Ltd.

Appellants
(Defendants)

The Court:

The Honourable Mr. Justice Frans Slatter
The Honourable Madam Justice Myra Bielby
The Honourable Madam Justice Sheila Greckol

Memorandum of Judgment of the Honourable Madam Justice Greckol and the Honourable Madam Justice Bielby

Dissenting Memorandum of Judgment of the Honourable Mr. Justice Slatter

Appeal from the Order by
The Honourable Madam Justice G.D.B. Kendell
Dated the 17th day of January, 2020
Filed the 7th day of February, 2020
(Docket: 1803-18218)

2020 ABCA 305 (CanLII)

Memorandum of Judgment

The Majority:

I. Introduction

[1] The central issue on this appeal is the enforceability of a non-competition clause agreed to by the appellant vendor as part of the sale of a business.

[2] An interim injunction was obtained restraining the appellant from competing against the respondent purchaser within a certain geographical area on the basis of the restrictive covenant contained in a non-competition agreement. The appellant seeks to have the injunction set aside on the basis that, *inter alia*, the geographical scope of the non-competition clause is unreasonably broad and thus unenforceable.

[3] For the reasons that follow, the appeal is allowed in part.

II. Background

[4] The appellant, Devon Poole (Poole), operated a vehicle towing business, Capital Towing (Capital), in and around Edmonton. On September 29, 2017, Poole entered into an Asset Purchase Agreement with the respondent, City Wide Towing and Recovery Service Ltd. (City Wide), to sell the assets of Capital. The purchase price was $700,000, though $35,000 was conditional on Poole remaining employed with City Wide for two years.

[5] On the same date, Poole entered into an Employment Agreement as well as a Non-Competition Agreement with City Wide. The relevant terms of both agreements are attached as Appendix A.

[6] Article 3(d) and (e) of the Employment Agreement contain a non-solicitation clause and a non-competition clause, respectively, restraining Poole for one year following termination of employment with City Wide. These terms expired on June 30, 2019.

[7] Articles 2.1 and 2.2 of the Non-Competition Agreement contain a non-competition clause and non-solicitation clause, respectively, restraining Poole for a period of five years from the date of the Asset Purchase Agreement. These restrictive covenants run to at least September 29, 2022, excluding periods of breach (Article 3.2). The geographical reach of the non-competition clause is "Alberta, British Columbia and Saskatchewan", as well as "any other location within Canada" where City Wide "and its Affiliates are carrying on the Business at any time during the Restriction Period" (Article 1.1(a)(ii)) as those terms are defined in the Non-Competition Agreement.

2020 ABCA 305 (CanLII)

[8] On June 6, 2018, Poole resigned from City Wide effective June 30. He commenced work with the appellant, DRM Recovery Ltd (DRM), on July 3, 2018.

[9] In September 2018, City Wide brought an action against Poole and DRM for breaches of the Non-Competition Agreement and Employment Agreement, alleging Poole provided services to DRM, who is in direct competition with City Wide, and solicited its customers and employees. City Wide also brought an application for an interim injunction.

[10] Poole and DRM denied the breach of any obligations owed to City Wide and denied that DRM and City Wide are in direct competition, drawing a distinction between the "light vehicle" towing purportedly engaged in by City Wide and the "heavy vehicle" towing purportedly engaged in by DRM. In the alternative, they claimed the provisions were unenforceable as overbroad and in restraint of trade.

[11] On January 17, 2020, the chambers judge granted an injunction order (the Order), the subject of the present appeal. Paragraph 1(a) prohibits Mr. Poole from "soliciting business from, or carrying-on or being engaged in any business that competes with the vehicle towing, hauling, recovery, and storage business of City Wide, including light, medium and heavy duty towing, hauling, recovery and storage anywhere in Alberta, British Colombia or Saskatchewan" (emphasis added). Paragraph 1(b) and (c) prohibit Poole from soliciting any of City Wide's customers or attempting to solicit any individual employed by City Wide to leave their employment.

[12] Paragraph 2 of the Order stipulates that the injunction in para 1 is to "remain in force until the earlier of a period of five years from the date of the within Order or the conclusion of the within Action". Paragraph 4 requires that Poole and DRM "take all necessary steps to preserve any and all evidence in their power, possession or control". And finally, paras 5 and 6 of the Order deal with costs, City Wide being awarded costs against DRM under column 2 of *Schedule C* (para 5) and as against Poole on a full indemnity basis (para 6).

[13] On March 5, 2020, a judge of this Court heard the appellants' application for a stay pending appeal. He granted a stay of the costs award in para 6 of the Order as well as the restriction on Poole's ability to engage in competitive business in para 1(a) of the Order: ***Poole v City Wide Towing and Recovery Service Ltd***, 2020 ABCA 102 at para 41. The stay pertains to the following language in para 1(a) of the Order: "carrying-on or being engaged in any business that competes with, the vehicle towing, hauling, recovery and storage business of City Wide, including light, medium and heavy duty towing, hauling, recovery and storage, anywhere in the Provinces of Alberta, British Columbia or Saskatchewan". Accordingly, the only aspect of para 1(a) of the Order not captured by the stay is the phrase "soliciting business from". The restrictions on soliciting customers (para 1(b)) and employees (para 1(c)) were not stayed.

2020 ABCA 305 (CanLII)

III. Grounds of Appeal

[14] Poole and DRM submit the chambers judge erred in i) failing to identify the correct legal test for an injunction; ii) finding the tripartite test for an injunction had been met; and iii) granting an order broader than contemplated by the restrictive covenants. On the issue of whether the test for an injunction was met, the appellants focus on the chambers judge having erred in finding a strong *prima facie* case. In their view, it is not clear that Poole breached the restrictive covenants, and even if he did, the non-competition covenant is unreasonable in its geographical scope and therefore unenforceable.

IV. Standard of Review

[15] An interlocutory injunction involves an exercise of judicial discretion entitled to deference unless the chambers judge proceeded arbitrarily or on wrong legal principles: ***Renfrew Insurance Ltd. v Cortese***, 2014 ABCA 203 at para 7 [***Renfrew***]; ***ServiceMaster of Canada Limited v Meyer***, 2019 ABCA 130 at para 178.

[16] Whether a restrictive covenant is reasonable is a question of law. As Viscount Haldane, LC said in ***Mason v Provident Clothing and Supply Company***, [1913] AC 724 at 732 (HL) [***Mason***]:

> My Lords, such a restraint on the liberty of a man to earn his living or exercise his calling is a serious one, and the Courts have always regarded such restrictions with jealousy. They have steadily refused to allow the question of their validity to be decided by a jury. Questions of this kind have always been reserved by the Courts as being for the Court itself, and to be decided in accordance with a definite legal test…

Accordingly, whether a restrictive covenant is reasonable and thus enforceable so as to warrant an injunction is reviewed for correctness: ***Martin v ConCreate USL Limited Partnership***, 2013 ONCA 72 at para 55.

V. Analysis

New Evidence Application

[17] The appellants brought an application to admit Poole's affidavit filed on the stay application as new evidence. Amongst other things, the affidavit provides an account of how little money Poole retained from the Asset Purchase Agreement and as to his impecuniosity. The appellants argue its admission is in the interests of justice, as it establishes irreparable harm, and is relevant to the balance of convenience.

2020 ABCA 305 (CanLII)

[18] City Wide opposes admission of the new evidence, primarily on the grounds that it fails to meet the due diligence criterion, but also because the new evidence will not affect the result, as the focus of the injunction is whether there is a strong *prima facie* case.

[19] We agree that the application to admit new evidence must fail, as it does not meet the test set out in ***Xerex Exploration Ltd. v Petro-Canada***, 2005 ABCA 224 at paras 116-117. The affidavit includes Poole's view of events at the time the contracts were entered and could have been adduced before the chambers judge. It is also of questionable relevance as it pertains to Poole's negotiated intent and objectives.

The Appeal

Positions of the Parties

[20] Poole and DRM submit the chambers judge erred in concluding that the second and third parts of the injunction test do not need to be met where a strong *prima facie* case is found. This resulted in the chambers judge having failed to properly address irreparable harm and balance of convenience, which they claim were not made out by City Wide. Moreover, regardless of this error, the appellants submit the chambers judge erred in concluding that Poole clearly breached the Non-Competition Agreement.

[21] The appellants point to the definition of "Business" in the Non-Competition Agreement, which they say refers to the business carried on by Capital specifically, rather than "vehicle towing, vehicle repair services and storage of impounded vehicles" in the abstract. This is significant because at the time of the Asset Purchase Agreement, Capital only performed light and medium towing – in contrast to the heavy towing performed by DRM. Poole is not restricted from working for DRM, on this view, since the latter does not materially compete with the kind of towing performed by Capital. The appellants insist further that there was no clear breach of the non-solicitation clause.

[22] The appellants also take issue with the reasonableness of the restrictive covenants, specifically, the geographical scope of the non-competition clause. They say the clause should be limited to the territory where the business sold carried on its activities at the time of sale. In the case of Capital, this was the Edmonton area. The non-competition clause is overbroad because it includes British Columbia and Saskatchewan even though neither Capital nor City Wide conducted business there.

[23] Finally, the appellants say the duration of the Order is broader than what is stipulated in the Non-Competition Agreement, extending the restrictions to five years from the date of the Order (to January 17, 2025) rather than the five years contemplated in the Non-Competition Agreement (to September 29, 2022).

2020 ABCA 305 (CanLII)

City Wide submits the chambers judge did not ultimately err in her treatment of the injunction test since she considered irreparable harm and balance of convenience, findings entitled to deference. She was also correct to find a strong *prima facie* case that the Non-Competition Agreement was breached, as the "Business" Poole was prohibited from competing with included all vehicle towing – not simply light and medium vehicle towing. City Wide claims Capital also performed "heavy" towing, as does City Wide, while DRM also performs "light" and "medium" towing. There was also evidence before the chambers judge, City Wide suggests, that Poole had violated the non-solicitation clause.

[24] Regarding the enforceability of the restrictive covenants in light of their territorial scope, City Wide relies on Poole's acknowledgement of reasonableness in the agreements. As to the duration of the injunction Order, City Wide contends that it is longer than five years from the date of the Asset Purchase Agreement and Non-Competition Agreement because Article 3.2 of the Non-Competition Agreement provides for suspension of time during periods of breach.

Ground 1: Injunction Test

[25] The chambers judge concluded that the first part of the tripartite test for an injunction required establishing "a strong *prima facie* case" rather than simply "a serious issue to be tried" where, as here, the injunction seeks to enforce a restrictive covenant in restraint of trade: Appeal Record (AR), F3/20-22. She then added that where a strong *prima facie* case is established, "the Applicant is not required to satisfy the second and third part of the test": AR, F3/29.

[26] It is clear that an applicant must establish a "strong *prima facie* case" when seeking to enforce a restrictive covenant in restraint of trade, at least in the employment context: Robert J Sharpe, *Injunctions and Specific Performance*, loose-leaf (Toronto: Thomson Reuters Canada, 2019) at 2.220; ***Renfrew*** at para 8. In ***Dreco Energy Services Ltd. v Wenzel***, 2008 ABCA 290 at para 30, this Court left "undecided whether the strong *prima facie* case test is also warranted in the context of a restrictive covenant arising from the sale of a business, where it is inextricably tied, as here, to the employment agreement" (emphasis added). However, as this issue was not raised on appeal, we are prepared to accept, without deciding, that the higher threshold applies.

[27] Where the "strong *prima facie* case" threshold is met, a question arises as to how this affects the second and third parts of the injunction test, namely irreparable harm and balance of convenience. The chambers judge held it was unnecessary to consider the second and third parts of the test, whereas the appellants argue their importance is merely diminished.

[28] We agree with the appellants that the chambers judge erred on this point. Where there is evidence of a clear breach of an enforceable covenant, irreparable harm and balance of convenience still need to be considered, though they may attract less weight: ***364661 Alberta Ltd. v 735608 Alberta Ltd.***, 2010 ABCA 6 at para 8; ***Renfrew*** at para 14. That said, such an error was of little consequence here, as the chambers judge nevertheless went on to consider

2020 ABCA 305 (CanLII)

both irreparable harm and balance of convenience in her analysis of whether to grant the injunction. Accordingly, any appellate intervention must stem from the injunction test not having been met.

Ground 2: Applying the Test

i) Strong *Prima Facie* Case

[29] The chambers judge was "satisfied that Poole has breached the Restrictive Covenants given his employment with DRM", noting that "[t]he wording in the Restrictive covenants are clear and the restrictions are clear": AR, F3/32-33. We see no reviewable error in this conclusion. City Wide has accordingly established a strong *prima facie* case that Poole was in breach of the restrictive covenants.

[30] However, in determining whether a strong *prima facie* case is made out, the Court must also consider the enforceability of the restrictive covenants in question: ***Renfrew*** at para 9. In the present case, the chambers judge noted that the enforceability of the restrictive covenants was "[t]he crux of this matter": AR, F2/28.

[31] Restrictive covenants that are unreasonably broad will not be enforced: ***Elsley v J.G. Collins Insurance Agencies Ltd.***, [1978] 2 SCR 916 at 923-924 [***Elsley***]. Relying on ***Elsley***, the chambers judge recognized that the restrictive covenants must be reasonable in their temporal, geographic, and business scope: AR, F3/34-F4/3. She found their scope reasonable in all three respects: AR, F4/22-F5/13.

[32] The appellants challenge the conclusion of the chambers judge with respect to geographical scope only, arguing that the non-competition provision is unreasonably broad and therefore unenforceable because it extends to British Columbia and Saskatchewan.

Reasonableness of Geographical Scope

[33] A non‑competition covenant will be reasonable "provided that it is limited, as to its term and to the territory and activities to which it applies, to whatever is necessary for the protection of the legitimate interests of the party in whose favour it was granted" (emphasis added): ***Payette v Guay Inc***, 2013 SCC 45 at para 61, [2013] 3 SCR 95 [***Payette***]; see also ***Nordenfelt v Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.***, [1894] AC 535 (HL) at 565 (per Lord Macnaghten), cited in ***Shafron v KRG Insurance Brokers (Western) Inc.***, 2009 SCC 6 at para 17, [2009] 1 SCR 157 [***Shafron***].

[34] Where, as here, the covenant is made pursuant to an agreement for the sale of a business, the question of adequate protection is judged by the scope of the business sold rather than the business of the purchaser: ***British Reinforced Concrete v Schelff***, [1921] 2 Ch 563 at 574-575,

2020 ABCA 305 (CanLII)

579; ***McAllister v Cardinal*** (1964), 47 DLR (2d) 313 at 319 (Ont HC), cited in ***MEDIchair LP v DME Medequip Inc.***, 2016 ONCA 168 at para 40. For that reason, the geographical scope of the restrictive covenant must generally be limited to the area where the vendor's business was active: John McCamus, *The Law of Contracts*, 2nd ed (Toronto: Irwin Law, 2012) at 475.

[35] This view was affirmed in ***Payette***, where the Supreme Court of Canada considered the reasonableness of a non-competition covenant tied to a commercial agreement for the sale of assets. In discussing the reasonableness of the covenant's geographical scope, Wagner J (as he then was) said this at para 65:

> In principle, the territory to which a non‑competition covenant applies is [translation] "limited to that in which the business being sold carries on its trade or activities . . . as of the date of the transaction" [citation omitted]. A non‑competition clause that applies outside the territory in which the business operates is contrary to public order. [emphasis added]

The vendor in ***Payette*** had agreed not to compete with the purchaser within the province of Quebec. This territorial scope was found to be reasonable because while the vast majority of the activities carried out by the business sold (crane rental) took place in the Montreal area, not all did. Moreover, the mobility of cranes meant that the activities of the company sold were determined more by the location of construction sites than by the company's place of business: paras 66-67.

[36] In the present case, the chambers judge analyzed the geographical scope of the non-competition agreement by looking not at the activities of the business sold by Poole (i.e., Capital), but rather the business of City Wide. In concluding the geographical scope was reasonable, she noted that City Wide "had customers or carried on business in the particular provinces" and "had stated an intention to expand and develop the businesses in those provinces": AR, F4/36-38. This was the wrong focus. The chambers judge should instead have determined the area in which Capital carried on business at the time it was sold by Poole to City Wide.

[37] There is no evidence that Capital carried on any business outside of Alberta, meaning that the restrictive covenant prohibiting Poole from competing in British Columbia and Saskatchewan is geographically over-broad and therefore unreasonable. The goodwill in Capital that was purchased by City Wide was limited to Alberta. Indeed, the evidence was that Capital only had an Edmonton location and that its business was primarily undertaken there. That said, we are willing to grant that a restrictive covenant covering Alberta would likely not have been unreasonable in the circumstances. There was some evidence that Capital did business in the areas surrounding Edmonton. Moreover, the business of vehicle towing, hauling, recovery and storage involves a certain degree of mobility, not unlike the crane rental

business described in ***Payette***, meaning that where activities are conducted will be broader than where the business itself is physically located.

[38] The non-competition restrictive covenant, as worded, is geographically overbroad and cannot therefore support an interim injunction on this record. Whether it can be enforced in any form will depend on whether the unreasonable areas (British Columbia, Saskatchewan, etc.) can be severed from the reasonable area (Alberta).

Severance

[39] The question of severance was not addressed by the chambers judge in her reasons or by the parties in their factums on appeal. At the appeal hearing, we invited the parties to provide further submissions as to whether the Court can, and if so, should employ the legal doctrines of "notional" severance or "blue-pencil" severance to reduce the geographical scope of the non-competition restrictive covenant in the Non-Competition Agreement to a reasonable area capable of being enforced.

[40] City Wide submits that if the Court finds the geographical scope of the non-competition agreement in the Non-Competition Agreement to be unreasonable, the covenant should be read down by notional severance or, more likely, blue pencil severance to delete references to British Columbia and Saskatchewan, or otherwise. It argues that the restrictive approach to blue pencil severance taken in ***Shafron*** is limited to employment contracts, and that where, as here, a restrictive covenant is negotiated in the context of the sale of a business, the best guidance is provided in ***Transport North American Express Inc. v New Solutions Financial Corp.***, [2004] 1 SCR 249, 2004 SCC 7 [***Transport***].

[41] Poole submits that notional severance is not available here, this Court having held in ***Globex Foreign Exchange Corporation v Kelcher***, 2005 ABCA 419 at para 44 that the doctrine is restricted to cases of statutory illegality like ***Transport*** and does not apply to contracts in restraint of trade. As for blue pencil severance, Poole argues that the distinction in the case law between commercial and employment agreements is only relevant to the *reasonableness* of a restrictive covenant. When it comes to severance, Poole insists that the same restrictive approach adopted in ***Shafron*** should apply to sale of business cases like this one.

[42] We accept, and it is not in dispute, that the non-competition restrictive covenant with which we are here concerned was signed by Poole in the context of a sale of the assets of his business – the Employment Agreement had its own, separate set of restrictive covenants. The question, then, and it is central to this appeal, is whether a restrictive covenant that is entered into as part of the sale of a business, and which is *prima facie* unenforceable as overbroad in geographical scope, may be saved by application of severance principles.

2020 ABCA 305 (CanLII)

2020 ABCA 305 (CanLII)

[43] ***Shafron*** involved the reasonableness of a restrictive covenant in an employment contract. The Court carefully narrowed its decision to the context in which it was dealing (see paras 1, 13, 27, 33, 36), clarifying that severance would be discussed "as it applies to restrictive covenants in *employment contracts*": para 27, emphasis added. ***Shafron*** held at para 36 that "blue‑pencil severance may be resorted to sparingly and only in cases where the part being removed is clearly severable, trivial and not part of the main purport of the restrictive covenant" (emphasis added).

[44] In formulating this test, the Court adopted (at paras 33-34, 36) the following statement from Lord Moulton in ***Mason*** at 745:

> My Lords, I do not doubt that the Court may, and in some cases will, enforce a part of a covenant in restraint of trade, even though taken as a whole the covenant exceeds what is reasonable. But, in my opinion, that ought only to be done in cases where the part so enforceable is clearly severable, and even so only in cases where the excess is of trivial importance, or merely technical, and not a part of the main purport and substance of the clause. It would in my opinion be pessimi exempli if, when an employer had exacted a covenant deliberately framed in unreasonably wide terms, the Courts were to come to his assistance and, by applying their ingenuity and knowledge of the law, carve out of this void covenant the maximum of what he might validly have required. It must be remembered that the real sanction at the back of these covenants is the terror and expense of litigation, in which the servant is usually at a great disadvantage, in view of the longer purse of his master.

[emphasis in ***Shafron***]

[45] Then when reiterating that blue-pencil severance should be "applied narrowly", the Court in ***Shafron***, at para 49, cited the following statement from Lambert JA in another employment law case, ***Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. v King*** (1989), 60 DLR (4th) 293 at 305-306 (BCCA) [***King***]:

> … the courts will only [apply blue pencil severance to] sever the covenant and expunge a part of it if the obligation that remains can fairly be said to be a sensible and reasonable obligation in itself and such that the parties would unquestionably have agreed to it without varying any other terms of the contract or otherwise changing the bargain... It is in that context that reference is made in the cases severing and expunging merely trivial or technical parts of an invalid covenant, which are not part of the main purport of the clause, in order to make it valid ... [emphasis added]

2020 ABCA 305 (CanLII)

[46] The reason that blue pencil severance is so limited in application is the imbalance in the relationship between employer and employee, with public policy favoring the employee's right to freely carry on her occupation over that of the employer to restrict it unreasonably. The Court in ***Shafron***, at para 33, approved the observation of Lord Moulton in ***Mason*** at 745, that courts should not come to the assistance of an employer who has drafted an overly broad restrictive covenant "… since the real sanction at the back of these covenant is the terror and expense of litigation, in which the servant is usually at a great disadvantage, in view of the longer purse of his master", a public policy rationale for limiting the doctrine of blue pencil severance in employment contracts with which we agree.

[47] The early approach of the English courts was to distinguish commercial cases from employment cases and allow severance more readily in the former. The foundational decision of the English Court of Appeal in ***Goldsoll v Goldman***, [1915] 1 Ch 292 (CA) [***Goldman***], remains a leading authority on severance of restrictive covenants in the sale of business context. ***Goldman*** was "not a case between master and servant, but between vendor and purchaser": 300. The vendor of an imitation jewellery business in London agreed not to compete with the purchaser with respect to "real or imitation jewellery" in a broad swath of national and international jurisdictions: 297. The restraint against competing in the "real jewellery" business was found to be unreasonably broad, as was the prohibition on competing in each of the foreign countries. On the question of severance, the Court of Appeal agreed with the trial judge that the unnecessarily broad areas could be severed and the covenant enforced in the named areas of the United Kingdom.

[48] A review of the English authorities suggests that severance is now applied in both employment and commercial contracts cases, with severance of an area in which a restrictive covenant applies being the quintessential instance of blue pencil severance. In its recent decision in ***Tillman v Egon Zehnder Ltd***, [2019] UKSC 32 [***Tillman***], for example, the UK Supreme Court illustrated the blue pencil test by reference to the following statement of Bailhache J of the Divisional Court in ***Attwood v Lamont***, [1920] 2 KB 146 at 155:

> … the courts will sever in a proper case where the severance can be performed by a blue pencil but not otherwise. To give an illustration, a covenant 'not to carry on business in Birmingham or within 100 miles' may be severed so as to reduce the area to Birmingham ... (***Tillman*** at para 85).

[49] The approach of distinguishing between vendor/purchaser cases and employer/employee cases for purposes of severance has been adopted in Canada. In ***ACS Public Sector Solutions Inc. v Courthouse Technologies Ltd.***, 2005 BCCA 605 [***ACS Public Sector***], the British Columbia Court of Appeal considered the enforceability of a restrictive covenant in a consultancy agreement. The Court there reviewed the different approaches to severance and concluded that their reconciliation came down to whether the restrictive

2020 ABCA 305 (CanLII)

covenant was between employer and employee, as in ***Mason***, or between vendor and purchaser, as in ***Goldman***: para 43. Accordingly, it held the proper approach to severance depends on the context, saying this at paras 37 and 50:

> [37] ... The crucial question then becomes: what happens when the clause goes too far? The two alternatives are to strike down the whole restriction or to sever the offending parts of the restriction, if the language permits, and save the rest. On the authorities, the choice of alternative depends largely on the relationship between the parties. The courts will not likely apply the doctrine of severability if the non-competition agreement was made between employer and employee; on the other hand, they will more readily use severance to preserve the core of the protection in a vendor-purchaser relationship [emphasis added].
>
> …
>
> [50] The doctrine of severability is more rigorously applied to restrictive covenants negotiated between employer and employee; the primary rationale is the imbalance of power which often leaves the employee with little room to manoeuvre in the negotiations. The policy of the law is to discourage employers from using their dominant position to extract unreasonable terms [emphasis added].

[50] The Court of Appeal in ***ACS Public Sector*** concluded that "the rationale for the application of the severability doctrine in *vendor-purchaser cases* applies to the circumstances of the present case": para 52, emphasis added. Accordingly, it upheld the decision of the trial judge to use blue pencil severance to excise large portions of a restrictive covenant in order to make it reasonable rather than to strike down the entire covenant simply because part of it was overbroad: see paras 15, 59. This can be contrasted with the earlier decision of the British Columbia Court of Appeal in ***King***, an employment case which, as noted above, the Supreme Court of Canada applied in ***Shafron***.

[51] We conclude that ***Shafron*** does not speak to blue pencil severance of restrictive covenants in commercial contracts and therefore does not preclude its application in the present case. Moreover, blue pencil severance is supported in this case by the English authorities, ***ACS Public Sector***, and a number of decisions of first instance, including ***Sterling Fence Co. Ltd. v Steelguard Fence Ltd.***, 1992 CarswellBC 1771 (BCSC); ***Restauronics Services Ltd. v Forster***, 2001 BCSC 922, rev'd in part on other grounds in 2004 BCCA 130; and ***GDL Solutions Inc. v Walker***, 2012 ONSC 4378.

[52] The chambers judge erred in finding that City Wide had established a *prima facie* case that the non-competition provision in the Non-Competition Agreement is enforceable, given its unreasonably broad geographical reach, and in issuing an injunction in those terms. That said,

2020 ABCA 305 (CanLII)

while the restrictive covenant is unreasonably broad in its application to "Alberta, British Columbia and Saskatchewan" as well as the reference to affiliates of City Wide, there is a strong *prima facie* case that it is enforceable upon severance of the following language in the definition of "Non-Compete Area" in the Non-Competition Agreement: "British Columbia and Saskatchewan and any other location within Canada where the Corporation and its Affiliates are carrying on the Business at any time during the Restriction Period". Given that para 1(a) of the Order does not include this latter reference to affiliates, it can simply be amended by excising the words "British Columbia or Saskatchewan".

ii) Irreparable Harm and Balance of Convenience

[53] Though the chambers judge thought it unnecessary, she addressed irreparable harm and balance of convenience, noting that while harm to City Wide was "very difficult to quantify in monetary terms" (AR, F5/26-27), the agreements acknowledged irreparable harm in the event of a breach. Relying on ***Debra's Hotels Inc v Lee*** (1994), 24 Alta LR (3d) 199 (QB), the chambers judge held that the balance of convenience cannot favour the breaching party (AR, F5/33). She further noted that Poole had the benefit of the sale, committed to the restrictions, and cannot be allowed to ignore them (AR, F6/4-11).

[54] We find no reviewable error in the chambers judge's conclusions as to irreparable harm and balance of convenience.

iii) Conclusion

[55] The injunction cannot be upheld as it concerns the enforcement of the non-competition clause in the Non-Competition Agreement. City Wide has shown a strong *prima facie* case that the restrictive covenant is enforceable – but only within the Province of Alberta. It is over-broad in geographical scope insofar as it prohibits Poole from competing with City Wide in British Columbia and Saskatchewan as well as with affiliates of City Wide anywhere in Canada. However, blue pencil severance is available to narrow its geographical scope to City Wide's operations in Alberta, the result being that the non-competition clause remains enforceable to that extent. Paragraph 1(a) of the Order must be amended accordingly.

[56] Poole also agreed to a non-solicitation covenant restraining him from soliciting City Wide customers or employees. The chambers judge's discretionary granting of an interim injunction to restrain solicitation does not disclose any reviewable error.

Ground 3: Breadth of the Order

[57] Finally, the appellants submit that the Order is broader than what is contemplated by the restrictive covenants insofar as duration is concerned.

2020 ABCA 305 (CanLII)

[58] Paragraph 2 of the Order allows the injunction to be in place for five years "from the date of the within Order". The Order having been granted in January of 2020, the injunction may run until January of 2025. However, the restriction period in the Non-Competition Agreement is five years from the date of the Asset Purchase Agreement, namely September of 2022, which is the period of time sought by City Wide in its application.

[59] It was an error to grant the injunction for five years from the date of the Order (January 2020) rather than the date of the Asset Purchase Agreement (September 2017). Paragraph 2 of the Order must be varied to restrict the time period of the injunction to September 29, 2022.

Other Issues

Preservation of Evidence (Para 4 of Order)

[60] As noted, the Order stipulated in para 4 that Poole and DRM "take all necessary steps to preserve any and all evidence in their power, possession or control". Since there was no evidence of spoliation, para 4 of the injunction Order will be vacated.

Costs (Paras 5 and 6 of Order)

[61] The chambers judge ordered costs on Column 2 of *Schedule C* against DRM (Order, para 5), and full indemnity costs against Poole (Order, para 6). Both appellants were represented by the same counsel.

[62] Regarding full indemnity costs, no rationale was provided by the chambers judge. On appeal, City Wide relies on Article 9.1(a)(ii) of the Asset Purchase Agreement, but that is an indemnification clause and does not apply. On the face of it, the awards are contrary to the presumption that costs should not exceed full indemnity: ***RVB Managements Ltd. v Rocky Mountain House (Town)***, 2015 ABCA 304 at paras 14-15, 609 AR 55.

[63] The only relief granted against DRM was to preserve evidence, which did not justify a separate award of costs, and which, in any event, was not warranted on this record.

[64] Given our decision, and the mixed results, all parties will bear their own costs, for the chambers hearing and for this appeal.

[65] Paragraphs 5 and 6 of the Order are accordingly vacated.

VI. Conclusion

[66] The application to adduce new evidence is dismissed.

[67] The appeal is allowed in part. Paragraph 1(a) of the Order is amended by removing the words "British Columbia or Saskatchewan". Paragraph 2 is amended to provide that para 1 of the Order "shall remain in force until September 29, 2022 or the conclusion of the within Action, which ever occurs first". Paragraph 4 of the Order is vacated. Paragraphs 5-6 of the Order are vacated. Otherwise the injunction stands.

[68] All parties will bear their own costs of the appeal.

Appeal heard on June 1, 2020

Memorandum filed at Edmonton, Alberta
this 27th day of August, 2020

Bielby J.A.

Authorized to sign for: Greckol J.A.

2020 ABCA 305 (CanLII)

2020 ABCA 305 (CanLII)

Slatter J.A. (dissenting):

[69] The determinative issue in this appeal is whether the restrictive covenant is unenforceable because of territorial overbreadth. I agree with my colleagues on the analysis of this issue but, in my view this is not a proper case for the court to remedy that overbreadth through severance.

The Remedy for Overbreadth of a Restrictive Covenant

[70] The law is hostile to covenants in restraint of trade. The basic principles are:

(a) Covenants in restraint of trade are *prima facie* contrary to public policy, and unenforceable.

(b) The court will only enforce a covenant in restraint of trade if it is i) reasonable as between the parties, and ii) not contrary to the public interest: ***Elsley v J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.***, [1978] 2 SCR 916 at p. 924. The burden of meeting these tests is on the party seeking to enforce the covenant: ***Shafron v KRG Insurance Brokers (Western) Inc***, 2009 SCC 6 at para. 27, [2009] 1 SCR 157.

(c) To be enforceable a restrictive covenant must be unambiguous, reasonable in its temporal and territorial scope, and reasonable as to the activities it restrains: ***Payette v Guay inc.***, 2013 SCC 45, [2013] 3 SCR 95.

(d) Where parties of relatively equal bargaining strength have agreed to a restrictive covenant in a freely negotiated contract, the restrictive covenant will often be taken as being reasonable as between the parties: ***Payette*** at paras. 60, 62, ***Esso Petroleum Co. Ltd. v Harper's Garage (Stourport) Ltd.***, [1968] AC 269 at p. 320.

(e) The parties' assessment of the public interest, if any, is not binding; the measurement of the public interest is with the court: ***Esso Petroleum*** at p. 320.

Depending on the circumstances, reasonable covenants in restraint of trade can be enforced through injunctions, including interim injunctions, or through an award of damages.

[71] The common law promotes the policy that covenants in restraint of trade are *prima facie* unenforceable in several ways. The ultimate remedy is that the court will refuse to enforce an unreasonable covenant in restraint of trade.

2020 ABCA 305 (CanLII)

[72] There are, however, other rules in support of the underlying policy. One is that the parties drafting a contract have the obligation of ensuring that covenants in restraint of trade are no wider than is reasonable. It is not open to the parties to draft the widest possible restrictive covenant, and then count on the court to enforce only so much of it as is reasonable. The point was made in ***Shafron***:

> 33 Where the provision in question is a restrictive covenant in an employment contract, severance poses an additional concern. While the courts wish to uphold contractual rights and obligations between the parties, applying severance to an unreasonably wide restrictive covenant invites employers to draft overly broad restrictive covenants with the prospect that the court will only sever the unreasonable parts or read down the covenant to what the courts consider reasonable. In *Mason [v Provident Clothing and Supply Co., [1913] AC 724]*, Lord Moulton made the well-known statement to this effect at p. 745:
>
> > It would in my opinion be *pessimi exempli* if, when an employer had exacted a covenant deliberately framed in unreasonably wide terms, the Courts were to come to his assistance and, by applying their ingenuity and knowledge of the law, carve out of this void covenant the maximum of what he might validly have required. It must be remembered that the real sanction at the back of these covenants is the terror and expense of litigation, in which the servant is usually at a great disadvantage, in view of the longer purse of his master. . . .
>
> 34 Lord Moulton did not foreclose severance entirely. However, he considered it exceptional and applicable only where there could be a clear severance and, even then, only where the excess was of a trivial or technical nature. . . .
>
> 36 I think the approach of Lord Moulton in *Mason* is the appropriate view of the law rather than the approach taken in the cases cited in para. 35 above. I am of the opinion that blue-pencil severance may be resorted to sparingly and only in cases where the part being removed is clearly severable, trivial and not part of the main purport of the restrictive covenant. However, the general rule must be that a restrictive covenant in an employment contract found to be ambiguous or unreasonable in its terms will be void and unenforceable. (Emphasis added)

The role of the court is to interpret and enforce lawful contracts, not to draft contracts for the parties. The remedy of severance should not routinely be granted.

[73] The remedy of "severance" involves the striking out, or "blue-penciling" of particular words or phrases that can be removed from the contract without affecting its meaning. A more

2020 ABCA 305 (CanLII)

aggressive remedy is "notional severance", where the court effectively rewrites the clause to turn it into a covenant that is not contrary to the public interest: ***Shafron*** at para. 29. Severance should rarely be granted in employment contracts, and in such contracts "notional severance" is not an available remedy: ***Shafron*** at para. 37.

[74] ***Shafron*** was an employment case, but its overall analysis, leading to the statement that "the approach of Lord Moulton in *Mason* is the appropriate view of the law", applies to all restrictive covenants. The scope of non-employment restrictive covenants that will be found to be reasonable is wider than the scope of employment restrictive covenants that will be found to be reasonable. The remedy of severance may also be less easily obtained in an employment situation. Outside the employment contract, severance may more frequently be an available remedy, but it is still an exceptional remedy. The basic principles against enforcement of these clauses apply to both employment and non-employment contracts, although not "with the same rigour or intensity": ***Payette*** at para. 39. The reasons for refusing to enforce overly broad restrictive covenants is the same in both situations, and severance should be reserved for those cases where the overbreadth is "of a trivial or technical nature".

[75] In this case, City Wide Towing purchased the business of Capital Towing. An important part of the purchase was the goodwill of Capital Towing, which goodwill was closely related to the appellant Poole. City Wide Towing had a legitimate interest in protecting that goodwill for a reasonable period of time, and a restrictive covenant serving that purpose was reasonable. The goodwill associated with Capital Towing and Poole, however, was connected to the Edmonton area. This is admitted in the affidavit of the respondent's Vice-President (EKE R144):

> 39 One of the reasons why City Wide acquired Capital Towing in September, 2017, and paid Mr. Poole and the other vendors a very substantial purchase price of $665,000, was that Capital Towing was established in the Edmonton market, and City Wide wanted to expand its presence there. By acquiring Capital Towing and its associated goodwill for valuable consideration, City Wide sought to build on the relationships that Mr. Poole had developed in Edmonton . . .

There was no basis for extending the restrictive covenant to all of Alberta, much less British Columbia and Saskatchewan. There was, for example, no legitimate reason to prevent Poole from working in the towing business in Calgary or Saskatoon. The clause goes on to capture "any other location within Canada where the Corporation and its Affiliates are carrying on the Business at any time during the Restriction Period". None of the goodwill associated with Capital Towing extended to "any other location within Canada", and since none of the Affiliates had any legitimate interest in that goodwill, the overbreadth of the clause is magnified.

[76] The overbreadth of the clause in question is extensive. This is much more than overbreadth "of a trivial or technical nature". The ease with which one can blue pencil out the offending provisions is not the test of what is "trivial". For the court to grant the remedy of severance in this case removes any incentive of contracting parties to exercise great care in drafting restrictive covenants, and it merely serves to promote litigation such as this.

[77] I would allow the appeal on this issue, and set aside the interim injunction.

Appeal heard on June 1, 2020

Memorandum filed at Edmonton, Alberta
this 27th day of August, 2020

Slatter J.A.

2020 ABCA 305 (CanLII)

Appearances:

J.C. Batzel
for the Respondent (via Webex)

T.R. Matheson
for the Appellants (via Webex)

2020 ABCA 305 (CanLII)

Appendix A

NON-COMPETITION AGREEMENT

AND WHEREAS the Vendor is and has been involved in the business of Capital Towing, consisting of vehicle towing, vehicle repair services and storage of impounded vehicles (the "**Business**") and will be employed by the Corporation in connection with the Business ...

…

1.1 Non-Disclosure Covenant

(a) In this Agreement

…

(ii) "**Non-Compete Area**" means the Provinces of Alberta, British Columbia and Saskatchewan and any other location within Canada where the Corporation and its Affiliates are carrying on the Business at any time during the Restriction Period.

…

ARTICLE 2
NON-COMPETITION AND NON-SOLICITATION

2.1 Non-Competition Covenant

The Vendor shall not, at any time during the period (the "**Restriction Period**") commencing on the date hereof and ending on the date that is five (5) years from the date of this Agreement, solicit either on the Vendor's own behalf or on behalf of or in partnership or jointly or in conjunction with any Person or entity, directly or indirectly, as principal, agent, employee, shareholder or in any other capacity whatsoever, carry on or be engaged in or concerned with or have any ownership or other interest in, or advise, lend money to, guarantee the debts or obligations of, or permit the Vendor's name or any part thereof to be used or employed by or associated with, any Person or entity engaged in a business anywhere in the Non-Compete Area which competes in any material respect with the Business carried on by the Corporation and its Affiliates ... [underline added]

2020 ABCA 305 (CanLII)

2020 ABCA 305 (CanLII)

2.2 Non-Solicitation Covenant

In addition, during the Restriction Period, the Vendor shall not, directly or indirectly, either on the Vendor's own behalf or on behalf of, or in partnership, jointly or in conjunction with, any other Person or entity: (i) solicit or recruit or attempt or assist any Person or entity to solicit or recruit any Person employed by or otherwise providing services to the Corporate Group on a full-time or part-time basis or at any time during the preceding thirty-six (36) month period; and (ii) solicit or recruit or attempt or assist any Person or entity to solicit or recruit any Person who is a client or customer of the Corporate Group or was at any time during the preceding thirty-six (36) month period a client or customer of the Corporate Group, to transfer any business from the Corporate Group to any other Person or otherwise interfere with the relationship of any such Person and the Corporate Group. For greater certainty, during the Restriction Period, the Vendor may not identify to any Person or entity any employee of the Corporate Group who has special knowledge regarding the Corporation's areas of interest in present or future technical data, commercial plans and strategies, product manufacture, marketing, selling and servicing; or comment about the quantity or quality of work or personal characteristics of any Person employed by the Corporate Group. During the Restriction Period, the Vendor shall not provide such information, except in relation to the Vendor's own personal characteristics, to prospective employers in any interview preceding possible employment. For the purposes hereof, a "**customer**" or a "**client**" is someone who makes use of or receives the services, directly or indirectly, of any member of the Corporate Group.

ARTICLE 3
REMEDIES

3.1 Right to Injunctive Relief

The Vendor agrees that any breach of the terms of this Agreement would result in immediate and irreparable injury and damage to the Corporation for which the Corporation could not be adequately compensated by damages. The Vendor therefore also agrees that in the event of any such breach or any anticipated or threatened breach, the Corporation shall be entitled to equitable relief by way of temporary or permanent injunction, without having to prove damages, in addition to any other remedies (including damages) to which the Corporation may be entitled at law or in equity.

3.2 Suspension of Time Periods During Breach

2020 ABCA 305 (CanLII)

If the Vendor is in breach of any of the terms of this Agreement, the running of the Non-Disclosure Period or Restriction Period, as applicable, shall be stayed and shall recommence upon the date the Vendor ceases to be in breach thereof, whether voluntarily or by injunction.

…

ARTICLE 4
GENERAL

4.1 Acknowledgement of Vendor

The Vendor acknowledges and agrees that:

…

(c) the provisions of this Agreement, including the duration of the Non-Disclosure Period or the Restriction Period and the scope of the Non-Compete Area, are reasonable in all of the circumstances;

(d) the covenants provided for in this Agreement may seriously constrain his freedom to pursue alternative business activities in the Non-Compete Area during the Non-Disclosure Period and the Restriction Period; and

(e) he (i) has obtained independent legal advice prior to entering into this Agreement; (ii) understands his duties and obligations under this Agreement; and (iii) is executing this Agreement voluntarily.

…

4.6 Severability

Whenever possible, each provision or portion of any provision of this Agreement will be interpreted in such manner as to be effective and valid under applicable law but the invalidity or unenforceability of any provision or portion of any provision of this Agreement in any jurisdiction shall not affect the validity or enforceability of the remainder of this Agreement in that jurisdiction or the validity or enforceability of this Agreement, including that provision or portion of any provision, in any other jurisdiction. In addition, should a court determine that any provision or portion of any provision of this Agreement is not reasonable or valid, the parties hereto agree that such provision should be interpreted and enforced to the maximum extent which the court deems

reasonable or valid and the parties agree to request that the court apply notional severance to give effect to the restrictions in this Agreement to the fullest extent deemed reasonable or valid by the court. In particular, if such court determines that the duration of the Non-Disclosure Period and/or the Restriction Period and/or the scope of the Non-Compete Area is unreasonable, the parties agree to reduce such duration and/or scope to such extent as may be necessary to ensure that the covenants in this Agreement are reasonable in the circumstances, as determined by the court.

2020 ABCA 305 (CanLII)

EMPLOYMENT AGREEMENT

3. Confidentiality, Non-Competition and Non-Solicitation

…

(d) Non-Solicitation

You shall not, during the term of your employment by the Corporation and during the period which is twelve (12) months after the Date of Termination (hereinafter, the "**Restriction Period**"), directly or indirectly, either on your own behalf or on behalf of, or in partnership, jointly or in conjunction with, any other person or entity: (i) solicit or recruit or attempt or assist any person or entity to solicit or recruit any person employed by or otherwise providing services to the Corporate Group on a full-time or part-time basis at the Date of Termination or at any time during the preceding thirty-six (36) month period; and (ii) solicit or recruit or attempt or assist any person or entity to solicit or recruit any person who is a client or customer of the Corporate Group as at the Date of Termination or was at any time during the preceding thirty-six (36) month period a client or customer of the Corporate Group or to transfer any business from the Corporate Group to any other person or otherwise interfere with the relationship of any such person and the Corporate Group. For greater certainty, during the Restriction Period, you may not identify to any person or entity any employee of the Corporate Group who has special knowledge regarding the Corporation's areas of interest in present or future technical data, commercial plans and strategies, product manufacture, marketing, selling and servicing; or comment about the quantity or quality of work or personal characteristics of any person employed by the Corporate Group. During the Restriction Period, you shall not provide such information, except in relation to your own personal characteristics, to prospective successor employers in any interview preceding possible employment. For the purposes hereof, a

"**customer**" or a "**client**" is someone who makes use of or receives the services, directly or indirectly, of any member of the Corporate Group.

(e) Non-Competition

You shall not, during the term of your employment and at any time during the Restriction Period, solicit either on your own behalf or on behalf of or in partnership or jointly or in conjunction with any person or entity, directly or indirectly, as principal, agent, employee, shareholder or in any other capacity whatsoever, carry on or be engaged in or concerned with or have any ownership or other interest in, or advise, lend money to, guarantee the debts or obligations of, or permit your name or any part thereof to be used or employed by or associated with, any person or entity engaged in a business anywhere in the Provinces of Alberta, British Columbia, Saskatchewan or any other location in Canada where the Corporate Group is carrying on business at the relevant time which competes in any material respect with the business carried on by the Corporate Group. Notwithstanding the foregoing, nothing contained herein shall prevent you:

(i) from owning not more than 5% of any publicly traded class of shares or other securities of any corporation or similar entity; or

(ii) from acting in any capacity on behalf of any member of the Corporate Group.

…

(g) Reasonableness of Restrictions

You hereby confirm and agree that the covenants and restrictions pertaining to you contained in this Agreement, including those contained in Section 3 hereof, are reasonable and valid and hereby further acknowledge and agree that the Corporation would suffer irreparable injury in the event of any breach by you of your obligations under any such covenant or restriction. Accordingly, you hereby acknowledge and agree that damages would be an inadequate remedy at law in connection with any such breach and that the Corporation shall therefore be entitled, in addition to any other right or remedy which it may have at law, in equity or otherwise, to temporary and permanent injunctive relief enjoining and restraining you from any such breach without proof of actual damages. You hereby expressly acknowledge that the provisions of Section 3 are not intended to replace your obligations under the non-competition, non-solicitation and

2020 ABCA 305 (CanLII)

confidentiality agreement entered into between you and the Corporation dated the date hereof (the "**Non-Compete Agreement**").

2020 ABCA 305 (CanLII)

TAB 10

Proto Manufacturing Ltd. v. Deutsch et al.

(1982), 37 O.R. (2d) 528

ONTARIO
HIGH COURT OF JUSTICE
ANDERSON J.
MARCH 30, 1982

1982 CanLII 1858 (ON SC)

Contracts -- Mistake -- Rectification -- Onus of Proof -- Necessity for "convincing evidence" of an antecedent agreement or a common continuing intention in regard to the omitted term before rectification granted.

Contracts -- Planning Act -- Failure to make an option in a lease expressly subject to Act invalidates option -- Intention to comply not inferred -- Planning Act, R.S.O. 1970, c. 349, s. 29.

Contracts -- Illegal contracts -- Option in a lease that fails to comply with Planning Act invalid -- Severence of option lease which remains good -- Planning Act, R.S.O. 1970, c. 349, s. 29.

The plaintiff agreed to lease land from the defendant. A building was to be built on the land for the use of the plaintiff, the tenant. The parties entered into a lease that contained an option in the tenant to purchase and to renew the lease. The tenant failed to pay the rent on time and the defendant, the landlord, brought proceedings in the County Court for termination of the lease and possession. The County Court judge granted the tenant's request for relief from forfeiture. The plaintiff brought proceedings for a declaration that the option was valid and for specific performance. The landlord counterclaimed for possession.

Held: the plaintiff's claim failed and the defendant was entitled to possession.

The option was unenforceable as not being expressly made subject to the Planning Act, R.S.O. 1970, c. 349, s. 29(7) (now R.S.O. 1980, c. 379). The agreement would not be rectified to include an appropriate form of words to meet the requirements of the Act. The plaintiff was unable to show by "convincing evidence" that there was either an antecedent agreement that such a form of words be included or a continuing common intention in regard to it. An intention to comply with the Act would not be inferred merely from the fact that the parties had intended and wanted to have a valid agreement. However, the fact that the option was in violation of the Planning Act did not affect the validity of the lease, for the option could be severed.

An alternative argument by the tenant that the lease could now be renewed was dismissed on the ground that the tenant had not exercised its right by the time stipulated in the lease and the landlord had done nothing either to waive this requirement or to be estopped from raising it.

[Rogers et al. v. Leonard (1973), 1 O.R. (2d) 57, 39 D.L.R. (3d) 349; Ludlow v. Beattie et al. (1978), 20 O.R. (2d) 363, 87 D.L.R. (3d) 561, 5 R.P.R. 27; Kitching v. Hicks et al. (1884), 6 O.R. 739; Gore v. Van Der Lan, [1967] 2 Q.B. 31, [1967] 1 All E.R. 360, consd.; H. F. Clarke Ltd. v. Thermidaire Corp. Ltd. [1973] 2 O.R. 57, 33 D.L.R. (3d) 13, 9 C.P.R. (2d) 203 [revd [1976] 1 S.C.R. 319, 54 D.L.R. (3d) 385, 3 N.R. 133, 17 C.P.R. (2d) 1; Glascar Ltd. et al. v. Polysar Ltd. (1975), 9 O.r. 2d) 705, 61 D.L.R. (3d) 577; Peter Pan Drive-In Ltd. v. Flambro Reality Ltd. (1978), 22 O.R. (2d) 291, 93 D.L.R. (3d) 221; affd 26 O.R. (2d) 746, 106 D.L.R. (3d) 576, folld; Joscelyne v. Nissen et al., [1970] 2 Q.B. 86; Bain et al. v. Fothergill et al. (1874), L.R. 7 H.L. 158; Alexander v. Herman (1912), 3 O.W.N. 755, 2 D.L.R. 239; Roman Catholic Episcopal Corp. de St. Albert v. R. J. Sheppard & Co. Ltd. (1913), 9 D.L.R. 619, 3 W.W.R. 814, 6 Alta. L.R. 128, refd to]

1982 CanLII 1858 (ON SC)

ACTION for a declaration that an option to purchase in a lease is valid and for a decree of specific performance. COUNTERCLAIM for possession.

R. M. Godard, and M. R. Steffes, for plaintiff.

E. A. Cherniak, Q.C., and J. R. Morse, for defendants.

ANDERSON J. (orally):-- This is an action for a declaration that an option to purchase certain lands, the option being contained in a lease is valid and binding, for specific performance of the agreement said to stem from the exercise of the option, and for damages, in the alternative.

There is a counterclaim for possession of the lands in question and for a declaration that the plaintiff has, in those lands, no right, title, or interest.

The plaintiff is a corporation which carries on a manufacturing operation. At the time the sequence of events giving rise to this action commenced, it was operated under the aegis of two people, by the name of Dercho and Brauss. It was incorporated in 1967.

At the time the events with which I am concerned commenced, Dercho was the president, a position which he ceased to occupy and in which he was replaced by Brauss in the fall of 1973.

The business was originally carried on in two locations on Walker Road in Windsor. In the summer or fall of 1972, a decision was made to move the operation with a view, among others, of bringing it under a single roof. With a view to obtaining satisfactory premises, a number of builders were approached by the officers of the plaintiff.

It would appear that Dercho and Brauss were both acquainted with the defendant Jack Deutsch through joint membership in a

1982 CanLII 1858 (ON SC)

club. Deutsch was in the contracting business in association with the defendant Edward Bubrick. The contracting business which they carried on was carried on under the style of Windsor United Masonry.

Deutsch indicated that he had a piece of land. As a result of discussions between him and either Dercho or Brauss, or both, locations were examined and eventually a location was selected, located on Hennin Street. There was a discussion of plans for a building. Eventually, agreement was reached on the type of building which was to be constructed and on the location, which was to be on the southerly portion of a parcel of land, having about two hundred feet of frontage in all, on Hennin Street.

There was a discussion of a lease and discussion of the possibility that the lease might contain an option to purchase. In pursuance of these negotiations and their furtherance, Dercho and Brauss consulted their solicitor Abramson in February of 1973. Pursuant to their instructions, Abramson drew the lease and an offer to lease, both of which are dated March 16th.

At some time previous to the execution of these documents, a meeting was held at Abramson's office, attended by Dercho, Brauss, Deutsch, Bubrick, and, although the evidence is conflicting, I conclude, also by the solicitor Lyons acting on behalf of Bubrick and Deutsch. It would appear that this meeting probably took place on February 26, 1973.

The lease and agreement for the lease were apparently prepared in great haste and were executed, I think it fair to conclude, on the date which they bear: March 16, 1973. The precise date of execution is not material.

The lease, as to which I shall have more to say in a moment, contained both an option to purchase the property and an option to renew the term. Construction went forward and the plaintiff moved into the building in mid-August of 1973. The first payment of rent reserved by the lease was made on September 1, 1973. There were problems with respect to the payment of rent,

1982 CanLII 1858 (ON SC)

as to which I will deal in more detail subsequently.

In February 1976 notice of termination of the lease was given and, in July of 1976, landlord and tenant proceedings were commenced by the landlord, with a view to obtaining a judicial disposition of the termination and possession of the property. In November of 1976, the tenant launched, in the landlord and tenant proceedings, a notice of motion seeking relief from forfeiture.

In March of 1978, a solicitor (Slopen) wrote to Messrs. Deutsch and Bubrick a letter dated March 23, 1978, which is exhibit No. 2. Enclosed with it is a notice, which is at p. 144 of exhibit No. 1. That notice, without reading it in detail, purports to exercise the option to purchase contained in the lease and to call for a completion of the transaction of sale and purchase 60 days from the date of notice.

Exhibit No. 3 is a letter written by solicitors acting on the instructions of the landlords, to Slopen, dated March 30, 1978. The substance of that letter is in the following terms:

> 1. The lease referred to in your client's notice was terminated by Messrs. Bubrich and Deutsch some time ago and as you are aware, this termination is the subject of litigation. Obviously, if it is ruled that the lease has been terminated, the option will fail with the termination of the lease;
>
> 2. The alleged option referred to in your notice is contrary to the provisions of the Planning Act [R.S.O. 1970, c. 349, now R.S.O. 1980, c. 379] and since it is not made subject to the provisions of the Planning Act, the said option is void.

Mr. Slopen wrote a letter (which is exhibit No. 4) dated April 14, 1978. With that letter was contained a notice purporting to exercise the option contained in the lease, to renew the lease for a further period of five years. By letter dated April 17, 1978 (exhibit No. 6), the solicitors acting for Messrs. Bubrich and Deutsch replied to that letter, saying, in

1982 CanLII 1858 (ON SC)

the concluding paragraph:

> Once again, I point out that the existence of the lease is currently the subject of litigation.

On May 23, 1978, the hearing of the landlord and the tenant proceeding took place before Judge McMahon. The result of that hearing is found in his reasons for judgment, in which, after holding that there had been lapses on the part of the tenant in prompt payment of rent, he concluded that relief from forfeiture was appropriate.

In the concluding statements of the argument of this case, it emerged that no formal order, pursuant to the hearing before Judge McMahon and his reasons for judgment, was ever taken out. On February 23, 1979, the writ of summons in this action was issued.

It is appropriate to look briefly at the acquisition of the lands, of which the property in issue in this proceeding comprises part, and as to certain matters of title. The first document in exhibit 1 is an offer to purchase made by Jack Deutsch and Ed Bubrich, as purchaser, to Gordon H. Fuller Construction Co. Ltd., as vendor. It is an offer to purchase part of Lot 11, Concession 7, commencing from a point 402 ft. from the south boundary line; thence, north 200 ft. frontage parallel to Hennin Street; thence west, 325 ft.; thence, 200 ft. parallel to Hennin Street; thence east, 325 ft. parallel to the north boundary line to the point of beginning. The purchase price is $13,000. The document is dated November 18, 1972.

The second document in exhibit 1 is a further agreement of purchase and sale, also between Deutsch and Bubrich, as purchaser, and Fuller, as vendor. The description there contained is in these terms: part of Lot 11; Concession 7, commencing from a point 600 ft. from the south boundary line; thence, north 10 ft. frontage parallel to Hennin; thence, west 325 ft.; thence, 10 ft. parallel to Hennin Street; thence, east 325 ft. parallel to the north boundary line to the point of beginning. The price was $650. The date of the offer is March

1982 CanLII 1858 (ON SC)

12, 1973.

I observe, in passing, that, having regard for the sequence of events, it would appear that, when the lease was executed on March 16, 1973, Bubrick and Deutsch were the owners in equity of the property upon which the building was constructed for the plaintiff.

At p. 18 of exhibit 1 is a copy of an instrument, being a deed of conveyance, dated March 30, 1973, made by Gordon H. Fuller Construction Company Limited to Jacob Deutsch, Susan Deutsch, Ed Bubrich and Erma Bubrich. The conveyance to these parties was to Jacob Deutsch and Susan Deutsch, as joint tenants, as to an undivided one-half interest, and to Ed Bubrich and Erma Bubrich, as joint tenants, as to the remaining undivided one-half interest. The defendant Susan Deutsch was the wife of Jacob Deutsch, and the defendant Erma Bubrich was the wife to Ed Bubrich.

The lands described include the 210 ft. of frontage comprehended in the two agreements of sale and purchase to which I have referred. The acquisition of the additional 10 ft. was apparently made necessary to accomodate the building to be leased to the plaintiff and a similar building which Deutsch and Bubrich intended to construct on the lands, to the north, for the purpose of producing a rental income.

On May 22, 1973, a notice of lease was registered in the registry office. That notice appears at p. 14 of exhibit 1. It is to be observed that the lease was never executed by Susan Deutsch or Erma Bubrich although they would appear to have had an interest in the title to the property at the time the lease was made.

It is now appropriate to make some detailed observation with respect to the lease, which is found at p. 8 of exhibit 1. Having regard for the fact that the lease was of lands upon which a building was to be constructed, one approaches the document with something less than a feeling of confidence when it is to be observed that it is a "Form No. 293 Store and House Lease", apparently provided by a law stationer. It is, as I

1982 CanLII 1858 (ON SC)

have already indicated, dated March 16, 1973. It was made between Deutsch and Bubrich, as lessors, and the plaintiff as lessee.

The description, upon which something turns, is in these terms, leaving out the surplus language:

> ... all that messuage or tenement situate, lying and being composed of the Southerly 107 feet from front to rear of Lot 11, Concession 7, in the Township of Sandwich South, in the County of Essex, and Province of Ontario, more particularly described in Schedule "A" hereto annexed, together with a manufacturing plant, more particularly described in Schedule "B" hereunto annexed.
>
> Land demised three hundred and twenty-five feet by one hundred and seven feet (325' x 107').

The lease was for a term of five years, to be computed from July 1, 1973, and to be completed July 30, 1978. The yearly rental is $9,999.96, which is to be paid in monthly instalments of $833.33. The express provision is for the first payment of rent to be made July 1, 1973, but there is a provision, if the building is not ready for occupancy, for payment on the 15th day after the building is ready for occupancy.

The document contains an option to purchase and an option to renew the term, as follows:

> NOTWITHSTANDING anything hereinafter and hereinbefore contained, the Lessee upon giving three (3) months notice in writing to either of the Lessors, either at their place of business or at either of the addresses above set out, have the option to renew the within lease on the same terms, covenants, conditions and rents, for a further period of five (5) years, with a further option to renew for a further period of five (5) years, PROVIDED HOWEVER that in addition to the monthly rental of $833.33 hereby reserved, the Lessee shall pay any additional interest chargeable on renewal of any mortgage placed by the Lessors on the lands and premises herein the same to be charged as additional monthly rental.

1982 CanLII 1858 (ON SC)

If however, any such mortgage is renewed at a lower interest rate, then the monthly rental shall be accordingly reduced in the same manner.

The Lessors covenant and agree that if the Lessee has fulfilled all its obligations hereunder, then the Lessee shall have the option of purchasing the demised premises (including all lands and buildings now or hereinafter erected hereon) at any time after the signing of this lease. The Lessee may exercise its option to purchase by delivering a letter to either of the Lessors or mailing the same postage prepaid and addressed to either of the Lessors at their addresses hereinbefore set out, and upon exercising of such option aforesaid, the purchase and sale shall be completed within sixty (60) days after exercising the option to purchase. The purchase price shall be the total sum of

(a) the set value of the land fixed at $10,000.00,

(b) the actual cost of erecting the building as proven by appropriate invoices, and

(c) an additional sum of 30% of such actual cost of erecting the building.

Upon payment of the above sums the Lessors shall deliver to the Lessee a good and sufficient deed to pass title free and clear of all incumbrances, liens, mortgages or other charges, unless the Lessee agrees to assume the same, in which case the lessee shall receive appropriate credit for assuming such incumbrances, liens, mortgages or other charges.

The concluding clause of that document is in the following terms:

It is expressly understood and agreed that the within lease and the entire agreement was made between the parties hereto and that all representations made by the parties, their agents or any representatives of either of them are set out in the within lease and there shall be no modification, alteration or surrender hereto, except in writing and signed

1982 CanLII 1858 (ON SC)

by both parties.

The evidence indicates that the schedules which are described in the lease and which apparently were intended to be attached never were attached. Indeed, there is no evidence that they were ever prepared.

The lease, although it contains a provision to sell, upon exercise of an option, a portion of the property, contains no reference to the Planning Act. Although the prayer for relief as contained in the statement of claim asks, first, a declaration that the option to purchase was valid and binding and, only in the alternative, rectification of the agreement, it is common ground that, for success in the action, the plaintiff must succeed in obtaining rectification of the lease.

It must succeed in obtaining rectification in two respects: first, by the insertion of a condition dealing with compliance with the Planning Act; and, second, by the insertion of a description which accurately describes the lands occupied by the plaintiff. I shall deal with these two issues of rectification in the order in which I have referred to them.

Section 29(7) of the Planning Act is the section of that Act with which I am particularly concerned. It is in these terms:

> 29(7) An agreement, conveyance, mortgage or charge made, or a power of appointment granted, assigned or exercised in contravention of this section or a predecessor thereof does not create or convey any interest in land, but this section does not affect an agreement entered into subject to the express condition contained therein that such agreement is to be effective only if the provisions of this section are complied with.

It is common ground that the exercise of the option by a sale from the defendants to the plaintiff would require compliance with the requirements of s. 29 of the Planning Act, or would be in contravention of it.

As the case was argued, counsel for the plaintiff conceded,

1982 CanLII 1858 (ON SC)

in the course of the argument, that the lease must be rectified by the insertion of a condition, as required by s. 29(7), or the option was unenforceable. In the arguement, insofar as it pertained to the principles applicable in a case in which rectification is sought, it was contended by counsel for the plaintiff that there were two lines of authority in Ontario.

The first of these lines of authority is represented by H. F. Clarke Ltd. v. Thermidaire Corp. Ltd., [1973] 2 O.R. 57, 33 D.L.R. (3d) 13, 9 C.P.R. (2d) 203 [reversed [1976] 1 S.C.R. 319, 54 D.L.R. (3d) 385, 3 N.R. 133] judgment of the Ontario Court of Appeal; and by Glascar Ltd. et al. v. Polysar Ltd. (1975), 9 O.R. (2d) 705, 61 D.L.R. (3d) 577, a judgment of Mr. Justice J. Holland, in which he followed expressly Clarke v. Thermidaire. The other line of authority is represented by the judgment of Mr. Justice Eberle in Peter Pan Drive-In Ltd. v. Flambro Realty Ltd. (1978), 22 O.R. (2d) 291, 93 D.L.R. (3d) 221; affirmed 26 O.R. (2d) 746, 106 D.L.R. (3d) 576.

In Clarke v. Thermidaire, the test as to the propriety of granting the rectification is to be found at pp. 64-65 O.R. in the reasons for judgment of Mr. Justice Brooke. He has this to say:

> When may the Court exercise its jurisdiction to grant rectification? In order for a party to succeed on a plea of rectification, he must satisfy the Court that the parties, all of them, were in complete agreement as to the terms of their contract but wrote them down incorrectly. It is not a question of the Court being asked to speculate about the parties' intention, but rather to make an inquiry to determine whether the written agreement properly records the intention of the parties as clearly revealed in their prior agreement. The Court will not write a contract for businessmen or others but rather through exercise of its jurisdiction to grant rectification in appropriate circumstances, it will reproduce their contract in harmony with the intention clearly manifested by them, and so defeat claims or defences which would otherwise unfairly succeed to the end that business may be fairly and ethically done.

1982 CanLII 1858 (ON SC)

Then, following, are the cases upon which Mr. Justice Brooke relied.

As I have indicated, this test was followed and applied by Mr. Justice J. Holland in Glascar.

A somewhat different test was applied by Mr. Justice Eberle in Peter Pan v. Flambro, or, at any rate, if the test was not different, the terms in which it was expressed are slightly different. At p. 225 93 D.L.R., Mr. Justice Eberle makes reference to an English case (Joscelyne v. Nissen et al., [1970] 2 Q.B. 86) and quotes, with approval, the following language:

> "... that a Court has jurisdiction to rectify an agreement if there was a common continuing intention in regard to a particular provision of the agreement, but that an outward expression of accord and convincing proof that the concluded instrument did not represent the parties' common intention were required."

He goes on:

> With this conclusion, I agree, and find it particularly helpful in resolving the issue in the present case.

I have cited these cases and the possible difference in approach which they represent, because they were raised in argument, and counsel adverted to the possible difference. In the view which I take of this case, I need not pursue that rather elusive difference.

Turning to apply the law to the facts of this case, what the plaintiff must establish in order to succeed is that the lease should be rectified by the insertion of a clause to read in these terms:

> This agreement is conditional on compliance with the provisions of the Planning Act, R.S.O. 1970, c. 349, and amendments thereto.

1982 CanLII 1858 (ON SC)

Depending on whether I apply the test as expressed in Thermidaire or as expressed in Joscelyne, and Peter Pan, I must find either that:

(a) the parties were in complete agreement as to this being a term of their contract, and that contract omitting this term was written incorrectly; or

(b) that there was a common continuing intention in regard to such a term, an outward expression of accord and convincing proof that the concluded instrument did not represent the parties' common intention.

In addition to expressing, in somewhat different terms, the substance of what must be established to make out a case for rectification, the authorities on the subject have expressed, in somewhat different terms, the nature of the burden of proof upon a party seeking rectification. These have ranged from "reasonable doubt", on the one hand, to "convincing proof", on the other. I am inclined to agree with Mr. Justice Eberle, in thinking that the importation of the phrase "reasonable doubt", with its implications related to the criminal law, is not appropriate, and that the phrase "convincing proof" is a good one. It implies something higher than the simple establishing of the proof on the balance of probabilities, which is the proof normally applicable in civil cases.

With these considerations, as they pertain to the law, in mind, it is now appropriate to look at the evidence which dealt with this aspect of the matter as the transaction was taking form.

In this respect, evidence was given on behalf of the plaintiff by Messrs. Brauss and Dercho, who, as I have already pointed out, were officers of the plaintiff, and by Abramson, the solicitor who, on their instructions, drew the lease. Evidence was given in this connection on behalf of the defendants by Bubrick, Deutsch having died during the currency of the action.

The evidence of Brauss is to the effect that he knew that the

1982 CanLII 1858 (ON SC)

lease would be for a portion only of the lands owned by Deutsch and Bubrick; would be approximately half the property that he owned in that location. He had discussions with Deutsch as to the frontage which was to be purchased. When the transaction was being discussed with Abramson, there was discussion, according to Brauss, in the presence of all parties, concerning the necessity that the lands be "severed".

He indicated that, at the time the lease was executed, he was not aware of the existence of the Planning Act or of the need for any condition called for by the provisions of that Act. In cross-examination, he indicated that knowledge of the Planning Act came to him long after the event (that is, long after the execution of the lease) as a surprise, and that he had not known about it previously. He himself, apparently, considered that because of the lease, the land had already been "severed".

It was not until some time in 1976 that something of the nature and effect of the breach of the Planning Act was explained to him. At that time, he apparently made an abortive attempt to get approval of a severance, and was not unsuccessful. He indicates that, prior to the execution of the lease, no thought was given, either by him or by Dercho, to the provisions of the Planning Act, and that they were never discussed.

The evidence of Dercho is much the same effect. There is, however, one significant emphasis in his evidence. It is apparent that when the question of "severance" was discussed, and it was made apparent that a proper description would be required which would entail the obtaining of a survey and, hence, would entail some expense which Dercho was not prepared to assume, his evidence was to the effect that, as to any problems which might result they would let it go and take care of it later.

The evidence of Bubrick indicates that he knew nothing about the provisions of the Planning Act until long after the discussions leading up to the lease and the execution of the lease. He says that there was never any discussion in his presence about the Planning Act. He only found out about it,

1982 CanLII 1858 (ON SC)

and something about its effect, in 1978.

The evidence of Abramson, the solicitor, is somewhat less that convincing. He indicates that he got his first instructions with respect to the matter on February 20, 1973, and that a meeting with respect to the matter took place on February 26th, at which Brauss, Dercho, Deutsch, and Bubrick were present. He indicates that he reviewed the terms of the proposed transaction in the presence of all four parties; that he asked whether there was an "R" plan or a survey or description, and was told that there was none; that he enquired whether the plaintiff was getting all or only part of the lands owned by the defendants, and said that, if only part was being obtained, a "severance" would be required.

He indicates that he was aware of s. 29 of the Planning Act and of its requirements. His evidence is to the effect that, notwithstanding the warning which he gave with respect to potential problems, he received instructions that he was to go ahead without a proper description of "severance", and that his clients knew all about the potential problems. His evidence further indicates that, in his negotiations with Lyons, the solicitor acting for the defendants in the negotiation of the lease, he concluded that Lyons was not prepared to meet or deal formally with the problems created by the Planning Act.

On that evidence and as relevant to this issue, I make the following findings of fact. And when I say "on that evidence", I do not confine it, of course, to that evidence, but make these findings upon all of the evidence referring to that, particularly as bearing on the negotiations which led up to the execution of the lease:

1. The agreement for lease and the lease were drawn in great haste by reason of the urgent need of the plaintiff to have the building ready for occupancy so that its operations could be moved from its other locations.

2. Prior to the execution of the lease, none of the individuals directly concerned (namely, Brauss, Dercho, or Bubrick) had any knowledge of the Planning Act or its

1982 CanLII 1858 (ON SC)

requirements.

In this connection, I observe, in passing, that it was conceded by counsel for the plaintiff, in argument, that the Planning Act was never discussed prior to the execution of the lease.

3. In the discussions of "severance" which took place prior to execution of the documents, none of these individuals understood that term as related to or affected by the Planning Act, or the formalities which that Act required.

4. To the extent that Brauss, Dercho, or Bubrick understood or considered "severance", that understanding was limited to the rudimentary need to create a parcel for purposes of the lease, separate or severed by a description from the other lands owned by the defendants.

5. Brauss considered that such a severance had been effected by the lease.

6. To the extent that Brauss and Dercho understood any warning given by Abramson concerning prospective problems related to severance of description, they elected, knowingly, to proceed in the face of those problems, in the anticipation that, because of the personal relationship which they had with Deutsch, the problems could be worked out.

7. From March of 1973, when the lease was executed, until this action was instituted, by writ issued on February 23, 1979, no step was taken by either party either to rectify the lease or to effect compliance with the Planning Act, save only the abortive effort made on behalf of the plaintiff some time in 1976.

Were it necessary to find that there was no evidence of that continuing intention and outward expression of accord, that the term now sought to be added by rectification should be included in the lease, it might well be proper to make such a finding on the evidence. It is not necessary. It is sufficient to say that the plaintiff, on the lowest view of the burden of proof

1982 CanLII 1858 (ON SC)

and on the least rigorous test of what must be shown, has utterly failed on this issue.

In dealing with the evidence, I should have made some comment with respect to the absence of any copy of the reporting letter made by Abramson to the plaintiff after his participation in the lease transaction was completed. He testified to a practice of writing such reporting letters, but could find none in his files with respect to the matter, or elsewhere in his office; and none was found or produced by the plaintiff.

The plaintiff was really reduced, in argument, to making a case somewhat along these lines: there was a common intention to create a legally binding agreement and, therefore, there must, by inference, have been an intention to do that which was necessary to call into existence a legally binding agreement.

As to an argument in such terms, there are at least two answers. The first is in the language of s-s. (7) of s. 29 itself, which requires an "express condition". The second is in the approach taken in Rogers et al. v. Leonard (1973), 1 O.R. (2d) 57, 39 D.L.R. (3d) 349, a judgment of Mr. Justice Haines. There, Mr. Justice Haines was dealing with a contract which involved both the application of the Lord's Day Act and of the Planning Act. In connection with the latter, the substance of his judgment may be ascertained from a portion of the headnote, in these terms:

> In addition, the contract was void by virtue of s. 29(7) of the Planning Act, R.S.O. 1970, c. 349, which provides that an agreement made in contravention of s. 29 creates no interest in land unless it contains an express provision that it is conditional upon compliance with the section. The mere statement of intent in the memorandum that all official papers are to be drawn up did not constitute an express condition within the meaning of the subsection.

On p. 69 O.R., there is language particularly apt for present purposes:

> The parties never having heard of the Planning Act, it is

1982 CanLII 1858 (ON SC)

difficult to imagine how compliance therewith could have been contemplated. In my opinion, a mere statement of intent contained in the agreement that all official papers are to be drawn up, and a general intention to comply with all legal formalities cannot constitute an express condition within the meaning of s. 29(7).

By way of contrast, one may look at Ludlow v. Beattie et al. (1978), 20 O.R. (2d) 363, 87 D.L.R. (3d) 561, 5 R.P.R. 27, judgment of Mr. Justice Cromarty. In that case, as in this, rectification was sought to include a provision making an agreement conditional on compliance with the Planning Act. Mr. Justice Cromarty, in that case, found it appropriate to do so.

I have, however, to look at p. 36 R.P.R., where he sets out his findings of fact, which he expresses in these terms:

1. Both parties intend to enter into a binding contract when they signed the offer to purchase on August 25th.

2. Before that date they had agreed that severance of the south part of the land was necessary and that in speaking of severance they meant a compliance with the provisions of The Planning Act and the obtaining of a consent by the Committee of Adjustment to convey the land.

A moment's mental view of the evidence in this case will indicate how far short it falls of making possible any such finding of fact as the second one made by Mr. Justice Cromarty.

Counsel for the plaintiff contends that it is not necessary that the parties specifically direct their minds to the provision which was omitted, or to the Planning Act. And in this regard he refers to the judgment of Mr. Justice Eberle in Peter Pan Drive-In Ltd. v. Flambro Realty Ltd. (1978), 22 O.R. (2d) 291, 93 D.L.R. (3d) 221; affirmed 26 O.R. (2d) 746, 106 D.L.R. (3d) 576. There, the provision of the contract which appeared to be missing had to do with the obligation to meet the payments on a mortgage. It appeared that the relevant agreement was silent as to which of the parties was to bear this obligation.

1982 CanLII 1858 (ON SC)

In considering that judgment and the argument of counsel for the plaintiff, to which I have just referred, one should look particularly at what is said at p. 224 93 D.L.R. in this passage:

> In accepting the evidence of the plaintiff's witnesses I hold that all of the parties to the transaction in 1965 were of one mind, namely, that Peter Pan, the borrower, was the one responsible for repayment of the mortgage. The witnesses admitted frankly that it did not occur to them to put a clause to this effect in the lease but it is beyond argument that if the point had been raised (and the witnesses admitted that it had not been raised in their discussions) the Peter Pan group would have agreed at once to the inclusion in the lease of a term expressing clearly that Peter Pan was responsible for the mortgage repayment. The parties were clearly ad idem on this matter.

I point, in passing, and in relation to this section of that judgment, to the evidence in this case that the plaintiffs were not prepared to assume expense attendant upon a "severance", and to the indication from their solicitor that the solicitor for the defendants was unwilling to deal with the problem.

It is also useful to examine the further language of Mr. Justice Eberle, at p. 226 93 D.L.R., where he says this:

> In the case at bar the evidence was that there was no discussion about the respective obligations to pay the mortgage payments. It seems obvious to me that the point was so clear, i.e., that Peter Pan alone was responsible for the mortgage payments, that discussion was unnecessary.

If one looks at the judgment in Clarke Thermidaire and the judgment in Glascar, it will be apparent that there were extensive preliminary negotiations, as opposed to the hasty preparation made for the lease in this case. It will also be observed that, in Clarke v. Thermidaire, the previous contracts which are referred to had always included the limiting words regarding "territory", which it was sought to include by way of

1982 CanLII 1858 (ON SC)

rectification. In Glascar, it will be seen that the parties were both conscious throughout their negotiations of the need to comply with the Planning Act.

By way of contrast, one may look, in the instant case, at the absence of any real understanding of the requirements of the Planning Act, and at the reluctance to deal with those requirements, imperfectly though they were understood.

As I have already indicated, the claim of the plaintiff to rectification by insertion of a condition under s. 29 of the Planning Act fails completely.

The second branch of the case, as it pertains to rectification, has to do with the description. It will be recalled that the lease was intended to have appended to it a description, and that no such appendix was every attached or, insofar as the evidence indicates, even prepared. The description in the body of the lease does not, when examined with relation to the limits of the lot of which it is said to be a part, touch any part of the lands occupied by the plaintiff. To state it in the baldest terms, the description in the lease is virtually useless, save that it does identify a parcel 107 ft. by 325 ft., which, it is agreed, is the appropriate quantity of land.

In view of the position taken by counsel for the defence, I do not intend to review in detail the evidence pertaining to the intention of the parties as it relates to the description of the land to be leased.

Applying the tests which I outlined, and applied to the first claim for rectification, there is, with respect to the second, convincing evidence of a common, continuing intention and outward manifestation of that intention, that the parcel described in the manner sought by way of rectification was intended to be leased to the plaintiff. Counsel for the defendants does not really contend otherwise. The lease, therefore, should be rectified accordingly.

My disposition of the claim for rectification, as it pertains

1982 CanLII 1858 (ON SC)

to s. 29 of the Planning Act, disposes of the plaintiff's action both as to the claim for specific performance and as to the claim for damages. I need not, therefore, deal with the other defences which were raised in respect of that claim. In that connection, I need mention only two matters, neither of them of significance for my judgment and disposition of the matter, but as having some possible significance in the event that a different view of the issues I have disposed of should be taken in another court.

One of the bases on which the enforcement of the option was resisted by the defences raised in para. 7(a) of the statement of defence, was amended at trial. That portion of the statement of defence is in these terms:

> 7(a) Further particulars of the Plaintiff's non-compliance with the condition rprecedent for exercising the option set out in paragraph 2 of the last lease includes a failure to make the monthly rental payments to the Defendants in the time permitted in the terms of the said lease.

Lest it should be of significance elsewhere, I am asked by counsel for the defendants to make a finding of fact with respect to the matters there raised. In that connection, I would accept the evidence of the defendant Susan Deutsch, to the effect that there was frequently recurring failure to pay the rent on the dates as required by the lease, and that it was this unsatisfactory pattern of payments which led the landlord to give notice of termination and to institute the landlord and tenant proceedings.

The second matter which I should mention, incidentally, is the matter of damages. It was agreed, from an early stage of the trial, that if, having regard for the disposition of other issues, damages were to be assessed, they would be assessed upon a reference. In view of my conclusion on the other issues, no need for such a reference arises. If a need for assessment results from some other disposition of those issues elsewhere, the reference can then be directed.

However, counsel for the defendants argues that, by reason of

1982 CanLII 1858 (ON SC)

the state of title to the land in question and the evidence before the Court, no damages can be recoverable. It is submitted that there could be no decree for specific performance, because the defendants Susan Deutsch and Erma Bubrick were never parties to the lease which contained the option. It would follow, it is submitted, that they were never parties and never could have been parties to any agreement for sale which might have resulted.

In these circumstances, it is the submission of counsel for the defendants that any claim to damages is limited to damages for loss of bargain, according to the rule in Bain et al. v. Fothergill et al. (1874), L.R. 7 H.L. 158, that such damages would include only the cost of investigating the title and otherwise incidental to preparing the transaction, and that, on the facts in this case, no such costs were ever incurred. This submission is not germane to the disposition which I make of the action, but is noted as keeping the matter open, should it require to be argued by the defence elsewhere.

The remaining issues to be dealt with in the case relate to the position of the plaintiff as tenant of the lands in question and not as a prospective purchaser. No claim in this regard is raised in the statement of claim. The issue is raised, to the extent that it is raised, by the counterclaim, which asserts a right to possession and asks a declaration that the plaintiff has no right, title, or interest in the lands in question.

The defence to counterclaim, in its original form, contained a paragraph, numbered 2, in these terms:

> 2. The plaintiff, Defendant by Counterclaim denies the allegations contained in paragraph 11 of the Statement of Defence and Counterclaim and states that the option to renew was given in accordance with the provisions of the said lease.

This pleading was amplified by an amendment at trial to include a para. 2(a), in these terms:

1982 CanLII 1858 (ON SC)

In the alternative, the Defendants, by failing to advise the Plaintiff in a timely fashion of the fact that the Defendants were refusing to permit the Plaintiff to exercise the option to purchase, caused the Plaintiff to deliver an option to renew the lease outside the time provided for that purpose in the said lease. The Plaintiff pleads that the Defendants are estopped from relying on the late delivery as a ground for terminating the lease agreement.

On those pleadings, three arguments were put forward in this connection by counsel for the plaintiff:

1. The lease was renewed by exercising of the option to renew contained in the lease. I do not propose to reread that provision, but it calls for three months' notice in writing.

2. The conduct of the parties had been such that it should be found that the lease was fully renewed in all respects, including the right to further renewal for a term of three years.

3. The conduct of the parties had been such that, failing a finding that the lease was duly renewed in all respects, including a right to further renewal, it should be found that the plaintiff is entitled to possession until June 30, 1983, which would be the end of the second five-year term.

I shall deal with these three submissions in order. Insofar as the first is concerned, counsel for the defendants argues, first, that the lease is entirely void, or unenforceable, because of s. 29 of the Planning Act. The reference, of course, is to the portion of s-s. (7) of s. 29, which says that an agreement in contravention "does not create or convey any interest in land". It is the contention of the defence that the effect of s. 29(7) is to make the lease void in its entirety. The plaintiff, on the other hand, contends that the option to purchase, if it be void, as being struck down by s. 29(7), is susceptible of being severed and that the lease can stand and is enforceable without it.

In this connection, reference was made by counsel for the

1982 CanLII 1858 (ON SC)

defendants to Kitching v. Hicks et al. (1884), 6 O.R. 739; to Gore v. Van Der Lan, [1967] 2 Q.B. 31, [1967] 1 All E.R. 360; and to Cheshire and Fifoot The Law of Contract, 8th ed. (1972), at p. 382. No case was cited dealing with this issue as related to the Planning Act.

In my view, guidance can be obtained from the judgment in Kitching v. Hicks. The document there considered was a chattel mortgage, which included, also, an assignment of book debts. The Court of Appeal, reversing the judge of the first instance, held that, so far as the book debts were concerned, as to which registration was unnecessary, the agreement was valid and binding as against the creditors. In the head-note, one finds this statement:

> The rule now is, that if the legal part of the contract in question can be severed from that which is illegal, the former shall stand good whether the illegality exist by statute or common law.

Support for this section of the head-note may be found in the judgment of Mr. Justice Osler appearing at p. 752 O.R., where, after quoting the then earlier rule, he has this to say:

> Later authorities, however, shew that this rule has been relaxed in modern times, and that if the legal part of the contract can be severed from that which is illegal, the former shall stand good whether the illegality exists by statute or at common law.

Assuming that the entire lease is not struck down by s. 29 of the Planning Act, I would find no difficulty in severing the option to purchase. It could be done without difficulty, leaving the lease entire and effective as to its terms.

It seems plain, from the language of s-s. (7) of s. 29, read in context, that what is there struck at is a conveyance, and that the lease is not intended to be thereby affected. Having that in mind, and having the modern view, as enunciated by Mr. Justice Osler, it would, in my view, be appropriate to sever the offending option and to leave the lease outstanding and in

1982 CanLII 1858 (ON SC)

force, subject, of course, to any other frailties which may be inherent in it. It is upon that basis that I approach a disposition of the three points raised by counsel for the plaintiff.

On the first point (that the option had been or should be held to have been exercised), his argument had two branches. The first was that the notice had been given in accordance with requirements of the lease. Without reading it in its entirety, the relevant portion of the option to renew is in these words:

> NOTWITHSTANDING anything hereinafter and hereinbefore contained, the Lessee upon giving three (3) months notice in writing to either the Lessors, either at their place of business or at either of the addresses above set out, have the option to renew the within lease on the same terms, covenants, conditons and rents, for a further period of five (5) years ...

The plaintiff contends that, upon this provision, the only requiremnt was that there should be three months' notice. Put another way, he argues that, once notice is given, three months later, a new term results. Such a construction of the clause would, in my view, be perverse. In the first place, it would potentially leave the landlord until the last day of the term without knowing whether or not there was to be a renewal. The practical disadvantages are obvious. It would also have the potential effect of leaving both parties in limbo during the period following the termination of the lease, by effluxion of time, until the date (according to the notice) the renewal term commenced.

The only sensible construction, in my view, is that the notice in writing was to be given three months prior to the end of the term. If any reinforcement of that conclusion is required, it may be borne in mind that the document was prepared by the plaintiff's solicitor and that the contra proferentem rule could be applied.

The second branch of his argument (that the lease should be deemed to have been renewed by notice) relates to estoppel. In

1982 CanLII 1858 (ON SC)

this regard, it should be remembered that when the notice purporting to exercise the option to renew was given, the landlord and tenant proceedings were pending and the plaintiff was taking legal advice with respect to its position. The same was true when notice was given purporting to exercise the option to renew the lease.

I can find nothing in the conduct of the defendants which lulled the plaintiff into a false sense of security with respect to the option to purchase, such that, in consequence, it did not exercise the option to renew the lease. The defendants were under no duty or obligation to notify the plaintiff of their position with respect to the option to purchase, save upon the plaintiff giving the appropriate notice that it wished to exercise the option. That when it learned of the defendants' position with respect to the option, it was then too late to exercise the option to renew the lease is not, in my view, to be laid to the defendants. I find no detrimental reliance, and I find nothing in the nature of estoppel.

The second and third of the two points raised by counsel for the plaintiff can conveniently be dealt with together, because they both turn on the conduct qof the parties. The plaintiff's arguments on these points was strenuously resisted by counsel for the defendants, on the basis that it was not pleaded and, because not pleaded, there was no proper evidence and that, in any event, there was not a proper joinder of the parties.

It is necessary, I fear, to review briefly the sequence of events as it relates to this issue. In February of 1976, the landlords gave notice of termination. In July of 1976, the landlords launched the landlord and tenant proceeding. In November of 1976, the plaintiff, as tenant, launched its motion, in the landlord and tenant proceedings, for relief from forfeiture. In May of 1978, there was a hearing with respect to those landlord and tenant proceedings, resulting in reasons by the County Court judge, indicating that relief from forfeiture was appropriate; no formal order was ever issued.

On June 30, 1978, the first five-year term, as limited by the

1982 CanLII 1858 (ON SC)

lease, came to an end. On February 23, 1979, the writ in this action was issued. The plaintiff contends that the defendants accepted rent after the disposition of the landlord and tenant proceedings and, more particularly, after June 30, 1978, and thereby created a new five-year term, with all of the consequent incidents, including the right to renew and that I should so declare.

Alternatively, he contends that the defendants thereby created at least a five-year term without the right of renewal, and that the defendants' claim to possession, as raised in the counterclaim, should, consequently, be dismissed. In this connection, reliance is placed, by the plaintiff, on two cases: Alexander v. Herman (1912), 3 O.W.N. 755, 2 D.L.R. 239, and Roman Catholic Episcopal Corp. de St. Albert v. R. J. Sheppard & Co. Ltd. (1913), 9 D.L.R. 619, 3 W.W.R. 814, 6 Alta. L.R. 128.

In dealing with this issue, I feel obliged to give effect to the argument of counsel for the defence, that it was never properly raised in the pleadings. Since the start of the trial, the pleadings in this action have been amended to such an extent that the record is hardly recognizable in comparison with that which was originally passed. It was, no doubt, this condition of affairs which led to what I consider to be a wise decision on the part of counsel for the plaintiff not to raise, in the dying phases of the argument, a further request for amendment. Had it been raised, it would have been refused. There must be some finality in every case. That, in itself, is sufficient to determine the question adversely to the plaintiff.

In addition, however, I may say that, quite apart from that, the evidence is extremely sketchy as to what happened in that period intervening between the determination of the landlord and tenant proceedings on May 23, 1978, and the date in February of 1979 when the writ in this action was issued. There was some sketchy evidence from the plaintiff that the payments as to taxes were being made and that the rent was current at the date of trial. No evidence on this issue was led by the defendants, and no cross-examination by counsel for

1982 CanLII 1858 (ON SC)

the defendants was conducted. These omissions were directly related to the state of the pleadings.

It is because of these omissions and the state of the pleading that counsel for the defendants strenously makes the point that to give effect to either of these arguments would be prejudicial, in the extreme, to the defendants. Even had it been unequivocally established that, in the intervening period (which I have just defined), there had been payment and acceptance of moneys by the plaintiff to the defendants in amounts equivalent to the rent reserved by the lease, it would be unreasonable to conclude, having regard for the history of the matter prior to June 30, 1978, that the defendants, by accepting such payment, had created a new five-year term. I think it would be especially so in the face of their position, as enunciated, particularly in exhibits 7, 3, and 6.

The County Court judge expressed the view that the plaintiff was entitled to relief from forfeiture. That conclusion, had it been embodied in a formal order, could have done no more than effect relief from forfeiture of the original term. I would not be prepared, even if the state of the pleadings permitted, to hold that acceptance of payments, in the circumstances to which I have referred, would have had the effect of creating a new term. The cases referred to by counsel for the plaintiff in this connection, make it clear that this is a conclusion to be arrived at in each instance upon the facts of a particular case.

Accordingly, a judgment will go that the lease be rectified as to the description and that, otherwise, the plaintiff's action is dismissed with costs. The defendants are entitled, upon the counterclaim, to an order for possession and for the declaration asked. They should have the costs of the counterclaim.

For the plaintiff, the implications for this judgment, in terms of relocation of its operations, may be significant, and may not be susceptible of instant solution. I think no injustice will be done to the defendants, if I direct that no writ of possession shall issue until after June 30, 1982. If

1982 CanLII 1858 (ON SC)

this limitation, or its duration, appears to either counsel to require submissions, I may be spoken to.

I have endorsed the record in the following terms:

For reasons given, plaintiff entitled to rectification of lease as to description. Otherwise, its action is to be dismissed with costs.

The defendants are entitled to possession and to a declaration as asked in the counterclaim, that the plaintiff has no interest in the lands. The defendants should have costs of the counterclaim.

No writ of possession is to issue until after June 30, 1982.

Judgment for defendant.

1982 CanLII 1858 (ON SC)

TAB 11

Court File No. 316/07

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE

BETWEEN:

JANET WAECHTER and
KAREN SPEERS as Executors of the Estate of the late
AUDRIE LORRAINE DYER

Applicants

-and-

JOHN H. TOZER and EILEEN TOZER

Respondents

Court File No. 72-08

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE

BETWEEN:

HANNA'S LANDING INC.

Applicant

-and-

SANDRA EILEEN TOZER SPENCE

Respondent

Court File No. DCO-798-88

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE

BETWEEN:

JOHN H. TOZER and EILEEN H. TOZER

Plaintiffs

-and-

AUDRIE LORRAINE DYER, Administratix of the Estate of the late
JOHN W. DYER also known as JACK DYER, and the said AUDRIE
LORRAINE DYER in her present capacity

Defendants

Appearances:

Nicholas B. Roche	Solicitor for Janet Waechter et al.
John W. Chidley-Hill	Solicitor for Sandra Eileen Tozer Spence
E. Jean Polak	Solicitor for Hanna's Landing Inc.

2008 CanLII 65588 (ON SC)

REASONS FOR DECISION

Wood J.:

1. This was the return of an application and cross-application each requesting that a consent order dated March 27, 1991 and registered against lands owned by Hanna's Landing Inc. (Hanna's Landing) be struck from the parcel register. The main application was brought by the vendor of the lands to satisfy an undertaking given on closing to clear the title. The cross-application was brought by Hanna's landing the purchaser to satisfy an undertaking given to the financial institution funding the purchase. The facts are not in dispute. I find them to be as follows.

2008 CanLII 65588 (ON SC)

Facts

2. In 1987 Jack and Audrey Dyer owned the lands recently purchased by Hanna's Landing then known as Parcel 16825. Their son used these lands to operate a trailer park fronting on the Indian River and also as an informal junk yard housing many pieces of derelict machinery. The park was located in an area of single family cottages and homes also located on the river or a widening of it just upstream from the Dyer's waterfront known as Mirror Lake. John and Eileen Tozer owned a permanent residence located where the lake narrowed into the river. It was designated parcel 11517.

3. Early in January 1987 the Tozers' and the Dyers' entered into a hand written agreement for the sale of a small part of the Dyer's 52 acre parcel to the Tozers'. The purpose of the purchase was apparently to allow the Tozers' to re-route a part of their access road, and to provide them with a buffer between their lands and the Dyer's. For reasons which are not clear the Dyers' refused to complete the transaction and the Tozers' sued for specific performance. The action was settled through Minutes of Settlement executed on November 2, 1990. The settlement provided that the Tozers' would acquire a smaller piece of land than originally agreed, but also an agreement that the Dyers' would clean up a portion of their

land lying next to the land being acquired by the Tozers'. The applicable portions of the minutes provided as follows:

> The parties to this action hereby agree to the granting of judgment in settlement of this action as follows:
>
> 1. A vesting order shall be issued by the court, vesting in the plaintiffs those parts of lot 32 in concession 2 of the former Township of Medora now in the Township of Muskoka Lakes in the District Municipality of Muskoka and being
> (a) Parts 1, 3, 4, 9, and 10 and part of parts 2, 5, and 8 on Plan 35R-11909 as marked in yellow on the attached sketch
> (b) A right of way for pedestrian and vehicular traffic at all times as appurtenant to parcel 11517 in the Register for Muskoka and the lands described above, over part 7 Plan 35R-11909
>
> 3.The defendants and their successors in title to those portions of Parts 2,5,6,7, and 8 Plan 35R 11909 which are not included in the lands vested in the plaintiffs as set out above, shall be restrained from using the lands in the following manner:
> (c) No derelict vehicles, boats or machinery will be stored or parked on the said lands, and
> (d) No open storage of any materials of any kind shall take place on the lands, and any materials stored on the lands shall be kept in closed storage. Closed storage consists of any completely enclosed building or structure whether or not roofed, and any partly enclosed structure, whether or not roofed, such that the items stored therein are not visible from the lands of the plaintiff, from part 6, and 7, Plan35R

2008 CanLII 65588 (ON SC)

> 11909 or from the right of way leading from the said part 7 to the public road. The intent of such storage is that the use of the said lands by the defendants shall be neat, tidy, and orderly and not visually offensive. Such restriction to affect only those lands set out above in Plan 35R-11909 and not affect any other lands owned by the defendant.
>
> 4. The defendants shall have until the 15th day of May 1991 for the purpose of taking all actions necessary for compliance with the said restraining order and thereafter shall strictly comply with the said order.

4. These clauses of the Minutes of Settlement were incorporated verbatim into a judgment dated November 5, 1990.

5. As the lands to be acquired in the judgment were not yet severed, the Tozers' obtained a severance and had a new reference plan prepared. The lands to be vested became parts 5, 6, 8, 9, 10, 12, and 13 on Plan 35R-14101, and the lands subject to the grant of right of way became Part 2 on the new plan. The vesting order was signed on March 5th 1991 and entered in the Register on March 14, 1991 as instrument 161963.

6. On March 22nd the parties through their lawyers, consented to a further order incorporating paragraphs 3 and 4 of the judgment describing the lands covered by the storage and cleanup terms as Parts 1, 2, 3, 4, and 7 Plan 35R-14101. That order which forms the subject of this litigation, was signed on March 27, 1991 and entered against the parcel register for the lands owned by the defendants on April 4, 1991 as instrument #162242.

7. Its' wording is as follows:

2008 CanLII 65588 (ON SC)

This proceeding having been resolved by judgment dated the 5th day of November 1990 and the parties having consented to the making of a further order relating to the lands described herein and constituting part of parcel 16825 in the Register for Muskoka being Parts 1, 2, 3, 4, and 7 on Plan 35R 14101 and upon reading the consent of the parties filed:

1. THIS COURT ORDERS that the defendants and their successors in title to Parts 1, 2, 3, 4, and 7, Plan 35R 14101, shall be restrained from using the lands in the following manner:

(a) No derelict vehicles, boats or machinery will be stored or parked on the said lands, and

(b) No open storage of any materials of any kind shall take place on the lands, and any materials stored on the lands shall be kept in closed storage. Closed storage consists of any completely enclosed building or structure whether or not roofed, and any partly enclosed structure, whether or not roofed, such that the items stored therein are not visible from the lands of the plaintiff, from part 1, and 2, Plan35R-14101 or from the right of way leading from the said part 2 to the public road. The intent of such storage is that the use of the said lands by the defendants shall be neat, tidy, and orderly and not visually offensive. Such restriction to affect only those lands set out above and not affect any other lands owned by the defendants.

2. THIS COURT ORDERS that the defendants shall have until the 15th day of May 1991 for the purpose of taking all actions necessary for compliance with the said restraining

2008 CanLII 65588 (ON SC)

order and thereafter shall strictly comply with the said order.

8. This order is registered against the parcel comprising the whole of the defendant's remaining 52 acres. Although it is agreed that the order pertains only to the lands described therein and would not affect any other parts of the parcel were they severed or sub-divided. It is common ground that the Dyers' never did clean up the lands and the Tozers' never took any steps to enforce the order.

9. Both John and Eileen Tozer have since died. Their land is now owned by their daughter Sandra Tozer Spence the named respondent in the cross-application. Both Jack and Audrie Dyer have also died. Audrie Dyer's estate sold the remaining Dyer lands to Hanna's Landing on April 10, 2007.

Discussion

10. The applicants divided their arguments between counsel although each adopts the other's position. The applicant Hanna's Landing argues that the consent order it wishes removed exceeds the authority of the court and should not have been made. It advances two reasons for this position. The first is that a court order cannot bind non-parties. The second is that even if it reflects the will of the parties, the contract between the Tozers' and the Dyers' was just that, a contract with no power to bind anyone but the signatories thereto. They argue that this is so because it fails to comply with the rules of equity governing the making of restrictive covenants binding land. In addition they argue that the land registrar should not have registered the order of March 27, 1991 as it did not comply with the provisions of s.119 of the *Land Titles Act.*

11. The Dyer estate argues that even if the restrictive covenant is a valid one binding the land it is no longer required and therefore the court should exercise its

2008 CanLII 65588 (ON SC)

jurisdiction under s.61 of the *Conveyancing and Law of Property Act* to remove it from the register.

12. The respondents argue not surprisingly, that the Minutes of Settlement constituted both a transfer of land and a valid restrictive covenant. They further argue that evidence of that covenant was properly registered against title to the Dyer's lands by way of the March 27, 1991 order and that the covenant therefore runs with the land. In response to the Dyer estate's position they argue that the covenant remains necessary to the respondents to properly protect their lands today.

13. I find that the issues to be determined are as follows:

    a. Did the Court have the authority to make the consent order the applicants wish removed from title?

    b. If so did the contract on which the order was based comply with the rules of equity governing restrictive covenants running with the land?

    c. Is there any valid reason for the restrictions in the order to remain on title or should the Court remove them pursuant to its power under the *Conveyancing and Law of Property Act*.

    d. Should the order of March 27th, 1991 have been registered under the *Land Titles Act.*

Did the Court have the authority to make the consent order the applicants wish removed from title?

2008 CanLII 65588 (ON SC)

14. Counsel have been unable to refer me to any cases in which a court order rather than the contract itself has served as evidence of the parties' agreement to bind land for the benefit of other lands. The first question to be answered is therefore can the parties' intentions be accomplished by this unusual method.

15. Minutes of Settlement are a contract that can subsequently be embodied in an order or judgment of the court. [1] It is clear from the wording of the minutes that the parties intended that the defendants and their successors in title were to be restrained from using a part of their lands in certain ways. This clearly created a restrictive covenant binding the parties to the action and purporting to bind their successors in title.

16. The applicant's have argued that the consent judgment should not have been issued by the court as it exceeded the court's jurisdiction in purporting to bind non parties, in this case the parties successors in title. In support of this argument the applicants have referred me to *Frank W. Horner Ltd v Bio-Gestion Inc.*[2] a decision of the Federal Court in a trademark infringement case. In that situation the court rightly refused to incorporate wording which would have found a trademark valid as against the world without independently ruling on its validity, based solely on the agreement of the two parties to the action. Since the parties themselves had no power to bind people not privy to their contract the court had no power to do so based solely on the parties' agreement.

17. However an agreement to create a restrictive covenant differs from a conventional contract. In this limited area, provided it is done correctly, the law allows parties to a contract to bind a specific group of people not party to the contract, namely their successors in title. The respondents argue that since a consent order of the

[1] *Frank W. Horner Ltd v Bio-Gestion Inc* (1980) 47 C.P.R. (2d0 168 (F.C.T.D.)

[2] ibid.

2008 CanLII 65588 (ON SC)

court embodies and gives effect to the parties' contract, it follows that in these limited circumstances, the court as the parties' agent in effect, may do what the parties themselves may do.

18. In support of this position, the respondents rely on the Ontario Court of Appeal decision in *Re Regal Constellation Hotel Ltd.*[3] That ruling provides that a vesting order once registered must be treated as a conveyance, which may not be revisited. From this the respondents extrapolate that a vesting order embodying a restrictive covenant once registered may not subsequently be set aside on appeal or altered by the court on the ground that the original order exceeded the court's authority.

19. In *Regal Constellation* The Court of Appeal was dealing with a vesting order. Its analysis and conclusion were based upon the unique characteristics of that particular creature of statute. Writing for the court, Blair J.A. found that a vesting order has the dual characteristics of an order and a conveyance. Once registered therefore its effect is that of a conveyance and its purpose as an order is spent. He went on to find that since the order effected a change of title on registration any appeal from it was moot.

20. From this ruling the respondents would argue that the court cannot re-visit the March 27, 1991 order because it has been registered and therefore altered the title to the Dyer lands.

21. However the March 27th, 1991 order was not a vesting order. That document had been registered some weeks earlier. Unlike a vesting order, the purpose of the order was not spent or accomplished on registration but continued to affect both the named parties to the action and purportedly their successors in title. It has

---

[3] Re Regal Constellation Hotel Ltd. (Receivership) (2004) 188 O.A.C. 97 (4) *Shepherd Homes Ltd. v. Sandham (No.2),* [1971 1 W.L.R.1062

2008 CanLII 65588 (ON SC)

none of the characteristics of a conveyance and therefore remains purely a court order and as such, subject to the limitations of what such documents may do.

22. In general a court order cannot bind individuals who are not parties to the action in which the order was made. Had the matter gone to trial, and the Tozers' been successful, the court could not have made an order binding anyone but the Dyers' as defendants. While a court order may reflect the agreement of the parties it remains an order of the court and as such, absent statutory authority may not bind non-parties.

23. Since neither party to the original action retains any interest in the lands either subject to or benefiting from the original agreement there remains no reason for the order to remain on title and it should be removed.

24. I believe this finding to be determinative of the matter but in the event that I am mistaken I shall consider the issues raised under the subsequent headings set out above to determine whether the order if valid meets the requirements for creating a restrictive covenant.

Did the contract on which the order was based comply with the rules of equity governing restrictive covenants running with the land?

25. In Ontario a restrictive covenant running with the land must:
    a. be negative in substance
    b. have a defined servient tenement and be annexed to dominant lands ascertainable with reasonable certainty
    c. be made by the owner of the lands to be burdened
    d. be for the benefit of lands owned by the the covenantee, which lands must be mentioned in the covenant.

2008 CanLII 65588 (ON SC)

e. not be unlawful as offending public policy. [4]

Is it negative in Substance?

26. Paragraph 3 of the Minutes of Settlement provides that:

> 3.The defendants and their successors in title to those portions of Parts 2,5,6,7, and 8 Plan 35R 11909 which are not included in the lands vested in the plaintiffs as set out above, shall be restrained from using the lands in the following manner:
>
> (a) No derelict vehicles, boats or machinery will be stored or parked on the said lands, and
>
> (b) No open storage of any materials of any kind shall take place on the lands, and any materials stored on the lands shall be kept in closed storage. …….

27. The wording of (a) and the first clause of (b) are negative in that the defendants are prohibited from storing things openly on the land. The balance of (b) is positive in character in that to store things in a closed building requires some action or expenditure by the defendants. To the extent that this action or expenditure is required the covenant is not negative and cannot stand.

28. However a positive requirement may be severed from what is otherwise a negative covenant.[5] This leaves the prohibitions against storing of derelict vehicles, boats, or machinery, or open storage of materials of any kind as potentially valid negative restrictions.

---

[4] *Thunder Bay (City) v 1013951 Ontario Ltd.* [2000] O.J. No. 1292 (S.C.J.)

[5] *Thunder Bay v 1013951 Ontario Ltd* ibid

2008 CanLII 65588 (ON SC)

Is there a defined servient tenement annexed to dominant lands ascertainable with reasonable certainty?

29. The lands bound by the covenant are properly described as parts on a reference plan in both the Minutes of Settlement and the following judgment and order. The requirement of annexation of the servient to the dominant lands is also met. Annexation requires that the benefit be to the identified dominant lands and not merely co-lateral to them. In this case the value of the Tozer's lands or even of their right of way would be directly benefited by an absence of derelict machinery surrounding them. Therefore the second requirement has been met.

Was the covenant made by the owner of the lands to be burdened?

30. There is no issue here the Dyer's owned the servient lands when the Minutes of Settlement were filed.

Was the covenant made for the benefit of lands owned by the covenantee, which lands must be mentioned in the covenant?

31. The description of the benefiting lands is problematic. The original Minutes of Settlement provide:

> (3) A vesting order shall be issued by the court, **vesting in the plaintiffs those parts of lot 32 in concession 2 of the former Township of Medora now in the Township of Muskoka Lakes in the District Municipality of Muskoka and being**
>
> **(c) Parts 1, 3, 4, 9, and 10 and part of parts 2, 5, and 8 on Plan 35R-11909 as marked in yellow on the attached sketch**

2008 CanLII 65588 (ON SC)

(d) A right of way for pedestrian and vehicular traffic at all times as appurtenant to parcel 11517 in the Register for Muskoka and the lands described above, over part 7 Plan 35R-11909

4. The defendants and their successors in title to those portions of Parts 2,5,6,7, and 8 Plan 35R 11909 which are not included in the lands vested in the plaintiffs as set out above, shall be restrained from using the lands in the following manner:

(e) No derelict vehicles, boats or machinery will be stored or parked on the said lands, and

(f) No open storage of any materials of any kind shall take place on the lands, and any materials stored on the lands shall be kept in closed storage. **Closed storage consists of any completely enclosed building or structure whether or not roofed, and any partly enclosed structure, whether or not roofed, such that the items stored therein are not visible from the lands of the plaintiff, from part 6, and 7, Plan35R 11909 or from the right of way leading from the said part 7 to the public road. The intent of such storage is that the use of the said lands by the defendants shall be neat, tidy, and orderly and not visually offensive.** Such restriction to affect only those lands set out above in Plan 35R-11909 and not affect any other lands owned by the defendant.

32. I have emphasized those parts of the wording that I consider to be crucial to whether or not the document sets out a dominant tenancy ascertainable with reasonable certainty to which the servient tenement is annexed. It should be noted however that the Minutes of Settlement were never registered. The descriptions

2008 CanLII 65588 (ON SC)

highlighted above are split between two instruments. The vesting order registered on April 14, 1991 as instrument number 161963 contains the description of the vested lands in paragraph 2 of the minutes. The restraining order registered on April 4, 1991 as instrument number 162242 contains the wording of paragraph 3 of the minutes.

33. The courts in Canada have not been sympathetic to restrictive covenants. In general they have required strict compliance with the rules set out above. The identification of benefited lands has been particularly problematic. I have been referred to a number of decisions in which restrictive covenants were struck down either because they failed to make any mention of the lands to be benefited[6] or those lands were not identified precisely enough.[7] There is a presumption against finding that a restrictive covenant runs with the land in Ontario[8] and therefore courts have been reluctant to go beyond the instrument itself to discover the dominant tenement.[9]

34. The cases in Ontario reflect a clear unwillingness to look beyond a clear identification of the dominant tenement in the registered instrument itself. The courts will seldom look beyond that instrument even to a second registered instrument, to ascertain it.

---

[6] *Thunder Bay v 1013951 Ontario Ltd* ibid
Galbraith v Madawaska Club Ltd. [1961] S.C.R. 639

[7] *Dundee Development Corp v Westfair Properties Ltd* [2000] S.J. No. 695 (Sask Q.B.)
Mt Matheson Conservation Society v. 573132 B.C. Inc. [2002] B.C.J. 1254
Piazza v Hopely [2001] A.C.W.S. (3d) 386 Ont. S.C.J.
Mohawk Square Developments v. Suncor Energy [2007] O.J. No 3552 (S.C.J.)

[8] *Lamvid Inc. v. 427654 Ontario ltd.* (1985) 50 O.R. (2d) 782 (H.C.J.) as referred to in *Mohawk Square Developments v Suncor Energy* ibid

[9] Coats J. has included a useful review of the case law on this issue in *Mohawk Square Developments Ltd. v Suncor Energy Inc*. ibid

2008 CanLII 65588 (ON SC)

35. This approach is clearly set out in the test articulated by Judson J. in the Supreme Court of Canada's decision in *Galbraith v Madawaska Club Ltd.* at p 653[10] and cited in most of the later decisions.

> the description of the dominant tenement) fails to meet what I think must be regarded as the minimum requirements that the deed itself must so define the land to be benefited as to make it easily ascertainable.

36. The only identification of the dominant tenement in the March 27, 1991 order, is its reference to stored items not being visible "**from the lands of the plaintiff, from parts 1 and 2, Plan 35R 14101 or from the right of way leading from the said part 2 to the public road."** There is no further identification of "the lands of the plaintiff" or "the right of way leading from the said Part 7 to the public road" in either the original Minutes of Settlement or the two registered orders.

37. While it is tempting to conclude that anyone could, with a modicum of effort, search the title to the surrounding lands, and thereby ascertain the description of both the plaintiff's lands and the right of way, I find that a subsequent purchaser is not required by the law of Ontario to go to that effort. Such is the reluctance of the courts to enforce restrictive covenants that any vagueness in description will result in a finding that the dominant tenement has been insufficiently identified. Since the plaintiffs never had any interest in Part 1 of the reference plan, this leaves only the right of way over Part 2 Plan 35 R 14101, as a properly identified dominant tenement. Part 2 is a gore with an area of .043 acres or 1873 square feet.

38. While an interest in a dominant tenement may be less than fee simple such as a lease, or arguably a right of way[11], the result in this case is patently ridiculous.

---

[10] *Galbraith v Madawaska Club Ltd.* [1961] S.C.R. 639

[11] *Pacific International Equities Corp. v. Royal Trust Co.* [1994] O.J. No. 2159 (O.C.J.G.D.)

2008 CanLII 65588 (ON SC)

39. Before proceeding I should add that I have considered the fact that both the description of the dominant tenement and the words of annexation occur in that part of paragraph 3(b) which I have found to be a positive covenant and therefore not binding on the Dyer's successors in title. It should be noted that this paragraph also contains the valid negative covenant that there be "no open storage of any materials of any kind".

40. In my view the fact that the description and words of annexation occur in the same paragraph as and refer in part to a covenant that does not bind the servient tenement in no way affects their ability to form a part of and support the validity of the document containing the negative covenant.

Is the covenant unlawful as offending public policy?

41. There is no issue here. No party has argued that the covenant offends public policy.

42. I conclude from the preceding analysis that were the order found to be capable of binding the Dyer lands as embodying a valid restrictive covenant its wording is such that its benefit would be restricted to a small portion of the Tozer's right of way and not enure to the benefit of any other land owned by the Tozers' or over which they had a right of way.

43. This absurd result leads directly into the third issue identified at the beginning of this discussion.

Is there any valid reason for the restrictions in the order to remain on title or should the court remove them pursuant to its power under the *Conveyancing and Law of Property Act*.

2008 CanLII 65588 (ON SC)

44. Section 61 of the *Conveyancing and Law of Property Act* R.S.O. 1990 C. 34 Provides that the court may modify or discharge a restrictive covenant. In considering the predecessor to this section in *Re Ontario Lime Co. Ltd.*[12] Middleton J.A. of the Ontario Court of Appeal indicated that this power should be exercised "with the greatest caution" and not where the making of the order would "substantially depreciate the adjacent land". The true function of the section he held "is to enable the court to get rid of a condition or restriction which is spent or so unsuitable as to be of no value and under circumstances when its assertion would be clearly vexatious." I find that these words describe the present situation aptly for two reasons.

45. The first is that since the registration of the order, The Township of Muskoka Lakes has passed a general property standards By-law #99-34. The definition of waste material in section 1. is as comprehensive as that in the order. Section 2.20 of the by-law requires all yards or vacant property to be kept clean, cleared up, and free of all garbage, waste material, refuse or other debris, including particularly, inoperative vehicles. In short every property in the township is now subject to the same requirements as those I have found would remain valid were the order found to embody a valid restrictive covenant. Clearly the restrictions purpose is spent.

46. The respondents argue that they have no power to force compliance with the by-law whereas they can personally enforce a restrictive covenant. With respect that is not the test. Middleton J.A. made it clear in *Ontario Lime* that the determinative issue was whether or not the removal of the covenant would substantially depreciate the adjacent land. With the protection of By-law #99-34 in place the loss of the covenant will not affect the value of the Tozer lands in the slightest. No one consciously buys the ability to bring a lawsuit, which is all the existence of the covenant would add to the Tozer lands.

[12] Re Ontario Lime Co. Ltd., [1927] 1 D.L.R. 765 (Ont. C.A.)

2008 CanLII 65588 (ON SC)

47. The second reason rests on my finding that the only land benefited by the covenant if there is one, is a .043 acre gore over which the Tozers have a right of way. For anyone possessing such a miniscule interest, to seek to enforce the covenant against the Dyer lands would, in the words of Middleton J.A, be "clearly vexatious".

48. For these reasons I find that irrespective of whether the March 27, 1991 order creates a valid restrictive covenant, this is an appropriate case for its being removed from title to the Dyer lands.

Should the order of March 27th, 1991 have been registered under the *Land Titles Act*?

49. Even if the court had the authority to make the March 27, 1991 order, the applicants argue that it should never have been accepted for registration and therefore should be removed from the register for that reason alone. Their reason for this position is that the registration does not comply with section 119 of the *Land Titles Act*. That sub-section provides that upon the application of the owner of lands a restrictive covenant may be registered against them provided it complies with subsection (4) That sub-section provides as follows:

(4)A covenant shall not be registered under subsection (3) unless

(a) the covenantor is the owner of the land to be burdened by the covenant
(b) the covenantee is a person other than the covenantor
(c) the covenantee owns land to be benefited by the covenant and that land is mentioned in the covenant and
(d) the covenantor signs the application to assume the burden of the covenant.

2008 CanLII 65588 (ON SC)

50. The applicant's argument is that the application was not made by the Dyers' nor was it signed by them to assume the burden of the covenant. It is common ground that the application for registration of the order was signed and filed by the Tozer's lawyer.

51. This argument is based upon the mistaken assumption that the registration of the March27, 1991 order was made under s. 119 of the *Land Titles Act*. That section provides a procedure for the registration of a transfer containing a restrictive covenant in the usual form. As such it replicates the requirements developed by the courts for deeds prior to and under the now obsolete land registry system.

52. The attempt by the Tozers' and Dyers' to accomplish the same end by means of Minutes of Settlement later embodied in a court order is unique so far as I know. A plain reading of s.119 makes it clear that it does not pertain to court orders but rather transfers. Court orders are registered under s. 25 of the *Land Titles Act.* That section provides:

> officers appointed under this Act shall obey the order of any competent court relating to registered land on being served with the order or a certified copy thereof.

53. Thus in the event that the order were valid, it was properly accepted for registration. It is only to the extent if any, that the order exceeded the court's authority that it should not have been registered.

Conclusion

54. For the reasons set out above I find that in purporting to bind the successors in title to the Dyers' and thus the Dyer land the court exceeded its authority and therefore the March 27, 1991 order was invalid. Rule 59.06(2) of the *Rules of Civil Procedure empowers* the court to vary or set aside an order where fraud or

2008 CanLII 65588 (ON SC)

mistake is established. I am satisfied that it was mutual mistake on the part of the original litigants that caused them to have the court make an order that was beyond its jurisdiction. This court is therefore entitled to alter the order to remove the reference to successors in title or to set the original order aside. Since no party to the original action retains an interest in any of the lands little purpose would be served by varying the order. It should therefore be set aside or more suitably in this situation ordered removed from the register.

55. I further find that even if I am mistaken in ruling that the order was made without authority, its form is such that it creates a benefit for only a non-corporeal interest in .043 acre portion of a right of way and as such remains of no practical value. Therefore it should be removed from title pursuant to the power vested in the court by s. 61 of the *Conveyancing and Law of Property Act*.

56. Finally I find that the court should exercise its power under s.61 of the *Act* as the passing of By-law #99-34 has rendered the restrictions in the original Minutes of Settlement redundant.

Order

1. The order of the court dated March 27, 1991 and registered against parcel 16825 in the register for Muskoka on April 4, 1991 as instrument number 162242 shall be struck from the register.
2. The parties may arrange to speak to costs through the trial office either in person or by telephone conference call.

_____

Justice T.M. Wood

Released: December 11, 2008

2008 CanLII 65588 (ON SC)

CITY OF OTTAWA
Applicant (Appellant)

-and-

CLUBLINK CORPORATION ULC
Respondent (Respondent in Appeal)

COA-23-CV-1232

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

PROCEEDINGS COMMENCED AT
OTTAWA

BOOK OF AUTHORITIES OF THE INTERVENER

GOWLING WLG (CANADA) LLP
2600-160 Elgin Street
Ottawa, Ontario K1P 1C3

Alyssa Tomkins (LSO# 54675D)
alyssa.tomkins@gowlingwlg.com
613-786-0078

DAVID & SAUVÉ S.R.L./LLP
283 Sussex Drive
Ottawa, Ontario K1N 6Z1

Charles R. Daoust (LSO# 74259H)
charles@davidsauve.ca
343-655-0034

Lawyers for the Intervener,