

Michelle Seidel *Appellant*

v.

TELUS Communications Inc. *Respondent*

and

Barreau du Québec, Canadian Arbitration Congress and ADR Chambers Inc. *Interveners*

INDEXED AS: SEIDEL v. TELUS COMMUNICATIONS INC.

2011 SCC 15

File No.: 33154.

2010: May 12; 2011: March 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Consumer protection — Contracts — Arbitration — Class actions — Stay of proceedings — Cell phone service contract containing private and confidential mediation and arbitration and class action waiver clause — Customer filing claim in B.C. Supreme Court for declaratory and injunctive relief alleging cell phone service provider engaged in deceptive and unconscionable practices — Customer seeking relief as individual and as representative of class — Cell phone company obtaining stay of proceedings under Commercial Arbitration Act — British Columbia Business Practices and Consumer Protection Act (BPCPA) stating agreements waiving or releasing rights, benefits or protections under the Act are void — Whether BPCPA renders arbitration clause void such that the stay of the court proceedings should be lifted — Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2, ss. 3, 171, 172 — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 15.

Arbitration — Competence-competence principle — Effect of arbitration clause on jurisdiction of court — Customer signing contract with mobile phone service

Michelle Seidel *Appelante*

c.

TELUS Communications Inc. *Intimée*

et

Barreau du Québec, Congrès d'arbitrage canadien et ADR Chambers Inc. *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SEIDEL c. TELUS COMMUNICATIONS INC.

2011 CSC 15

N^o du greffe : 33154.

2010 : 12 mai; 2011 : 18 mars.

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

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

Protection du consommateur — Contrats — Arbitrage — Recours collectifs — Suspension d'instance — Clause du contrat du fournisseur de services de téléphonie cellulaire prévoyant la médiation et l'arbitrage privés et confidentiels et une renonciation au recours collectif — Cliente demandant à la Cour suprême de la C.-B. une injonction et un jugement déclarant que le fournisseur de services de téléphonie cellulaire s'est livré à des pratiques trompeuses et abusives — Cliente demandant une réparation pour elle-même et en tant que représentante d'une catégorie de consommateurs — Suspension d'instance accordée à la société de téléphonie cellulaire aux termes de la Commercial Arbitration Act — Business Practices and Consumer Protection Act (BPCPA) de la C.-B. déclarant nulles les ententes de renonciation aux droits, avantages et protections conférés par cette loi — La BPCPA annule-t-elle la clause d'arbitrage de sorte qu'il y a lieu de lever la suspension d'instance? — Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, ch. 2, art. 3, 171, 172 — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 15.

Arbitrage — Principe de compétence-compétence — Effet de la clause d'arbitrage sur la compétence de la cour — Contrat de services de téléphonie cellulaire

provider containing mandatory mediation and arbitration clause — Customer filing claim in B.C. Supreme Court for declaratory and injunctive relief under the Business Practices and Consumer Protection Act — Whether question of jurisdiction should be determined by court or arbitrator — Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2, ss. 3, 171, 172 — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 22.

TELUS and S entered into a written cellular phone services contract in 2000. The standard form contract included a clause referring disputes to private and confidential mediation and arbitration. It further purported to waive any right to commence or participate in a class action. By statement of claim filed in the Supreme Court of British Columbia, S asserted a variety of claims, including (but not limited to) statutory causes of action under the *Business Practices and Consumer Protection Act (BPCPA)*, alleging that TELUS falsely represented to her and other consumers how it calculates air time for billing purposes. She sought remedial relief under ss. 171 and 172 of the *BPCPA* in respect of what she contends are deceptive and unconscionable practices, as well as certification to act on her own behalf and as representative of a class of allegedly overcharged customers.

In the course of S's application to have her claim certified as a class action, TELUS applied for a stay of all proceedings on the basis of the arbitration clause, pursuant to s. 15 of the *Commercial Arbitration Act*. The trial judge denied TELUS's application finding it was premature to determine whether the action should be stayed until the certification application had been decided. Applying the competence-competence principle, the Court of Appeal held that S was bound by the arbitration clause contained in the contract of adhesion in respect of all claims. In the result, the Court of Appeal allowed the appeal and entered a stay of S's action in its entirety, holding that it is for the arbitrator to determine which claims are subject to arbitration and which should go before a court.

Held (LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ. dissenting): The appeal should be allowed in part, and the stay lifted in relation to the s. 172 claims.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Rothstein and Cromwell JJ.: The purpose of the *BPCPA* is consumer

comportant une clause de médiation et d'arbitrage obligatoires conclu entre la cliente et le fournisseur de services — Recours de la cliente devant la Cour suprême de la C.-B. en vue d'obtenir un jugement déclaratoire et une injonction en vertu de la Business Practices and Consumer Protection Act — Qui, de la cour ou de l'arbitre, doit trancher la question de compétence? — Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, ch. 2, art. 3, 171, 172 — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 22.

TELUS et S ont conclu par écrit un contrat de services de téléphonie cellulaire en 2000. Une clause du contrat type prévoyait que les litiges devaient être soumis à la médiation et à l'arbitrage privés et confidentiels. Le contrat prévoyait de plus une renonciation à tout droit d'intenter un recours collectif ou d'y participer. Dans une déclaration déposée en Cour suprême de la Colombie-Britannique, S a invoqué diverses causes d'action, notamment un recours prévu par la *Business Practices and Consumer Protection Act (BPCPA)*, prétendant que TELUS lui avait faussement indiqué, ainsi qu'à d'autres consommateurs, la façon dont l'entreprise calcule le temps d'antenne à des fins de facturation. Elle a demandé, en vertu des art. 171 et 172 de la *BPCPA*, une réparation pour ce qu'elle prétend être des pratiques trompeuses et abusives, ainsi que l'autorisation d'agir en son nom et en qualité de représentante d'une catégorie de consommateurs auxquels on aurait facturé des sommes excessives.

Dans le cadre de l'instance portant sur la demande d'autorisation d'exercer un recours collectif présentée par S, TELUS a cherché à obtenir la suspension de toutes les demandes, invoquant la clause d'arbitrage en application de l'art. 15 de la *Commercial Arbitration Act*. Le juge de première instance a rejeté la demande de TELUS, estimant qu'il était prématuré de déterminer si l'action devrait être suspendue en attendant que la cour se prononce sur la demande d'autorisation. Appliquant le principe de compétence-compétence, la Cour d'appel a jugé que S était liée par la clause d'arbitrage figurant dans le contrat d'adhésion à l'égard de toutes les demandes. En définitive, la Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné la suspension de l'action de S dans sa totalité, concluant qu'il revient à l'arbitre de déterminer les demandes qui sont assujetties à l'arbitrage et celles qui devraient être soumises à une cour.

Arrêt (les juges LeBel, Deschamps, Abella et Charron sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli en partie et la suspension d'instance est levée relativement aux demandes fondées sur l'art. 172.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish, Rothstein et Cromwell : La *BPCPA* vise à assurer la

protection. As such, its terms should be interpreted generously in favour of consumers. Section 172 of the *BPCPA* contains a statutory remedy whereby a person other than a supplier may bring an action in the Supreme Court of British Columbia to enforce the statute's consumer protection standards whether or not the person bringing the action has a special interest or is affected by the consumer transaction that gives rise to the action. Such a plaintiff is properly characterized as a public interest plaintiff. This conclusion is reinforced by s. 3 of the *BPCPA* which provides that any agreement between parties that would waive or release "rights, benefits or protections" conferred by the *BPCPA* is void. To the extent S's claim in the Supreme Court invokes s. 172 remedies in respect of rights, benefits or protections conferred by the *BPCPA*, her court action must be allowed to proceed notwithstanding the mediation/arbitration clause.

The choice to restrict or not restrict arbitration clauses in consumer contracts is a matter for the legislature. Absent legislative intervention, the courts will generally give effect to the terms of a commercial contract freely entered into, even a contract of adhesion, including an arbitration clause. Section 172 is clearly designed to encourage private enforcement in the public interest. It was open to the legislature to prefer the vindication and denunciation available through a well-publicized court action to promote adherence to consumer standards. The legislature understood that the policy objectives of s. 172 would not be well served by a series of isolated low-profile, private and confidential arbitrations.

A proper interpretation of s. 172 of the *BPCPA* must be approached textually, contextually and purposively. Whether characterized as procedural or substantive, a s. 172 right is indubitably a "right" conferred by the statute and cannot be waived by contract. S therefore possesses a statutory "right" to take her action invoking s. 172 remedies to the Supreme Court.

As to her alternative complaints, however, whether under other sections of the *BPCPA*, the now repealed *Trade Practice Act*, or at common law, the TELUS arbitration clause is valid and enforceable. Accordingly, S's court action in these respects should be stayed pursuant to s. 15 of the *Commercial Arbitration Act*.

protection des consommateurs. Elle commande donc une interprétation libérale favorable aux consommateurs. L'article 172 de la *BPCPA* prévoit un recours suivant lequel une personne autre qu'un fournisseur peut intenter une action devant la Cour suprême en vue de faire respecter les normes relatives à la protection des consommateurs, peu importe que cette personne ait ou non un intérêt particulier à faire valoir ou qu'elle soit ou non touchée par l'opération commerciale à l'origine du litige. Le demandeur dans ce cas est considéré à juste titre comme un défenseur de l'intérêt public. Cette conclusion est renforcée par l'art. 3 de la *BPCPA*, suivant lequel toute entente qui comporte une renonciation aux « droits, avantages ou protections » prévus par la *BPCPA* est nulle. Dans la mesure où S cherche, devant la Cour suprême, à obtenir des mesures de réparation prévues à l'art. 172 en ce qui concerne des droits, avantages ou protections conférés par la *BPCPA*, son action doit suivre son cours malgré la clause de médiation et d'arbitrage.

La décision de restreindre ou non les clauses d'arbitrage dans les contrats de consommation revient à la législature. En l'absence d'intervention de la législature, les tribunaux donnent généralement effet aux clauses d'un contrat commercial librement conclu, même un contrat d'adhésion, qui comporte une clause d'arbitrage. L'article 172 vise de toute évidence à encourager les recours d'initiative privée dans l'intérêt public. En vue de promouvoir le respect des normes de protection des consommateurs, le législateur pouvait à loisir marquer sa préférence pour la réparation et la dénonciation dans le cadre d'une action en justice très médiatisée. La législature a reconnu qu'une multiplicité de séances d'arbitrage discrètes, privées et confidentielles est susceptible de nuire aux objectifs de politique générale de l'art. 172.

Il faut interpréter l'art. 172 de la *BPCPA* de manière textuelle, contextuelle et téléologique. Peu importe sa nature, procédurale ou substantielle, un droit prévu à l'art. 172 constitue indubitablement un « droit » conféré par la loi et on ne peut y renoncer par contrat. S possède donc, suivant la Loi, le « droit » d'intenter devant la Cour suprême son action en vue d'obtenir les mesures de réparation prévues à l'art. 172.

Pour ce qui est des plaintes subsidiaires de S, lesquelles reposent sur d'autres dispositions de la *BPCPA*, sur la *Trade Practice Act*, maintenant abrogée, ou sur la common law, la clause d'arbitrage de TELUS est valide et exécutoire. L'action intentée par S à l'égard de ces demandes devrait donc être suspendue en application de l'art. 15 de la *Commercial Arbitration Act*.

The class action waiver is not severable from the arbitration clause as a whole. Accordingly, it is also rendered void by s. 3 of the *BPCPA*. If there is any ambiguity in the TELUS clause, it must be resolved in favour of S's right of access to the court by the principles of *contra proferentum*. Accordingly, S is not barred from continuing to seek certification of her s. 172 claims as a class action.

As for the procedural issues raised in this appeal, British Columbia has adopted the competence-competence principle through the combined operation of s. 22 of the *Commercial Arbitration Act* and Rule 20(2) of the Rules of the British Columbia International Commercial Arbitration Centre ("BCICAC Rules"). Absent legislated exception, any challenge to an arbitrator's jurisdiction over S's dispute with TELUS should first be determined by the arbitrator, unless the challenge were to involve a pure question of law, or one of mixed fact and law that requires for its disposition "only superficial consideration of the documentary evidence in the record". Whether or not s. 172 of the *BPCPA* has the legal effect claimed for it by S was a question of law to be determined on undisputed facts. This matter was properly entertained by the Supreme Court in the first instance, and the competence-competence principle was not violated.

Per LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ. (dissenting): Absent a clear statement by the legislature of an intention to the contrary, a consumer claim that could potentially proceed either by way of arbitration or class action must first be submitted to arbitration. The *BPCPA* does not manifest explicit legislative intent to foreclose the use of arbitration as a vehicle for the resolution of disputes under that Act in British Columbia. As such, a clause in a standard form consumer contract for the supply of mobile phone services, which mandates that all disputes with the service provider be resolved by way of arbitration displaces the availability of class proceedings in the province of British Columbia.

Canadian courts, both in Quebec and in the common law jurisdictions, have endorsed the use of arbitration as a dispute resolution mechanism and now encourage its use. Lower courts across Canada swiftly followed this Court's lead in accepting and endorsing arbitration as a legitimate dispute resolution mechanism, and this shift in attitude where there is no longer hostility towards arbitration clearly took root. It is now settled that if a legislature intends to exclude arbitration as a vehicle for resolving a particular category of legal

La clause de renonciation au recours collectif ne peut être dissociée de l'ensemble de la clause d'arbitrage. Par conséquent, elle est également nulle selon l'art. 3 de la *BPCPA*. Si la clause émanant de TELUS est ambiguë, il faut favoriser le maintien du droit de S de s'adresser aux tribunaux conformément à la règle *contra proferentem*. Ainsi, rien n'empêche S de poursuivre sa demande d'autorisation d'un recours collectif en ce qui concerne ses réclamations fondées sur l'art. 172.

Pour ce qui est des questions procédurales soulevées en l'espèce, la Colombie-Britannique a adopté le principe de compétence-compétence au moyen de l'application conjointe de l'art. 22 de la *Commercial Arbitration Act* et du par. 20(2) des règles du British Columbia International Commercial Arbitration Centre (« règles du BCICAC »). Sauf exception établie par le législateur, toute contestation de la compétence de l'arbitre sur le litige opposant S à TELUS devrait d'abord être tranchée par l'arbitre, à moins que la contestation ne fasse intervenir une pure question de droit ou une question mixte de fait et de droit n'impliquant « qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier ». L'effet juridique attribué à l'art. 172 de la *BPCPA* par S est une question de droit qu'il fallait trancher en fonction des faits non contestés. C'est à juste titre que la Cour suprême de la Colombie-Britannique a été la première à connaître de cette question, et le principe de compétence-compétence n'a pas été violé.

Les juges LeBel, Deschamps, Abella et Charron (dissidents) : En l'absence d'une déclaration claire, dans laquelle la législature manifeste une intention contraire, tout litige de consommation susceptible de faire l'objet d'un arbitrage ou d'un recours collectif doit d'abord être soumis à l'arbitrage. Dans la *BPCPA*, le législateur n'exprime pas explicitement l'intention d'écarter en Colombie-Britannique le recours à l'arbitrage comme mécanisme de règlement des différends. Par conséquent, une clause d'un contrat type relatif à des services de téléphonie cellulaire, qui impose le recours à l'arbitrage de tout différend avec le fournisseur de service, empêche l'exercice d'un recours collectif dans la province de la Colombie-Britannique.

Les tribunaux canadiens, au Québec comme dans les provinces de common law, ont admis le recours à l'arbitrage en tant que mécanisme de règlement des différends, et ils encouragent même son utilisation. Les tribunaux d'instance inférieure du pays n'ont pas tardé à suivre l'exemple de notre Cour. Ils ont accepté et reconnu la légitimité de l'arbitrage comme mécanisme de règlement des différends, et ce changement d'attitude, désormais dénuée d'hostilité envers l'arbitrage, a manifestement pris racine. Il est maintenant

disputes, it must do so explicitly. In British Columbia, the current approach to arbitration was adopted with the enactment of the *Commercial Arbitration Act*. British Columbia's modern commercial arbitration legislation was influenced in part by the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* and the legislature clearly intended to incorporate the competence-competence principle into the province's domestic arbitration legislation. Challenges to the arbitrator's jurisdiction — namely arguments that an agreement is void, inoperative or incapable of being performed — should be resolved first by the arbitrator. A court should depart from this general rule only if the challenge is based on a question of law, or on questions of mixed fact and law that require only superficial consideration of the documentary evidence in the record, and is not merely a delaying tactic. This requirement of deference to the arbitrator's jurisdiction is related directly to the role of the court that must, in considering an application for a stay of proceedings, determine whether the agreement is “void, inoperative or incapable of being performed”, which must be narrowly construed. Courts should therefore be mindful to avoid an interpretation that makes it possible to sidestep the competence-competence principle and turns the “inoperative” exception into a back door for a party wanting to “escape” the agreement. The British Columbia Court of Appeal recognized that the competence-competence principle is part of the province's law. It did not err in doing so. Therefore, absent a challenge to the arbitrator's jurisdiction based solely on a question of law or on one of mixed fact and law requiring only superficial consideration of the evidence in the record, the existence or validity of an arbitration agreement to which the *Commercial Arbitration Act* applies must be considered first by the arbitrator and the court should grant the stay.

S argues that the effect of the arbitration clause is to deny her the exercise of her rights under the *BPCPA*. The purpose of consumer protection legislation like the *BPCPA* is to protect consumers from losses suffered when they purchase goods and services that do not meet existing standards. Class actions have a significant social and legal role in Canadian law. However, since a class action is only a way to group together a number of individual claims, it concerns the procedure

établi que, si une législature souhaite exclure la possibilité de recourir à l'arbitrage pour régler une catégorie donnée de litiges d'ordre juridique, elle doit le faire de manière explicite. L'approche qui prévaut maintenant en Colombie-Britannique remonte à l'adoption de la *Commercial Arbitration Act*. La législation plus récente de la Colombie-Britannique sur l'arbitrage commercial s'inspire en partie de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, et la législature a clairement voulu incorporer le principe de compétence-compétence dans sa législation relative à l'arbitrage. Toute contestation de la compétence de l'arbitre — au motif que la convention d'arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée — devrait d'abord être tranchée par l'arbitre. Un tribunal judiciaire ne devrait déroger à cette règle générale que si la contestation de la compétence repose sur une question de droit ou une question mixte de fait et de droit dont l'examen n'exige qu'une étude superficielle de la preuve documentaire au dossier, et qu'elle ne constitue pas simplement une tactique dilatoire. Cette obligation de déférence envers la compétence de l'arbitre se rattache directement au rôle du tribunal judiciaire appelé à décider, dans l'examen d'une demande de suspension d'instance, si la convention est « nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée », cette expression devant recevoir une interprétation stricte. Les tribunaux judiciaires devraient donc se garder de recourir à une interprétation qui permet d'écarter le principe de compétence-compétence et de transformer l'exception fondée sur le caractère « inopérant » de la convention en un moyen détourné dont disposerait la partie qui souhaite échapper à son application. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a reconnu que la législation de la province incorpore le principe de compétence-compétence. Elle n'a pas commis d'erreur en se prononçant en ce sens. Ainsi, en l'absence de contestation de la compétence de l'arbitre fondée exclusivement sur une question de droit ou une question mixte de fait et de droit n'impliquant qu'un examen superficiel de la preuve au dossier, il revient à l'arbitre d'être le premier à analyser la validité ou l'existence d'une convention d'arbitrage régie par la *Commercial Arbitration Act*, et le tribunal judiciaire devrait donc suspendre l'instance.

S fait valoir que la clause d'arbitrage a pour effet de l'empêcher d'exercer les droits que lui confère la *BPCPA*. Les lois sur la protection du consommateur, comme la *BPCPA*, visent à protéger les consommateurs contre les dommages résultant de l'achat de biens ou de services qui ne respectent pas les normes prescrites. Le recours collectif joue un rôle social et juridique considérable en droit canadien. Toutefois, étant donné qu'un recours collectif n'est qu'un moyen de regrouper

for bringing an action. As this Court has put it, the certification of a class action confers a procedural right. It does not change either the substantive law or the substantive rights of the parties. Where a court would, because of an arbitration agreement, not have jurisdiction over a dispute, that jurisdiction cannot be conferred on it by commencing a class proceeding.

In British Columbia, no explicit legislative direction has been enacted which would remove consumer disputes from the reach of arbitration legislation. S nevertheless argues that an arbitrator lacks the jurisdiction to grant either of the specific remedies contemplated in s. 172 of the *BPCPA*. She submits that these remedies can be granted only by the Supreme Court and, therefore, that s. 172(1) itself creates a substantive right to have a dispute resolved in the public court system. As a result, the agreement to submit this dispute to arbitration constitutes a waiver — in violation of s. 3 of the *BPCPA* — of the substantive right to those particular remedies. In light of ss. 171 and 172 and of the powers conferred on arbitrators in British Columbia, it is evident that the legislature has not barred the submission of such claims to arbitration. The remedy sought by a claimant under s. 172 is a declaration or an injunction. Either an arbitrator or a court can adjudicate a monetary claim under s. 171. What is important here is that the adjudicator has jurisdiction to make a declaration or order an injunction, which are the same remedies as are contemplated in s. 172. Arbitrators exercising their jurisdiction under arbitration legislation are generally understood to have jurisdiction to make any award a court could make. But the British Columbia legislation goes further, as it explicitly grants arbitrators broad remedial powers. An arbitrator deriving his or her authority from the *Commercial Arbitration Act*, and by extension from the BCICAC Rules, also has broad remedial powers including injunctions and other equitable remedies and the arbitrator can therefore, unless the parties have agreed otherwise, grant the declaratory and injunctive relief sought by S under ss. 172(1)(a) and (b) of the *BPCPA*.

Access to justice is protected both by the broad powers given to arbitrators and by the representative action provided for in the *BPCPA*. Although third party consumers would not be bound by the arbitrator's order, TELUS would be bound by it. There is no requirement that the arbitral award itself, which would

des réclamations individuelles, il concerne la procédure utilisée pour introduire une action. Comme l'a affirmé notre Cour, l'autorisation d'un recours collectif confère un droit procédural. Cette autorisation ne modifie ni le droit substantiel applicable, ni les droits substantiels des parties elles-mêmes. L'introduction d'un recours collectif ne peut attribuer à un tribunal judiciaire compétence sur un litige dont il ne pouvait se saisir en raison d'une convention d'arbitrage.

En Colombie-Britannique, la législature n'a pas explicitement légiféré de manière à soustraire les litiges de consommation à la législation en matière d'arbitrage. S soutient néanmoins que l'arbitre n'a pas compétence pour accorder l'une ou l'autre des mesures de réparation prévues à l'art. 172 de la *BPCPA*. Selon S, seule la Cour suprême de la Colombie-Britannique peut le faire, de sorte que le par. 172(1) lui-même crée un droit substantiel de demander à l'appareil judiciaire public de trancher un litige. L'entente visant à soumettre le présent litige à l'arbitrage constituerait donc une renonciation — contraire à l'art. 3 de la *BPCPA* — au droit substantiel de solliciter les réparations susmentionnées. Compte tenu des art. 171 et 172 ainsi que des pouvoirs conférés aux arbitres en Colombie-Britannique, il est évident que la législature n'a pas exclu le renvoi à l'arbitrage de ces demandes. Le demandeur qui se fonde sur l'art. 172 cherche à obtenir un jugement déclaratoire ou une injonction. Tant l'arbitre que les tribunaux peuvent trancher une demande pécuniaire fondée sur l'art. 171, et l'important en l'espèce, c'est que le décideur possède le pouvoir de rendre un jugement déclaratoire ou une injonction, les réparations mêmes qu'envisage l'art. 172. De façon générale, on reconnaît que, dans l'exercice de leur compétence sous le régime des lois en matière d'arbitrage, les arbitres possèdent le pouvoir de rendre les ordonnances que pourraient rendre les tribunaux judiciaires. Mais la législation de la Colombie-Britannique va plus loin, en accordant explicitement aux arbitres de larges pouvoirs de réparation. L'arbitre qui tire sa compétence de la *Commercial Arbitration Act*, et de ce fait des règles du BCICAC, possède lui aussi de larges pouvoirs de réparation, y compris celui de prononcer des injonctions et d'ordonner d'autres mesures de réparation reconnues en equity, et l'arbitre peut donc, sauf en cas d'entente contraire des parties, prononcer le jugement déclaratoire et l'injonction sollicités par S sur le fondement des al. 172(1)a) et b) de la *BPCPA*.

L'accès à la justice est protégé tant par les vastes pouvoirs dévolus aux arbitres que par la possibilité, pour le représentant, d'exercer un recours sous le régime de la *BPCPA*. Les consommateurs tiers ne seraient pas liés par l'ordonnance de l'arbitre, mais TELUS le serait. Il n'existe aucune obligation de garder confidentielle

incorporate the remedy S seeks, be private and confidential. Therefore, an arbitrator could order a supplier, in this case TELUS, to advertise the particulars of any order or award granted against it to the public at large. This would fulfill a public purpose. Given their broad remedial powers, arbitrators are authorized to grant this very public remedy.

The reference in s. 172 to the Supreme Court as the forum in which claims may be brought does not confer exclusive jurisdiction on that court to adjudicate claims under that section. The purpose of that reference is to clarify that the Supreme Court, not the Provincial Court, may grant declaratory and injunctive relief. Further, the use of the word “may” makes it even clearer that the Supreme Court is not intended to be the only forum in which these remedies can be sought. By enacting s. 172, the legislature provided a means not only to have claims dealt with by the director or any person, both of whom seek orders on behalf of consumers, but also to have the arbitration rules apply. In doing so, it provided a way to use the private dispute resolution system to obtain the same declaratory or injunctive relief against a supplier as can be obtained by means of a class action. Access to justice can only be enhanced by this approach.

Any argument based on the view that access to justice requires claims based on s. 172 of the *BPCPA* to be made by way of a class proceeding is without merit. Access to justice is fully preserved by arbitration, and there is no need to resort to a class proceeding to so ensure. The arbitrator can grant the remedies contemplated in s. 172 of the *BPCPA* against TELUS. The arbitration agreement between S and TELUS does not therefore constitute an improper waiver of S’s rights, benefits or protections for the purposes of s. 3 of that Act. Section 172 of the *BPCPA* merely identifies the procedural forum in which an action with respect to the rights, benefits and protections provided for in s. 3 may be brought in the public court system. It does not explicitly exclude alternate fora, such as an arbitration tribunal, from acquiring jurisdiction.

Whether an arbitration clause in a consumer contract is unfair or unconscionable must always be determined on a case-by-case basis in light of the relevant facts. In Canada, the courts have left the question whether arbitration is appropriate for particular categories

la décision arbitrale elle-même, dans laquelle serait prévue la réparation sollicitée par S si cette dernière a gain de cause. Ainsi, un arbitre pourrait ordonner à un fournisseur, en l’espèce TELUS, d’informer le public en général du contenu de tout jugement ou ordonnance prononcé contre elle. Une telle ordonnance remplirait un objectif d’ordre public. Les vastes pouvoirs de réparation dévolus aux arbitres leur permettent d’accorder cette réparation publique.

La désignation, à l’art. 172, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique comme instance où des demandes peuvent être introduites ne confère pas à cette cour la compétence exclusive de trancher ces demandes en vertu de cet article. Cette mention de la Cour suprême vise à préciser que c’est la Cour suprême, et non la Cour provinciale, qui peut rendre des jugements déclaratoires et accorder des injonctions. En outre, l’usage du mot « peut » dans cet article révèle encore plus clairement l’intention de ne pas attribuer seulement à la Cour suprême le pouvoir d’attribuer les réparations en question. En édictant l’art. 172, la législature a permis non seulement au directeur et à toute autre personne qui sollicite des ordonnances au nom de l’ensemble des consommateurs de poursuivre les demandes, mais elle a aussi autorisé le traitement de ces demandes en vertu des règles d’arbitrage. La législature a ainsi fourni un moyen d’obtenir le même jugement déclaratoire ou la même injonction à l’encontre d’un fournisseur par le recours au régime privé de règlement des différends que par l’exercice d’un recours collectif. Cette façon de faire ne peut qu’être bénéfique pour l’accès à la justice.

Tout argument fondé sur la thèse voulant que le principe d’accès à la justice exige que les actions fondées sur l’art. 172 de la *BPCPA* prennent la forme d’un recours collectif s’avère sans fondement. L’accès à la justice est préservé par l’arbitrage sans qu’il soit nécessaire de procéder par voie de recours collectif. L’arbitre peut accorder, à l’encontre de TELUS, les réparations prévues à l’art. 172 de la *BPCPA*. La convention d’arbitrage entre S et TELUS ne constitue donc pas une renonciation irrégulière aux droits, avantages ou protections que l’art. 3 de la *BPCPA* confère à S. L’article 172 de la *BPCPA* désigne simplement l’instance appelée à statuer, dans le système judiciaire public, sur les droits, avantages et protections qu’offre l’art. 3. Il n’exclut pas explicitement la possibilité pour d’autres tribunaux, comme les tribunaux d’arbitrage, d’avoir compétence en la matière.

Il faut toujours examiner au cas par cas, en tenant compte des faits pertinents, la question de savoir si une clause d’arbitrage se trouvant dans un contrat de consommation est inéquitable ou abusive. Au Canada, les tribunaux judiciaires ont laissé à la discrétion des

of disputes to the discretion of the legislatures. The British Columbia legislature remains free to address any unfairness or harshness that might be perceived to be imposed as a result of the inclusion of arbitration clauses in commercial contracts. The legislatures of Quebec, Ontario and Alberta have seen fit to amend their consumer protection legislation to prohibit or limit waivers of class proceedings and arbitration clauses in agreements to which their consumer protection legislation applies. The British Columbia legislature made a choice both by incorporating the provisions of the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* and the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* and by refraining from enacting provisions expressly limiting arbitration clauses and waivers of class proceedings in the consumer context. It also made another choice: to confer broad remedial jurisdiction on arbitrators. These choices are ones to which this Court must defer.

Cases Cited

By Binnie J.

Referred to: *Griffin v. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, 2007 SCC 35, [2007] 2 S.C.R. 921; *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291; *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178; *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 SCC 40, [2003] 2 S.C.R. 63; *Smith v. Co-operators General Insurance Co.*, 2002 SCC 30, [2002] 2 S.C.R. 129; *ACS Public Sector Solutions Inc. v. Courthouse Technologies Ltd.*, 2005 BCCA 605, 48 B.C.L.R. (4th) 328; *Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens*, 2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605; *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102.

By LeBel and Deschamps JJ. (dissenting)

MacKinnon v. National Money Mart Co., 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, 2007 SCC 35, [2007] 2 S.C.R. 921; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666;

législatures le soin de déterminer s'il convient ou non de soumettre une catégorie particulière de différends à l'arbitrage. La législature de la Colombie-Britannique demeure libre de remédier à toute injustice ou difficulté qui paraîtrait résulter de l'insertion de clauses d'arbitrage dans des contrats de consommation. Les législatures du Québec, de l'Ontario et de l'Alberta ont jugé bon de modifier leur législation en matière de protection du consommateur et choisi d'interdire ou de limiter la renonciation au recours collectif et l'insertion de clauses d'arbitrage dans les contrats régis par leurs lois sur la protection du consommateur. La législature de la Colombie-Britannique a fait son choix en incorporant la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* et la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* dans sa législation interne et en omettant d'adopter des dispositions limitant expressément les clauses d'arbitrage et les renoncements aux recours collectifs en matière de consommation. Elle a fait un autre choix, celui d'investir les arbitres de vastes pouvoirs de réparation. Notre Cour doit respecter ces choix.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés : *Griffin c. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921; *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291; *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178; *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 CSC 40, [2003] 2 R.C.S. 63; *Smith c. Cie d'assurance générale Co-operators*, 2002 CSC 30, [2002] 2 R.C.S. 129; *ACS Public Sector Solutions Inc. c. Courthouse Technologies Ltd.*, 2005 BCCA 605, 48 B.C.L.R. (4th) 328; *Co-operators Compagnie d'assurance-vie c. Gibbens*, 2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605; *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102.

Citée par les juges LeBel et Deschamps (dissidents)

MacKinnon c. National Money Mart Co., 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666; *MacKinnon c. National*

- MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1; *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178; *Horton v. Sayer* (1859), 4 H. & N. 643, 157 E.R. 993; *Lee v. Page* (1861), 30 L.J. Ch. (N.S.) 857; *Edwards v. Aberayron Mutual Ship Insurance Society Ltd.* (1876), 1 Q.B.D. 563; *Doleman & Sons v. Ossett Corp.*, [1912] 3 K.B. 257; *Scott v. Avery* (1856), 5 H.L.C. 811, 10 E.R. 1121; *Johnston v. Western Assurance Co.* (1879), 4 O.A.R. 281; *Nolan v. Ocean, Accident and Guarantee Corp.* (1903), 5 O.L.R. 544; *Cayzer, Irvine and Co. v. Board of Trade*, [1927] 1 K.B. 269; *Brand v. National Life Assurance Co.* (1918), 44 D.L.R. 412; *Altwasser v. Home Insurance Co. of New York*, [1933] 2 W.W.R. 46; *Re Rootes Motors (Canada) Ltd. and Wm. Halliday Contracting Co.*, [1952] 4 D.L.R. 300; *Deuterium of Canada Ltd. v. Burns & Roe of Canada Ltd.* (1970), 15 D.L.R. (3d) 568, rev'd (1971), 21 D.L.R. (3d) 568, aff'd [1975] 2 S.C.R. 124; *Procon (Great Britain) Ltd. v. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565; *Vancouver v. Brandram-Henderson of B.C. Ltd.* (1959), 18 D.L.R. (2d) 700; *National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.*, [1964] S.C.R. 144; *Vinette Construction Ltée v. Dobrinsky*, [1962] B.R. 62; *Gordon and Gotch (Australasia) Ltd. v. Montreal Australia New Zealand Line Ltd.* (1940), 68 B.R. 428; *Zodiak International Productions Inc. v. Polish People's Republic*, [1983] 1 S.C.R. 529; *Ville de Granby v. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971; *Sport Maska Inc. v. Zittner*, [1988] 1 S.C.R. 564; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Boart Sweden AB v. NYA Stromnes AB* (1988), 41 B.L.R. 295; *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.* (1994), 12 B.L.R. (2d) 132; *BWV Investments Ltd. v. Saskferco Products Inc.* (1994), 125 Sask. R. 286; *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 219; *Burlington Northern Railroad Co. v. Canadian National Railway Co.* (1995), 59 B.C.A.C. 97, rev'd [1997] 1 S.C.R. 5; *Condominiums Mont St-Sauveur Inc. v. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783; *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113; *R. v. Collins*, 2000 BCCA 437, 140 B.C.A.C. 311; *R. v. St. Lawrence Cement Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 712; *British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia (Minister of Health Services)*, 2007 BCCA 379, 245 B.C.A.C. 39; *Dalimpex Ltd. v. Janicki* (2003), 64 O.R. (3d) 737; *Dawson (City) v. TSL Contractors Ltd.*, 2003 YKCA 3, 180 B.C.A.C. 205; *Dancap Productions Inc. v. Key Brand Entertainment Inc.*, 2009 ONCA 135, 246 O.A.C. 226; *Jean Estate v. Wires Jolley LLP*, 2009 ONCA 339, 96 O.R. (3d) 171; *No. 363 Dynamic Endeavours Inc. v. 34718 B.C. Ltd.* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 359; *Kaverit Steel and Crane Ltd. v. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R. (2d) 359; *Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178; *Horton c. Sayer* (1859), 4 H. & N. 643, 157 E.R. 993; *Lee c. Page* (1861), 30 L.J. Ch. (N.S.) 857; *Edwards c. Aberayron Mutual Ship Insurance Society Ltd.* (1876), 1 Q.B.D. 563; *Doleman & Sons c. Ossett Corp.*, [1912] 3 K.B. 257; *Scott c. Avery* (1856), 5 H.L.C. 811, 10 E.R. 1121; *Johnston c. Western Assurance Co.* (1879), 4 O.A.R. 281; *Nolan c. Ocean, Accident and Guarantee Corp.* (1903), 5 O.L.R. 544; *Cayzer, Irvine and Co. c. Board of Trade*, [1927] 1 K.B. 269; *Brand c. National Life Assurance Co.* (1918), 44 D.L.R. 412; *Altwasser c. Home Insurance Co. of New York*, [1933] 2 W.W.R. 46; *Re Rootes Motors (Canada) Ltd. and Wm. Halliday Contracting Co.*, [1952] 4 D.L.R. 300; *Deuterium of Canada Ltd. c. Burns & Roe of Canada Ltd.* (1970), 15 D.L.R. (3d) 568, inf. par (1971), 21 D.L.R. (3d) 568, conf. par [1975] 2 R.C.S. 124; *Procon (Great Britain) Ltd. c. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565; *Vancouver c. Brandram-Henderson of B.C. Ltd.* (1959), 18 D.L.R. (2d) 700; *National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144; *Vinette Construction Ltée c. Dobrinsky*, [1962] B.R. 62; *Gordon and Gotch (Australasia) Ltd. c. Montreal Australia New Zealand Line Ltd.* (1940), 68 B.R. 428; *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529; *Ville de Granby c. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971; *Sport Maska Inc. c. Zittner*, [1988] 1 R.C.S. 564; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Boart Sweden AB c. NYA Stromnes AB* (1988), 41 B.L.R. 295; *Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corp.* (1994), 12 B.L.R. (2d) 132; *BWV Investments Ltd. c. Saskferco Products Inc.* (1994), 125 Sask. R. 286; *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 219; *Burlington Northern Railroad Co. c. Canadian National Railway Co.* (1995), 59 B.C.A.C. 97, inf. par [1997] 1 R.C.S. 5; *Condominiums Mont St-Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783; *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113; *R. c. Collins*, 2000 BCCA 437, 140 B.C.A.C. 311; *R. c. St. Lawrence Cement Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 712; *British Columbia Government and Service Employees' Union c. British Columbia (Minister of Health Services)*, 2007 BCCA 379, 245 B.C.A.C. 39; *Dalimpex Ltd. c. Janicki* (2003), 64 O.R. (3d) 737; *Dawson (City) c. TSL Contractors Ltd.*, 2003 YKCA 3, 180 B.C.A.C. 205; *Dancap Productions Inc. c. Key Brand Entertainment Inc.*, 2009 ONCA 135, 246 O.A.C. 226; *Jean Estate c. Wires Jolley LLP*, 2009 ONCA 339, 96 O.R. (3d) 171; *No. 363 Dynamic Endeavours Inc. c. 34718 B.C. Ltd.* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 359; *Kaverit Steel and Crane Ltd. c. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R. (2d) 359;

(4th) 129; *Mind Star Toys Inc. v. Samsung Co.* (1992), 9 O.R. (3d) 374; *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974); *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Marcotte v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65; *Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. v. Jacyk Estate* (2005), 2 B.L.R. (4th) 151, aff'd (2006), 80 O.R. (3d) 533, aff'd 2007 SCC 55, [2007] 3 S.C.R. 679; *Ting v. AT&T*, 319 F.3d 1126 (2003); *Szetela v. Discover Bank*, 118 Cal.Rptr.2d 862 (2002).

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Consumer Protection Act and the Act respecting the collection of certain debts, S.Q. 2006, c. 56, s. 2.

Arbitration Act, R.S.B.C. 1979, c. 18.

Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2, ss. 1(1) “consumer”, “consumer transaction”, “supplier”, 3, 4 “deceptive act or practice”, 5, 8, 9, 10(2), 171, 172, 173, 189, 190, 192.

Civil Code of Lower Canada, art. 13.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3149.

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, ss. 4(1)(d), 13, 41.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 940.1, 943, 943.1, 943.2.

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, ss. 15, 22, 23, 29.

Commercial Arbitration Act, S.B.C. 1986, c. 3, s. 15.

Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1.

Consumer Protection Act, 2002, S.O. 2002, c. 30, Sch. A, ss. 7, 8, 100.

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 37.

Fair Trading Act, R.S.A. 2000, c. F-2, s. 16.

International Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 233.

Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 44(h).

Miscellaneous Statutes Amendment Act (No. 2), 1988, S.B.C. 1988, c. 46, s. 11.

Provincial Court Act, R.S.B.C. 1996, c. 379.

Small Claims Act, R.S.B.C. 1996, c. 430, s. 3.

Solicitors Act, R.S.O. 1990, c. S.15, s. 23.

Supreme Court Act, R.S.B.C. 1996, c. 443, s. 15.

Trade Practice Act, R.S.B.C. 1996, c. 457, ss. 3, 4(3)(b), (e), 18(3).

Treaties and Other International Instruments

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 330 U.N.T.S. 3.

87 D.L.R. (4th) 129; *Mind Star Toys Inc. c. Samsung Co.* (1992), 9 O.R. (3d) 374; *Scherk c. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974); *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65; *Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. c. Jacyk Estate* (2005), 2 B.L.R. (4th) 151, conf. par (2006), 80 O.R. (3d) 533, conf. par 2007 CSC 55, [2007] 3 R.C.S. 679; *Ting c. AT&T*, 319 F.3d 1126 (2003); *Szetela c. Discover Bank*, 118 Cal.Rptr.2d 862 (2002).

Lois et règlements cités

Arbitration Act, R.S.B.C. 1979, ch. 18.

Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, ch. 2, art. 1(1) « consumer », « consumer transaction », « supplier », 3, 4 « deceptive act or practice », 5, 8, 9, 10(2), 171, 172, 173, 189, 190, 192.

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(1)d), 13, 41.

Code civil du Bas Canada, art. 13.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3149.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 940.1, 943, 943.1, 943.2.

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 15, 22, 23, 29.

Commercial Arbitration Act, S.B.C. 1986, ch. 3, art. 15.

Fair Trading Act, R.S.A. 2000, ch. F-2, art. 16.

International Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 233.

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 44(h).

Loi de 2002 sur la protection du consommateur, L.O. 2002, ch. 30, ann. A., art. 7, 8, 100.

Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances, L.Q. 2006, ch. 56, art. 2.

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1.

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 37.

Loi sur les procureurs, L.R.O. 1990, ch. S.15, art. 23.

Miscellaneous Statutes Amendment Act (No. 2), 1988, S.B.C. 1988, ch. 46, art. 11.

Provincial Court Act, R.S.B.C. 1996, ch. 379.

Small Claims Act, R.S.B.C. 1996, ch. 430, art. 3.

Supreme Court Act, R.S.B.C. 1996, ch. 443, art. 15.

Trade Practice Act, R.S.B.C. 1996, ch. 457, art. 3, 4(3)(b), (e), 18(3).

Traités et autres instruments internationaux

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 330 R.T.N.U. 3.

United Nations. Commission on International Trade Law. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17 (1985), Ann. I, arts. 8, 16.

Authors Cited

- Bachand, Frédéric. “Should No-Class Action Arbitration Clauses Be Enforced?”, in Arthur W. Rovine, ed., *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2008*. Leiden, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 2009, 153.
- British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Arbitration*. Vancouver: The Commission, 1982.
- British Columbia International Commercial Arbitration Centre. *Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure*. Vancouver: The Centre, 1998.
- Bromfield, Heather. “The Denial of Relief: The Enforcement of Class Action Waivers in Arbitration Agreements” (2009), 43 *U.C. Davis L. Rev.* 315.
- Casey, J. Brian, and Janet Mills. *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure*. Huntington, N.Y.: Juris, 2005.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal: Thémis, 2009.
- Earle, Wendy J. *Drafting ADR and Arbitration Clauses for Commercial Contracts*. Toronto: Thomson, 2005 (loose-leaf updated 2008, release 2).
- Fortier, L. Yves. “Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: ‘Beware, My Lord, of Jealousy’” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 143.
- Glover, J. Maria. “Beyond Unconscionability: Class Action Waivers and Mandatory Arbitration Agreements” (2006), 59 *Vand. L. Rev.* 1735.
- Lawyers’ Arbitration Letters 1980-1989*. Ardsley-on-Hudson, N.Y.: Transnational Juris, 1990.
- Little, Andrew D. “Canadian Arbitration Law After *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*” (2007), 45 *Can. Bus. L.J.* 356.
- McEwan, J. Kenneth, and Ludmila B. Herbst. *Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated December 2009, release 4).
- Mingie, Christine J. *British Columbia Commercial Arbitration — An Annotated Guide*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2004.
- Mustill, Michael J., and Stewart C. Boyd. *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2nd ed. London: Butterworths, 1989.
- Saumier, Geneviève. “Consumer Arbitration in the Evolving Canadian Landscape” (2009), 113 *Penn. St. L. Rev.* 1203.

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 (1985), ann. I, art. 8, 16.

Doctrine citée

- Bachand, Frédéric. « Should No-Class Action Arbitration Clauses Be Enforced? », in Arthur W. Rovine, ed., *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2008*. Leiden, The Netherlands : Martinus Nijhoff, 2009, 153.
- British Columbia International Commercial Arbitration Centre. *Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure*. Vancouver : The Centre, 1998.
- Bromfield, Heather. « The Denial of Relief: The Enforcement of Class Action Waivers in Arbitration Agreements » (2009), 43 *U.C. Davis L. Rev.* 315.
- Casey, J. Brian, and Janet Mills. *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure*. Huntington, N.Y. : Juris, 2005.
- Colombie-Britannique. Law Reform Commission. *Report on Arbitration*. Vancouver : The Commission, 1982.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
- Earle, Wendy J. *Drafting ADR and Arbitration Clauses for Commercial Contracts*. Toronto : Thomson, 2005 (loose-leaf updated 2008, release 2).
- Fortier, L. Yves. « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : “Beware, My Lord, of Jealousy” » (2001), 80 *R. du B. can.* 143.
- Glover, J. Maria. « Beyond Unconscionability : Class Action Waivers and Mandatory Arbitration Agreements » (2006), 59 *Vand. L. Rev.* 1735.
- Lawyers’ Arbitration Letters 1980-1989*. Ardsley-on-Hudson, N.Y. : Transnational Juris, 1990.
- Little, Andrew D. « Canadian Arbitration Law After *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs* » (2007), 45 *Rev. can. dr. comm.* 356.
- McEwan, J. Kenneth, and Ludmila B. Herbst. *Commercial Arbitration in Canada : A Guide to Domestic and International Arbitrations*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated December 2009, release 4).
- Mingie, Christine J. *British Columbia Commercial Arbitration — An Annotated Guide*. Vancouver : Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2004.
- Mustill, Michael J., and Stewart C. Boyd. *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2nd ed. London : Butterworths, 1989.

Sternlight, Jean R., and Elizabeth J. Jensen. “Using Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions: Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse?” (2004), 67 *Law & Contemp. Probs.* 75.

Thuilleaux, Sabine. *L'arbitrage commercial au Québec: Droit interne — Droit international privé*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Rowles, Newbury, Tysoe and Neilson J.J.A.), 2009 BCCA 104, 88 B.C.L.R. (4th) 212, [2009] 5 W.W.R. 466, 68 C.P.C. (6th) 57, 267 B.C.A.C. 266, 450 W.A.C. 266, 304 D.L.R. (4th) 564, [2009] B.C.J. No. 469 (QL), 2009 CarswellBC 608, reversing a decision of Masuhara J., 2008 BCSC 933, 85 B.C.L.R. (4th) 372, 295 D.L.R. (4th) 511, [2008] B.C.J. No. 1347 (QL), 2008 CarswellBC 1490. Appeal allowed in part, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ. dissenting.

Arthur M. Grant and Bruce W. Lemer, for the appellant.

Robert S. Anderson, Q.C., Sean Hern and Nicholas T. Hooge, for the respondent.

Babak Barin, Gaston Gauthier and Frédéric Côté, for the intervener Barreau du Québec.

Ivan G. Whitehall, Q.C., and Alejandro Manevich, for the intervener the Canadian Arbitration Congress.

Barry Leon, Andrew de Lotbinière McDougall and Daniel Taylor, for the intervener ADR Chambers Inc.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] BINNIE J. — This appeal concerns a dispute between TELUS Communications Inc. (“TELUS”) and one of its customers, the appellant Ms. Seidel, arising out of a cell phone contract. The contract,

Saumier, Geneviève. « Consumer Arbitration in the Evolving Canadian Landscape » (2009), 113 *Penn. St. L. Rev.* 1203.

Sternlight, Jean R., and Elizabeth J. Jensen. « Using Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions : Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse? » (2004), 67 *Law & Contemp. Probs.* 75.

Thuilleaux, Sabine. *L'arbitrage commercial au Québec : Droit interne — Droit international privé*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Rowles, Newbury, Tysoe et Neilson), 2009 BCCA 104, 88 B.C.L.R. (4th) 212, [2009] 5 W.W.R. 466, 68 C.P.C. (6th) 57, 267 B.C.A.C. 266, 450 W.A.C. 266, 304 D.L.R. (4th) 564, [2009] B.C.J. No. 469 (QL), 2009 CarswellBC 608, qui a infirmé une décision du juge Masuhara, 2008 BCSC 933, 85 B.C.L.R. (4th) 372, 295 D.L.R. (4th) 511, [2008] B.C.J. No. 1347 (QL), 2008 CarswellBC 1490. Pourvoi accueilli en partie, les juges LeBel, Deschamps, Abella et Charron sont dissidents.

Arthur M. Grant et Bruce W. Lemer, pour l’appelante.

Robert S. Anderson, c.r., Sean Hern et Nicholas T. Hooge, pour l’intimée.

Babak Barin, Gaston Gauthier et Frédéric Côté, pour l’intervenant le Barreau du Québec.

Ivan G. Whitehall, c.r., et Alejandro Manevich, pour l’intervenant le Congrès d’arbitrage canadien.

Barry Leon, Andrew de Lotbinière McDougall et Daniel Taylor, pour l’intervenante ADR Chambers Inc.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Le présent pourvoi concerne un différend qui découle d’un contrat de services de téléphonie cellulaire entre TELUS Communications Inc. (« TELUS ») et une de

drawn up by TELUS, provided that “[a]ny claim, dispute or controversy” shall be referred to “private and confidential mediation” and thereafter, if unresolved, to “private, confidential and binding arbitration”. TELUS says that mediation and arbitration offer a low-cost, quick, private and effective means of sorting out disputes according to rules the parties themselves have agreed to. Notwithstanding these provisions, Ms. Seidel filed a statement of claim in the Supreme Court of British Columbia setting out a variety of complaints including some that invoke rights, benefits or protections under the British Columbia *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2 (“*BPCPA*”). This consumer legislation is designed, it is contended, to remedy the mischief described by Sharpe J.A. of the Ontario Court of Appeal:

The seller’s stated preference for arbitration is often nothing more than a guise to avoid liability for widespread low-value wrongs that cannot be litigated individually but when aggregated form the subject of a viable class proceeding When consumer disputes are in fact arbitrated through bodies such as NAF that sell their services to corporate suppliers, consumers are often disadvantaged by arbitrator bias in favour of the dominant and repeat-player corporate client

(*Griffin v. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481, at para. 30)

[2] The choice to restrict or not to restrict arbitration clauses in consumer contracts is a matter for the legislature. Absent legislative intervention, the courts will generally give effect to the terms of a commercial contract freely entered into, even a contract of adhesion, including an arbitration clause. The important question raised by this appeal, however, is whether the *BPCPA* manifests a legislative intent to intervene in the marketplace to relieve consumers of their contractual

ses clientes, l’appelante M^{me} Seidel. Rédigé par TELUS, le contrat prévoyait que [TRADUCTION] « [t]out différend, toute controverse ou toute réclamation [. . .] feront l’objet d’une médiation privée et confidentielle ». À défaut d’un règlement, le litige sera alors soumis à un [TRADUCTION] « arbitrage privé, confidentiel et final ». TELUS affirme que la médiation et l’arbitrage constituent des mécanismes de résolution des différends privés, peu coûteux, rapides et efficaces selon des règles dont les parties elles-mêmes ont convenu. Malgré ces dispositions, M^{me} Seidel a déposé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une déclaration exposant diverses plaintes dont certaines reposent sur des droits, avantages ou protections conférés par la *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, ch. 2 (« *BPCPA* »). Elle soutient que cette loi ayant pour objet la protection des consommateurs est rédigée de manière à remédier aux méfaits décrits ci-dessous par le juge Sharpe, de la Cour d’appel de l’Ontario :

[TRADUCTION] La préférence déclarée du vendeur pour l’arbitrage n’est souvent rien de plus qu’une façon d’éviter d’être tenu responsable de fautes multiples donnant lieu à de petites pertes pécuniaires, qui ne peuvent faire l’objet de poursuites individuelles, mais qui, ensemble, peuvent faire l’objet d’un recours collectif viable [. . .] Lorsque les litiges de consommation sont renvoyés à l’arbitrage par un organisme comme le NAF, qui vend ses services à des entreprises, les consommateurs sont souvent victimes de la partialité de l’arbitre, qui favorise l’entreprise, son client important et régulier . . .

(*Griffin c. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481, par. 30)

[2] La décision de restreindre ou non les clauses d’arbitrage dans les contrats de consommation revient à la législature. En l’absence d’intervention de la législature, les tribunaux donnent généralement effet aux clauses d’un contrat commercial librement conclu dans lequel figure une clause d’arbitrage, et ce, même s’il s’agit d’un contrat d’adhésion. Le présent pourvoi soulève la question importante de savoir si la législature a exprimé, dans la *BPCPA*, la volonté d’intervenir dans les rapports

commitment to “private and confidential” mediation/arbitration and, if so, under what circumstances.

[3] My colleagues LeBel and Deschamps JJ. attempt to cast the appeal in terms of whether or not arbitrators should be seen as “second-class adjudicators” (para. 55) and paint those with whom they disagree as exhibiting an “undercurrent of hostility towards arbitration” (para. 101). Respectfully, I believe the Court’s job is neither to promote nor detract from private and confidential arbitration. The Court’s job is to give effect to the intent of the legislature as manifested in the provisions of its statutes.

[4] The *BPCPA* issue was rightly entertained by the courts below rather than in the first instance by an arbitrator notwithstanding the adoption of the competence-competence principle in British Columbia, because it raised an issue of jurisdiction on undisputed facts on which an authoritative judicial interpretation was appropriate (see *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at paras. 84-86).

[5] Section 172 of the *BPCPA* contains a remedy whereby “a person other than a supplier, whether or not the person bringing the action has a special interest or any interest under this Act or is affected by a consumer transaction that gives rise to the action, may bring an action in Supreme Court” to enforce the statute’s consumer protection standards. Under s. 3 of the *BPCPA*, any agreement between the parties that would waive or release “rights, benefits or protections” conferred by the *BPCPA* is “void”. My opinion is that to the extent Ms. Seidel’s claim in the Supreme Court invokes s. 172 remedies in respect of “rights, benefits or protections” conferred by the *BPCPA*, her court action must be allowed to proceed notwithstanding the mediation/arbitration clause. This includes her claims for declaratory and injunctive relief and, if granted, ancillary relief in the form of restoration

commerciaux pour libérer les consommateurs de leur engagement contractuel de soumettre leur éventuel litige à une médiation ou à un arbitrage « priv[é] et confidenti[el] » et, si oui, dans quelles circonstances.

[3] Mes collègues les juges LeBel et Deschamps tentent de soutenir que le pourvoi porte sur la question de savoir s’il faut considérer les arbitres comme des « décideurs de deuxième ordre » (par. 55), et de dépeindre les personnes avec qui ils sont en désaccord comme les adeptes d’un « courant d’hostilité vis-à-vis l’arbitrage » (par. 101). Avec égards, j’estime qu’il ne revient pas à la Cour de promouvoir ou de critiquer l’arbitrage privé et confidentiel; il revient à la Cour de donner effet à l’intention exprimée par la législature dans les dispositions de ses lois.

[4] C’est à bon droit que la *BPCPA* a été soumise à l’examen des juridictions inférieures plutôt qu’à l’examen d’un arbitre en première instance malgré l’adoption du principe de compétence-compétence en Colombie-Britannique, parce qu’elle met en cause une question de compétence relative à des faits non contestés sur laquelle un tribunal devait rendre une décision faisant autorité (voir *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 84-86).

[5] L’article 172 de la *BPCPA* prévoit un recours suivant lequel [TRADUCTION] « une personne autre qu’un fournisseur — que cette personne ait ou non un intérêt, particulier ou autre, à faire valoir sous le régime de la présente loi, ou qu’elle soit ou non touchée par l’opération commerciale à l’origine du litige — peut intenter une action devant la Cour suprême » en vue de faire respecter les normes relatives à la protection des consommateurs. Suivant l’art. 3 de la *BPCPA*, toute entente qui comporte une renonciation aux [TRADUCTION] « droits, avantages ou protections » prévus par la *BPCPA* est « nulle ». Selon moi, dans la mesure où M^{me} Seidel cherche, devant la Cour suprême, à obtenir des mesures de réparation prévues à l’art. 172 en ce qui concerne des [TRADUCTION] « droits, avantages ou protections » conférés par la *BPCPA*, son action doit suivre son cours malgré la clause de médiation

to consumers of any money acquired by TELUS in contravention of the *BPCPA*.

[6] The reason for this conclusion is simple. Section 172 provides a mandate for consumer activists or others, whether or not they are personally “affected” in any way by any “consumer transaction”. Section 172 contemplates such a person “bringing the action”. The action is specified to be brought “in Supreme Court”. The clear intention of the legislature is to supplement and multiply the efforts of the director under the *BPCPA* to implement province-wide standards of fair consumer practices by enlisting the efforts of a whole host of self-appointed private enforcers. In an era of tight government budgets and increasingly sophisticated supplier contracts, this is understandable legislative policy. An action in the Supreme Court will generate a measure of notoriety and, where successful, public denunciation, neither of which would be achieved to nearly the same extent by “private, confidential and binding arbitration”.

[7] Private arbitral justice, because of its contractual origins, is necessarily limited. As the *BPCPA* recognizes, some types of relief can only be made available from a superior court. Accordingly, to the extent Ms. Seidel’s complaints shelter under s. 172 of the *BPCPA* (and only to that extent), they cannot be waived by an arbitration clause and her court action may continue, in my opinion. As to her alternative complaints, whether under other sections of the *BPCPA*, the now repealed *Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996, c. 457 (“*TPA*”), or at common law, the TELUS arbitration clause is valid and enforceable. As to those claims, her court action should be stayed pursuant to s. 15 of the

et d’arbitrage. Cette conclusion vise ses demandes de jugement déclaratoire et d’injonction et, si elle a gain de cause, la réparation accessoire sous forme de restitution aux consommateurs de toute somme d’argent obtenue par TELUS en contravention de la *BPCPA*.

[6] Les raisons qui m’amènent à cette conclusion sont simples. L’article 172 confie un mandat aux défenseurs des intérêts des consommateurs et à toute autre personne, et ce, qu’ils soient ou non personnellement « touchés » d’une façon ou d’une autre par une [TRADUCTION] « opération commerciale ». L’article 172 vise la personne qui « intent[e] [l’]action ». Il précise que la poursuite doit être engagée « devant la Cour suprême ». La législature veut clairement appuyer et élargir les efforts que le directeur nommé en vertu de la *BPCPA* déploie pour appliquer des normes provinciales en matière de pratiques équitables de consommation en s’assurant le concours d’un grand nombre de poursuivants privés agissant de leur propre chef. En cette période de budgets gouvernementaux serrés et de complexification des contrats visant la fourniture de biens ou de services, on peut comprendre que la législature ait retenu cette approche. Un recours devant la Cour suprême entraîne une certaine notoriété et, advenant une décision favorable, conduit à une dénonciation publique, deux objectifs que l’[TRADUCTION] « arbitrage privé, confidentiel et final » ne permettrait pas d’atteindre.

[7] Étant donné ses origines contractuelles, la justice rendue par le recours à l’arbitrage privé a forcément une portée limitée. Comme le reconnaît la *BPCPA*, certains types de réparation ne peuvent être accordés que par une cour supérieure. Par conséquent, dans la mesure où les plaintes de M^{me} Seidel s’appuient sur l’art. 172 de la *BPCPA* (et seulement dans cette mesure), elles ne peuvent faire l’objet d’une renonciation en vertu d’une clause d’arbitrage et l’action intentée par M^{me} Seidel peut, selon moi, suivre son cours. Pour ce qui est des plaintes subsidiaires de M^{me} Seidel, lesquelles reposent sur d’autres dispositions de la *BPCPA*, sur la *Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996,

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55 (“CAA”).

[8] I should flag at the outset two issues that this appeal does *not* decide. Firstly, of course, Ms. Seidel’s complaints against TELUS are taken to be capable of proof only for the purposes of this application. We are not assuming the allegations will be proven, let alone deciding that TELUS did in fact engage in the conduct complained of. Secondly, Ms. Seidel’s action is framed as a class proceeding, for which she is seeking certification. The present appeal concerns only her individual action. Whether or not the s. 172 claims should be certified as a class action is a matter that will have to be determined by the courts of British Columbia, which have yet to address the issue.

[9] The British Columbia Court of Appeal stayed all of Ms. Seidel’s claims — both under the *BPCPA* and otherwise. I would therefore partly grant the appeal to allow her claims under s. 172 of the *BPCPA* to go forward as candidates for certification. In other respects, the appeal should be dismissed.

I. Facts

[10] TELUS and Ms. Seidel entered into a written cellular phone services contract in 2000. By a statement of claim dated January 21, 2005, she claims that TELUS falsely represented to her and other consumers how it calculates air time for billing purposes. She seeks redress against what she contends are deceptive and unconscionable practices contrary to ss. 3, 4(3)(b) and 4(3)(e) of the *TPA* and ss. 4, 5, 8(3)(b) and 9 of the *BPCPA* (statement of claim, at paras. 11-12). She invokes both s. 171 and s. 172 remedies. Further, as stated, she

ch. 457 (« *TPA* »), maintenant abrogée, ou sur la common law, la clause d’arbitrage de TELUS est valide et exécutoire. La poursuite de M^{me} Seidel devrait donc être suspendue à l’égard de ces demandes en application de l’art. 15 de la *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 55 (« *CAA* »).

[8] D’entrée de jeu, il convient de signaler deux questions que le présent arrêt *ne* tranche *pas*. Premièrement, il va de soi que le bien-fondé des plaintes de M^{me} Seidel contre TELUS n’est présumé susceptible d’être établi que pour les besoins de la présente demande. Nous ne supposons pas que les allégations seront prouvées, et encore moins concluons que TELUS a commis l’acte qu’on lui reproche. Deuxièmement, le recours de M^{me} Seidel prend la forme d’un recours collectif à l’égard duquel elle demande l’autorisation. Le présent pourvoi ne concerne que son recours individuel. La question de savoir s’il faut autoriser le recours collectif en ce qui concerne les demandes visées à l’art. 172 devra être tranchée par les tribunaux de la Colombie-Britannique, qui ne se sont pas encore penchés sur cet aspect du litige.

[9] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a suspendu toutes les demandes de M^{me} Seidel — tant celles qui reposent sur la *BPCPA* que les autres. Je suis par conséquent d’avis d’accueillir le pourvoi en partie de façon à permettre que la demande d’autorisation relative aux demandes fondées sur l’art. 172 de la *BPCPA* suive son cours. Pour le reste, il y a lieu de rejeter le pourvoi.

I. Faits

[10] TELUS et M^{me} Seidel ont conclu par écrit un contrat de services de téléphonie cellulaire en 2000. Dans une déclaration datée du 21 janvier 2005, M^{me} Seidel prétend que TELUS lui a faussement indiqué ainsi qu’à d’autres consommateurs comment l’entreprise calculait le temps d’antenne à des fins de facturation. Elle demande réparation pour ce qu’elle prétend être des pratiques trompeuses et abusives contraires à l’art. 3, aux al. 4(3)(b) et 4(3)(e) de la *TPA* et aux art. 4 et 5 ainsi qu’à l’al. 8(3)(b) et à l’art. 9 de la *BPCPA* (déclaration, par. 11-12).

seeks certification to act on her own behalf and as representative of a class of allegedly overcharged customers, pursuant to the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (“CPA”).

[11] I leave aside her claims under the *TPA* which are clearly subject to the arbitration agreement, and therefore not before the court. With respect to s. 172 of the *BPCPA*, however, she seeks a declaration that TELUS engaged in deceptive and unconscionable trade acts and practices under s. 172(1)(a). She also seeks an interim and permanent injunction under s. 172(1)(b), prohibiting TELUS from engaging in such acts and practices, and an order under s. 172(3)(a) restoring monies that TELUS acquired, she says, by contravening the *BPCPA*, including a proper accounting.

[12] In 2007, in the course of Ms. Seidel’s application to have her claim certified as a class action, TELUS applied for a stay on the basis of the arbitration clause pursuant to s. 15 of the *CAA*. In doing so, it relied on this Court’s decisions in *Dell and Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, 2007 SCC 35, [2007] 2 S.C.R. 921, in which Quebec class certification proceedings were stayed pending the arbitration of consumer disputes. Ms. Seidel is obliged in the first instance, TELUS says, to have her entire complaint, including the *BPCPA* claims, dealt with by arbitration, as provided for in their service contract. Under the competence-competence principle, the arbitrator will determine what, if anything, is excluded from his or her jurisdiction and can thus be taken to the courts (R.F., at para. 30).

[13] Unfortunately, the initial 2000 contract containing the original arbitration clause on which TELUS relies cannot be found. However, the 2003

Elle sollicite les réparations prévues aux art. 171 et 172. De plus, comme je l’ai déjà dit, elle demande, en vertu de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50 (« CPA »), l’autorisation d’agir en son nom et en qualité de représentante d’une catégorie de consommateurs auxquels on aurait facturé des sommes excessives.

[11] Je fais abstraction des demandes de M^{me} Seidel fondées sur la *TPA*; ces demandes sont clairement assujetties à la convention d’arbitrage et la cour n’en est donc pas saisie. Toutefois, pour ce qui est de l’art. 172 de la *BPCPA*, elle sollicite en vertu de l’al. 172(1)a un jugement déclarant que TELUS s’est livrée à des pratiques de commerce trompeuses et abusives. Elle sollicite également, en vertu de l’al. 172(1)b, une injonction provisoire ainsi qu’une injonction permanente interdisant à TELUS de se livrer à de telles pratiques, de même que, en application de l’al. 172(3)a, une ordonnance de restitution des sommes d’argent que TELUS a obtenues, dit-elle, en contrevenant à la *BPCPA*, et une comptabilisation exacte.

[12] En 2007, dans le cadre de l’instance portant sur la demande d’autorisation d’exercer un recours collectif présentée par M^{me} Seidel, TELUS a cherché à obtenir la suspension de l’action, invoquant la clause d’arbitrage en application de l’art. 15 de la *CAA*. Pour ce faire, elle s’est appuyée sur les arrêts de notre Cour dans *Dell et Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921, dans lesquels des procédures d’autorisation de recours collectifs engagées au Québec ont été suspendues en attendant l’issue d’un arbitrage relatif à des différends avec des consommateurs. Selon TELUS, M^{me} Seidel doit d’abord soumettre la totalité de sa plainte, y compris les demandes fondées sur la *BPCPA*, à l’arbitrage, comme il est prévu dans le contrat de service. Suivant le principe de compétence-compétence, l’arbitre déterminera les questions, s’il en est, qui sont exclues de sa compétence et qui peuvent par conséquent être soumises aux tribunaux (m.i., par. 30).

[13] Malheureusement, le contrat initial intervenu en 2000 contenant la clause d’arbitrage sur laquelle TELUS s’appuie est introuvable. Toutefois, le

contract is in evidence and contains the following arbitration clause (an almost identical clause is found in the 2004 renewed contract):

15. ARBITRATION: Any claim, dispute or controversy (whether in contract or tort, pursuant to statute or regulation, or otherwise and whether pre-existing, present or future — except for the collection from you of any amount by TELUS Mobility) arising out of or relating to: (a) this agreement; (b) a phone or the service; (c) oral or written statements, or advertisements or promotions relating to this agreement or to a product or service; or (d) the relationships which result from this agreement (including relationships with third parties who are not parties to this agreement), (each, a “Claim”) will be referred to and determined by private and confidential mediation before a single mediator chosen by the parties and at their joint cost. Should the parties after mediation in good faith fail to reach a settlement, the issue between them shall then be determined by private, confidential and binding arbitration by the same person originally chosen as mediator. Either party may commence court proceedings to enforce the arbitration result when an arbitration decision shall have been rendered and thirty (30) days have passed from the date of such decision. By so agreeing, you waive any right you may have to commence or participate in any class action against TELUS Mobility related to any Claim and, where applicable, you hereby agree to opt out of any class proceeding against TELUS Mobility otherwise commenced. . . . [Emphasis added; A.R., at p. 83.]

The last sentence of the arbitration clause quoted above purports to waive any right Ms. Seidel may have to commence or participate in a class action. It is suggested on behalf of TELUS that that last sentence constitutes a separate bargain — distinct from the arbitration provision that precedes it — that survives any invalidity of the rest of the clause in relation to s. 172 proceedings. On this alternative submission, Ms. Seidel could still proceed in court with her individual s. 172 action but would be contractually barred from seeking its certification as a class proceeding. As will be seen, I would reject this submission of TELUS as well.

contrat de 2003 a été déposé en preuve et il contient la clause d'arbitrage suivante (une clause quasi identique figure dans le contrat renouvelé en 2004) :

[TRADUCTION]

15. ARBITRAGE : Tout différend, toute controverse ou toute réclamation (de nature contractuelle ou délictuelle, en vertu de la loi ou d'un règlement, ou autrement, passé, présent ou futur — sauf en ce qui concerne la perception par TELUS Mobilité de toute somme auprès de vous) qu'il découle des causes suivantes ou qu'il y soit lié : a) la présente entente; b) un téléphone ou le service; c) des déclarations verbales ou écrites, ou des publicités ou promotions concernant la présente entente ou un produit ou un service; d) les relations qui découlent de la présente entente (y compris les relations avec les tiers qui ne sont pas parties), (chacune étant, individuellement, une « réclamation ») feront l'objet d'une médiation privée et confidentielle devant un seul médiateur choisi par les parties à leurs frais conjoints. Si les parties n'arrivent pas à un règlement après une médiation de bonne foi, le litige sera alors soumis à l'arbitrage privé, confidentiel et final de la même personne qui a été choisie à l'origine comme médiateur. L'une ou l'autre des parties peut intenter une action en justice en vue de faire respecter et exécuter la sentence arbitrale rendue, après un délai de trente (30) jours à compter de la date de cette sentence. En acceptant ce qui précède, vous renoncez à tout droit que vous pouvez avoir d'intenter un recours collectif, ou d'y participer, à l'encontre de TELUS Mobilité, en ce qui concerne toute réclamation et, le cas échéant, vous convenez, par les présentes, de vous retirer de tout recours collectif autrement intenté contre TELUS Mobilité. . . [Je souligne; d.a., p. 83.]

La dernière phrase de cet extrait de la clause d'arbitrage est censée porter renonciation à tout droit que M^{me} Seidel pourrait avoir d'intenter un recours collectif ou d'y participer. On soutient au nom de TELUS que cette phrase constitue une entente distincte — distincte de la clause d'arbitrage qui la précède — qui demeure en vigueur même si pour le reste, la clause est déclarée nulle en ce qui concerne les recours fondés sur l'art. 172. Suivant cet argument subsidiaire, l'action individuelle intentée par M^{me} Seidel sur le fondement de l'art. 172 pourrait suivre son cours, mais une clause contractuelle interdirait à M^{me} Seidel de présenter une demande visant à faire autoriser cette action en tant que recours collectif. Comme nous le verrons, je suis d'avis de rejeter également cet argument de TELUS.

II. Judicial History

- A. *Supreme Court of British Columbia (2008 BCSC 933, 85 B.C.L.R. (4th) 372; Masuhara J.)*

[14] The applications judge concluded that *Dell* could not be said to have set out a test of general application. In his view, it rested on provisions specific to Quebec law and should not be taken to have overruled earlier B.C. precedent, including in particular, *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291 (“*MacKinnon 2004*”). In *MacKinnon 2004*, the B.C. Court of Appeal had found that an arbitration agreement should be considered “inoperative” within the meaning of s. 15 of the CAA only if a class proceeding is certified under the CPA because it is the “preferable procedure” (s. 4(1)(d)), and that it is premature to determine whether the action should be stayed until the court has dealt with the certification application. The court therefore remitted the stay application back to the case management judge for reconsideration with the application for certification. Applying the *MacKinnon 2004* reasoning, Masuhara J. denied TELUS’s application for a stay of the certification proceedings (para. 84).

- B. *British Columbia Court of Appeal (2009 BCCA 104, 88 B.C.L.R. (4th) 212; Tysoe J.A. (Finch C.J.B.C. and Rowles, Newbury and Neilson J.J.A. concurring))*

[15] The Court of Appeal considered *Seidel* with a companion case, *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1 (“*MacKinnon 2009*”). The appeal in *Seidel* was allowed. The appeal in *MacKinnon 2009* would also have been allowed but for the court’s conclusion that issue estoppel applied. The appeal in that case was dismissed accordingly.

II. Historique judiciaire

- A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (2008 BCSC 933, 85 B.C.L.R. (4th) 372; le juge Masuhara)*

[14] Le juge des requêtes a conclu qu’on ne saurait considérer que l’arrêt *Dell* a établi un critère d’application générale. Selon lui, cet arrêt portait sur des dispositions propres au Québec et ne devrait pas être accepté comme précédent ayant pour effet d’infirmar la jurisprudence antérieure de la Colombie-Britannique, plus particulièrement l’arrêt *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291 (« *MacKinnon 2004* »). Dans *MacKinnon 2004*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a estimé qu’une convention d’arbitrage ne devrait être considérée comme « inopérante » au sens de l’art. 15 de la CAA que si un recours collectif est autorisé aux termes de la CPA parce qu’il constitue la [TRADUCTION] « meilleure procédure » (al. 4(1)d)), et qu’il est prématuré de décider si l’action devrait être suspendue en attendant que la cour se prononce sur la demande d’autorisation. La Cour d’appel a donc renvoyé la demande de suspension d’instance au juge chargé de la gestion de l’instance pour qu’il l’examine de nouveau lors de l’analyse de la demande d’autorisation du recours collectif. Appliquant le raisonnement adopté dans *MacKinnon 2004*, le juge Masuhara a rejeté la demande de TELUS visant la suspension de la procédure d’autorisation (par. 84).

- B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique (2009 BCCA 104, 88 B.C.L.R. (4th) 212; le juge Tysoe (le juge en chef Finch et les juges Rowles, Newbury et Neilson ont souscrit à ses motifs))*

[15] La Cour d’appel a instruit l’affaire *Seidel* en même temps que l’affaire connexe *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1 (« *MacKinnon 2009* »). L’appel a été accueilli dans *Seidel*. Dans *MacKinnon 2009*, l’appel aurait aussi été accueilli si la cour n’avait pas conclu que la préclusion découlant d’une question déjà tranchée s’appliquait. L’appel dans cette affaire a donc été rejeté.

[16] The central issue was whether this Court's decision in *Dell* had effectively overruled the earlier B.C. Court of Appeal decision in *MacKinnon 2004*.

[17] For this purpose, in *MacKinnon 2009*, the court considered whether the legislative provisions governing arbitration in Quebec could be distinguished from the British Columbia CAA. It concluded that, since both pieces of legislation stemmed from the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 330 U.N.T.S. 3 (the "New York Convention"), and the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17 (1985), Ann. I ("Model Law"), any differences were technical rather than substantive.

[18] As to the provisions of the *BPCPA* forbidding waivers of "rights, benefits or protections", the court considered that to the extent the arbitration clause is a waiver of anything, it is a waiver of forum, but forum (as such) is not included in the protection offered by s. 3 of the *BPCPA*, which only covers substantive consumer rights. Accordingly, the court applied *Dell* and held that the plaintiff was bound by the arbitration clause contained in the contract of adhesion in respect of all claims (*MacKinnon 2009*, at paras. 69-72).

[19] In *Seidel*, the Court of Appeal also held, having regard to the competence-competence principle as it is incorporated in B.C. law, that it is for the arbitrator to consider whether the arbitration agreement existed in the original contract, and to determine which claims are subject to arbitration and which should go before a court (paras. 28-34).

[20] In the result, the B.C. Court of Appeal entered a stay of Ms. Seidel's action in its entirety.

[16] Il s'agissait essentiellement de déterminer si l'arrêt *Dell* de notre Cour avait effectivement eu pour effet d'infirmer l'arrêt antérieur *MacKinnon 2004* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

[17] À cette fin, dans *MacKinnon 2009*, la Cour d'appel a examiné la question de savoir si les lois régissant la procédure d'arbitrage au Québec pouvaient être distinguées de la CAA de la Colombie-Britannique. Elle a conclu qu'étant donné que les deux textes législatifs découlaient de la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 330 R.T.N.U. 3 (la « Convention de New York »), et de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I (« Loi type »), toute différence, le cas échéant, était de nature technique et non substantielle.

[18] Pour ce qui est des dispositions de la *BPCPA* interdisant la renonciation à des [TRADUCTION] « droits, avantages ou protections », la Cour d'appel a estimé que, dans la mesure où la clause d'arbitrage constitue une renonciation, il s'agit d'une renonciation à s'adresser à un organe décisionnel, mais que les organes décisionnels (en tant que tels) ne sont pas visés par la protection qu'offre l'art. 3 de la *BPCPA*, qui ne concerne que les droits substantiels des consommateurs. La Cour d'appel a donc appliqué l'arrêt *Dell* et jugé que l'appelante était liée par la clause d'arbitrage figurant dans le contrat d'adhésion à l'égard de toutes les demandes (*MacKinnon 2009*, par. 69-72).

[19] Dans *Seidel*, la Cour d'appel a également conclu, compte tenu du principe de compétence-compétence qui fait partie intégrante du droit de la C.-B., qu'il revient à l'arbitre d'examiner si la convention d'arbitrage se trouvait dans le contrat initial, et de déterminer les demandes qui sont assujetties à l'arbitrage et celles qui devraient être soumises à une cour (par. 28-34).

[20] En définitive, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a ordonné la suspension de l'action de M^{me} Seidel dans sa totalité.

III. Relevant Legislation

[21] *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2

Waiver or release void except as permitted

- 3 Any waiver or release by a person of the person's rights, benefits or protections under this Act is void except to the extent that the waiver or release is expressly permitted by this Act.

Unconscionable acts or practices

- 8 (1) An unconscionable act or practice by a supplier may occur before, during or after the consumer transaction.
- (2) In determining whether an act or practice is unconscionable, a court must consider all of the surrounding circumstances of which the supplier knew or ought to have known.
- (3) Without limiting subsection (2), the circumstances that the court must consider include the following:
- (a) that the supplier subjected the consumer or guarantor to undue pressure to enter into the consumer transaction;
 - (b) that the supplier took advantage of the consumer or guarantor's inability or incapacity to reasonably protect his or her own interest because of the consumer or guarantor's physical or mental infirmity, ignorance, illiteracy, age or inability to understand the character, nature or language of the consumer transaction, or any other matter related to the transaction;
 - (c) that, at the time the consumer transaction was entered into, the total price grossly exceeded the total price at which similar subjects of similar consumer transactions were readily obtainable by similar consumers;
 - (d) that, at the time the consumer transaction was entered into, there was no reasonable probability of full payment of the total price by the consumer;

III. Dispositions législatives pertinentes

[21] *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, ch. 2

[TRANSDUCTION]

Nullité de la renonciation non autorisée aux droits

- 3 Sauf dans la mesure où elle est expressément permise par la présente loi, la renonciation aux droits, avantages ou protections qui y sont prévus est nulle.

Pratiques abusives

- 8 (1) Une pratique abusive d'un fournisseur peut survenir avant, pendant ou après l'opération commerciale.
- (2) La cour tient compte de toutes les circonstances dont le fournisseur avait ou aurait dû avoir connaissance lorsqu'elle décide si une pratique est abusive.
- (3) Sans limiter la portée du paragraphe précédent, la cour tient compte notamment des circonstances suivantes :
- a) le fournisseur a exercé des pressions indues sur le consommateur ou le garant pour qu'il conclue l'opération commerciale;
 - b) le fournisseur a profité de l'incapacité du consommateur ou du garant de défendre raisonnablement ses intérêts du fait d'une infirmité physique ou mentale, de son ignorance, de son analphabétisme, de son âge, de son inaptitude à comprendre la nature ou le libellé de l'opération commerciale, ou de tout autre élément lié à l'opération;
 - c) au moment où l'opération a été conclue, le prix total était outrageusement supérieur au prix payé pour des choses similaires dans le cadre d'opérations analogues par des consommateurs semblables qui peuvent facilement les obtenir;
 - d) soit qu'au moment où l'opération a été conclue, il était raisonnablement improbable que le consommateur paie le prix total;

- (e) that the terms or conditions on, or subject to, which the consumer entered into the consumer transaction were so harsh or adverse to the consumer as to be inequitable;
- (f) a prescribed circumstance.

. . . .

Damages recoverable

171 (1) Subject to subsection (2), if a person, other than a person referred to in paragraphs (a) to (e), has suffered damage or loss due to a contravention of this Act or the regulations, the person who suffered damage or loss may bring an action against a

- (a) supplier,
- (b) reporting agency, as defined in section 106 [*definitions*],
- (c) collector, as defined in section 113 [*definitions*],
- (d) bailiff, collection agent or debt pooler, as defined in section 125 [*definitions*], or
- (e) a person required to hold a licence under Part 9 [*Licences*]

who engaged in or acquiesced in the contravention that caused the damage or loss.

. . . .

Court actions respecting consumer transactions

172 (1) The director or a person other than a supplier, whether or not the person bringing the action has a special interest or any interest under this Act or is affected by a consumer transaction that gives rise to the action, may bring an action in Supreme Court for one or both of the following:

- (a) a declaration that an act or practice engaged in or about to be engaged in by a supplier in respect of a consumer transaction contravenes this Act or the regulations;

- e) les conditions auxquelles le consommateur a conclu l'opération commerciale étaient si sévères ou contraires à ses intérêts qu'elles sont injustes;

- f) une circonstance prévue par la loi.

. . . .

Dommages-intérêts

171 (1) Sous réserve du paragraphe (2), la personne, autre qu'une personne visée aux alinéas a) à e), qui a subi un préjudice ou une perte en raison d'une infraction à la présente loi ou à ses règlements, peut intenter une action contre :

- a) le fournisseur,
- b) une agence d'évaluation de crédit, au sens de l'article 106 [*définitions*],
- c) un collecteur, au sens de l'article 113 [*définitions*],
- d) un huissier, un agent de recouvrement ou un administrateur de dettes, au sens de l'article 125 [*définitions*],
- e) une personne tenue de détenir une licence sous le régime de la partie 9 [*Licences*]

qui a commis l'infraction ayant causé le préjudice ou la perte ou qui y a acquiescé.

. . . .

Recours judiciaires relatifs à des opérations commerciales

172 (1) Le directeur ou une personne autre qu'un fournisseur — que cette personne ait ou non un intérêt, particulier ou autre, à faire valoir sous le régime de la présente loi ou qu'elle soit ou non touchée par l'opération commerciale à l'origine du litige — peut intenter une action devant la Cour suprême en vue d'obtenir :

- a) un jugement déclarant qu'un acte commis par un fournisseur, ou sur le point de l'être, ou une pratique qu'il utilise, ou est sur le point d'utiliser, en ce qui concerne une opération commerciale contrevient à la présente loi ou à ses règlements;

(b) an interim or permanent injunction restraining a supplier from contravening this Act or the regulations.

b) une injonction provisoire ou permanente interdisant au fournisseur de contrevenir à la présente loi ou à ses règlements.

. . .

. . .

(3) If the court grants relief under subsection (1), the court may order one or more of the following:

(3) Si la Cour accueille l'action sous le régime du paragraphe (1), elle peut ordonner

(a) that the supplier restore to any person any money or other property or thing, in which the person has an interest, that may have been acquired because of a contravention of this Act or the regulations;

a) que le fournisseur restitue à une personne les sommes ou autres biens ou choses, à l'égard desquels cette personne a un intérêt, et qui peuvent avoir été obtenus par suite d'une contravention à la présente loi ou à ses règlements;

(b) if the action is brought by the director, that the supplier pay to the director the actual costs, or a reasonable proportion of the costs, of the inspection of the supplier conducted under this Act;

b) si l'action est intentée par le directeur, que le fournisseur lui rembourse la totalité ou une partie raisonnable des frais engagés pour soumettre le fournisseur à une inspection sous le régime de la présente loi;

(c) that the supplier advertise to the public in a manner that will assure prompt and reasonable communication to consumers, and on terms or conditions that the court considers reasonable, particulars of any judgment, declaration, order or injunction granted against the supplier under this section.

c) que le fournisseur informe le public, de manière efficace et rapide et suivant les modalités que la cour estime raisonnables, du contenu de tout jugement, jugement déclaratoire, ordonnance ou injonction prononcé contre le fournisseur sous le régime du présent article.

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55

[TRADUCTION]

15 (1) If a party to an arbitration agreement commences legal proceedings in a court against another party to the agreement in respect of a matter agreed to be submitted to arbitration, a party to the legal proceedings may apply, before or after entering an appearance and before delivery of any pleadings or taking any other step in the proceedings, to that court to stay the legal proceedings.

15 (1) Si une partie à une convention d'arbitrage intente contre une autre partie à la convention une action relative à une question qui, suivant cette convention, devait être soumise à l'arbitrage, une partie à l'instance peut, avant ou après avoir comparu et avant d'avoir déposé des actes de procédure ou autrement agi dans l'instance, demander au tribunal de suspendre l'instance.

(2) In an application under subsection (1), the court must make an order staying the legal proceedings unless it determines that the arbitration agreement is void, inoperative or incapable of being performed.

(2) Le tribunal saisi de la demande visée au paragraphe (1) suspend l'instance à moins qu'il ne constate que la convention d'arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

. . .

. . .

22 (1) Unless the parties to an arbitration otherwise agree, the rules of the British Columbia

22 (1) Sauf entente contraire des parties à l'arbitrage, les règles du British Columbia International

International Commercial Arbitration Centre for the conduct of domestic commercial arbitrations apply to that arbitration.

- (2) If the rules referred to in subsection (1) are inconsistent with or contrary to the provisions in an enactment governing an arbitration to which this Act applies, the provisions of that enactment prevail.
- (3) If the rules referred to in subsection (1) are inconsistent with or contrary to this Act, this Act prevails.

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50

- 4** (1) The court must certify a proceeding as a class proceeding on an application under section 2 or 3 if all of the following requirements are met:
- (a) the pleadings disclose a cause of action;
 - (b) there is an identifiable class of 2 or more persons;
 - (c) the claims of the class members raise common issues, whether or not those common issues predominate over issues affecting only individual members;
 - (d) a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues;
 - (e) there is a representative plaintiff who
 - (i) would fairly and adequately represent the interests of the class,
 - (ii) has produced a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members of the proceeding, and
 - (iii) does not have, on the common issues, an interest that is in conflict with the interests of other class members.
- (2) In determining whether a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues,

Commercial Arbitration Centre relatives à la conduite des arbitrages commerciaux internes s'appliquent à l'arbitrage.

- (2) Si les règles visées au paragraphe (1) sont incompatibles avec les dispositions d'une loi régissant un arbitrage visé par la présente loi, ou sont contraires à celles-ci, les dispositions de la loi régissant l'arbitrage s'appliquent.
- (3) Si les règles visées au paragraphe (1) sont incompatibles avec la présente loi ou contraires à celle-ci, cette dernière s'applique.

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50

[TRANSLATION]

- 4** (1) Le tribunal saisi d'une demande visée à l'article 2 ou 3 certifie qu'il s'agit d'un recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :
- a) les actes de procédure révèlent une cause d'action;
 - b) il existe un groupe identifiable de 2 personnes ou plus;
 - c) les demandes des membres du groupe soulèvent des questions communes, que ces questions communes prévalent ou non sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement;
 - d) le recours collectif est la meilleure procédure pour le règlement juste et efficace des questions communes;
 - e) il y a un représentant des demandeurs qui :
 - (i) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe,
 - (ii) a préparé un plan pour l'instance qui propose un moyen efficace de faire avancer l'instance au nom du groupe et d'aviser les membres du groupe de l'instance,
 - (iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les questions communes du groupe.
- (2) Pour déterminer si le recours collectif est la meilleure procédure pour le règlement juste et efficace des questions communes, le tribunal

the court must consider all relevant matters including the following:

- (a) whether questions of fact or law common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members;
- (b) whether a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions;
- (c) whether the class proceeding would involve claims that are or have been the subject of any other proceedings;
- (d) whether other means of resolving the claims are less practical or less efficient;
- (e) whether the administration of the class proceeding would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.

examine toutes les questions pertinentes, notamment les questions suivantes :

- a) si les questions de fait ou de droit communes aux membres du groupe prévalent sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement;
- b) si un nombre important de membres du groupe ont valablement intérêt à mener individuellement la poursuite d'une action distincte;
- c) si le recours collectif comporte des demandes faisant ou ayant fait l'objet d'autres instances;
- d) si les autres moyens de résoudre les demandes sont moins pratiques ou moins efficaces;
- e) si l'administration du recours collectif créerait ou non des difficultés plus grandes que celles qui surviendront vraisemblablement dans le cas où la réparation est sollicitée par d'autres moyens.

13 The court may at any time stay any proceeding related to the class proceeding on the terms the court considers appropriate.

British Columbia International Commercial Arbitration Centre's *Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure*, as amended June 1, 1998 ("BCICAC Rules")

20. Jurisdiction

- (1) The arbitration tribunal may rule on its own jurisdiction, including ruling on any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement.
- (2) A decision by the arbitration tribunal that the contract is null and void shall not entail the invalidity of the arbitration clause unless specifically found to be so by the arbitration tribunal.
- (3) Any objection to the jurisdiction of the arbitration tribunal to consider a claim or counter-claim shall be raised in the statement of defense or statement of defense to counter-claim. The tribunal may consider a late objection if it regards the delay justified.

13 Le tribunal peut à tout moment, aux conditions qu'il estime appropriées, suspendre une instance connexe au recours collectif.

Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure du British Columbia International Commercial Arbitration Centre, modifiées le 1^{er} juin 1998 (« règles du BCICAC »)

[TRANSLATION]

20. 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.
- (2) La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas la nullité de la clause compromissoire, mais celle-ci peut faire l'objet d'une déclaration expresse de nullité.
- (3) Toute objection visant à contester la compétence du tribunal arbitral à l'égard d'une action ou d'une demande reconventionnelle doit être soulevée dans la défense initiale ou la défense produite en réponse à la demande reconventionnelle. Le tribunal peut examiner une objection formulée tardivement s'il estime que le retard est justifié.

(4) A party is not precluded from raising a jurisdictional plea by the fact that it has appointed or participated in the appointment of an arbitrator.

IV. Analysis

[22] The underlying issue in this appeal is access to justice. Each of the disputants claims to be its supporter. Mediation and arbitration, TELUS says, reflect the values of freedom of contract and the autonomy of individuals to order their affairs as they see fit. A consumer can press an individual complaint which would not be worthwhile to pursue under the more costly proceedings of a court.

[23] The virtues of commercial arbitration have been recognized and indeed welcomed by our Court in a series of recent decisions mainly from Quebec, including not only *Dell* and *Rogers Wireless*, but also *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; and *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178. See also, S. Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec: Droit interne — Droit international privé* (1991), at p. 5, and F. Bachand, “Should No-Class Action Arbitration Clauses Be Enforced?”, in A. W. Rovine, ed., *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2008* (2009), 153, at p. 162.

[24] Nevertheless, from the perspective of the *BPCPA*, “private, confidential and binding arbitration” will almost certainly inhibit rather than promote wide publicity (and thus deterrence) of deceptive and/or unconscionable commercial conduct. It is clearly open to a legislature to utilize private consumers as effective enforcement partners operating independently of the formal enforcement bureaucracy and to conclude that the most effective form is not a “private and confidential” alternative dispute resolution behind closed doors, but very public and well-publicized proceedings in a court of law.

(4) Le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de contester la compétence du tribunal arbitral.

IV. Analyse

[22] L'accès à la justice constitue la question fondamentale dans le présent pourvoi. Tant l'appelante que l'intimée prétendent en être les défenseurs. Selon TELUS, la médiation et l'arbitrage traduisent les valeurs que représentent la liberté contractuelle et la liberté des individus d'organiser leurs affaires comme ils l'entendent. Un consommateur peut poursuivre une plainte qui ne justifierait pas une procédure judiciaire plus coûteuse.

[23] Les avantages de l'arbitrage commercial ont été reconnus et accueillis favorablement par notre Cour dans une série d'arrêts récents concernant surtout des affaires québécoises, non seulement dans *Dell* et *Rogers Sans-fil*, mais également dans *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178. Voir également S. Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec : Droit interne — Droit international privé* (1991), p. 5, et F. Bachand, « Should No-Class Action Arbitration Clauses Be Enforced? », dans A. W. Rovine, dir., *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation : The Fordham Papers 2008* (2009), 153, p. 162.

[24] Néanmoins, du point de vue de la *BPCPA*, il ne fait guère de doute que l'[TRADUCTION] « arbitrage privé, confidentiel et final » freinera au lieu de favoriser la publicité à grande échelle visant les pratiques de commerce trompeuses ou abusives (et, par conséquent, la prévention de celles-ci). Il est manifestement loisible à une législature de faire appel à des consommateurs en qualité de partenaires compétents en matière d'application de la loi, qui agissent de manière autonome par rapport à l'appareil bureaucratique officiel dans ce domaine, et de juger que la meilleure solution réside non pas dans un règlement alternatif des différends « privé et confidentiel » derrière des portes closes, mais dans une procédure judiciaire éminemment publique et très médiatisée.

[25] Leaving aside British Columbia for a moment, a number of other provincial legislatures have intervened in the marketplace with greater or lesser limitations on arbitration clauses in consumer contracts. See, e.g.: in Quebec, *An Act to amend the Consumer Protection Act and the Act respecting the collection of certain debts*, S.Q. 2006, c. 56, s. 2; in Ontario, the *Consumer Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 30, Sch. A, ss. 7, 8 and 100; and in Alberta, the *Fair Trading Act*, R.S.A. 2000, c. F-2, which in s. 16 subjects consumer arbitration clauses to ministerial approval.

[26] This case requires the Court to determine, in short, whether, as a matter of statutory interpretation, s. 172 of the *BPCPA* contains such a limitation and, if so, its extent and effect on Ms. Seidel's action. In addition, we need to address the procedural issue of whether these questions ought to be decided in the first instance by the court or an arbitrator.

A. *The Principle of Competence-Competence Must Be Respected*

[27] It is convenient to deal first with the procedural issue.

[28] British Columbia has adopted the competence-competence principle through the combined operation of s. 22 of the *CAA* and Rule 20(2) of the *BCICAC Rules* which in turn reflect the provisions of the *New York Convention and Model Law*. As such, “[t]he jurisdiction to determine jurisdiction is given to the arbitral tribunal by statute, as well as by the rules of arbitration used by most institutions”: see J. B. Casey and J. Mills, *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure* (2005), at p. 147.

[29] I agree with my colleagues LeBel and Deschamps JJ. (at para. 114) that in these circumstances, absent legislated exception, any challenge to an arbitrator's jurisdiction over Ms. Seidel's dispute with TELUS should first be determined by the arbitrator, unless the challenge involves a pure

[25] Laissant momentanément de côté la Colombie-Britannique, signalons que plusieurs autres provinces sont intervenues dans les rapports commerciaux en assujettissant les clauses d'arbitrage figurant dans les contrats de consommation à des restrictions plus ou moins importantes, notamment le Québec dans la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, L.Q. 2006, ch. 56, à l'art. 2, l'Ontario dans la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, ch. 30, ann. A, aux art. 7, 8 et 100, et l'Alberta dans la *Fair Trading Act*, R.S.A. 2000, ch. F-2, à l'art. 16 qui soumet les clauses d'arbitrage à l'approbation du ministre.

[26] Pour résumer, il appartient à la Cour de déterminer en l'espèce si, selon les règles d'interprétation législative, l'art. 172 de la *BPCPA* contient une restriction de cette nature et, dans l'affirmative, quelle en est la portée et l'effet sur l'action de M^{me} Seidel. Nous devons aussi décider, sur le plan procédural, qui, de la cour ou de l'arbitre, doit être le premier à trancher ces questions.

A. *Il faut respecter le principe de compétence-compétence*

[27] Il est utile d'examiner d'abord la question procédurale.

[28] La Colombie-Britannique a adopté le principe de compétence-compétence au moyen de l'application conjointe de l'art. 22 de la *CAA* et du par. 20(2) des règles du *BCICAC*, des dispositions analogues à celles de la *Convention de New York* et de la *Loi type*. Par conséquent, [TRADUCTION] « [l]a loi et les règles d'arbitrage de la plupart des institutions accordent au tribunal arbitral le pouvoir d'établir la juridiction compétente » : voir J. B. Casey et J. Mills, *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure* (2005), p. 147.

[29] Je suis d'accord avec mes collègues les juges LeBel et Deschamps (par. 114) pour dire que, dans ces circonstances, sauf exception établie par le législateur, toute contestation de la compétence de l'arbitre sur le litige opposant M^{me} Seidel à TELUS devrait d'abord être tranchée par l'arbitre, à moins

question of law, or one of mixed fact and law that requires for its disposition “only superficial consideration of the documentary evidence in the record” (*Dell*, at para. 85). See also, *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 SCC 40, [2003] 2 S.C.R. 63, at paras. 37-38.

[30] Whether or not s. 172 of the *BPCPA* has the legal effect claimed for it by Ms. Seidel was a question of law to be determined on undisputed facts. Accordingly, it was properly entertained by the Supreme Court of British Columbia in the first instance. The competence-competence principle was not violated.

B. *The Substantive Issue: Does Section 172 of the BPCPA Override the Mediation/Arbitration Provision in a Consumer Contract?*

[31] For practical purposes, the answer to this question turns on whether the waiver contained in the TELUS arbitration clause is rendered null and void by s. 3 of the *BPCPA*, which, for convenience, I reproduce again:

3 Any waiver or release by a person of the person’s rights, benefits or protections under this Act is void except to the extent that the waiver or release is expressly permitted by this Act.

I interpret this clause to mean that to the extent the arbitration clause purports to take away a right, benefit or protection conferred by the *BPCPA*, it will be invalid, and to that extent, Ms. Seidel will retain her individual cause of action under the *BPCPA* in the Supreme Court of British Columbia. If the arbitration clause is thus rendered invalid, the stay provisions of the *CAA* will not assist TELUS. However, the statutory right to bring an action in the Supreme Court of British Columbia appears only in s. 172. As explained earlier, Ms. Seidel’s statement of claim contains a variety of different assertions and claims invoking different statutes and causes of action. It is only to the extent that she can bring her case within s. 172 of the *BPCPA* that the legislative override in s. 3 will extricate her

que la contestation ne fasse intervenir une pure question de droit ou une question mixte de fait et de droit n’impliquant « qu’un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier » (*Dell*, par. 85). Voir aussi *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 CSC 40, [2003] 2 R.C.S. 63, par. 37-38.

[30] L’effet juridique attribué à l’art. 172 de la *BPCPA* par M^{me} Seidel est une question de droit qu’il fallait trancher en fonction des faits non contestés. C’est donc à juste titre que la Cour suprême de la Colombie-Britannique a été la première à connaître de cette question. Le principe de compétence-compétence n’a donc pas été violé.

B. *La question de fond : l’art. 172 de la BPCPA l’emporte-t-il sur la disposition d’un contrat de consommation relative à la médiation et à l’arbitrage?*

[31] Dans la pratique, il faut, pour répondre à cette question, déterminer si la renonciation figurant dans la clause d’arbitrage de TELUS est nulle selon l’art. 3 de la *BPCPA*, que je reproduis à nouveau ci-dessous par souci de commodité :

[TRADUCTION]

3 Sauf dans la mesure où elle est expressément permise par la présente loi, la renonciation aux droits, avantages ou protections qui y sont prévus est nulle.

Selon moi, cette disposition signifie que, dans la mesure où elle vise à retirer des droits, avantages ou protections accordés par la *BPCPA*, la clause d’arbitrage est invalide, et, dans cette mesure, M^{me} Seidel conserve son recours individuel sous le régime de la *BPCPA* devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Si la clause d’arbitrage est ainsi déclarée invalide, les dispositions de la *CAA* relatives à la suspension d’instance ne sont d’aucun secours pour TELUS. Toutefois, le droit légal d’intenter une poursuite devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique n’est prévu qu’à l’art. 172. Comme nous l’avons vu, la déclaration de M^{me} Seidel contient diverses prétentions et demandes fondées sur différentes lois et causes d’action. Ce n’est que dans la mesure où son recours se fonde

from the arbitration clause to which she agreed in the TELUS contract.

(1) The “Rights, Benefits or Protections” Conferred by Section 172

[32] For ease of reference, I reproduce again the language of s. 172. It is headed “Court actions respecting consumer transactions”. It is clearly framed to encourage *private* enforcement in the *public* interest:

Court actions respecting consumer transactions

172 (1) The director or a person other than a supplier, whether or not the person bringing the action has a special interest or any interest under this Act or is affected by a consumer transaction that gives rise to the action, may bring an action in Supreme Court for one or both of the following:

- (a) a declaration that an act or practice engaged in or about to be engaged in by a supplier in respect of a consumer transaction contravenes this Act or the regulations;
- (b) an interim or permanent injunction restraining a supplier from contravening this Act or the regulations.

(3) If the court grants relief under subsection (1), the court may order one or more of the following:

- (a) that the supplier restore to any person any money or other property or thing, in which the person has an interest, that may have been acquired because of a contravention of this Act or the regulations;
- (b) if the action is brought by the director, that the supplier pay to the director the actual costs, or a reasonable proportion of

sur l’art. 172 de la *BPCPA* que la disposition dérogatoire de l’art. 3 lui permettra d’échapper à la clause d’arbitrage à laquelle elle a consenti dans le contrat conclu avec TELUS.

(1) Les « droits, avantages ou protections » conférés par l’art. 172

[32] Pour plus de commodité, je reproduis de nouveau l’art. 172. Il est intitulé [TRADUCTION] « Recours judiciaires relatifs à des opérations commerciales ». Il vise de toute évidence à encourager les recours d’initiative *privée* dans l’intérêt *public* :

[TRADUCTION]

Recours judiciaires relatifs à des opérations commerciales

172 (1) Le directeur ou une personne autre qu’un fournisseur — que cette personne ait ou non un intérêt, particulier ou autre, à faire valoir sous le régime de la présente loi ou qu’elle soit ou non touchée par l’opération commerciale à l’origine du litige — peut intenter une action devant la Cour suprême en vue d’obtenir :

- a) un jugement déclarant qu’un acte commis par un fournisseur, ou sur le point de l’être, ou une pratique qu’il utilise, ou est sur le point d’utiliser, en ce qui concerne une opération commerciale contrevient à la présente loi ou à ses règlements;
- b) une injonction provisoire ou permanente interdisant au fournisseur de contrevir à la présente loi ou à ses règlements.

(3) Si la cour accueille l’action sous le régime du paragraphe (1), elle peut ordonner

- a) que le fournisseur restitue à une personne les sommes ou autres biens ou choses, à l’égard desquels cette personne a un intérêt, et qui peuvent avoir été obtenus par suite d’une contravention à la présente loi ou à ses règlements;
- b) si l’action est intentée par le directeur, que le fournisseur lui rembourse la totalité ou une partie raisonnable des frais engagés

the costs, of the inspection of the supplier conducted under this Act;

- (c) that the supplier advertise to the public in a manner that will assure prompt and reasonable communication to consumers, and on terms or conditions that the court considers reasonable, particulars of any judgment, declaration, order or injunction granted against the supplier under this section.

It will be noted that whereas s. 171 damages may only be sought by “the person who suffered damage”, a s. 172 claim may be initiated by virtually anyone (“a person other than a supplier, whether or not the person bringing the action has a special interest or any interest under this Act or is affected by a consumer transaction that gives rise to the action”). The fact that such persons do not necessarily act in their personal interest (as they don’t need to have any) emphasizes the *public* interest nature of the s. 172 remedy. Opening the door to private enforcement in the public interest vastly increases the potential effectiveness of the Act and thereby promotes adherence to the consumer standards set out therein. The legislature clearly intended the Supreme Court to be able to enjoin a supplier guilty of infractions of the *BPCPA* from practicing the offending conduct against any consumer (orders which only courts can issue), rather than just in relation to a particular complainant (as in a “private” and “confidential” arbitration created by private contract).

(2) A Proper Interpretation of Section 172 of the BPCPA Must Be Approached Textually, Contextually and Purposively

[33] The text of the statute favours Ms. Seidel’s interpretation. The operative language of s. 3 (“rights, benefits or protections”) is all-encompassing. TELUS argues (and my colleagues LeBel and Deschamps JJ. agree, at para. 136) that

pour soumettre le fournisseur à une inspection sous le régime de la présente loi;

- c) que le fournisseur informe le public, de manière efficace et rapide et suivant les modalités que la cour estime raisonnables, du contenu de tout jugement, jugement déclaratoire, ordonnance ou injonction prononcé contre le fournisseur sous le régime du présent article.

Il convient de souligner que le recours en dommages-intérêts de l’art. 171 ne peut être intenté que par [TRADUCTION] « la personne [. . .] qui a subi un préjudice », alors que le recours de l’art. 172 peut être exercé par pratiquement toute personne ([TRADUCTION] « une personne autre qu’un fournisseur — que cette personne ait ou non un intérêt, particulier ou autre, à faire valoir sous le régime de la présente loi ou qu’elle soit ou non touchée par l’opération commerciale à l’origine du litige »). Le fait que ces personnes n’agissent pas nécessairement dans leur intérêt personnel (vu l’absence d’exigence à cet égard) fait ressortir ce qu’est le recours prévu à l’art. 172 : une mesure d’intérêt *public*. En ouvrant la porte à l’intervention de poursuivants privés dans l’intérêt public, on augmente considérablement l’efficacité potentielle de la Loi, ce qui favorise le respect des normes qu’elle établit en vue de protéger les consommateurs. La législature a de toute évidence voulu qu’il soit loisible à la Cour suprême d’empêcher les fournisseurs ayant contrevenu à la *BPCPA* de faire subir à quelque consommateur que ce soit le comportement fautif reproché (ce type d’ordonnance étant du ressort exclusif des tribunaux judiciaires) plutôt que de restreindre la partie de l’interdiction à un plaignant en particulier (comme dans le cas d’un arbitrage « privé » et « confidentiel » prévu par contrat privé).

(2) Il faut interpréter l’art. 172 de la BPCPA de manière textuelle, contextuelle et téléologique

[33] Le libellé de la loi favorise l’interprétation de M^{me} Seidel. Les termes performatifs de l’art. 3 ([TRADUCTION] « droits, avantages ou protections ») ont une portée large et générale. TELUS soutient (ce à quoi souscrivent mes collègues les

the s. 172 right to “bring an action in Supreme Court” is merely procedural. With respect, this characterization is of no assistance to TELUS. Whether procedural or substantive, it is indubitably a “righ[t]” or “benefi[t]” conferred by the statute. If the legislature had intended to draw distinctions between procedural and substantive “rights, benefits or protections” in s. 3 of the *BPCPA*, it could easily have done so, but it chose not to. Ms. Seidel possesses a statutory “right” to take her complaint to the Supreme Court. My colleagues LeBel and Deschamps JJ. read down the expression “rights, benefits or protections” to exclude procedural rights. I can find no justification for modifying the legislation in this way.

[34] My colleagues then focus on the word “may” appearing in s. 172 where it provides that an individual “may bring an action in Supreme Court”. This shows, they say, that “the Supreme Court is not intended to be the only forum in which these remedies can be sought” (para. 154). With respect, the word “may” simply indicates the obvious intention that an individual (particularly one without “any interest” in a consumer transaction) has the option to complain or not to complain. How could it be mandatory? However, the statutory point is that *if* a s. 172 action is taken, it must be taken in the Supreme Court.

[35] The internal structure of s. 172 also shows that the B.C. legislature was well aware that, in the consumer context, declarations and injunctions are the most efficient remedies in terms of protection of the interest of the broader public of consumers and deterrence of wrongful supplier conduct. Damages are often a less important form of relief considering the small amounts of money at stake. Thus, in s. 172, an order to “restore” money or property is framed as secondary relief that is contingent on the plaintiff first obtaining a declaration or injunction that, unlike an arbitral award, would

judges LeBel et Deschamps — voir le par. 136 de leurs motifs) que le droit d’[TRADUCTION] « tenter une action devant la Cour suprême », prévu à l’art. 172, est uniquement un droit procédural. Avec égards, cette qualification n’est d’aucun secours pour TELUS. Peu importe sa nature — procédurale ou substantielle —, il s’agit indubitablement d’un « droi[t] » ou « avantag[e] » conféré par la loi. Si la législature avait eu l’intention d’établir à l’art. 3 de la *BPCPA* des distinctions entre les « droits, avantages ou protections » procéduraux et ceux de nature substantielle, elle aurait très bien pu le faire, mais ce n’est pas la voie qu’elle a choisie. La loi accorde à M^{me} Seidel le « droit » de déposer sa plainte à la Cour suprême. Mes collègues les juges LeBel et Deschamps ont atténué le sens de l’expression « droits, avantages ou protections » de façon à en exclure les droits procéduraux. Je ne vois aucune raison de modifier ainsi la *BPCPA*.

[34] Mes collègues s’arrêtent ensuite au mot « peut » figurant à l’art. 172, lequel prévoit qu’une personne [TRADUCTION] « peut tenter une action devant la Cour suprême ». À leur avis, cela démontre « l’intention de ne pas attribuer seulement à la Cour suprême le pouvoir d’attribuer les réparations en question » (par. 154). Avec égards, « peut » indique simplement l’intention évidente de laisser à quelqu’un (en particulier une personne non touchée par une opération commerciale) le choix de se plaindre ou non. En quoi cela pourrait-il constituer une obligation? Mais la chose à retenir sur le plan législatif est que, s’il faut tenter une action fondée sur l’art. 172, il faut l’intenter devant la Cour suprême.

[35] Il ressort également de la structure de l’art. 172 que la législature de la C.-B. savait fort bien qu’en matière de consommation, les jugements déclaratoires et les injonctions sont les recours les plus efficaces pour défendre les intérêts des consommateurs en général et dissuader les fournisseurs de commettre des actes fautifs. Dans bien des cas, l’octroi de dommages-intérêts est une forme moins utile de réparation compte tenu des faibles sommes en jeu. Ainsi, à l’art. 172, l’ordonnance enjoignant au fournisseur de [TRADUCTION] « restitu[er] » des sommes d’argent ou des biens est

be broadcast to the marketplace generally with full supporting reasons. On this point, my colleagues argue (at para. 152) that an arbitrator could make an order that “would fulfill the public purpose” of the *BPCPA* provision authorizing a superior court to order the supplier to

advertise to the public in a manner that will assure prompt and reasonable communication to consumers, and on terms or conditions that the court considers reasonable, particulars of any judgment, declaration, order or injunction granted against the supplier under this section. [s. 172(3)(c)]

While the validity of such a hypothetical order is not before us, I think that TELUS would have a legitimate objection. It is true that arbitrators in B.C. have fairly broad remedial powers, but it is equally true that in the exercise of those powers the arbitrator would have to respect the parties’ contractual agreement that the arbitration be “private” and “confidential”. (Indeed my colleagues’ entire argument is said to be based on respect for the intention of the parties.) I doubt that Ms. Seidel or TELUS would be free to turn a private and confidential arbitration into a public denunciation of the other under the guise of enforcement proceedings. The arbitrator is not a court and the parties are constrained by contract not to treat it like one.

[36] As to the statutory context, s. 172 stands out as a public interest remedy (i.e. it is available whether or not the self-appointed plaintiff “is affected by a consumer transaction that gives rise to the action”) as compared with s. 171 (where the plaintiff must be “the person who suffered damage or loss”). The difference in the personal stake (or lack of it) required of a plaintiff is scarcely accidental. Section 171 confers a private cause of action. Section 172 treats the plaintiff as a public interest plaintiff intended to shine a spotlight on allegations of shabby corporate conduct, and the legislative intent thereby manifested should be respected by the court. This appeal falls to be determined on

une mesure accessoire conditionnelle à ce que le demandeur ait obtenu un jugement déclaratoire ou une injonction qui, contrairement à une décision arbitrale, serait exposé sur la place publique avec motifs exhaustifs à l’appui. Sur ce point, mes collègues affirment (par. 152) qu’un arbitre peut rendre une ordonnance qui « remplirait l’objectif d’ordre public » de la disposition de la *BPCPA* autorisant une cour supérieure à enjoindre au fournisseur

[TRADUCTION] [d’informer] le public, de manière efficace et rapide et suivant les modalités que la cour estime raisonnables, du contenu de tout jugement, jugement déclaratoire, ordonnance ou injonction prononcé contre le fournisseur sous le régime du présent article. [al. 172(3)c]

Bien que notre Cour ne soit pas saisie de la validité d’une pareille ordonnance éventuelle, je crois que TELUS aurait un motif légitime de s’y opposer. Certes, les arbitres de la C.-B. disposent de pouvoirs de réparation assez larges, mais il est aussi vrai que, dans l’exercice de ces pouvoirs, l’arbitre est tenu de respecter l’entente contractuelle intervenue entre les parties quant au caractère « privé » et « confidentiel » de l’arbitrage. (En fait, toute la thèse de mes collègues repose censément sur le respect de l’intention des parties.) Je doute qu’il soit loisible à M^{me} Seidel ou à TELUS de transformer un arbitrage privé et confidentiel en une dénonciation publique de l’autre partie sous le couvert d’une procédure d’exécution. L’arbitre n’est point une cour de justice, et le contrat interdit aux parties de le traiter comme tel.

[36] Pour ce qui est du contexte législatif, l’art. 172 est une mesure d’intérêt public (qui s’applique, que la personne qui s’autoproclame partie demanderesse soit ou non [TRADUCTION] « touchée par l’opération commerciale à l’origine du litige ») alors qu’il n’en est pas ainsi de l’art. 171 (selon lequel la partie demanderesse doit être [TRADUCTION] « la personne [. . .] qui a subi un préjudice ou une perte »). La différence concernant l’intérêt personnel (ou l’absence d’intérêt personnel) que doit avoir le demandeur n’est guère le fruit du hasard. L’article 171 confère un droit d’action privé. Pour sa part, l’art. 172 considère le demandeur comme un défenseur de l’intérêt public cherchant à braquer

the meaning of s. 172 of the *BPCPA*, not on general theories of the desirability of commercial arbitration.

[37] As to statutory purpose, the *BPCPA* is all about consumer protection. As such, its terms should be interpreted generously in favour of consumers: *Smith v. Co-operators General Insurance Co.*, 2002 SCC 30, [2002] 2 S.C.R. 129, and *ACS Public Sector Solutions Inc. v. Courthouse Technologies Ltd.*, 2005 BCCA 605, 48 B.C.L.R. (4th) 328. The policy objectives of s. 172 would not be well served by low-profile, private and confidential arbitrations where consumers of a particular product may have little opportunity to connect with other consumers who may share their experience and complaints and seek vindication through a well-publicized court action.

(3) Private Arbitration Is Antithetical to Achievement of the Purposes of Section 172

[38] Casting the legislative purpose still more broadly, the usual rationales for private arbitration are quite incompatible with achieving s. 172's objective. At the same time, private arbitration would be of considerable benefit to TELUS, i.e., "[t]here are real advantages to be gleaned from an arbitration agreement which guarantees confidentiality of the proceeding, avoids the dispute getting into the public domain, and ensures that sensitive information or harmful precedents remain confidential" (W. J. Earle, *Drafting ADR and Arbitration Clauses for Commercial Contracts* (loose-leaf), at pp. 2-13 to 2-14). Each one of these objectives — confidentiality, lack of precedential value and avoiding "the dispute getting into the public domain" — makes perfect sense from the perspective of TELUS, but equally each of them undermines the effectiveness of s. 172 of the *BPCPA*.

les projecteurs sur des allégations de mauvaise conduite commerciale, et la cour doit respecter l'intention exprimée par le législateur à cet article. L'issue du présent pourvoi repose sur le sens de l'art. 172 de la *BPCPA*, et non sur des hypothèses générales relatives à l'opportunité de l'arbitrage commercial.

[37] Quant à l'objectif de la *BPCPA*, cette dernière vise uniquement à assurer la protection des consommateurs. Elle commande donc une interprétation libérale favorable aux consommateurs : *Smith c. Cie d'assurance générale Co-operators*, 2002 CSC 30, [2002] 2 R.C.S. 129, et *ACS Public Sector Solutions Inc. c. Courthouse Technologies Ltd.*, 2005 BCCA 605, 48 B.C.L.R. (4th) 328. L'arbitrage discret, privé et confidentiel est susceptible de nuire aux objectifs de politique générale de l'art. 172 puisque les consommateurs d'un produit donné ont peu de possibilité de rejoindre d'autres consommateurs pour partager leur expérience et leurs doléances, et obtenir réparation dans le cadre d'une action en justice très médiatisée.

(3) L'arbitrage privé contrecarre l'atteinte des objectifs de l'art. 172

[38] Lorsque nous considérons l'objectif législatif sous un angle encore plus général, nous constatons que les raisons habituellement invoquées pour justifier les arbitrages privés sont plutôt incompatibles avec l'atteinte de l'objet de l'art. 172. Par contre, les arbitrages privés sont fort avantageux pour TELUS. Par exemple, [TRADUCTION] « [d]e réels avantages découlent d'une convention d'arbitrage qui garantit la confidentialité du processus, évite que le différend soit rendu public et assure la confidentialité des renseignements délicats ou des précédents nuisibles » (W. J. Earle, *Drafting ADR and Arbitration Clauses for Commercial Contracts* (feuilles mobiles), p. 2-13 à 2-14). Tous les objectifs susmentionnés — la confidentialité, l'absence de précédent faisant autorité et le fait d'éviter « que le différend soit rendu public » — sont tout à fait logiques du point de vue de TELUS, mais chacun d'entre eux nuit à l'application efficace de l'art. 172 de la *BPCPA*.

(4) Private Arbitration Cannot Offer the Remedies Set Out in Section 172

[39] Rule 29(1)(k) of the BCICAC Rules provides that an arbitrator may order “injunctions and other equitable remedies”. On this basis, my colleagues LeBel and Deschamps JJ. conclude that “[t]he arbitrator can therefore . . . grant the declaratory and injunctive relief sought by Ms. Seidel under ss. 172(1)(a) and (b) of the *BPCPA*” (para. 148). Yet it can hardly be denied that arbitrators, who derive their jurisdiction by virtue of the parties’ contract, cannot order relief that would bind third parties, or that only superior courts have the authority to grant declarations and injunctions enforceable against the whole world. Ms. Seidel does not seek remedies applicable only between her and TELUS but between TELUS and the whole world. Provided TELUS complied with any order in relation to Ms. Seidel, it could carry on as before in relation to TELUS customers who are not parties to the arbitration and are therefore unaffected by its outcome, just as a successful defence by TELUS against Ms. Seidel’s complaint would not create in its favour a precedent in future arbitrations raising the same or similar complaints.

[40] In summary, s. 172 offers remedies different in scope and quality from those available from an arbitrator and constitutes a legislative override of the parties’ freedom to choose arbitration. Unlike Quebec and Ontario, which have decided to ban arbitration of consumer claims altogether, or Alberta, which subjects consumer arbitration clauses to ministerial approval, the B.C. legislature sought to ensure only that certain claims proceed to the court system, leaving others to be resolved according to the agreement of the parties. It is incumbent on the courts to give effect to that legislative choice, in my view.

(4) L’arbitrage privé ne permet pas d’obtenir les réparations énoncées à l’art. 172

[39] Selon l’al. 29(1)(k) des règles du BCICAC, un arbitre peut rendre des [TRADUCTION] « injonctions et ordonner d’autres mesures de réparation reconnues en equity ». Mes collègues les juges LeBel et Deschamps concluent, pour cette raison, que « [l]’arbitre peut donc [. . .] prononcer le jugement déclaratoire et l’injonction sollicités par M^{me} Seidel sur le fondement des al. 172(1)a) et b) de la *BPCPA* » (par. 148). Toutefois, il est difficile de nier que les arbitres, qui tirent leur compétence d’un contrat intervenu entre les parties à l’instance, ne peuvent prononcer une ordonnance qui lierait des tiers, ou que seules les cours supérieures de justice ont le pouvoir de prononcer des jugements déclaratoires et des injonctions exécutoires contre tous. Or, M^{me} Seidel sollicite non pas des réparations applicables uniquement à elle et à TELUS, mais des réparations applicables à tous, y compris TELUS. Même si cette dernière se conforme à toute ordonnance rendue en ce qui concerne M^{me} Seidel, elle peut agir comme auparavant à l’égard de ses clients qui ne sont pas parties à l’arbitrage et qui ne sont donc pas touchés par l’issue de celui-ci. Parallèlement, une décision favorable à TELUS au sujet de la plainte de M^{me} Seidel n’aurait pas valeur de précédent dans le cas d’éventuels arbitrages portant sur cette plainte ou des plaintes semblables.

[40] En bref, l’art. 172 permet d’obtenir des réparations dont la portée et l’efficacité diffèrent de celles susceptibles d’être accordées par un arbitre et constitue une dérogation législative à la liberté des parties de choisir l’arbitrage. Contrairement aux législateurs québécois et ontarien, qui ont décidé d’interdire les arbitrages portant sur des réclamations de consommateurs, ou au législateur albertain, qui rend les clauses d’arbitrage en la matière sujettes à l’approbation du ministre, le législateur de la C.-B. a choisi de faire en sorte que seuls certains types de réclamation soient réservés aux tribunaux, et de laisser les parties s’entendre sur la manière de régler les autres. Selon moi, les tribunaux sont tenus de donner effet à ce choix législatif.

C. *This Outcome Is Not in Conflict With the Dell or Rogers Wireless Decisions of This Court*

[41] In *Dell* and its companion case *Rogers Wireless*, our Court rejected an attempt by consumers to pursue class actions in Quebec in disputes arising out of product supply contracts in the face of arbitration clauses. The outcome turned on the terms of the Quebec legislation. In *Dell*, Deschamps J. wrote for the majority: “This appeal relates to the debate over the place of arbitration in Quebec’s civil justice system” (para. 2 (emphasis added)). In particular, the issue was whether arbitration clauses in the consumer contracts were avoided by art. 3149 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64. The majority concluded that art. 3149 did not assist the consumers because it only applies “where there is a relevant foreign element that justifies resorting to the rules of Quebec private international law” (para. 12). The minority contended that art. 3149 did allow consumers to avoid arbitration because “[p]rivate arbitration proceedings, even those located in Quebec, are just as removed from Quebec’s judicial and quasi-judicial systems — and hence ‘international’ — as legal proceedings taking place in another province or country” (para. 202). *Rogers Wireless* (another Quebec case) was disposed of in accordance with *Dell*. The intricacies of the *Civil Code of Québec* are far removed from the issue in British Columbia. The Quebec legislation at the time contained no provision similar to s. 172 of the *BPCPA* directing specific statutory claims to a specific forum.

[42] For present purposes, the relevant teaching of *Dell* and *Rogers Wireless* is simply that whether and to what extent the parties’ freedom to arbitrate is limited or curtailed by legislation will depend on a close examination of the law of the forum where the irate consumers have commenced their court case. *Dell* and *Rogers Wireless* stand, as did

C. *Cette décision n’est pas incompatible avec les arrêts Dell et Rogers Sans-fil de notre Cour*

[41] Dans *Dell* et l’arrêt connexe *Rogers Sans-fil*, notre Cour a rejeté, en raison de clauses d’arbitrage, la tentative de certains consommateurs d’engager des recours collectifs au Québec dans des litiges relatifs à des contrats de fourniture de produits. L’issue de ces arrêts se fonde sur la législation québécoise. Dans *Dell*, la juge Deschamps a dit ce qui suit au nom des juges majoritaires : « [l]e présent pourvoi s’inscrit dans le cadre du débat sur la place de l’arbitrage dans le système québécois de justice civile » (par. 2 (je souligne)). Elle a indiqué qu’il s’agissait plus particulièrement de déterminer si les clauses d’arbitrage figurant dans les contrats de consommation devaient être écartées en raison de l’art. 3149 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64. La majorité a conclu que l’art. 3149 n’aide pas les consommateurs parce qu’il ne s’applique que « dans les situations comportant un élément d’extranéité pertinent qui justifie le recours aux règles du droit international privé québécois » (par. 12). Les juges minoritaires étaient d’avis que l’art. 3149 permettait effectivement aux consommateurs d’éviter l’arbitrage parce que « [l]es procédures d’arbitrage privé, même celles ayant lieu au Québec, échappent tout autant aux systèmes judiciaires et quasi-judiciaires québécois — et, partant, sont “internationales” — que les instances judiciaires se déroulant dans une autre province ou dans un autre pays » (par. 202). L’affaire *Rogers Sans-fil* (une autre affaire québécoise) a été tranchée conformément à *Dell*. Les particularités du *Code civil du Québec* n’entrent pas du tout en jeu en Colombie-Britannique. La législation québécoise de l’époque ne contenait aucune disposition analogue à l’art. 172 de la *BPCPA*, qui soumet certains recours légaux à la compétence d’un organe décisionnel particulier.

[42] Dans le contexte qui nous occupe, il faut simplement retenir de *Dell* et de *Rogers Sans-fil* que, pour déterminer si et dans quelle mesure la liberté des parties de soumettre un litige à l’arbitrage est restreinte par la loi, il faut procéder à un examen attentif de la loi de l’instance où les consommateurs mécontents ont intenté leur action. *Dell* et

Desputeaux, for the enforcement of arbitration clauses *absent legislative language to the contrary*.

D. *May Ms. Seidel's Section 172 Claims Proceed as a Class Action?*

[43] I have concluded that Ms. Seidel has a statutory right to assert her s. 172 right before the Supreme Court of British Columbia. The next question is whether she can proceed by way of class action, as she would like, or whether she may only proceed on an individual basis. The British Columbia courts did not reach this issue as the TELUS application for a stay was their exclusive focus, whether to deny it (as did the applications judge) or to grant it (as did the Court of Appeal).

[44] The arbitration clause, it will be remembered, speaks not only of having claims “determined by private, confidential and binding arbitration” but goes on to say that “[b]y so agreeing, [the signatories] waive any right [they] may have to commence or participate in any class action against TELUS”. An argument was raised that even if the *arbitration* aspect is invalidated by s. 3, the *concurrent waiver* of class action proceedings in the same clause remains valid and enforceable.

[45] Ms. Seidel argues that class action waivers are unconscionable in any event. Picking up on some U.S. jurisprudence, she notes that “an important number of courts, principally state courts from California and Illinois, as well as the 9th Circuit, consider pre-dispute arbitration agreements to be unconscionable, especially when they are coupled with waiver of class proceeding rights” (A.F., at para. 88). It is not necessary on this appeal to determine whether class action waivers are unconscionable (and I do not purport to do so) because in my view, as a matter of interpretation, the TELUS class action waiver is not severable from the arbitration

Rogers Sans-fil posent le principe, comme l'avait fait *Desputeaux*, selon lequel il y a lieu d'appliquer la clause d'arbitrage *en l'absence de disposition contraire de la loi*.

D. *Les réclamations de M^{me} Seidel fondées sur l'art. 172 peuvent-elles prendre la forme d'un recours collectif?*

[43] J'ai conclu que la loi permet à M^{me} Seidel de faire valoir devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique le droit que lui confère l'art. 172. Il s'agit maintenant de savoir si, comme elle le souhaite, son action peut prendre la forme d'un recours collectif ou si elle doit s'adresser individuellement à la cour. Les tribunaux de la Colombie-Britannique n'ont pas traité cette question étant donné qu'ils se sont attachés exclusivement à l'examen de la demande de suspension d'instance de TELUS, et donc de la question de savoir s'il y avait lieu (à l'instar du juge des requêtes) de la rejeter ou (à l'instar de la Cour d'appel) de l'accueillir.

[44] La clause d'arbitrage, rappelons-le, prévoit non seulement que les litiges sont [TRADUCTION] « soumis à l'arbitrage privé, confidentiel et final », mais elle ajoute qu'« [e]n acceptant ce qui précède, [les signataires] renonce[nt] à tout droit [qu'ils pourraient] avoir d'intenter un recours collectif, ou d'y participer, à l'encontre de TELUS ». Il a été soutenu que, même si le volet *arbitrage* est jugé invalide en raison de l'art. 3, la *renonciation concomitante* à d'éventuels recours collectifs, qui figure dans la même clause, demeure valide et exécutoire.

[45] M^{me} Seidel fait valoir que de telles renonciations sont toujours abusives. S'appuyant sur des décisions américaines, elle fait remarquer qu'[TRADUCTION] « un nombre important de tribunaux, plus particulièrement des tribunaux des États de Californie et d'Illinois ainsi que la 9th Circuit Court, estiment que les conventions d'arbitrage préalable au litige sont abusives, surtout lorsque s'y ajoute une renonciation à exercer tout recours collectif » (m.a., par. 88). Point n'est besoin en l'espèce de déterminer si les renonciations de ce genre sont abusives (et je n'ai pas l'intention de le faire) parce que, selon moi, du point de vue de l'interprétation

clause as a whole, and as a whole it is rendered void by s. 3 of the *BPCPA*.

[46] The TELUS clause is structured internally to make the class action waiver dependent on the arbitration provision. The wording makes it clear that it is only by virtue of their agreement to arbitrate that consumers bar themselves from a class action. The undertakings are linked by the term “[b]y so agreeing”. What precedes (the arbitration clause) is the foundation for what follows (the class action waiver). If the arbitration provision is rendered invalid by s. 3 of the *BPCPA*, as I believe to be the case, the dependent class action waiver falls with it. The unitary nature of the clause is reinforced to some extent by its title, which is “Arbitration”, not “Arbitration and Class Action Waiver”.

[47] I take this language to be clear. However, if there is any ambiguity in the TELUS clause, it is resolved in favour of Ms. Seidel’s right of access to the court by the principles of *contra proferentum*. “Whoever holds the pen creates the ambiguity and must live with the consequences”: *Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens*, 2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605, at para. 25; see also, *ACS Public Sector Solutions*, at para. 50, *per* Donald J.A. This, the Court said in *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102, “is particularly true where the clause is found in a standard printed form of contract, frequently termed a contract of adhesion, which is presented by one party to the other as the basis of their transaction” (p. 108).

[48] Accordingly, Ms. Seidel is not contractually barred from continuing to seek certification of her s. 172 claims as a class action.

[49] Reference was made to s. 41(a) of the *CPA* which provides that no class action can be

des contrats, la renonciation au recours collectif ne peut être dissociée de l’ensemble de la clause d’arbitrage et, prise dans son ensemble, elle est nulle selon l’art. 3 de la *BPCPA*.

[46] La clause émanant de TELUS est rédigée de façon à rendre la renonciation au recours collectif tributaire de la clause d’arbitrage. Les termes employés indiquent clairement que c’est uniquement en raison de la convention d’arbitrage que les consommateurs excluent les recours collectifs. Les termes [TRADUCTION] « [e]n acceptant ce qui précède » établissent le lien entre les deux engagements. Ce qui précède (la clause d’arbitrage) constitue le fondement de la suite (la renonciation au recours collectif). Si la clause d’arbitrage est invalide en raison de l’art. 3 de la *BPCPA*, et j’estime que c’est le cas, la renonciation au recours collectif qui en est tributaire l’est également. La nature unitaire de la clause est renforcée dans une certaine mesure par son titre : [TRADUCTION] « Arbitrage » et non « Arbitrage et renonciation au recours collectif ».

[47] J’estime que le libellé de la clause est clair. Toutefois, si la clause émanant de TELUS est ambiguë, il faut favoriser le maintien du droit de M^{me} Seidel de s’adresser aux tribunaux conformément à la règle *contra proferentem*. « L’ambiguïté est le fait du rédacteur, qui doit en assumer les conséquences » : *Co-operators Compagnie d’assurance-vie c. Gibbens*, 2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605, par. 25; voir également *ACS Public Sector Solutions*, par. 50, le juge Donald. Voici en outre ce qu’indique notre Cour dans *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102 : « . . . c’est d’autant plus vrai lorsque la clause se trouve dans un contrat type imprimé, fréquemment appelé contrat d’adhésion, qu’une partie présente à l’autre comme fondement de leur convention » (p. 108).

[48] Le contrat n’empêche donc pas M^{me} Seidel de poursuivre sa demande d’autorisation d’un recours collectif en ce qui concerne ses réclamations fondées sur l’art. 172.

[49] Il a été fait mention de l’al. 41a) de la *CPA*, qui fait obstacle à l’exercice d’un recours collectif

instituted where a representative action is available. However, under the *BPCPA*, only the director may bring a representative action. Ms. Seidel may not do so. While consumer activists may bring actions despite the fact that they have not personally suffered any damage, such actions cannot be brought as representative actions under the *BPCPA*. This is to be contrasted with the situation under the now repealed *TPA*, where s. 18(3) allowed consumer-brought representative actions. Accordingly, s. 41(a) of the *CPA* is not a bar to Ms. Seidel's application for certification.

V. Disposition

[50] I would allow the appeal in part and lift the stay as regards the s. 172 claims made by Ms. Seidel. She may in that respect pursue the certification proceedings. On the other hand, I would uphold the stay in relation to her other claims which may, if she pursues them, go to arbitration. This may lead, if the arbitration is proceeded with, to bifurcated proceedings. Such an outcome, however, is consistent with the legislative choice made by British Columbia in drawing the boundaries of s. 172 as narrowly as it did.

[51] As Ms. Seidel has enjoyed substantial success, she should have her costs in this Court and in the courts below, including costs on the application for leave to appeal to this Court. The stay proceedings raise quite distinct issues unrelated to the merits of her claim. The costs are therefore awarded to her in any event of the ultimate outcome of the litigation.

The reasons of LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ. were delivered by

[52] **LEBEL AND DESCHAMPS JJ.** (dissenting) — In an effort to promote and improve access to justice, and to make more efficient use of scarce judicial resources, legislatures have adopted new

lorsqu'une action peut être intentée par un représentant. Toutefois, en vertu de la *BPCPA*, seul le directeur peut intenter une action de ce genre. M^{me} Seidel ne peut pas le faire. Bien que les défenseurs des droits des consommateurs puissent intenter des actions même s'ils n'ont pas subi de préjudice, ils ne peuvent le faire en qualité de représentants aux termes de la *BPCPA*. Cette règle doit être mise en contraste avec le par. 18(3) de la *TPA*, maintenant abrogé, qui permettait aux consommateurs d'intenter des actions en qualité de représentants. L'alinéa 41a) de la *CPA* ne fait donc pas obstacle à la demande d'autorisation de recours collectif de M^{me} Seidel.

V. Dispositif

[50] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de lever la suspension des procédures en ce qui concerne les demandes présentées par M^{me} Seidel sur le fondement de l'art. 172. Elle peut poursuivre la demande d'autorisation de recours collectif à cet égard. En revanche, je suis d'avis de confirmer la suspension en ce qui concerne ses autres demandes qui peuvent, si elle y donne suite, être soumises à l'arbitrage. Le dispositif susmentionné pourrait occasionner la bifurcation des recours en cas d'arbitrage, mais une telle issue s'accorde avec le choix du législateur de la Colombie-Britannique d'assortir l'art. 172 de limites aussi étroites.

[51] Étant donné que M^{me} Seidel obtient en grande partie gain de cause, je suis d'avis de lui accorder ses dépens devant notre Cour et les juridictions inférieures, y compris ses dépens relatifs à la demande d'autorisation d'appel à notre Cour. La suspension des procédures soulève des questions bien différentes, ayant peu de rapport avec le bien-fondé de sa demande. Les dépens lui sont donc accordés quelle que soit l'issue finale du litige.

Version française des motifs des juges LeBel, Deschamps, Abella et Charron rendus par

[52] **LES JUGES LEBEL ET DESCHAMPS** (dissidents) — Afin de favoriser et d'améliorer l'accès à la justice, et d'accroître l'efficacité de ressources judiciaires limitées, les législatures ont mis en

procedural vehicles designed to modify or provide alternatives to the traditional court action. These alternatives include class actions and arbitration, both of which have been endorsed by this Court. Consumers in British Columbia, depending on the contractual arrangements they make, already have access to either arbitration or the courts to resolve their disputes. In this case, the consumer's contract provides that in the event of a dispute, the exclusive adjudicative forum is arbitration. This is a forum our courts have long accepted as an efficient and effective access to justice mechanism. Thus, the question in this case is instead whether access to justice means — and requires — access to a judge.

[53] This appeal specifically calls upon this Court to determine whether a clause in a standard form consumer contract for the supply of mobile phone services which mandates that all disputes with the service provider be resolved by way of arbitration, displaces the availability of class proceedings in the province of British Columbia. In our view, the British Columbia legislature has, by incorporating the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 330 U.N.T.S. 3 (the “New York Convention”), and the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc A/40/17 (1985), Ann. I (“Model Law”), into its domestic arbitration legislation, made a clear choice. Absent a clear statement by the legislature of an intention to the contrary, a consumer claim that could potentially proceed either by way of arbitration or class action must first be submitted to arbitration.

[54] Access to justice in Canada no longer means access just to the public court system. Historically, judges were reluctant to relinquish their grasp on dispute resolution, and they even viewed alternative dispute resolution as antithetical to the parties' interests. This era is gone. It is the role of the legislature, not the courts, to limit access to alternative dispute resolution mechanisms. Unlike several other provinces, British Columbia has not limited the resolution of consumer disputes to a single

place de nouveaux moyens procéduraux destinés à modifier l'action en justice traditionnelle ou à offrir des voies alternatives à celle-ci. Ces nouvelles voies incluent les recours collectifs et l'arbitrage, tous deux approuvés par notre Cour. Les consommateurs en Colombie-Britannique peuvent déjà s'adresser à un arbitre ou à un tribunal judiciaire pour régler leurs différends, selon les stipulations du contrat intervenu. Dans ce dossier, le contrat de consommation prévoit, en cas de litige, le recours exclusif à l'arbitrage, un mécanisme d'accès à la justice dont l'efficacité est reconnue depuis longtemps par les tribunaux canadiens. Par conséquent, il s'agit plutôt dans la présente affaire de déterminer si l'accès à la justice signifie et exige l'accès à un juge.

[53] En l'espèce, notre Cour doit déterminer si une clause d'un contrat de consommation type relatif à des services de téléphonie cellulaire, qui impose le recours à l'arbitrage de tout différend avec le fournisseur de service, empêche l'exercice d'un recours collectif dans la province de la Colombie-Britannique. À notre avis, la législature de la Colombie-Britannique, dans sa législation interne portant sur l'arbitrage, a fait un choix clair en incorporant la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 330 R.T.N.U. 3 (la « Convention de New York »), et la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I (« Loi type »). En l'absence d'une déclaration claire, dans laquelle la législature manifeste une intention contraire, tout litige de consommation susceptible de faire l'objet d'un arbitrage ou d'un recours collectif doit d'abord être soumis à l'arbitrage.

[54] Au Canada, le concept d'accès à la justice ne comprend plus seulement l'accès au système judiciaire public. Dans le passé, les juges se montraient réticents à abandonner leur mainmise sur la résolution des litiges. Ils estimaient même que le règlement alternatif des différends ne respectait pas les impératifs de la protection des droits des parties. Cette ère est révolue. Il appartient à la législature, et non aux tribunaux, de limiter l'accès aux mécanismes alternatifs de résolution des

procedural regime. On the contrary, it has left room for arbitration and allowed arbitrators to exercise broad remedial powers, subject to the agreement of parties to a dispute. Given the current structure of consumer protection legislation in British Columbia, submitting a consumer's dispute with their mobile phone service provider to arbitration is entirely consistent with the important public purposes of protecting consumers, vindicating their rights and promoting access to justice.

[55] Our colleague Binnie J. frames this case somewhat differently than the parties. He focusses first not on whether the arbitration clause agreed to by the parties to this dispute is inoperative — the issue on which the British Columbia courts focussed their decisions, and on which leave was granted — but rather on the interpretation of ss. 3 and 172 of the *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2 (“*BPCPA*”). He considers s. 172 to be the result of a legislative decision to confer exclusive jurisdiction on the British Columbia Supreme Court to issue declaratory, injunctive and other equitable orders, the waiver of which is prohibited by s. 3. In our view, this interpretation represents an inexplicable throwback to a time when courts monopolized decision making and arbitrators were treated as second-class adjudicators. This approach completely disregards the modern state of the law in British Columbia, in which arbitrators have expanded powers comparable to those of the courts to hear representative proceedings and to issue equitable orders.

[56] We disagree that the *BPCPA* manifests explicit legislative intent to foreclose the use of arbitration as a vehicle for the resolution of disputes under that Act in British Columbia. We would

différends. Contrairement à plusieurs autres provinces, la Colombie-Britannique n'a pas assujéti la résolution des litiges de consommation à un régime procédural unique. Au contraire, elle a maintenu la possibilité de recourir à l'arbitrage et a permis aux arbitres d'exercer de vastes pouvoirs de réparation, sous réserve de la convention des parties à un litige. Vu la structure actuelle de la législation de la Colombie-Britannique en matière de protection des consommateurs, le renvoi à l'arbitrage d'un différend entre un consommateur et son fournisseur de services de téléphonie cellulaire respecte en tout point les importants objectifs d'ordre public de protection des consommateurs, de défense de leurs droits et de facilitation de l'accès à la justice.

[55] Notre collègue le juge Binnie conçoit la présente affaire d'une manière assez différente de l'approche adoptée par les parties. Il ne cherche pas d'abord à déterminer si la clause d'arbitrage convenue par les parties au présent litige est inopérante, le point sur lequel les tribunaux de la Colombie-Britannique ont fondé leurs décisions et à l'égard duquel l'autorisation d'appel a été accordée; il s'attache plutôt à l'interprétation des art. 3 et 172 de la *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, ch. 2 (« *BPCPA* »). Selon le juge Binnie, l'art. 172 découle de la décision du législateur d'accorder à la Cour suprême de la Colombie-Britannique le pouvoir exclusif de rendre des jugements déclaratoires, des injonctions et d'autres ordonnances en equity dont la renonciation est interdite par l'art. 3. À notre avis, une telle interprétation constitue un retour en arrière inexplicable à un temps où les tribunaux exerçaient un monopole sur la prise des décisions et où les arbitres étaient traités comme des décideurs de deuxième ordre. Cette interprétation fait complètement abstraction de l'état actuel du droit en Colombie-Britannique, où les arbitres disposent de pouvoirs étendus, analogues à ceux des tribunaux, de connaître des actions intentées par des représentants et de rendre des ordonnances en equity.

[56] Nous ne saurions admettre que, dans la *BPCPA*, le législateur exprime explicitement l'intention d'écarter en Colombie-Britannique le recours à l'arbitrage comme mécanisme de

dismiss the appeal, thereby upholding the stay of court proceedings to allow the arbitration process contractually agreed to by the parties to run its course.

I. Factual Background

[57] The appellant, Michelle Seidel, became a customer of the respondent TELUS Communications Inc.'s mobile phone services in 2000. The parties have been unable to locate her original contract with TELUS, if one was in fact signed. Whether the original contract contained an arbitration clause cannot therefore be conclusively determined.

[58] When Ms. Seidel renewed her cell phone service with TELUS in 2003, however, she did sign a contract. It included the following arbitration clause:

15. ARBITRATION: Any claim, dispute or controversy (whether in contract or tort, pursuant to statute or regulation, or otherwise and whether pre-existing, present or future — except for the collection from you of any amount by TELUS Mobility) arising out of or relating to: (a) this agreement; (b) a phone or the service; (c) oral or written statements, or advertisements or promotions relating to this agreement or to a product or service; or (d) the relationships which result from this agreement (including relationships with third parties who are not parties to this agreement), (each, a “Claim”) will be referred to and determined by private and confidential mediation before a single mediator chosen by the parties and at their joint cost. Should the parties after mediation in good faith fail to reach a settlement, the issue between them shall then be determined by private, confidential and binding arbitration by the same person originally chosen as mediator. Either party may commence court proceedings to enforce the arbitration result when an arbitration decision shall have been rendered and thirty (30) days have passed from the date of such decision. By so agreeing, you waive any right you may have to commence or participate in any class action against TELUS Mobility related to any Claim and, where applicable, you hereby agree to opt out of any class proceeding against TELUS Mobility otherwise commenced. . . . [A.R., at p. 83]

règlement des différends fondés sur cette loi. Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer ainsi la suspension de l’instance pour laisser la procédure d’arbitrage convenue par contrat entre les parties suivre son cours.

I. Faits

[57] En 2000, l’appelante, Michelle Seidel, est devenue une cliente des services de téléphonie cellulaire de l’intimée TELUS Communications Inc. Les parties n’ont pas retrouvé le contrat initial entre M^{me} Seidel et TELUS, si de fait elle en a signé un. On ne peut donc établir de façon concluante si le contrat initial contenait une clause d’arbitrage.

[58] Toutefois, lorsque M^{me} Seidel a renouvelé son entente de service avec TELUS en 2003, elle a signé un contrat qui renfermait la clause d’arbitrage suivante :

[TRADUCTION]

15. ARBITRAGE : Tout différend, toute controverse ou toute réclamation (de nature contractuelle ou délictuelle, en vertu de la loi ou d’un règlement, ou autrement, passé, présent ou futur — sauf en ce qui concerne la perception par TELUS Mobilité de toute somme auprès de vous) qu’il découle des causes suivantes ou qu’il y soit lié : a) la présente entente; b) un téléphone ou le service; c) des déclarations verbales ou écrites, ou des publicités ou promotions concernant la présente entente ou un produit ou un service; d) les relations qui découlent de la présente entente (y compris les relations avec les tiers qui ne sont pas parties), (chacune étant, individuellement, une « réclamation ») feront l’objet d’une médiation privée et confidentielle devant un seul médiateur choisi par les parties à leurs frais conjoints. Si les parties n’arrivent pas à un règlement après une médiation de bonne foi, le litige sera alors soumis à l’arbitrage privé, confidentiel et final de la même personne qui a été choisie à l’origine comme médiateur. L’une ou l’autre des parties peut intenter une action en justice en vue de faire respecter et exécuter la sentence arbitrale rendue, après un délai de trente (30) jours à compter de la date de cette sentence. En acceptant ce qui précède, vous renoncez à tout droit que vous pouvez avoir d’intenter un recours collectif, ou d’y participer, à l’encontre de TELUS Mobilité, en ce qui concerne toute réclamation et, le cas échéant, vous convenez, par les présentes, de vous retirer de tout recours collectif autrement intenté contre TELUS Mobilité. . . [d.a., p. 83]

Ms. Seidel renewed her TELUS service once again in 2004. The renewal form included a notification that the terms of the 2004 renewal supplemented the terms of her existing TELUS service contract, which continued to apply.

[59] On January 21, 2005, Ms. Seidel commenced a class proceeding against TELUS, alleging breach of contract and deceptive and unconscionable practices contrary to the *BPCPA*. The essence of Ms. Seidel's allegations is that TELUS unlawfully charges its customers for incoming calls based upon when the caller connects to TELUS's network, but before the customer answers the call. This is said to include connection time and ring time. In her view, TELUS can lawfully charge only for "air time", or what is otherwise known as "actual talking time". To date, no certification hearing has taken place.

[60] Ms. Seidel seeks the following remedies: a declaration that TELUS engaged in deceptive and unconscionable trade acts and practices; damages, including both punitive and exemplary damages; an order restoring the monies acquired by TELUS in contravention of the *BPCPA*; an accounting of amounts due; and both interim and permanent injunctions prohibiting the allegedly deceptive and unconscionable acts and practices. All these remedies are sought pursuant to the *BPCPA*.

II. Judicial History

[61] In order to place the decisions of the courts below in their proper context, it is important to begin by briefly reviewing the legal environment in place when they were rendered. The courts have in fact ruled a number of times on the issue of whether the certification of a class action should take precedence over contractual agreements to arbitrate.

En 2004, M^{me} Seidel a une fois de plus renouvelé son contrat avec TELUS. Le formulaire de renouvellement précisait que les modalités du contrat de renouvellement de 2004 complétaient les stipulations du contrat existant, qui continuaient à s'appliquer.

[59] Le 21 janvier 2005, M^{me} Seidel a intenté un recours collectif contre TELUS, alléguant qu'il y avait eu rupture de contrat et que TELUS s'était livrée à des pratiques trompeuses et abusives, en contravention de la *BPCPA*. Pour l'essentiel, M^{me} Seidel prétend que TELUS facture illégalement du temps à ses clients pour les appels entrants à partir du moment où le demandeur communique avec le réseau de TELUS, mais avant que le client réponde à l'appel. On affirme que le temps de connexion et le temps de sonnerie sont aussi facturés. Selon M^{me} Seidel, TELUS ne peut facturer légalement que des frais de [TRADUCTION] « temps d'antenne », aussi désigné « temps d'émission ». Aucune demande d'autorisation de recours collectif n'a été entendue jusqu'à présent.

[60] M^{me} Seidel sollicite les réparations suivantes : un jugement déclarant que TELUS s'est livrée à des pratiques de commerce trompeuses et abusives, des dommages-intérêts, y compris des dommages-intérêts punitifs et exemplaires, une ordonnance prévoyant la restitution des sommes d'argent que TELUS a obtenues en contravention de la *BPCPA*, une reddition de compte au sujet des sommes dues, ainsi qu'une injonction provisoire et une injonction permanente interdisant à TELUS de se livrer aux pratiques prétendument trompeuses et abusives. Toutes ces mesures de réparation se fondent sur la *BPCPA*.

II. Historique judiciaire

[61] Pour situer en contexte les décisions des tribunaux d'instance inférieure, il importe d'abord de décrire sommairement le régime juridique en place lorsqu'elles ont été rendues. Les tribunaux ont statué à plusieurs reprises sur la question de savoir si la procédure d'autorisation d'un recours collectif devrait primer une convention d'arbitrage.

A. *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291 (“*MacKinnon 2004*”)

[62] In *MacKinnon 2004*, a five-member panel of the British Columbia Court of Appeal was asked to decide whether an arbitration clause in a consumer contract is “inoperative” where an action for breach of that contract is brought as an intended class proceeding.

[63] Levine J.A., writing for a unanimous court, found that an operational conflict exists between the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (“*CPA*”), and the *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55 (“*CAA*”): under the *CPA*, the court must certify a class proceeding if all the statutory criteria are met, but must also refer a matter to arbitration pursuant to the *CAA* unless the agreement to arbitrate is null or inoperative. In other words, the mandatory terms of the two Acts “mean that arbitration and class proceedings cannot operate at the same time with respect to the same dispute” (para. 53).

[64] Levine J.A. rejected the sequential approach to interpretation advanced by Money Mart, according to which the stay application under the *CAA* had to be considered before the certification application under the *CPA*. Instead, relying in part on policy concerns associated with standard form agreements and the use of arbitration to resolve consumer disputes, Levine J.A. crafted an approach that would give meaning to and recognize the importance of both statutory schemes. She concluded that an arbitration agreement becomes inoperative when, upon certification, a class proceeding is considered the “preferable procedure” (s. 4(1)(d) *CPA*) for resolving the dispute.

B. *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801

[65] In July 2007, this Court released its decisions in *Dell and Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, 2007

A. *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291 (« *MacKinnon 2004* »)

[62] Dans *MacKinnon 2004*, une formation de cinq juges de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a dû décider si une clause d’arbitrage dans un contrat de consommation devenait « inopérante » lorsqu’un recours pour rupture de contrat est intenté dans le but d’obtenir sa certification comme recours collectif.

[63] L’auteur de l’arrêt unanime de la Cour d’appel, la juge Levine, a conclu à l’existence d’un conflit d’application entre la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50 (« *CPA* »), et la *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 55 (« *CAA* »). En effet, selon la *CPA*, le tribunal doit autoriser un recours collectif lorsque toutes les conditions prévues à la loi sont réunies, mais il est aussi tenu de renvoyer l’affaire à l’arbitrage en vertu de la *CAA*, sauf en cas de nullité ou d’inopérabilité de la convention d’arbitrage. Autrement dit, les dispositions impératives des deux lois [TRADUCTION] « signifient que l’arbitrage et le recours collectif ne peuvent suivre leur cours simultanément à l’égard du même litige » (par. 53).

[64] La juge Levine a rejeté la méthode d’interprétation en plusieurs étapes défendue par Money Mart suivant laquelle la demande de suspension fondée sur la *CAA* devait être examinée avant la demande d’autorisation présentée sous le régime de la *CPA*. En raison notamment des questions de politique juridique relatives à l’emploi des contrats d’adhésion type et au recours à l’arbitrage pour résoudre les litiges de consommation, la juge Levine a élaboré une approche reconnaissant l’importance des deux régimes législatifs. Elle a ensuite conclu que, lorsqu’un tribunal estime que le recours collectif est la [TRADUCTION] « meilleure procédure » pour résoudre le litige, la convention d’arbitrage devient inopérante (al. 4(1)d) *CPA*.

B. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801

[65] En juillet 2007, notre Cour a rendu les arrêts *Dell et Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC

SCC 35, [2007] 2 S.C.R. 921. These decisions dealt with the relationship between arbitration clauses and class actions under the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“*CCQ*”), and the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 (“*CCP*”). In TELUS’s view, *Dell* and *Rogers* cast doubt on the validity of *MacKinnon 2004*. On July 23, 2007, TELUS accordingly applied for a stay under s. 15 of the *CAA*, arguing that the arbitration clause should prevail over the proposed class proceeding. In support of this application, TELUS filed an affidavit of a Quebec lawyer, who stated that there was no substantive difference between Quebec’s legislation dealing with arbitration and class proceedings and that of British Columbia.

[66] Decided against the backdrop of an application to certify a class action, *Dell* addressed the question of who, between the courts or an arbitrator, should first consider the validity and applicability of an arbitration agreement. After canvassing the international and domestic authorities, the majority confirmed the primacy of the competence-competence principle and set out the applicable general test:

First of all, I would lay down 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. A court should depart from the rule of systematic referral to arbitration only if the challenge to the arbitrator’s jurisdiction is based solely on a question of law. This exception is justified by the courts’ expertise in resolving such questions, by the fact that the court is the forum to which the parties apply first when requesting referral and by the rule that an arbitrator’s decision regarding his or her jurisdiction can be reviewed by a court. It allows a legal argument relating to the arbitrator’s jurisdiction to be resolved once and for all, and also allows the parties to avoid duplication of a strictly legal debate. In addition, the danger that a party will obstruct the process by manipulating procedural rules will be reduced, since the court must not, in ruling on the arbitrator’s jurisdiction, consider the facts leading to the application of the arbitration clause.

If the challenge requires the production and review of factual evidence, the court should normally refer

35, [2007] 2 R.C.S. 921, qui concernent les rapports entre les clauses d’arbitrage et les recours collectifs sous le régime du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *CcQ* »), et du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« *Cpc* »). Selon TELUS, ces arrêts jettent un doute sur la validité de *MacKinnon 2004*. En conséquence, le 23 juillet 2007, TELUS a présenté une demande de suspension en application de l’art. 15 de la *CAA*, soutenant que la clause d’arbitrage devrait primer le recours collectif projeté. À l’appui de cette demande, TELUS a déposé l’affidavit d’un avocat québécois, selon lequel il n’existe aucune différence substantielle entre les lois du Québec et celles de la Colombie-Britannique en matière d’arbitrage et de recours collectifs.

[66] Rendu dans le contexte d’une demande d’autorisation d’un recours collectif, *Dell* traite de la question de la priorité entre l’arbitre et le tribunal judiciaire : lequel d’entre eux devrait en premier lieu statuer sur la validité et l’applicabilité d’une convention d’arbitrage? Après un examen approfondi de la doctrine internationale et québécoise, les juges majoritaires ont confirmé la primauté du principe de compétence-compétence et énoncé le critère général applicable :

Tout d’abord, il convient de poser 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. Le tribunal ne devrait déroger à la règle du renvoi systématique à l’arbitrage que dans les cas où la contestation de la compétence arbitrale repose exclusivement sur une question de droit. Cette dérogation se justifie par l’expertise des tribunaux sur ces questions, par le fait que le tribunal judiciaire est le premier forum auquel les parties s’adressent lorsqu’elles demandent le renvoi et par la règle voulant que la décision de l’arbitre sur sa compétence puisse faire l’objet d’une révision complète par le tribunal judiciaire. De cette façon, l’argument de droit relatif à la compétence de l’arbitre sera tranché une fois pour toutes, évitant aux parties le dédoublement d’un débat strictement juridique. De plus, le risque de manipulation de la procédure en vue de créer de l’obstruction est amenuisé du fait que 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.

Si la contestation requiert l’administration et l’examen d’une preuve factuelle, le tribunal devra

the case to arbitration, as arbitrators have, for this purpose, the same resources and expertise as courts. Where questions of mixed law and fact are concerned, the court hearing the referral application must refer the case to arbitration unless the questions of fact require only superficial consideration of the documentary evidence in the record. [paras. 84-85]

Thus, a challenge to the jurisdiction of the arbitrator will be determined by the court only if it concerns either a question of law or one of mixed fact and law that requires only superficial consideration of the evidence in the record and can be dealt with expeditiously.

[67] As to the interaction between an arbitration clause and a class action, the majority in *Dell* focussed on the procedural nature of the class action. The possibility of using a particular procedural vehicle cannot alter substantive rights agreed to by the parties to a contract. Therefore, when contracting parties agree to refer to arbitration any dispute arising under their contract, they create a substantive right. Relying on *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666, the majority held that the choice to initiate a class action cannot serve as the basis for a court's jurisdiction to hear a dispute if the claims raised in that action, taken individually, would not do so. This is because the parties have, by virtue of their contractual agreement to arbitrate these claims, created a substantive right that ousts a court's jurisdiction.

[68] Though the judges of the minority dissented in *Dell*, they did so on other grounds. They agreed, in respect of the competence-competence principle, with the "rule of chronological priority under which the arbitrators must have the first opportunity to rule on their jurisdiction" (para. 163). They also agreed "that a discretionary approach favouring resort to the arbitrator in most instances would best serve the legislator's clear intention to promote the arbitral process and its efficiency, while preserving the core supervisory jurisdiction of the

normalement renvoyer l'affaire à l'arbitre qui, en ce domaine, dispose des mêmes ressources et de la même expertise que les tribunaux judiciaires. Pour les questions mixtes de droit et de fait, le tribunal saisi de la demande de renvoi devra favoriser le renvoi, sauf si les questions de fait n'impliquent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier. [par. 84-85]

Un tribunal judiciaire ne devrait donc statuer sur une contestation portant sur la compétence de l'arbitre que dans les cas où le débat porte sur une question de droit ou une question mixte de fait et de droit qui n'implique qu'un examen superficiel de la preuve au dossier et qui peut être tranchée de façon expéditive.

[67] Dans le cas de l'interaction entre une clause d'arbitrage et un recours collectif, les juges majoritaires dans *Dell* ont concentré leur attention sur la nature procédurale du recours collectif. La possibilité de recourir à un mécanisme procédural particulier ne saurait modifier les droits substantiels dont ont convenu les parties à un contrat. Par conséquent, lorsque des parties contractantes conviennent de renvoyer à l'arbitrage leurs éventuels différends relatifs au contrat, elles créent un droit substantiel. S'appuyant sur l'arrêt *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666, la majorité a conclu que la décision d'intenter un recours collectif ne saurait conférer à un tribunal le pouvoir de connaître d'un litige lorsque, considérées individuellement, les différentes réclamations visées par le recours ne le lui permettraient pas. Il en est ainsi parce qu'en choisissant par contrat de renvoyer ces réclamations à l'arbitrage, les parties ont créé un droit substantiel qui écarte la compétence du tribunal judiciaire.

[68] Les juges minoritaires dans *Dell* étaient dissidents pour d'autres motifs. Ils ont convenu, au sujet du principe de compétence-compétence, qu'« il s'agit d'une règle qui établit une priorité chronologique selon laquelle les arbitres doivent les premiers pouvoir statuer sur leur compétence » (par. 163). Ils ont également accepté « qu'une méthode discrétionnaire préconisant le recours à l'arbitre dans la plupart des cas servirait mieux l'intention claire du législateur de favoriser le processus arbitral et son efficacité, tout en préservant

Superior Court” (para. 176). Similarly, the minority agreed that a court that lacks jurisdiction over a dispute in the first place — because the parties have chosen to have disputes resolved through arbitration, for example — cannot acquire jurisdiction over it as a result of an application for certification of a class action (para. 150).

[69] In oral argument in the instant case, emphasis was put on the fact that *Dell* was based on the interpretation of the provisions of the *CCQ* and the *CCP* on arbitration and class actions. It was submitted on this basis that the *ratio* of that case does not apply outside Quebec. While it is true that *Dell* involved the interpretation of Quebec legislation, the subject matter of that legislation was domestic commercial arbitration, and the key issue was the relationship between arbitration and individual court actions. Quebec’s arbitration legislation is not unique to the civil law tradition, but was based on two international texts relating to arbitration: the Model Law and the New York Convention. The general test adopted in *Dell* for dealing with challenges to an arbitrator’s jurisdiction in this context was based on the interpretation of these international documents. The approach in that case to determining the jurisdiction of the arbitrator, and more specifically the application of the competence-competence principle, is not unique to Quebec.

C. *British Columbia Supreme Court (2008 BCSC 933, 85 B.C.L.R. (4th) 372; Masuhara J.)*

[70] Returning to the present appeal, the stay application brought by TELUS was argued before the case management judge, Masuhara J. The key question he had to address was whether the legal tests for certification of a class proceeding and for establishing the jurisdiction of an arbitrator in Quebec are, for all intents and purposes, the same as those in British Columbia. The answer to this question would ultimately determine the reach of both *Dell* and *Rogers* in the province. In Masuhara J.’s

le pouvoir fondamental de surveillance de la Cour supérieure » (par. 176). Ils ont aussi admis que, si un tribunal judiciaire n’a pas au départ compétence pour statuer sur un différend, dans les cas par exemple où les parties ont choisi de soumettre leur différend à l’arbitrage, ce tribunal n’acquiert pas compétence parce qu’il est saisi d’une demande d’autorisation d’un recours collectif (par. 150).

[69] En plaidoirie, on a mis l’accent en l’espèce sur le fait que *Dell* repose sur l’interprétation des dispositions du *CcQ* et du *Cpc* relatives à l’arbitrage et au recours collectif. On a soutenu, pour ce motif, que le raisonnement de la Cour dans cet arrêt ne s’applique pas à l’extérieur de la province de Québec. Bien qu’il soit vrai que *Dell* porte sur l’interprétation de la législation québécoise, cette dernière régissait les arbitrages commerciaux internes. La question clé alors débattue demeurait celle des rapports entre l’arbitrage et les recours judiciaires individuels. Les lois québécoises en matière d’arbitrage ne reflétaient pas seulement la tradition civiliste : elles ont plutôt pris pour modèle des instruments internationaux en matière d’arbitrage, la Loi type et la Convention de New York. Le critère général adopté dans *Dell* à propos des contestations de la compétence arbitrale dans ce contexte tient compte de ces documents internationaux et de leur interprétation. L’approche retenue dans cet arrêt pour déterminer si un arbitre a la compétence requise, et plus particulièrement l’adoption du principe de compétence-compétence, n’est pas propre au Québec.

C. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique (2008 BCSC 933, 85 B.C.L.R. (4th) 372; le juge Masuhara)*

[70] Revenons sur le présent pourvoi. La demande de suspension de TELUS a été débattue devant le juge Masuhara, chargé de la gestion de l’instance. La principale question qu’il devait régler était celle de savoir si, au Québec et en Colombie-Britannique, les critères juridiques portant sur l’autorisation des recours collectifs et l’établissement de la compétence des arbitres étaient à toutes fins utiles identiques. La réponse à cette question dicte ultimement la portée des arrêts *Dell* et *Rogers*

opinion, *Dell* requires an arbitrator to determine if the arbitration clause is valid before the court considers whether the class action should be certified. If this *ratio* extended to the common law provinces, he reasoned, it would call *MacKinnon 2004* into question.

[71] Masuhara J. concluded that there was no substantial difference between the two provinces' approaches to class proceedings. However, he observed three main differences between the arbitration regimes that, in his view, precluded a finding that the "Quebec test" (at para. 75) set out in *Dell* applies in British Columbia. First, s. 15(2) of the CAA provides for broader exceptions from the automatic referral to arbitration than art. 940.1 of the CCP does in Quebec. Second, the CAA does not expressly grant arbitrators the authority to decide questions with regard to their own jurisdiction. The plain language of s. 15 of the CAA indicates that this jurisdiction resides exclusively with the court. Third, the CAA is not based on the New York Convention and the Model Law, and does not contain the provisions found in the Quebec legislation that expressly oust the jurisdiction of the courts.

[72] In the event that he was wrong, and that *Dell* does in fact apply in British Columbia, Masuhara J. went on to consider the effect of that case on TELUS's stay application. He was not convinced that *Dell* had the effect of overturning *MacKinnon 2004*. First, *Dell*'s "Quebec test" had no bearing on the actual issue raised by TELUS's application: whether the court had jurisdiction to grant a stay of proceedings under the CAA. Second, two exceptions to the competence-competence principle were identified in *Dell*: where the challenge to the arbitrator's jurisdiction involves a question of law, or questions of mixed fact and law that require only a superficial examination of the evidence. Whether an action ought to be certified as a class proceeding is a question of law that falls within the exclusive

en Colombie-Britannique. Selon le juge Masuhara, d'après l'arrêt *Dell*, l'arbitre doit décider si la clause d'arbitrage est valide avant que le tribunal ne considère la question de savoir s'il y a lieu d'autoriser un recours collectif. Il était en outre d'avis que, si ce raisonnement s'applique aux provinces de common law, la valeur de l'arrêt *MacKinnon 2004* comme précédent serait sujette à caution.

[71] Le juge Masuhara a conclu qu'il n'existait aucune différence substantielle entre les approches respectives des deux provinces en matière de recours collectif. Il a toutefois relevé trois différences principales dans les régimes d'arbitrage qui, selon lui, au par. 75, interdisaient de conclure que le « critère québécois » énoncé dans *Dell*, s'appliquait également en Colombie-Britannique. Premièrement, le renvoi automatique à l'arbitrage souffre de plus larges exceptions sous le régime du par. 15(2) de la CAA que sous celui de l'art. 940.1 du Cpc du Québec. Deuxièmement, la CAA n'accorde pas expressément aux arbitres le pouvoir de trancher des questions touchant leur compétence. Suivant les termes clairs de l'art. 15 de la CAA, ces questions ressortent exclusivement à la cour. Troisièmement, la CAA ne prend pas modèle sur la Convention de New York et la Loi type, et elle ne contient pas de dispositions, comme celles relevées dans la législation québécoise, qui écartent en termes exprès la compétence des tribunaux judiciaires.

[72] Au cas où il se serait trompé, et que *Dell* s'appliquerait en Colombie-Britannique, le juge Masuhara a examiné son effet sur la demande de suspension de TELUS. Le juge Masuhara n'était pas convaincu que l'arrêt *Dell* écartait l'arrêt *MacKinnon 2004*. D'abord, le « critère québécois » énoncé dans *Dell* n'avait pas d'incidence sur la question soulevée par la demande de TELUS : la question de savoir si la cour avait le pouvoir d'ordonner la suspension des procédures sous le régime de la CAA. Ensuite, *Dell* établit deux exceptions au principe de compétence-compétence : lorsque la contestation de la compétence de l'arbitre repose sur une question de droit, ou encore sur des questions mixtes de fait et de droit nécessitant seulement un examen superficiel de la preuve. La question de

jurisdiction of the court. Masuhara J. therefore dismissed TELUS's application for a stay of proceedings.

D. *British Columbia Court of Appeal*

- (1) *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1 (“*MacKinnon 2009*”)

[73] The Court of Appeal's decision in the case at bar (2009 BCCA 104, 88 B.C.L.R. (4th) 212, *per* Tysoe J.A. (Finch C.J.B.C. and Rowles, Newbury and Neilson J.J.A. concurring)) was released concurrently with *MacKinnon 2009*. Because Tysoe J.A. simply applied the reasoning in *MacKinnon 2009* to the facts of Ms. Seidel's case, we will discuss both sets of reasons.

[74] In *MacKinnon 2009* and in the case at bar, the Court of Appeal again sat as a five-judge panel, because it was being explicitly asked to overturn its decision in *MacKinnon 2004* on the basis that that decision had been overtaken by *Dell*. Newbury J.A., writing for a unanimous court in *MacKinnon 2009*, concluded that the reasoning in *Dell* applied in British Columbia and therefore that *MacKinnon 2004* should no longer be followed. However, she focussed not so much on the alleged conflict of purposes between the statutory scheme for commercial arbitration and the one for class proceedings as on the legal status of class proceedings themselves.

[75] After reviewing this Court's recent jurisprudence on class actions, Newbury J.A. began by observing that the commencement of a class proceeding cannot affect the substantive rights of the parties. A class proceeding is a procedural vehicle only: when contracting parties create a substantive contractual right to have their disputes resolved by way of arbitration, the class proceeding cannot be certified and “the court must generally respect the parties' choice of arbitration instead of judicial determination” (para. 66). The class proceeding

déterminer si une action devrait être certifiée en tant que recours collectif constitue une question de droit relevant de la compétence exclusive de la cour. Le juge Masuhara a donc rejeté la demande de suspension présentée par TELUS.

D. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique*

- (1) *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1 (« *MacKinnon 2009* »)

[73] La Cour d'appel a rendu son arrêt en l'espèce (2009 BCCA 104, 88 B.C.L.R. (4th) 212, le juge Tysoe, avec l'accord du juge en chef Finch et des juges Rowles, Newbury et Neilson) concurremment avec *MacKinnon 2009*. Puisque le juge Tysoe a simplement appliqué le raisonnement de *MacKinnon 2009* aux faits de l'affaire *Seidel*, on peut examiner ensemble les motifs des deux arrêts.

[74] Dans *MacKinnon 2009* et en l'espèce, une formation de cinq juges a entendu les appels parce qu'on avait expressément demandé à la Cour d'appel d'infirmer sa décision dans *MacKinnon 2004* au motif qu'elle avait été supplantée par l'arrêt *Dell*. Dans un jugement unanime, la juge Newbury a conclu que le raisonnement dans *Dell* s'appliquait tout autant en Colombie-Britannique et que, par conséquent, *MacKinnon 2004* ne devait plus être appliqué. Toutefois, son analyse ne reposait pas tant sur le prétendu conflit — en raison de leur objet respectif — entre le régime législatif relatif à l'arbitrage commercial et le régime législatif relatif aux recours collectifs, que sur le statut juridique du recours collectif en tant que tel.

[75] Après un examen de la jurisprudence récente de notre Cour en matière de recours collectif, la juge Newbury a d'abord fait remarquer que le dépôt d'un recours collectif ne saurait influencer sur les droits substantiels des parties. Le recours collectif demeure un mécanisme procédural : lorsque les parties se dotent par contrat du droit substantiel de soumettre leurs différends à l'arbitrage, le recours collectif ne peut être autorisé, et [TRADUCTION] « le tribunal doit en général respecter le choix des parties de recourir à l'arbitrage plutôt qu'à une action

cannot therefore be used either to circumvent the exclusive jurisdiction of the arbitrator or to modify the substantive rights of the parties to an arbitration agreement (para. 70).

[76] Newbury J.A. also held that the differences in statutory language identified by Masuhara J. were not material to the question of whether the reasoning in *Dell* extends to British Columbia. The arbitration schemes of both provinces provide essentially for the same thing. Moreover, the question raised in the appeal logically paralleled the question considered by this Court in *Dell*:

[I]f Mr. MacKinnon had brought his action solely as an individual, he could not have prevented the court in either province from staying the action and referring it to arbitration. [para. 69]

[77] Newbury J.A. therefore decided that the approach taken in *Dell* also applies in British Columbia. However, having found no basis for interfering with the case management judge's exercise of discretion in *MacKinnon 2009* in refusing to grant the stay on the basis of issue estoppel, she dismissed the appeal (para. 84). For this reason, the dispute was not referred to arbitration.

(2) *Seidel v. TELUS Communications Inc.*

[78] Tysoe J.A., writing for the Court of Appeal in the case at bar, applied the reasoning of his colleague in *MacKinnon 2009* to the issue of whether the stay should be granted on the basis of *Dell*. However, he then went on to consider three residual issues decided neither by Newbury J.A. in *MacKinnon 2009* nor by Masuhara J. that were specific to the case at bar: (1) whether the arbitration agreement was inoperative by virtue of s. 3 of the *BPCPA* (which renders void any waiver or release of rights, benefits or protections under that Act); (2) whether issue estoppel was available; and (3) whether the arbitration clause covered those

en justice » (par. 66). Le recours collectif ne peut en conséquence être utilisé soit pour contourner la compétence exclusive de l'arbitre, soit pour modifier les droits substantiels des parties à une convention d'arbitrage (par. 70).

[76] La juge Newbury a en outre statué que les différences relevées par le juge Masuhara dans les textes législatifs n'avaient pas d'incidence sur la question de savoir si le raisonnement de l'arrêt *Dell* s'appliquait en Colombie-Britannique. Les régimes d'arbitrage des deux provinces prévoient essentiellement la même règle. De plus, la question soulevée en appel était, sur le plan de la logique, semblable à celle que notre Cour avait examinée dans *Dell* :

[TRADUCTION] [S]i M. MacKinnon avait intenté son action uniquement à titre individuel, il n'aurait pu s'opposer à ce que le tribunal judiciaire de l'une ou l'autre province suspende l'action et la renvoie à l'arbitrage. [par. 69]

[77] La juge Newbury a donc statué que l'approche exposée dans *Dell* s'appliquait également en Colombie-Britannique. Toutefois, ayant conclu qu'il n'y avait aucune raison de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge chargé de la gestion de l'instance dans *MacKinnon 2009* de refuser d'ordonner la suspension des procédures parce qu'il y avait préclusion découlant d'une question déjà tranchée, elle a rejeté l'appel (par. 84). L'affaire n'a pas été renvoyée à l'arbitrage pour cette raison.

(2) *Seidel c. TELUS Communications Inc.*

[78] Le juge Tysoe, s'exprimant au nom de la Cour d'appel en l'espèce, a appliqué le raisonnement adopté par sa collègue dans *MacKinnon 2009* pour déterminer s'il y avait lieu de suspendre la procédure sur le fondement de *Dell*. Toutefois, il a ensuite examiné trois questions résiduelles propres à la présente affaire sur lesquelles ni la juge Newbury, dans *MacKinnon 2009*, ni le juge Masuhara, en l'espèce ne s'étaient prononcés : (1) celle de l'inopérabilité de la convention d'arbitrage par application de l'art. 3 de la *BPCPA* (qui frappe de nullité toute renonciation aux droits, avantages ou protections conférés par cette loi); (2) celle de

of Ms. Seidel's claims that arose before February 2003, since no contract between the parties could be located from before that time.

[79] Tysoe J.A. rejected the argument that the *BPCPA* conferred rights on members of the proposed class and that, by virtue of s. 3, those rights could not be waived. Specifically, s. 10(2) confers rights, benefits or protections applicable only to mortgage loans, and s. 172(1) simply identifies the British Columbia Supreme Court as the court in which the remedies provided for in that section can be sought. Section 172(1) does not explicitly exclude arbitral jurisdiction and cannot therefore render the arbitration agreement between Ms. Seidel and TELUS inoperative.

[80] Regarding the availability of issue estoppel, Tysoe J.A. noted that there was no evidence that TELUS had ever promised not to apply for a stay of proceedings. Nor had it done anything in the course of the proceedings that would constitute a "step in the proceedings" within the meaning of s. 15(1) of the *CAA* and would accordingly bar it from applying for a stay. Moreover, TELUS applied for a stay only after *Dell* and *Rogers* had cast doubt on the correctness of *MacKinnon 2004*. And it did so promptly after their release.

[81] Finally, in considering whether the arbitration agreement covered the pre-February 2003 claims, Tysoe J.A. noted that this issue involved the determination of a number of factual matters. As a result, it did not fall within either of the exceptions to the applicability of the competence-competence principle identified in *Dell* and therefore had to be resolved at first instance by the arbitrator. Tysoe J.A. therefore allowed TELUS's appeal and stayed Ms. Seidel's proposed class action in its entirety.

la possibilité d'invoquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée; et (3) celle de savoir si la clause d'arbitrage visait les demandes de M^{me} Seidel antérieures à février 2003, car on n'a pas pu trouver de contrat conclu auparavant par les parties.

[79] Le juge Tysoe a rejeté l'argument voulant que la *BPCPA* confère des droits aux membres du groupe éventuel et que ces droits ne puissent faire l'objet d'une renonciation en raison de l'art. 3. Plus précisément, à son avis, le par. 10(2) confère des droits, avantages ou protections uniquement à l'égard des prêts hypothécaires, et le par. 172(1) dispose simplement que les réparations prévues par cette disposition doivent être sollicitées à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le paragraphe 172(1) n'écarte pas explicitement la compétence de l'arbitre et il ne peut donc rendre inopérante la convention d'arbitrage intervenue entre M^{me} Seidel et TELUS.

[80] En ce qui concerne la possibilité d'invoquer la préclusion, le juge Tysoe a fait remarquer que rien ne démontrait que TELUS avait à quelque moment que ce soit promis de ne pas demander la suspension des procédures. À ce jour, elle n'a pas non plus, dans le cadre de la procédure, [TRADUCTION] « agi dans l'instance » au sens du par. 15(1) de la *CAA*, ce qui l'aurait empêché de présenter une demande de suspension. De plus, ce n'est qu'après le prononcé des arrêts *Dell* et *Rogers* — qui jettent tous deux un doute sur le bien-fondé de *MacKinnon 2004* — que TELUS a présenté sa demande de suspension. Et elle l'a fait avec célérité.

[81] Enfin, le juge Tysoe a souligné, au moment de déterminer si la convention d'arbitrage visait les demandes antérieures à février 2003, que ce point soulève un certain nombre de questions factuelles. Par conséquent, il ne tombe pas sous le coup de l'une ou l'autre des exceptions à l'applicabilité du principe de compétence-compétence exposées dans *Dell*, et il s'agit ainsi d'une question devant d'abord être tranchée par l'arbitre. Le juge Tysoe a donc accueilli l'appel de TELUS et suspendu le recours collectif projeté de M^{me} Seidel dans sa totalité.

III. Analysis

A. *The Issues*

[82] In the courts below, the parties' arguments were firmly focussed on one main issue, namely:

- (1) whether the competence-competence principle is incorporated into the law of British Columbia by virtue of the stay provision — s. 15 of the CAA — and if so, whether judicial proceedings, including class proceedings, should be stayed where the parties have signed an agreement to arbitrate unless the narrow exceptions in *Dell* apply.

A second issue was raised almost incidentally:

- (2) whether an arbitration clause in an agreement for mobile phone services constitutes an impermissible waiver of rights, benefits or protections provided for in the *BPCPA*.

In this Court, it is this second issue that has come to the forefront. It constitutes a question of law that, pursuant to the exception in *Dell*, should be considered in the first instance by a court rather than the arbitrator. Consequently, it will be necessary to resolve both these issues in these reasons.

B. *Positions of the Parties*

(1) The Appellant, Ms. Seidel

[83] Ms. Seidel argues that the CAA was never intended to apply to consumer disputes; rather, its purpose was to regulate domestic commercial relationships between business persons operating at arm's length in the province. By contrast, the CPA is intended to make class proceedings available in situations in which actions are ordinarily brought only on an individual basis, and its express purpose is to foster access to justice.

III. Analyse

A. *Questions en litige*

[82] Devant les juridictions inférieures, les parties ont concentré leurs arguments respectifs d'abord et avant tout sur une question importante :

- (1) le principe de compétence-compétence a-t-il été incorporé au droit de la Colombie-Britannique en raison de la disposition de l'art. 15 de la CAA portant suspension de l'instance et, dans l'affirmative, y a-t-il lieu de suspendre les actions en justice, notamment les recours collectifs, lorsque les parties ont signé une convention d'arbitrage, à moins que les exceptions restreintes établies dans *Dell* ne s'appliquent?

On a soulevé de manière presque incidente une deuxième question :

- (2) une clause d'arbitrage figurant dans un contrat de services de téléphonie cellulaire constitue-t-elle une renonciation interdite aux droits, avantages ou protections conférés par la *BPCPA*?

C'est la deuxième question qui est au centre des débats devant notre Cour. Il s'agit d'une question de droit qui, selon l'exception établie dans *Dell*, doit d'abord être tranchée par un tribunal plutôt que par un arbitre. Il faut donc trancher ces deux questions dans les présents motifs.

B. *Positions des parties*

(1) L'appelante M^{me} Seidel

[83] M^{me} Seidel prétend que la CAA n'a jamais été conçue pour s'appliquer aux litiges de consommation. Elle a plutôt visé à réglementer les relations commerciales établies dans la province entre gens d'affaires sans lien de dépendance. Par contre, la CPA vise à permettre l'exercice de recours collectifs dans des cas où les poursuivants agissent habituellement sur une base individuelle. Il est clair que son objet avoué est de favoriser l'accès à la justice.

[84] Ms. Seidel argues that the Court of Appeal's approach in *MacKinnon 2004* establishes the proper framework, as it allows both statutes to operate and to achieve their objectives. If the British Columbia legislature had intended to exclude arbitration proceedings from the "preferable procedure" analysis required by s. 4(1)(d) of the *CPA*, it would surely have done so expressly. In comparison with the provinces that have explicitly legislated against the inclusion in consumer agreements of arbitration clauses and clauses prohibiting participation in class proceedings, British Columbia has simply taken a different approach. But the effect of the Court of Appeal's decision in *MacKinnon 2009* was to exclude, from the outset, the possibility of certifying a proceeding as a class proceeding if it concerns a dispute subject to an arbitration agreement. The Court of Appeal has also disregarded some significant policy arguments which suggest that arbitration is not an effective forum for remedying consumer claims, particularly when there are a large number of claims of low or nominal value.

[85] Furthermore, Ms. Seidel argues, the Court of Appeal's conclusion that *Dell* applies is premised on two false assumptions. The first is that the laws of Quebec and British Columbia respecting arbitration and class proceedings are sufficiently similar. The second is that legislation dealing with procedural rights is subordinate to legislation dealing with substantive rights. Finally, on the issue of the waiver of rights under the *BPCPA*, Ms. Seidel argues that a person's rights under the Act include the substantive right to bring an action in the British Columbia Supreme Court under s. 172 for declarations and for injunctive relief. These are remedies that only a court can grant. An approach pursuant to which a consumer subject to an arbitration agreement would be required to have an arbitrator determine whether the *BPCPA* has been breached before being entitled to proceed to court to obtain declaratory or injunctive relief would strip the *BPCPA* of its legislative force, and achieving its objectives would become impossible.

[84] M^{me} Seidel soutient que l'approche de la Cour d'appel dans *MacKinnon 2004* établit la voie à suivre, puisqu'elle permet l'application des deux lois et la réalisation de leurs objectifs. Si la législature de la Colombie-Britannique avait voulu exclure l'arbitrage de l'analyse relative au critère de la [TRADUCTION] « meilleure procédure » prévu à l'al. 4(1)d de la *CPA*, elle l'aurait sans doute fait explicitement. Contrairement aux provinces qui ont expressément interdit l'insertion de clauses d'arbitrage et de clauses visant à interdire les recours collectifs dans les contrats de consommation, la Colombie-Britannique a simplement adopté une approche différente. Toutefois, la décision de la Cour d'appel dans *MacKinnon 2009* a exclu d'emblée la possibilité d'autoriser en tant que recours collectif une instance portant sur un litige visé par une convention d'arbitrage. Elle fait également fi de certaines considérations de principe importantes, qui mettaient en doute l'efficacité de l'arbitrage pour résoudre des litiges de consommation, particulièrement lorsqu'ils concernent un grand nombre de demandes pécuniaires peu élevées ou minimales.

[85] De plus, M^{me} Seidel prétend que la Cour d'appel s'est appuyée sur deux prémisses erronées pour conclure que *Dell* s'applique en Colombie-Britannique : tout d'abord, les lois du Québec et de la Colombie-Britannique régissant l'arbitrage et les recours collectifs sont suffisamment semblables; puis, une loi relative à des droits procéduraux est subordonnée à une loi relative à des droits substantiels. Enfin, quant à la question de la renonciation à des droits accordés par la *BPCPA*, M^{me} Seidel soutient que cette loi confère notamment à toute personne le droit substantiel d'intenter, devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, une action en vertu de l'art. 172 en vue d'obtenir un jugement déclaratoire et une injonction. Il s'agit de mesures de réparation que seul un tribunal judiciaire peut accorder. Toute approche exigeant que le consommateur visé par une convention d'arbitrage demande en premier lieu à un arbitre de déterminer s'il y a eu infraction à la *BPCPA*, avant d'être autorisé à se pourvoir devant un tribunal judiciaire pour obtenir un jugement déclaratoire ou une injonction, priverait la loi de son effet et empêcherait la réalisation de ses objectifs.

(2) The Respondent, TELUS

[86] TELUS asks this Court to adopt the reasoning in *MacKinnon 2009* as a correct statement of the law in British Columbia. The overarching principle from *Dell*, that a court may rule first on the arbitrator's jurisdiction only if there is a pure legal issue or an issue of mixed fact and law that can be expeditiously decided by the court on a minimal evidentiary record, also applies in British Columbia. The presence of an arbitration agreement precludes a court from considering the certification of the proposed class action and mandates the granting of the stay under s. 15 of the *CAA*, provided that the narrow exception from *Dell* does not apply. Unless this Court were to hold that a standard form contract cannot establish a substantive right to arbitration or that arbitration clauses are inherently unfair to consumers, an agreement to arbitrate cannot be supplanted by the procedural right to commence a class action. Taking any necessary action and assessing Ms. Seidel's policy concerns with respect to the use of arbitration clauses in consumer agreements are matters best left to the legislature, which is in a better position to balance competing policies and objectives.

[87] TELUS argues that the arbitration clause does not constitute a waiver of rights, benefits or protections under the *BPCPA* and therefore does not offend s. 3 of the Act. The clause simply provides that it is an arbitrator, and not the court, who determines in the first instance whether the *BPCPA* has been breached. Moreover, the arbitrator has the authority to order the same relief as could a court. Ms. Seidel therefore does not lose any of the substantive rights, benefits or protections provided for in the *BPCPA* by having her dispute with TELUS resolved by way of arbitration. If the legislature intends to exclude arbitration as an appropriate forum for dispute resolution in a particular case, it must do so expressly.

(2) L'intimée TELUS

[86] TELUS demande à notre Cour de reconnaître que le raisonnement adopté dans *MacKinnon 2009* exprime exactement l'état du droit en Colombie-Britannique. Le principe général posé dans *Dell*, selon lequel un tribunal judiciaire ne se prononce le premier sur la compétence de l'arbitre que si une question de droit pure ou une question mixte de fait et de droit pouvant être tranchée de façon expéditive à la lumière d'un dossier de preuve limité est en jeu, s'applique également en Colombie-Britannique. En présence d'une convention d'arbitrage, les tribunaux judiciaires ne peuvent examiner une demande d'autorisation d'un recours collectif et ils sont tenus d'ordonner la suspension des procédures en application de l'art. 15 de la *CAA* si l'exception stricte établie dans *Dell* ne s'applique pas. À moins que notre Cour ne conclue qu'un contrat type ne peut donner naissance au droit substantiel de recourir à l'arbitrage, ou que les clauses d'arbitrage sont intrinsèquement inéquitable pour les consommateurs, une convention d'arbitrage ne peut être écartée par le droit procédural d'intenter un recours collectif. Il vaut mieux laisser à la législature, mieux placée pour concilier les politiques et les objectifs contradictoires, le soin de prendre les mesures qui s'imposent et celui d'apprécier les considérations de principe que soulève M^{me} Seidel à propos de l'emploi de clauses d'arbitrage dans les contrats de consommation.

[87] TELUS ajoute que la convention d'arbitrage ne constitue pas une renonciation à des droits, avantages ou protections conférés par la *BPCPA*, et qu'elle ne viole donc pas l'art. 3 de cette loi. La clause prévoit simplement qu'il revient à un arbitre, et non à un tribunal judiciaire, de déterminer le premier si la *BPCPA* a été respectée. De plus, l'arbitre possède le pouvoir d'accorder les mesures de réparation qu'accorderait un tribunal judiciaire. M^{me} Seidel ne perd donc aucun des droits, avantages ou protections substantiels prévus à la *BPCPA* en soumettant à l'arbitrage le différend qui l'oppose à TELUS. Si la législature souhaite exclure l'arbitrage des mécanismes de règlement des différends dans des cas particuliers, elle doit le faire explicitement.

[88] Before we deal with this last argument, it will be necessary to resolve the issue that was the primary focus of argument in the courts below: whether the competence-competence principle applies in British Columbia law.

C. Evolution of Arbitration in British Columbia and the Competence-Competence Principle

[89] Canadian courts, both in Quebec and in the common law jurisdictions, have endorsed the use of arbitration as a dispute resolution mechanism and now encourage its use (*Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178, at para. 38). This was not always the case, however, as the courts originally displayed overt hostility to arbitration, effectively treating it as a second-class method of dispute resolution. As J. B. Casey and J. Mills observe in *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure* (2005):

Judicial hostility to “lesser” tribunals, and the lack of a modern legislative framework, inhibited the growth of arbitration in Canada, particularly relative to European countries. Until the 1990’s, commercial arbitration in Canada was not regarded as a real substitute for the courts and the provinces were slow to recognize any distinction between domestic arbitration and international arbitration. [pp. 2-3]

This hostility originated in the English common law (see, e.g., *Horton v. Sayer* (1859), 4 H. & N. 643, 157 E.R. 993; *Lee v. Page* (1861), 30 L.J. Ch. (N.S.) 857; *Edwards v. Aberayron Mutual Ship Insurance Society Ltd.* (1876), 1 Q.B.D. 563; *Doleman & Sons v. Ossett Corp.*, [1912] 3 K.B. 257).

[90] In the early cases on arbitration, the courts displayed a distinct attitude that arbitration agreements, the purported effect of which was to oust the jurisdiction of the courts, were void on grounds of public policy. If, however, the agreement merely stipulated — in what became known as a *Scott v. Avery* clause — that arbitration was a condition

[88] Avant de traiter de l’argument qui précède, il faut régler la question qui a été au cœur du débat devant les juridictions inférieures, celle de savoir si le principe de compétence-compétence s’applique en droit de la Colombie-Britannique.

C. Évolution de l’arbitrage en Colombie-Britannique et du principe de compétence-compétence

[89] Les tribunaux canadiens, au Québec comme dans les provinces de common law, ont admis le recours à l’arbitrage en tant que mécanisme de règlement des différends. Aujourd’hui, ils encouragent même son utilisation (*Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178, par. 38). Toutefois, il n’en a pas toujours été ainsi. En effet, les tribunaux canadiens, dans un premier temps, s’étaient montrés ouvertement hostiles à l’arbitrage, qu’ils considéraient comme un mécanisme de résolution des différends de deuxième ordre. Comme J. B. Casey et J. Mills l’ont fait remarquer dans l’ouvrage intitulé *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure* (2005) :

[TRADUCTION] L’hostilité judiciaire à l’égard des tribunaux « inférieurs » et l’absence de cadre législatif moderne a freiné l’évolution de l’arbitrage au Canada, surtout en comparaison des pays européens. Au Canada, jusqu’en 1990, l’arbitrage commercial n’a pas été considéré comme une véritable solution de rechange aux tribunaux judiciaires, et les provinces ont mis du temps à établir des distinctions entre l’arbitrage interne et l’arbitrage international. [p. 2-3]

Cette hostilité à l’égard de l’arbitrage provient de l’ancienne common law anglaise (voir à titre d’exemple *Horton c. Sayer* (1859), 4 H. & N. 643, 157 E.R. 993; *Lee c. Page* (1861), 30 L.J. Ch. (N.S.) 857; *Edwards c. Aberayron Mutual Ship Insurance Society Ltd.* (1876), 1 Q.B.D. 563; *Doleman & Sons c. Ossett Corp.*, [1912] 3 K.B. 257).

[90] Dans la jurisprudence plus ancienne en matière d’arbitrage, les tribunaux judiciaires expriment ouvertement l’opinion voulant que les conventions d’arbitrage, destinées à écarter leur compétence, soient frappées de nullité pour des motifs liés à l’ordre public. Toutefois, une convention stipulant simplement que l’arbitrage était une

precedent to bringing a court action, the court's jurisdiction was not ousted and the agreement would be valid (*Scott v. Avery* (1856), 5 H.L.C. 811, 10 E.R. 1121; see also, e.g., *Johnston v. Western Assurance Co.* (1879), 4 O.A.R. 281; *Nolan v. Ocean, Accident and Guarantee Corp.* (1903), 5 O.L.R. 544 (Div. Ct.); *Cayzer, Irvine and Co. v. Board of Trade*, [1927] 1 K.B. 269, at p. 293; *Brand v. National Life Assurance Co.* (1918), 44 D.L.R. 412 (Man. K.B.); *Altwasser v. Home Insurance Co. of New York*, [1933] 2 W.W.R. 46 (Sask. C.A.); *Re Rootes Motors (Canada) Ltd. and Wm. Halliday Contracting Co.*, [1952] 4 D.L.R. 300 (Ont. H.C.J.); *Deuterium of Canada Ltd. v. Burns & Roe of Canada Ltd.* (1970), 15 D.L.R. (3d) 568 (N.S.S.C.), rev'd (1971), 21 D.L.R. (3d) 568 (N.S.S.C. App. Div.), aff'd [1975] 2 S.C.R. 124; *Procon (Great Britain) Ltd. v. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565, at p. 567).

[91] The clearest articulation of why the courts considered arbitration agreements to be contrary to public policy is found in the following passage from *Brand*:

From the earliest times both common law and equity courts have recognized and given effect to the principle that parties cannot, by contract, oust the courts of their jurisdiction, and that a provision to refer any dispute which might arise, not to the ordinary tribunals, but to some forum of their own selection, could not be pleaded in bar to an action upon the contract. . . .

At one time it was supposed that the principle underlying these decisions was that an agreement to prevent the enforcement of a cause of action through the medium of the ordinary tribunals of the country was void as contrary to public policy, and indeed expressions to that effect may be found in the reports of cases of comparatively recent date

. . . .

The true ground for holding that the jurisdiction of the courts cannot be ousted by an agreement between parties is that the courts derive their jurisdiction either from the statute or common law, and no mere contract

condition préalable à l'introduction d'une action en justice — ce que l'on a subséquemment appelé la clause *Scott c. Avery* — signifiait que le tribunal judiciaire n'était pas privé de sa compétence et que la convention d'arbitrage restait valide (*Scott c. Avery* (1856), 5 H.L.C. 811, 10 E.R. 1121; voir à titre d'exemple *Johnston c. Western Assurance Co.* (1879), 4 O.A.R. 281; *Nolan c. Ocean, Accident and Guarantee Corp.* (1903), 5 O.L.R. 544 (C. div.); *Cayzer, Irvine and Co. c. Board of Trade*, [1927] 1 K.B. 269, p. 293; *Brand c. National Life Assurance Co.* (1918), 44 D.L.R. 412 (B.R. Man.); *Altwasser c. Home Insurance Co. of New York*, [1933] 2 W.W.R. 46 (C.A. Sask.); *Re Rootes Motors (Canada) Ltd. and Wm. Halliday Contracting Co.*, [1952] 4 D.L.R. 300 (H.C.J. Ont.); *Deuterium of Canada Ltd. c. Burns & Roe of Canada Ltd.* (1970), 15 D.L.R. (3d) 568 (C.S.N.-É.), inf. par (1971), 21 D.L.R. (3d) 568 (C.S.N.-É. (Div. app.)), conf. par [1975] 2 R.C.S. 124; *Procon (Great Britain) Ltd. c. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565, p. 567).

[91] L'extrait suivant, tiré de l'arrêt *Brand*, illustre le plus clairement les motifs pour lesquels les tribunaux tenaient les conventions d'arbitrage pour contraires à l'ordre public :

[TRADUCTION] De tout temps, tant les tribunaux de common law que les tribunaux d'equity ont reconnu et donné effet au principe que les parties ne peuvent par contrat priver les cours de justice de leur compétence, et qu'une clause prévoyant le renvoi d'un éventuel différend, non pas aux tribunaux de droit commun, mais à un organisme de leur choix, ne peut être invoqué pour contrer une action fondée sur le contrat. . . .

À une certaine époque, on a cru que le principe sur lequel reposaient ces décisions voulait qu'une convention visant à empêcher une partie de faire valoir une cause d'action devant les tribunaux de droit commun du pays était nulle parce que contraire à l'ordre public, et d'ailleurs de nombreuses décisions relativement récentes expriment cette opinion

. . . .

Le véritable motif qui sous-tend l'idée que les tribunaux ne peuvent être privés de compétence par une entente tient au fait qu'ils tirent leur compétence d'une loi ou de la common law, et qu'un simple contrat *inter*

inter partes can take away that which the law has conferred. [pp. 414-15]

[92] This hostility towards arbitration animated the courts' approach in applications to stay proceedings in the face of arbitration agreements:

While the Courts are guided by the principle that persons who make an agreement for arbitration should be bound by its terms, they do not lose sight of the principle that the jurisdiction of the Courts is not to be ousted by agreement between the parties; and in cases where it is thought better that the matters at issue should be decided by the Courts rather than by arbitration, the action is allowed to proceed and a stay of proceedings is refused.

(*Altwasser*, at p. 50)

[93] Not only were the courts overtly hostile to any mechanism that would oust their jurisdiction to hear and resolve disputes, they were also sceptical that arbitration was really more efficient or effective than a traditional judicial proceeding:

One cannot but wonder about the efficacy of arbitration as a means of settling disputes of this kind. The present case occupied a great deal of time before the Board and before the two Courts. Costs are bound to be heavy. It would appear that the *Arbitration Act*, R.S.B.C. 1948, c. 16 instead of affording a quick, easy and cheap method of settlement provides one longer, more difficult and more expensive in the elucidation of matters such as these.

(*Vancouver v. Brandram-Henderson of B.C. Ltd.* (1959), 18 D.L.R. (2d) 700 (B.C.C.A.), at p. 705, *per* Sidney Smith J.A.)

In short, in the early cases on arbitration, the courts were "very jealous of their jurisdiction" and did not look "with favour upon efforts of the parties to oust it by agreement" (*Re Rootes*, at p. 304).

[94] The best example of this hostility can perhaps be found in this Court's decision in *National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.*, [1964] S.C.R. 144. In an agreement signed in New York, National

partes ne saurait annihiler un pouvoir légal. [p. 414-415]

[92] Cette hostilité envers l'arbitrage a influé sur la façon dont les cours de justice ont abordé les demandes de suspension de procédures fondées sur l'existence d'une convention d'arbitrage :

[TRADUCTION] Bien que les tribunaux judiciaires prennent en compte le principe suivant lequel les personnes qui conviennent de recourir à l'arbitrage devraient être tenues de respecter l'entente intervenue, ils ne perdent pas de vue le principe selon lequel la compétence des cours de justice ne peut être écartée par entente entre les parties, et dans les cas où il semble préférable que le litige soit tranché par les tribunaux judiciaires plutôt que dans le cadre d'un arbitrage, l'action suit son cours et la demande de suspension est rejetée.

(*Altwasser*, p. 50)

[93] Les tribunaux ne se sont pas seulement montrés ouvertement hostiles à tout mécanisme qui écartait leur compétence d'instruire et de trancher les litiges : ils ont aussi exprimé leur scepticisme au sujet de l'efficacité réelle de l'arbitrage par rapport à l'action en justice traditionnelle :

[TRADUCTION] On ne peut que douter de l'efficacité de l'arbitrage pour résoudre des différends de cette nature. Le conseil arbitral et les deux cours ont consacré beaucoup de temps à la présente affaire. Le processus a nécessairement été coûteux. Il semble que l'*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1948, ch. 16, prévoit, au lieu d'un mécanisme de règlement rapide, simple et peu coûteux, un mécanisme plus long, plus difficile et plus onéreux pour résoudre des affaires de cette nature.

(*Vancouver c. Brandram-Henderson of B.C. Ltd.* (1959), 18 D.L.R. (2d) 700 (C.A.C.-B.), p. 705, *le* juge Sidney Smith)

Bref, dans la jurisprudence plus ancienne en matière d'arbitrage, les tribunaux judiciaires se montraient [TRADUCTION] « très jaloux de leur compétence » et n'accueillaient pas « favorablement les efforts des parties visant à l'écartier par contrat » (*Re Rootes*, p. 304).

[94] L'arrêt de notre Cour *National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144, illustre peut-être le mieux cette hostilité. Dans une entente signée à New York, National Gypsum s'était

Gypsum had undertaken that its vessel would travel to Montreal to pick up a load of wheat. The vessel failed to do so, and Northern Sales alleged that, as a result, it was unable to ship wheat it had contracted to deliver. Northern Sales sued for breach of contract. The agreement provided that any disputes were to be resolved by way of arbitration in New York. The issue before the Court was whether the agreement to arbitrate could be enforced under Quebec law.

[95] The current provisions of the *CCP* were not in force at the time, and the rules regarding the jurisdiction of the courts in arbitration matters had not been codified. In cases in which the jurisdiction of the courts was challenged, that jurisdiction was defined on the basis of art. 13 of the *Civil Code of Lower Canada*, which provided that “[n]o one can by private agreement, validly contravene the laws of public order and good morals”, and what was then art. 94 of the *CCP*, which governed the place where an action to claim a sum of money could be instituted. The Court endorsed the Quebec jurisprudence on this subject, as established in *Vinette Construction Ltée. v. Dobrinsky*, [1962] B.R. 62, and *Gordon and Gotch (Australasia) Ltd. v. Montreal Australia New Zealand Line Ltd.* (1940), 68 B.R. 428, and held that the undertaking to arbitrate was contrary to public policy.

[96] These decisions reflected the view that only courts were capable of granting remedies for legal disputes and that, as a result, any effort by the parties to a dispute to contract in such a way as to oust the courts’ jurisdiction was, in itself, contrary to public policy, regardless of the nature of the substantive legal issues in a given case.

[97] In *Zodiak International Productions Inc. v. Polish People’s Republic*, [1983] 1 S.C.R. 529, the Court, in reasons written by Chouinard J., distanced itself from the approach taken in *National Gypsum* and *Vinette* and, in so doing, advanced a more positive view of arbitration. Rather than viewing arbitration as a potential threat to the administration of

engagée à ce que son navire se rende à Montréal pour prendre une cargaison de blé, ce qui n’a pas été fait. Northern Sales a allégué qu’elle n’avait donc pas été en mesure d’expédier le blé comme elle l’avait promis. Elle a intenté une action pour rupture de contrat. L’entente prévoyait que tout différend serait soumis à l’arbitrage à New York. La question qui se posait devant notre Cour était celle de savoir s’il était possible de soumettre, conformément à l’entente, l’affaire à l’arbitrage en vertu de la législation québécoise.

[95] Les dispositions actuelles du *Cpc* n’étaient pas en vigueur à l’époque, et les règles relatives à la compétence des tribunaux en matière d’arbitrage n’avaient pas été codifiées. En cas de contestation de la compétence des tribunaux, celle-ci était déterminée sur la base de l’art. 13 du *Code civil du Bas Canada*, qui prévoyait qu’« [o]n ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l’ordre public ou les bonnes mœurs », ainsi de ce qui était alors l’art. 94 du *Cpc*, qui déterminait la juridiction compétente pour instruire un recours pécuniaire. La Cour a alors approuvé la jurisprudence québécoise dans ce domaine qui avait été confirmée dans *Vinette Construction Ltée. c. Dobrinsky*, [1962] B.R. 62, et *Gordon and Gotch (Australasia) Ltd. c. Montreal Australia New Zealand Line Ltd.* (1940), 68 B.R. 428, et jugé que la clause compromissoire était contraire à l’ordre public.

[96] Selon ces décisions, seuls les tribunaux judiciaires peuvent prononcer les ordonnances requises pour régler des litiges d’ordre juridique. En conséquence, toute tentative des parties à un litige d’écarter dans leur contrat la compétence des tribunaux judiciaires violait l’ordre public de ce seul fait, sans égard à la nature des questions de droit substantiel alors en jeu.

[97] Dans *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People’s Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529, par la voix du juge Chouinard, notre Cour s’est éloignée de l’approche retenue dans *National Gypsum* et *Vinette*. Elle a ainsi adopté une attitude plus favorable à l’arbitrage. Plutôt que de considérer l’arbitrage comme une menace potentielle

justice, and therefore contrary to public order, the Court was starting to see that it could be beneficial to the administration of justice.

[98] After *National Gypsum*, the Quebec legislature enacted art. 951 of the *CCP*:

951. An undertaking to arbitrate must be set out in writing.

When the dispute contemplated has arisen, the parties must execute a submission. If one of them refuses, and does not appoint an arbitrator, a judge of the court having jurisdiction makes such appointment and states the objects in dispute, unless the agreement itself otherwise provides.

Chouinard J. found in *Zodiak* that the effect of enacting art. 951 had been to overtake *Vinette* and *National Gypsum*:

The prevailing opinion since the coming into effect of the new *Code of Civil Procedure* is that the adoption of art. 951 in its present form sufficed to render the complete undertaking to arbitrate valid. The old *Code of Procedure* was silent as to the undertaking to arbitrate: it was not mentioned. The present situation is accordingly quite different from that prevailing when *Vinette Construction (supra)* and *National Gypsum (supra)* were rendered, decisions which some have suggested have become obsolete. [p. 538]

Citing with approval Gagnon J.A. in *Ville de Granby v. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971, Chouinard J. concluded that the enactment of art. 951 indicated an intention “to make a step forward” and that “it is the legislature, when it takes a position, who is the final arbiter in the matter” (p. 542).

[99] Recognizing how harmful the hostility shown by the courts might be to the modern development and maturation of arbitration in Canadian law, this Court stressed the value of commercial arbitration as a dispute resolution mechanism once again in *Sport Maska Inc. v. Zittreer*, [1988] 1 S.C.R. 564:

This lack of interest by our courts and academic commentators may be explained by the importance at

à l’administration de la justice et, donc, contraire à l’ordre public, elle a commencé à percevoir les avantages que cette procédure pourrait présenter.

[98] Après le prononcé de l’arrêt *National Gypsum*, la législature québécoise est intervenue en adoptant l’art. 951 du *Cpc* :

951. La clause compromissoire doit être constatée par écrit.

Lorsque le différend prévu est né, les parties doivent passer compromis. Si l’une d’elles s’y refuse, et ne nomme pas d’arbitre, il est procédé à cette nomination et à la désignation des objets en litige par un juge du tribunal compétent, à moins que la convention elle-même n’en ait décidé autrement.

Selon le juge Chouinard, dans *Zodiak*, l’art. 951 avait eu pour effet d’écarter les arrêts *Vinette* et *National Gypsum* :

L’opinion prépondérante qui a cours depuis l’entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile*, est à l’effet que l’adoption de l’art. 951 dans sa forme actuelle suffit à consacrer la validité de la clause compromissoire parfaite. L’ancien *Code de procédure* était muet en ce qui concerne la clause compromissoire. Aucune mention n’en était faite. La situation est ainsi bien différente de celle qui prévalait au moment où ont été rendus les arrêts *Vinette Construction* (précité) et *National Gypsum* (précité) qui, a-t-il été écrit, sont devenus caducs. [p. 538]

Citant avec approbation les propos tenus par le juge Gagnon dans *Ville de Granby c. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971, le juge Chouinard a conclu qu’en édictant l’art. 951, le législateur a dit vouloir « faire un pas en avant » et que « c’est le législateur, lorsqu’il prend position, qui est le juge ultime en la matière » (p. 542).

[99] Toujours consciente des risques pour le développement et l’arrivée à maturité — dans un contexte contemporain — de l’arbitrage en droit canadien, notre Cour a de nouveau souligné la valeur de l’arbitrage commercial comme mécanisme de résolution des conflits dans *Sport Maska Inc. c. Zittreer*, [1988] 1 R.C.S. 564 :

Ce peu d’intérêt de notre jurisprudence et notre doctrine s’expliquent possiblement par la grande place

the time of the debate on the validity of the undertaking to arbitrate, a matter settled by this Court in *Zodiak*, *supra*. This long period of legal uncertainty did nothing to encourage the use of this method of settling disputes. [p. 598]

More recently, the Court again recognized “the existence and legitimacy of the private justice system” of arbitration in *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401, at para. 38.

[100] Lower courts across Canada swiftly followed this Court’s lead in accepting and endorsing arbitration as a legitimate dispute resolution mechanism, and this shift in attitude clearly took root. The following passage from the reasons of Campbell J. in *Boart Sweden AB v. NYA Stromnes AB* (1988), 41 B.L.R. 295 (Ont. H.C.J.), is often cited as an example of this shift:

Public policy carries me to the consideration which I conclude is paramount having regard to the facts of this case, and that is the very strong public policy of this jurisdiction that where parties have agreed by contract that they will have the arbitrators decide their claims, instead of resorting to the Courts, the parties should be held to their contract. [pp. 302-3]

See also, *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.* (1994), 12 B.L.R. (2d) 132 (Ont. C.A.), *per* Austin J.A. (international arbitration); *BWV Investments Ltd. v. Saskferco Products Inc.* (1994), 125 Sask. R. 286 (C.A.), *per* Gerwing J.A. (international arbitration); *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 219 (B.C.C.A.), *per* Hutcheon J.A., concurring (international arbitration); *Burlington Northern Railroad Co. v. Canadian National Railway Co.* (1995), 59 B.C.A.C. 97, *per* Cumming J.A., dissenting, whose view was upheld by this Court ([1997] 1 S.C.R. 5) (domestic arbitration); *Condominiums Mont St-Sauveur Inc. v. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.), *per* Monet J.A. (domestic arbitration).

[101] In the instant case, our colleague’s reasons appear to embrace the pre-*Zodiak* undercurrent of

occupée à l’époque par le débat portant sur la validité de la clause compromissoire, débat réglé par cette Cour dans l’arrêt *Zodiak*, précité. Cette longue incertitude juridique n’était certes pas de nature à favoriser le recours à ce mode de règlement des différends. [p. 598]

Plus récemment, notre Cour a encore une fois reconnu « la légitimité et [. . .] la présence de la justice privée », à savoir l’arbitrage, dans *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401, par. 38.

[100] Les tribunaux d’instance inférieure du pays n’ont pas tardé à suivre l’exemple de notre Cour. Ils ont accepté et reconnu la légitimité de l’arbitrage comme mécanisme de règlement des différends. Ce changement d’attitude a manifestement pris racine. Le passage suivant tiré des motifs du juge Campbell dans *Boart Sweden AB c. NYA Stromnes AB* (1988), 41 B.L.R. 295 (H.C.J. Ont.), est fréquemment cité pour illustrer ce changement d’attitude :

[TRADUCTION] L’intérêt public m’amène à une considération que j’estime primordiale au vu des faits de l’espèce, à savoir l’importance de cette compétence du point de vue de l’ordre public tenant au fait que, lorsque les parties ont convenu par contrat que leurs différends seraient soumis à un arbitre plutôt qu’à une cour de justice, elles devraient être tenues de respecter leur contrat. [p. 302-303]

Voir également *Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corp.* (1994), 12 B.L.R. (2d) 132 (C.A. Ont.), le juge Austin (arbitrage international); *BWV Investments Ltd. c. Saskferco Products Inc.* (1994), 125 Sask. R. 286 (C.A.), le juge Gerwing (arbitrage international); *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 219 (C.A.C.-B.), le juge Hutcheon, motifs concordants (arbitrage international); *Burlington Northern Railroad Co. c. Canadian National Railway Co.* (1995), 59 B.C.A.C. 97, le juge Cumming, dont l’opinion dissidente a été confirmée par [1997] 1 R.C.S. 5 (arbitrage national); *Condominiums Mont St-Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.), le juge Monet (arbitrage national).

[101] Dans ses motifs en l’espèce, notre collègue semble se joindre au courant d’hostilité vis-à-vis

hostility towards arbitration. Though Binnie J. does not take issue with our approach to the competence-competence principle, his reading of the relevant provisions of the *BPCPA* exhibits the same reluctance to fully accept arbitration as a legitimate form of dispute resolution that permeated the older jurisprudence. His hostility towards arbitration is now couched as an exercise in statutory interpretation of the *BPCPA*. Although Chouinard J. pointed out in *Zodiak* that the statutory interpretations adopted in *Vinette* and *National Gypsum* were misguided, our colleague's view appears to revive this outdated approach exemplified by the comment of Casey J.A. of the Quebec Court of Appeal in *Vinette*:

The right to apply to the Courts for relief is one of the cornerstones of our legal system. Its importance cannot be exaggerated nor can any threat to its existence be tolerated If this be allowed to happen those who accept the clause today will have it imposed on them tomorrow. For this reason its use is contrary to the public interest: and this is why it offends against art. 13 C.C. [pp. 68-69]

Respectfully, Binnie J.'s approach to interpreting the *BPCPA* neglects the broader contextual backdrop in which legislatures and courts have progressively come to encourage the use of alternative dispute resolution, including arbitration.

[102] Since *Zodiak*, there is a consistent trend that leads in one direction only: “. . . Canadian courts have indicated their willingness to stay court proceedings in favour of arbitrations where either the domestic or international Acts apply, and will no longer ‘jealously guard its jurisdiction against encroachment by arbitration’” (Casey and Mills, at pp. 228-29). See also the comments of L. Yves Fortier, in “Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: ‘Beware, My Lord, of Jealousy’” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 143, at pp. 143-45. More importantly, the courts have gone from avoiding arbitration, and seeing it as contrary to public order and the proper administration of justice, to

l'arbitrage qui précédait l'arrêt *Zodiak*. Le juge Binnie ne s'inscrit pas en faux contre notre point de vue sur le principe de compétence-compétence, mais il exprime, dans son interprétation des dispositions pertinentes de la *BPCPA*, la même réticence à accepter sans réserve l'arbitrage comme mécanisme légitime de règlement des différends que celle imprégnant l'ancienne jurisprudence. Son hostilité envers l'arbitrage s'exprime par son interprétation de la *BPCPA*. Bien que, dans *Zodiak*, le juge Chouinard ait souligné que les interprétations de la loi retenues dans *Vinette* et *National Gypsum* étaient malavisées, l'opinion de notre collègue semble redonner vie à ce point de vue désuet illustré par le commentaire ci-dessous du juge Casey, de la Cour d'appel du Québec, dans *Vinette* :

[TRADUCTION] Le droit de demander réparation aux tribunaux est une des pierres angulaires de notre système de justice. On ne saurait surestimer l'importance de ce droit, ni tolérer une menace à son existence [. . .] Si l'on permet que cela se produise, les personnes qui acceptent la clause aujourd'hui se la verront imposer demain. Le recours à cette clause est donc contraire à l'ordre public, et c'est pourquoi elle va à l'encontre de l'art. 13 du C.C. [p. 68-69]

Avec égards, l'interprétation donnée par le juge Binnie à la *BPCPA* fait abstraction du contexte plus général dans lequel les législatures et les tribunaux judiciaires en sont venus graduellement à encourager le recours aux modes amiables de règlement des litiges, y compris l'arbitrage.

[102] Depuis l'arrêt *Zodiak*, une tendance constante et unidirectionnelle s'est établie : [TRADUCTION] « . . . les tribunaux judiciaires canadiens se sont montrés disposés à ordonner la suspension d'instance jusqu'à l'issue d'un arbitrage lorsque la législation interne ou internationale s'applique, et ils ne s'attachent plus à “empêcher jalousement tout empiètement des tribunaux d'arbitrage” » (Casey et Mills, p. 228-229). Voir également les observations de L. Yves Fortier dans « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : “Beware, My Lord, of Jealousy” » (2001), 80 *R. du B. can.* 143, p. 143-145. Plus important encore, les cours de justice, qui cherchaient jadis à

embracing it as a legitimate vehicle for fostering access to justice.

[103] It is now settled that if a legislature intends to exclude arbitration as a vehicle for resolving a particular category of legal disputes, it must do so explicitly (*Desputeaux*, at para. 42). Arbitration in and of itself is no longer considered contrary to public order, and courts ought not to read in the exclusion of arbitration if the legislature has not clearly provided that it is to be excluded. Yet this is exactly the effect of the approach adopted by Binnie J.

[104] In British Columbia, the current approach to arbitration was adopted in 1986 with the enactment of the *Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1986, c. 3 (“1986 CAA”). The 1986 CAA replaced the *Arbitration Act*, R.S.B.C. 1979, c. 18, which had essentially remained unchanged since 1893. The new legislation was modelled primarily on the recommendations of a 1982 Law Reform Commission of British Columbia *Report on Arbitration* (“LRC Report”). In enacting it, British Columbia took a “leadership role” by being the first common law province to modernize its approach to arbitration (J. K. McEwan and L. B. Herbst, *Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations* (loose-leaf), at p. 1-10). However, the 1986 CAA stopped short of adopting the New York Convention and Model Law approaches to recognition and enforcement of arbitral awards that had been gaining prominence on the international stage, particularly the enumerated grounds on which a court could refuse to recognize and refuse to enforce arbitral awards.

[105] The 1986 version of s. 15 of the CAA, the stay provision, even incorporated the LRC Report’s preference for giving the court broad jurisdiction to refuse to grant a stay. Section 15 provided that court proceedings should continue in place of arbitration

éviter un arbitrage qu’elles considéraient contraire à l’ordre public et à la bonne administration de la justice, le voient aujourd’hui comme un moyen légitime de favoriser l’accès à la justice.

[103] Il est maintenant établi que, si une législature souhaite exclure la possibilité de recourir à l’arbitrage pour régler une catégorie donnée de litiges d’ordre juridique, elle doit le faire de manière explicite (*Desputeaux*, par. 42). On a cessé de considérer l’arbitrage, en tant que tel, comme contraire à l’ordre public. Les cours de justice doivent se garder de l’écarter lorsque la législature n’en a pas prescrit clairement l’exclusion. Mais l’approche du juge Binnie entraîne exactement cet effet.

[104] L’approche qui prévaut maintenant en Colombie-Britannique remonte à l’adoption en 1986 de la *Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1986, ch. 3 (« CAA de 1986 »). La CAA de 1986 a remplacé l’*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 18, qui était pour l’essentiel demeurée inchangée depuis 1893. La nouvelle loi s’inspirait principalement des recommandations du *Report on Arbitration* de la Law Reform Commission of British Columbia (« Rapport LRC ») daté de 1982. En édictant cette loi, la Colombie-Britannique a assumé un [TRADUCTION] « rôle de chef de file », puisqu’elle était la première province de common law à moderniser ses règles en matière d’arbitrage (J. K. McEwan et L. B. Herbst, *Commercial Arbitration in Canada : A Guide to Domestic and International Arbitrations* (feuilles mobiles), p. 1-10). Toutefois, le législateur s’est abstenu, dans la CAA de 1986, d’adopter l’orientation qui sous-tend la Convention de New York et la Loi type au sujet de la reconnaissance et de l’exécution des sentences arbitrales. Cette approche, tout particulièrement illustrée par la liste des motifs pour lesquels un tribunal pouvait refuser de reconnaître et d’exécuter les sentences arbitrales, occupait déjà une place grandissante sur la scène internationale.

[105] De fait, dans sa version de 1986, l’art. 15 de la CAA qui concerne la suspension d’instance exprimait le choix, arrêté dans le Rapport LRC, d’attribuer aux cours de justice un large pouvoir discrétionnaire de refuser une suspension d’instance.

if the court was satisfied that there was a “good reason” for doing so. “[G]ood reason” was defined expansively, as the court was authorized to consider: whether the matters in dispute were factually or legally complex; the comparative expense and delay associated with the two proceedings; whether other parties were affected by the dispute; and “any other matter the court considers significant”.

[106] Despite the fact that the LRC Report was based on a broad public consultation, “s. 15 had a rough landing” in British Columbia (C. J. Mingie, *British Columbia Commercial Arbitration — An Annotated Guide* (2004), at p. 37). Court decisions that addressed the issue of the s. 15 stay were inconsistent either with the Act itself or with each other (p. 37). Although this Court had begun to show support for arbitration legislation, the British Columbia courts did not always take a similar approach in considering the 1986 CAA.

[107] As a result, just two years after the 1986 CAA was first enacted, the legislature amended it to limit the power of the courts to intervene where the parties have agreed that a matter should be submitted to arbitration (*Miscellaneous Statutes Amendment Act (No. 2)*, 1988, S.B.C. 1988, c. 46, s. 11). More specifically, the legislature amended s. 15 to more closely reflect the wording of the New York Convention and art. 8 of the Model Law, and thereby limit the grounds upon which a court could refuse to grant a stay of proceedings (see Mingie, at p. 37; *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.), *per* Hinkson J.A.).

[108] Masuhara J. in the B.C. Supreme Court below accepted the argument that although the *International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 233, was modelled on the New

L'article 15 disposait que la procédure judiciaire et non la procédure arbitrale devait suivre son cours si le tribunal judiciaire était convaincu qu'un [TRADUCTION] « motif valable » justifiait qu'il en soit ainsi. Le terme « motif valable » a reçu une interprétation étendue, puisque le tribunal pouvait examiner la complexité, le cas échéant, des litiges sur le plan factuel ou juridique; le coût et les délais associés aux deux procédures; le fait que d'autres parties soient touchées ou non par le litige; ou « toute autre question que la cour estime pertinente ».

[106] Même si le Rapport LRC découlait de vastes consultations publiques, [TRADUCTION] « l'art. 15 effectué un atterrissage brutal » selon C. J. Mingie, *British Columbia Commercial Arbitration — An Annotated Guide* (2004), p. 37. Les tribunaux ont rendu des décisions relatives à la suspension d'instance fondée sur l'art. 15 contradictoires, sinon incompatibles avec la Loi elle-même (p. 37). Bien que notre Cour ait déjà commencé à manifester son appui aux lois relatives à l'arbitrage, les tribunaux judiciaires de la Colombie-Britannique n'ont pas toujours emprunté une approche similaire dans l'examen de la CAA de 1986.

[107] Par conséquent, la législature a modifié la CAA de 1986 deux ans seulement après son édition initiale pour limiter le pouvoir d'intervention des cours de justice dans les cas où les parties avaient convenu de soumettre un litige à l'arbitrage (*Miscellaneous Statutes Amendment Act (No. 2)*, 1988, S.B.C. 1988, ch. 46, art. 11). Plus particulièrement, la législature de la Colombie-Britannique a modifié l'art. 15 de façon à rapprocher son libellé de celui de la Convention de New York et de l'art. 8 de la Loi type. Elle a ainsi restreint les motifs justifiant le refus par un tribunal judiciaire de suspendre une instance (voir Mingie, p. 37; *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.), le juge Hinkson).

[108] Le juge Masuhara, de la Cour suprême de la C.-B., a accepté l'argument selon lequel, à la différence de l'*International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 233, la CAA ne s'est pas

York Convention and the Model Law, the CAA was not. And it was partly on this basis that he held that the competence-competence principle, according to which it is the arbitrator who must first consider the existence, validity and scope of the arbitration agreement, does not form part of the domestic arbitration law of British Columbia. The Court of Appeal rejected this argument in *MacKinnon 2009* and in the case at bar, but Ms. Seidel hopes to revive it in this Court.

[109] However, it is clear from a review of the current CAA that British Columbia's modern commercial arbitration legislation was in fact "influenced in part by the Model Law" (McEwan and Herbst, at p. 1-10, citing *Lawyers' Arbitration Letters: 1980-1989* (1990), at pp. 218-19). This review shows that the legislature intended to incorporate the competence-competence principle into the province's domestic arbitration legislation.

[110] Section 15 of the CAA, as amended in 1996, provides that a court must, if the parties have agreed that a matter should be submitted to arbitration, stay any legal proceeding brought in respect of that matter:

- 15** (1) If a party to an arbitration agreement commences legal proceedings in a court against another party to the agreement in respect of a matter agreed to be submitted to arbitration, a party to the legal proceedings may apply, before or after entering an appearance and before delivery of any pleadings or taking any other step in the proceedings, to that court to stay the legal proceedings.
- (2) In an application under subsection (1), the court must make an order staying the legal proceedings unless it determines that the arbitration agreement is void, inoperative or incapable of being performed.

The language used is virtually identical to that of art. 8 of the Model Law:

Article 8. . . .

(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement

inspirée de la Convention de New York et de la Loi type. Il a conclu, en partie pour cette raison, que le principe de compétence-compétence, suivant lequel il revient à l'arbitre de se prononcer le premier sur l'existence, la validité et la portée de la convention d'arbitrage, ne faisait pas partie du droit interne de l'arbitrage de la Colombie-Britannique. Dans *MacKinnon 2009* et en l'espèce, la Cour d'appel a rejeté cet argument, mais M^{me} Seidel espère lui insuffler une nouvelle vie devant notre Cour.

[109] Cependant, un examen de la CAA en vigueur à l'heure actuelle démontre clairement qu'en fait, la législation plus récente de la Colombie-Britannique sur l'arbitrage commercial [TRADUCTION] « s'inspire en partie de la Loi type » (McEwan et Herbst, p. 1-10, citant *Lawyers' Arbitration Letters : 1980-1989* (1990), p. 218-219). Il ressort de cet examen que la législature a voulu incorporer le principe de compétence-compétence dans sa législation interne relative à l'arbitrage.

[110] En effet, l'art. 15 de la CAA, modifié en 1996, prévoit que, si les parties ont convenu de soumettre un litige à l'arbitrage, une cour de justice doit ordonner la suspension de toute procédure intéressant ce litige :

[TRADUCTION]

- 15** (1) Si une partie à une convention d'arbitrage intente contre une autre partie à la convention une action relative à une question qui, suivant cette convention, devait être soumise à l'arbitrage, une partie à l'instance peut, avant ou après avoir comparu et avant d'avoir déposé des actes de procédure ou autrement agi dans l'instance, demander au tribunal de suspendre l'instance.
- (2) Le tribunal saisi de la demande visée au paragraphe (1) suspend l'instance à moins qu'il ne constate que la convention d'arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

Les termes employés à l'art. 15 sont pratiquement identiques à ceux de l'art. 8 de la Loi type :

Article 8. . .

1. Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les

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.

(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.

We see no meaningful difference between saying that the court must refer the parties to arbitration and saying that it must order a stay of proceedings.

[111] It is true that the CAA does not itself include a provision that ousts the jurisdiction of the courts. However, the British Columbia International Commercial Arbitration Centre's *Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure* (1998) ("BCICAC Rules") apply, as they have been incorporated by reference (*R. v. Collins*, 2000 BCCA 437, 140 B.C.A.C. 311; *R. v. St. Lawrence Cement Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 712 (C.A.); *British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia (Minister of Health Services)*, 2007 BCCA 379, 245 B.C.A.C. 39; P.-A. Côté, with the collaboration of S. Beaulac and M. Devinat, *Interprétation des lois* (4th ed. 2009), at paras. 286 ff.; see also, s. 44(h) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21). Section 22(1) of the CAA reads as follows:

22 (1) Unless the parties to an arbitration otherwise agree, the rules of the British Columbia International Commercial Arbitration Centre for the conduct of domestic commercial arbitrations apply to that arbitration.

Rule 20 of the BCICAC Rules addresses the arbitrator's jurisdiction:

20. Jurisdiction

(1) The arbitration tribunal may rule on its own jurisdiction, including ruling on any objections with

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.

2. Lorsque le tribunal est saisi d'une action visée au paragraphe 1 du présent article, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que le tribunal ait statué.

Nous ne relevons aucune différence marquante entre dire que le tribunal est tenu de renvoyer les parties à l'arbitrage et dire qu'il doit ordonner la suspension d'une instance.

[111] Il est vrai qu'aucune disposition écartant la compétence des tribunaux judiciaires ne se retrouve dans la CAA elle-même. Toutefois, les *Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure* (1998) du British Columbia International Commercial Arbitration Centre (« règles du BCICAC ») s'appliquent en raison de leur incorporation par renvoi (*R. c. Collins*, 2000 BCCA 437, 140 B.C.A.C. 311; *R. c. St. Lawrence Cement Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 712 (C.A.); *British Columbia Government and Service Employees' Union c. British Columbia (Minister of Health Services)*, 2007 BCCA 379, 245 B.C.A.C. 39; P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), par. 286 et suiv.; voir aussi l'al. 44h) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21). En effet, le par. 22(1) de la CAA est rédigé en ces termes :

[TRADUCTION]

22 (1) Sauf entente contraire des parties à l'arbitrage, les règles du British Columbia International Commercial Arbitration Centre relatives à la conduite des arbitrages commerciaux internes s'appliquent à l'arbitrage.

L'article 20 des règles du BCICAC traite de la compétence de l'arbitre :

[TRADUCTION]

20. Compétence

(1) Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à

respect to the existence or validity of the arbitration agreement.

- (2) A decision by the arbitration tribunal that the contract is null and void shall not entail the invalidity of the arbitration clause unless specifically found to be so by the arbitration tribunal.
- (3) Any objection to the jurisdiction of the arbitration tribunal to consider a claim or counter-claim shall be raised in the statement of defense or statement of defense to counter-claim. . . .
- (4) A party is not precluded from raising a jurisdictional plea by the fact that it has appointed or participated in the appointment of an arbitrator.

[112] We observe that the language used in Rule 20 is essentially identical to that of arts. 943, 943.1 and 943.2 of the *CCP* — which were at issue in *Dell* — and of art. 16 of the Model Law:

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.

(2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.

(3) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be

l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage.

- (2) La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas la nullité de la clause compromissoire, mais celle-ci peut faire l'objet d'une déclaration expresse de nullité.
- (3) Toute objection visant à contester la compétence du tribunal arbitral à l'égard d'une action ou d'une demande reconventionnelle doit être soulevée dans la défense initiale ou la défense produite en réponse à la demande reconventionnelle. . . .
- (4) Le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de contester la compétence du tribunal arbitral.

[112] Nous constatons que les termes employés à l'art. 20 sont pratiquement identiques à ceux des art. 943, 943.1 et 943.2 du *Cpc* — en litige dans *Dell* — ainsi qu'à ceux de l'art. 16 de la Loi type :

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.

2. L'exception d'incompétence du tribunal arbitral peut être soulevée au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense. Le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L'exception prise de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs du tribunal arbitral est soulevée dès que la question alléguée comme excédant ses pouvoirs est soulevée pendant la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est dû à une cause valable.

3. Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception visée au paragraphe 2 du présent article soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Si le tribunal arbitral détermine, à titre de question préalable, qu'il est compétent, l'une ou l'autre partie peut, dans un délai de trente jours après avoir été avisée de cette décision, demander au tribunal visé à l'article 6

subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.

[113] A British Columbia court must grant a stay of proceedings unless it concludes that the arbitration agreement is “void, inoperative or incapable of being performed”. However, the fact that a court can rule on its jurisdiction does not mean that it is required to do so. An argument that an arbitration agreement is void, inoperative or incapable of being performed constitutes a direct challenge to the arbitrator’s authority to consider and resolve the dispute. In *Dell*, both the majority and the minority had to decide whether the arbitrator or the court should rule first on the validity and applicability of the agreement, and they also discussed, by extension, the type of review the court should conduct to determine whether the agreement is “void, inoperative or incapable of being performed”.

[114] The majority recognized that there were two schools of thought on this point — one being that the court must rule first on the issue, and the other that the arbitrator should do so — and that the debate was not conclusively resolved by either the New York Convention or the Model Law. However, a consensus was building in the international community that a court should engage in only a *prima facie* analysis and intervene only if the test of manifest nullity was met (*Dell*, at paras. 75-76). From this, a general rule was identified. Challenges to the arbitrator’s jurisdiction — namely arguments that an agreement is void, inoperative or incapable of being performed — should be resolved first by the arbitrator. A court should depart from this general rule only if the challenge is based on a question of law, or on questions of mixed fact and law that require only superficial consideration of the documentary evidence in the record, and is not merely a delaying tactic (see *Dell*, at paras. 84-86).

de rendre une décision sur ce point, laquelle ne sera pas susceptible de recours; en attendant qu’il soit statué sur cette demande, le tribunal arbitral demeure libre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence.

[113] Un tribunal judiciaire de la Colombie-Britannique doit surseoir à l’instance, à moins qu’il ne constate que la convention d’arbitrage est [TRADUCTION] « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée ». Toutefois, même si un tribunal judiciaire détient le pouvoir de statuer sur sa compétence, il n’est pas tenu impérativement de l’exercer. Le moyen selon lequel une convention d’arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée constitue une contestation directe du pouvoir de l’arbitre d’instruire et de régler le litige. Dans *Dell*, les juges majoritaires comme les juges minoritaires ont dû décider qui de l’arbitre ou du tribunal judiciaire devait se prononcer en premier lieu sur la validité et l’applicabilité de la convention. Ils ont aussi analysé, par voie de conséquence, le type d’examen que devrait mener le tribunal judiciaire pour déterminer si la convention est [TRADUCTION] « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée ».

[114] Les juges majoritaires ont reconnu que deux courants s’opposent à cet égard — l’un exigeant que le tribunal judiciaire statue d’abord sur la question, l’autre voulant qu’il appartienne plutôt à l’arbitre de se prononcer en premier lieu — et que ni la Convention de New York, ni la Loi type n’avaient réglé ce débat de manière définitive. Toutefois, à l’échelle internationale, on tend à convenir qu’un tribunal doit s’en tenir à une analyse sommaire et n’intervenir que s’il conclut que le critère de la nullité manifeste a été satisfait (*Dell*, par. 75-76). Une règle générale a été formulée à partir de ces observations. Toute contestation de la compétence de l’arbitre — au motif que la convention d’arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée — devrait d’abord être tranchée par l’arbitre. Un tribunal judiciaire ne devrait déroger à cette règle générale que si la contestation de la compétence repose sur une question de droit ou une question mixte de fait et de droit dont l’examen n’exige qu’une étude superficielle de la preuve documentaire au dossier, et qu’elle ne constitue pas simplement une tactique dilatoire (voir *Dell*, par. 84-86).

[115] This general approach is consistent with the one — developed by the British Columbia Court of Appeal in its 1992 decision in *Gulf Canada* — that many provincial appellate courts were following across Canada before *Dell*. According to the test from *Gulf Canada*, the court was to grant the stay unless it was “clear” that the dispute fell outside the scope of the agreement. If it was “arguable” that the agreement applied to the dispute, the question was to be left to the arbitrator:

Considering s. 8(1) in relation to the provisions of s. 16 and the jurisdiction conferred on the arbitral tribunal, in my opinion, it is not for the court on an application for a stay of proceedings to reach any final determination as to the scope of the arbitration agreement or whether a particular party to the legal proceedings is a party to the arbitration agreement because those are matters within the jurisdiction of the arbitral tribunal. Only where it is clear that the dispute is outside the terms of the arbitration agreement or that a party is not a party to the arbitration agreement or that the application is out of time should the court reach any final determination in respect of such matters on an application for a stay of proceedings.

Where it is arguable that the dispute falls within the terms of the arbitration agreement or where it is arguable that a party to the legal proceedings is a party to the arbitration agreement then, in my view, the stay should be granted and those matters left to be determined by the arbitral tribunal. [paras. 39-40]

[116] In *Dalimpex Ltd. v. Janicki* (2003), 64 O.R. (3d) 737, *per* Charron J.A. (as she then was), the Ontario Court of Appeal endorsed the *Gulf Canada* approach. It concluded that if “it is at least arguable that the disputes . . . fall within the scope of the arbitration agreement”, the “preferable approach is to leave any definitive pronouncement on the scope of the agreement to be determined by the arbitral tribunal as decision-maker of first instance” (para. 3) (see also, *Dawson (City) v. TSL Contractors Ltd.*, 2003 YKCA 3, 180 B.C.A.C. 205, at para. 14). In *Dancap Productions Inc. v. Key Brand Entertainment Inc.*, 2009 ONCA 135, 246 O.A.C. 226, *per* Sharpe J.A., the Ontario Court of Appeal held that “[i]t is now well-established in Ontario”

[115] Cette approche générale respecte celle qu’avait formulée la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans *Gulf Canada* en 1992 et qu’avaient adoptée un grand nombre de cours d’appel provinciales canadiennes avant *Dell*. D’après le test établi dans *Gulf Canada*, le tribunal judiciaire doit surseoir à l’instance à moins qu’il ne soit [TRADUCTION] « clair » que le litige n’est pas visé par la convention d’arbitrage. S’il était possible de « soutenir » que la convention s’appliquait au litige, il revenait à l’arbitre de se prononcer :

[TRADUCTION] Si l’on examine le par. 8(1), en tenant compte de l’art. 16 et de la compétence accordée au tribunal d’arbitrage, il ne revient pas selon moi au tribunal judiciaire appelé à statuer sur une demande de suspension d’instance de se prononcer de façon définitive sur la portée de la convention d’arbitrage ou sur la question de savoir si une partie à la procédure est aussi partie à la convention d’arbitrage étant donné que ces questions sont du ressort du tribunal d’arbitrage. Le tribunal judiciaire ne devrait se prononcer de façon définitive sur de telles questions dans le cadre d’une demande de suspension d’instance que s’il est clair que la convention d’arbitrage ne s’applique pas au litige, si une partie à l’instance n’est pas l’une des parties à la convention ou si la demande n’a pas été présentée dans le délai prescrit.

Lorsqu’il est possible de soutenir que le litige est visé par la convention d’arbitrage ou qu’une partie à la procédure est également partie à cette convention, alors, selon moi, la suspension de l’instance devrait être accordée et ces questions devraient être laissées au tribunal d’arbitrage. [par. 39-40]

[116] Dans *Dalimpex Ltd. c. Janicki* (2003), 64 O.R. (3d) 737, sous la plume de la juge Charron (maintenant juge de notre Cour), la Cour d’appel de l’Ontario a accepté l’approche adoptée dans *Gulf Canada*. La Cour d’appel a conclu que, s’[TRADUCTION] « il est au moins possible de soutenir que les litiges [. . .] sont visés par la convention d’arbitrage », il est « préférable de laisser le soin au tribunal d’arbitrage, en tant que tribunal de première instance, de se prononcer de façon définitive sur la portée de la convention » (par. 3) (voir aussi *Dawson (City) c. TSL Contractors Ltd.*, 2003 YKCA 3, 180 B.C.A.C. 205, par. 14). Dans *Dancap Productions Inc. c. Key Brand Entertainment Inc.*, 2009 ONCA 135, 246 O.A.C.

that a court should grant a stay of proceedings where it is “‘arguable’ that the dispute falls within the terms of an arbitration agreement” (para. 32), and that the motion judge had therefore erred in ruling on the scope of the arbitration agreement. See also, *Jean Estate v. Wires Jolley LLP*, 2009 ONCA 339, 96 O.R. (3d) 171, *per Weiler J.A.*; *No. 363 Dynamic Endeavours Inc. v. 34718 B.C. Ltd.* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 359 (C.A.), *per Hollinrake J.A.*

[117] This requirement of deference to the arbitrator’s jurisdiction is related directly to the role of the court that must, in considering an application for a stay of proceedings, determine whether the agreement is “void, inoperative or incapable of being performed”. Given that the general rule is that arbitrators should be the first to consider challenges to their jurisdiction, the expressions “void”, “inoperative” and “incapable of being performed” should be interpreted narrowly. There appears in fact to be a consensus to this effect in the authorities on all three of these criteria. See, e.g., *Kaverit Steel and Crane Ltd. v. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R. (4th) 129 (Alta. C.A.), *per Kerans J.A.* (in which it was held, at p. 138, that an arbitration agreement is not “inoperative” merely because a reference to arbitration might be “inconvenient”); *Mind Star Toys Inc. v. Samsung Co.* (1992), 9 O.R. (3d) 374 (Gen. Div.) (in which it was held that an arbitration agreement is not null and void merely because a claim of fundamental breach is made); *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974), *per Stewart J.* (in which it was held that if the *forum conveniens* test for jurisdiction were to be considered in determining whether an arbitration agreement was valid, it would almost always result in a finding against arbitration); M. J. Mustill and S. C. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England* (2nd ed. 1989), at p. 465 (in which the authors write that “[i]ncapable of being performed’ connotes something more than mere difficulty or inconvenience or delay in performing the arbitration”); and McEwan and Herbst, at

226, rédigé par le juge Sharpe, la Cour d’appel de l’Ontario a jugé qu’[TRADUCTION] « [i]l est maintenant bien établi en Ontario » qu’un tribunal judiciaire devrait surseoir à l’instance dans les cas où il est « “possible de soutenir” que le litige est visé par la convention d’arbitrage » (par. 32), et que le juge des requêtes avait donc commis une erreur en statuant sur la portée de la convention d’arbitrage. Voir également *Jean Estate c. Wires Jolley LLP*, 2009 ONCA 339, 96 O.R. (3d) 171, le juge Weiler; *No. 363 Dynamic Endeavours Inc. c. 34718 B.C. Ltd.* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 359 (C.A.), le juge Hollinrake.

[117] Cette obligation de déférence envers la compétence de l’arbitre se rattache directement au rôle du tribunal judiciaire appelé à décider, dans l’examen d’une demande de suspension d’instance, si la convention est [TRADUCTION] « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée ». En effet, puisque, selon la règle générale, les arbitres devraient se prononcer en premier sur les contestations de leur compétence, les termes « nulle », « inopérante » et « non susceptible d’être exécutée » devraient être interprétés de façon restrictive. Cette approche semble d’ailleurs faire consensus dans la jurisprudence et la doctrine traitant de ces critères. Voir à titre d’exemple *Kaverit Steel and Crane Ltd. c. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R. (4th) 129 (C.A. Alb.), le juge Kerans, où la cour a conclu, à la p. 138, que le fait qu’un renvoi à l’arbitrage puisse être [TRADUCTION] « inopportun » ne rendait pas la convention d’arbitrage « inopérante »; *Mind Star Toys Inc. c. Samsung Co.* (1992), 9 O.R. (3d) 374 (Div. gén.), où la cour a jugé qu’une poursuite pour rupture fondamentale ne rend pas en soi une convention d’arbitrage nulle; *Scherk c. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974), le juge Stewart, où la cour a conclu que l’application du critère du *forum conveniens* en matière de compétence pour apprécier la validité de la convention d’arbitrage écarterait presque toujours l’arbitrage; M. J. Mustill et S. C. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England* (2^e éd. 1989), p. 465, où les auteurs écrivent que l’expression [TRADUCTION] « “non susceptible d’être exécutée” implique plus que de simples difficultés, problèmes

pp. 3-63 ff.). The British Columbia Court of Appeal even appeared to endorse this view in *MacKinnon 2004* (para. 36).

[118] It is clear that the task of the court responsible for considering whether the agreement is “void, inoperative or incapable of being performed” cannot properly be construed so broadly as to authorize it to determine whether a class action would be a “preferable procedure”. Not only would such an approach require a degree of judicial scrutiny inconsistent with the competence-competence principle and with the superficial consideration on the basis of which a court can decide whether to grant a stay of proceedings, but the arbitration agreement would as a result be subject to the whim of the party wanting to avoid its application. More specifically, the word “inoperative” cannot be interpreted so broadly that a mere procedural decision of a party seeking to certify a class proceeding would suffice for that party to avoid the operation of the agreement to arbitrate.

[119] In *Dell*, this Court interpreted an express legislative direction that arbitrators are to consider the scope of their own jurisdiction, coupled with the use of language similar to that of the New York Convention and the Model Law, as amounting to incorporation of the competence-competence principle into Quebec law. As the Court concluded in *Dell*, at para. 83, the actual words of the provision in question were not so important as the conclusion that they were based on those of the New York Convention and the Model Law:

Article 940.1 C.C.P. refers only to cases where the arbitration agreement is null. However, since this provision was adopted in the context of the implementation of the New York Convention (the words of which, in art. II(3), are “null and void, inoperative or incapable of being performed”), I do not consider a literal interpretation to be appropriate. It is possible to develop, in a manner consistent with the empirical data from the Quebec case law, a test for reviewing an application to refer a dispute to arbitration that is faithful to art. 943 C.C.P. and to the *prima facie* analysis test

ou retards liés à la tenue de l’arbitrage »; McEwan et Herbst, p. 3-63 et suiv.). Même la Cour d’appel de la Colombie-Britannique semble avoir adopté ce point de vue dans *MacKinnon 2004* (par. 36).

[118] De toute évidence, on ne saurait donner une portée si large à la fonction du tribunal judiciaire chargé de déterminer si la convention est [TRADUCTION] « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée » qu’il lui serait permis d’examiner si un recours collectif pourrait constituer une « meilleure procédure ». Non seulement une telle approche exigerait-elle un examen judiciaire incompatible avec le principe de compétence-compétence et avec l’analyse sommaire permettant de déterminer s’il y a lieu de surseoir à l’instance, mais les conventions d’arbitrage seraient ainsi à la merci de la partie qui souhaite éviter leur application. Plus précisément, le terme « inopérant » ne peut recevoir une interprétation si large qu’elle fasse dépendre l’application de la convention d’arbitrage de la simple décision — de nature procédurale — d’une partie de demander l’autorisation d’exercer un recours collectif.

[119] Dans *Dell*, notre Cour a conclu que la directive législative explicite, selon laquelle les arbitres devaient se prononcer sur l’étendue de leur propre compétence, une directive formulée en des termes semblables à ceux qui figurent dans la Convention de New York et la Loi type, constituait une incorporation par renvoi du principe de compétence-compétence dans la législation québécoise. Comme la Cour l’a conclu dans *Dell*, au par. 83, le libellé même de la disposition importe moins que le constat qu’elle s’inspire des termes de la Convention de New York et de la Loi type :

L’article 940.1 C.p.c. ne mentionne que les cas de nullité de la convention d’arbitrage. Cependant, comme cette disposition fait partie de la mise en œuvre de la Convention de New York (dont les termes utilisés à l’art. II(3) sont « caduque, inopérante ou non susceptible d’être appliquée »), je ne crois pas qu’une interprétation littérale soit indiquée. Il est possible, tout en incorporant les données empiriques qui ressortent de la jurisprudence québécoise, de formuler un critère d’examen d’une demande de renvoi à l’arbitrage qui soit fidèle à l’art. 943 C.p.c. et au critère de

that is increasingly gaining acceptance around the world.

Courts should therefore be mindful to avoid an interpretation that makes it possible to sidestep the competence-competence principle and turns the Convention's "inoperative" exception into a back door for a party wanting to "escape" the agreement.

[120] In considering a statutory provision containing the language contemplated by *Dell* and based on that of the New York Convention and the Model Law, the British Columbia Court of Appeal accepted and endorsed the modern approach according to which arbitration is acceptable in commercial matters. It recognized that the competence-competence principle is part of the province's law. It did not err in doing so.

[121] Therefore, absent a challenge to the arbitrator's jurisdiction based solely on a question of law or on one of mixed fact and law requiring only superficial consideration of the evidence in the record, the existence or validity of an arbitration agreement to which the CAA applies must be considered first by the arbitrator. The court should grant the stay.

D. *British Columbia Business Practices and Consumer Protection Act*

[122] Because Ms. Seidel argues in part that the effect of the arbitration clause is to deny her the ability to exercise her rights under the *BPCPA*, it is important to discuss in some detail the rights and procedures provided for in that Act.

[123] The purpose of consumer protection legislation like the *BPCPA* is to protect consumers from losses suffered when they purchase goods and services that do not meet existing standards. Thus, the *BPCPA* applies to a "consumer" — an individual, whether in British Columbia or not — who participates in a "consumer transaction".

l'analyse sommaire de plus en plus retenu à l'échelle internationale.

Les tribunaux judiciaires devraient donc se garder de recourir à une interprétation qui permet d'écarter le principe de compétence-compétence et de transformer l'exception fondée sur le caractère « inopérant » de la Convention en un moyen détourné dont disposerait une partie qui souhaite échapper à son application.

[120] Appelée à examiner une disposition légale qui reprenait le langage des textes en cause dans l'arrêt *Dell* et qui s'inspirait de ceux de la Convention de New York et de la Loi type, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accepté et fait sienne l'approche moderne reconnaissant la légitimité de l'arbitrage des différends commerciaux. Elle a reconnu que la législation britanno-colombienne incorpore le principe de compétence-compétence. Elle n'a pas commis d'erreur en se prononçant en ce sens.

[121] Ainsi, en l'absence de contestation de la compétence de l'arbitre fondée exclusivement sur une question de droit ou une question mixte de fait et de droit n'impliquant qu'un examen superficiel de la preuve au dossier, il revient à l'arbitre d'être le premier à examiner la validité ou l'existence d'une convention d'arbitrage régie par la CAA. Le tribunal judiciaire devrait donc suspendre l'instance.

D. *La Business Practices and Consumer Protection Act de la Colombie-Britannique*

[122] Par ailleurs, M^{me} Seidel fait notamment valoir que la clause d'arbitrage a pour effet de l'empêcher d'exercer les droits que lui confère la *BPCPA*. Il importe alors d'examiner en détail les droits et la procédure prévus par cette loi.

[123] Les lois sur la protection du consommateur, comme la *BPCPA*, visent à protéger les consommateurs contre les dommages résultant de l'achat de biens ou de services qui ne respectent pas les normes prescrites. La *BPCPA* s'applique donc à un [TRADUCTION] « consommateur » — un particulier, se trouvant en Colombie-Britannique ou

The term “consumer transaction” is defined as follows:

1. (1) . . .

“consumer transaction” means

- (a) a supply of goods or services or real property by a supplier to a consumer for purposes that are primarily personal, family or household, or
- (b) a solicitation, offer, advertisement or promotion by a supplier with respect to a transaction referred to in paragraph (a).

A “supplier” is “a person, whether in British Columbia or not, who in the course of business participates in a consumer transaction” either by supplying goods or services, or by soliciting, offering, advertising or promoting the supply of goods or services. The definition of “supplier” applies regardless of whether any privity of contract exists between the supplier and the consumer. See, generally, s. 1(1) of the *BPCPA*.

[124] The provision of mobile phone services for personal use clearly falls within the definition of “consumer transaction”, and Ms. Seidel and TELUS clearly fit the statutory definitions of “consumer” and “supplier”, respectively.

[125] Ms. Seidel alleges that TELUS, by unlawfully charging for the time after a cellular phone connects with the TELUS network but before the recipient answers the call, has breached its obligations under the *BPCPA*. More specifically, Ms. Seidel alleges breach of contract, and deceptive and/or unconscionable practices. The *BPCPA* defines a “deceptive act or practice”, in the context of a consumer transaction, as “an oral, written, visual, descriptive or other representation by a supplier” or “any conduct by a supplier” “that has the capability, tendency or effect of deceiving or misleading a consumer or guarantor” (s. 4(1)).

ailleurs — qui participe à une « opération commerciale ». Le terme « opération commerciale » est défini comme suit :

[TRADUCTION]

1. (1) . . .

« opération commerciale »

- a) la fourniture, par un fournisseur à un consommateur, de marchandises, de services ou de biens réels, principalement à des fins personnelles, familiales ou domestiques;
- b) la sollicitation, l’offre, la publicité ou la promotion effectuée, par un fournisseur auprès d’un consommateur concernant une opération visée à l’alinéa a).

Un [TRADUCTION] « fournisseur » est « une personne, se trouvant en Colombie-Britannique ou ailleurs qui, dans le cours de ses affaires, prend part à une opération commerciale » soit en fournissant des biens ou des services, soit en sollicitant, en offrant ou en annonçant la fourniture de biens ou services ou en se livrant à des activités promotionnelles à cet égard. La définition de « fournisseur » s’applique qu’il y ait ou non un lien contractuel entre le fournisseur et le consommateur. Voir de façon générale le par. 1(1) de la *BPCPA*.

[124] La définition d’[TRADUCTION] « opération commerciale » vise de toute évidence la fourniture de services de téléphone cellulaire à des fins personnelles. De plus, il ne fait pas de doute que M^{me} Seidel et TELUS répondent respectivement aux définitions de « consommateur » et de « fournisseur ».

[125] M^{me} Seidel allègue qu’en facturant illégalement du temps à ses clients après qu’un téléphone cellulaire soit connecté à son réseau, mais avant que le destinataire ne réponde à l’appel, TELUS a manqué aux obligations que lui impose la *BPCPA*. Plus particulièrement, M^{me} Seidel affirme que le contrat a été violé et que TELUS a employé des pratiques trompeuses ou abusives. La *BPCPA* définit [TRADUCTION] « pratique ou acte trompeur » dans le contexte d’une opération commerciale comme étant « des déclarations verbales, écrites, visuelles, descriptives ou autres, faites par un fournisseur » ou « des agissements

Subsection 4(3) provides specific examples — without limiting the generality of s. 4(1) — of what constitutes a deceptive act or practice, which “may occur before, during or after the consumer transaction” (s. 4(2)).

[126] Section 8 of the *BPCPA* also provides that an “unconscionable act or practice by a supplier may occur before, during or after the consumer transaction” (s. 8(1)), and that in determining whether an act or a practice is unconscionable, a court must consider “all of the surrounding circumstances of which the supplier knew or ought to have known” (s. 8(2)). Section 8(3) contains a list — again without limiting the generality of s. 8(2) — of specific circumstances that must be considered in this regard.

[127] In the event that a supplier contravenes the *BPCPA*, a number of avenues of redress are available. First, s. 189 creates an offence, for which any person who contravenes the provisions listed in the section can be prosecuted. An individual convicted under s. 189 is liable to a fine of not more than \$10,000, to imprisonment for not more than 12 months, or to both. A corporation convicted under s. 189 is liable to a fine of up to \$100,000. See, generally, the penalties provided for in s. 190.

[128] Second, in the event of a contravention, the Act authorizes a consumer to bring an action for compensatory damages:

Damages recoverable

171 (1) Subject to subsection (2), if a person, other than a person referred to in paragraphs (a) to (e), has suffered damage or loss due to a contravention of this Act or the regulations, the person who

d’un fournisseur » « susceptibles de tromper ou tendant à tromper un consommateur ou un garant, ou ayant cet effet » (par. 4(1)). Sans restreindre la généralité du par. 4(1), le par. 4(3) donne des exemples précis de pratiques ou d’actes trompeurs, ceux-ci [TRADUCTION] « pouvant avoir cours avant, pendant ou après l’opération commerciale » (par. 4(2)).

[126] L’article 8 de la *BPCPA* prévoit également qu’une [TRADUCTION] « pratique ou un acte abusif d’un fournisseur peut avoir cours avant, pendant ou après une opération commerciale » (par. 8(1)). Il dispose que, pour déterminer si une pratique ou un acte est abusif, la cour de justice doit tenir compte de « toutes les circonstances dont le fournisseur avait ou était censé avoir connaissance » (par. 8(2)). Là encore, sans restreindre la généralité du par. 8(2), le par. 8(3) établit une liste de circonstances précises qui doivent être prises en considération à cet égard.

[127] Lorsqu’un fournisseur contrevient à la *BPCPA*, plusieurs mesures de réparation s’offrent aux consommateurs. Premièrement, l’art. 189 crée une infraction pénale et prévoit que l’auteur d’une violation des dispositions qu’il énonce est passible de poursuite. Toute personne reconnue coupable par application de cette disposition s’expose à une amende maximale de 10 000 \$ et à un emprisonnement d’au plus 12 mois. Une personne morale déclarée coupable en vertu de l’art. 189 est passible d’une amende d’au plus 100 000 \$. Voir de façon générale les peines prévues à l’art. 190.

[128] Deuxièmement, en cas d’infraction, la Loi permet aux consommateurs d’intenter une action en dommages-intérêts :

[TRADUCTION]

Dommages-intérêts

171 (1) Sous réserve du paragraphe (2), la personne, autre qu’une personne visée aux alinéas a) à e), qui a subi un préjudice ou une perte en raison d’une infraction à la présente loi ou

suffered damage or loss may bring an action against a

(a) supplier,

. . . .

who engaged in or acquiesced in the contravention that caused the damage or loss.

(2) A person must not bring an action under this section if an application has been made, on the person's behalf, to the court in respect of the same defendant and transaction under section 192

(3) The Provincial Court has jurisdiction for the purposes of this section, even though a contravention of this Act or the regulations may also constitute a libel or slander.

We note, however, that because a person convicted of an offence may already be required to compensate an aggrieved consumer for pecuniary losses pursuant to s. 192, s. 171(2) operates to prevent double recovery.

[129] The *BPCPA* also provides for declaratory and injunctive relief:

Court actions respecting consumer transactions

172 (1) The director or a person other than a supplier, whether or not the person bringing the action has a special interest or any interest under this Act or is affected by a consumer transaction that gives rise to the action, may bring an action in Supreme Court for one or both of the following:

(a) a declaration that an act or practice engaged in or about to be engaged in by a supplier in respect of a consumer transaction contravenes this Act or the regulations;

(b) an interim or permanent injunction restraining a supplier from contravening this Act or the regulations.

à ses règlements, peut intenter une action contre :

a) le fournisseur,

. . . .

qui a commis l'infraction ayant causé le préjudice ou la perte ou qui y a acquiescé.

(2) Une personne doit s'abstenir d'intenter une action en vertu du présent article si une demande a été présentée à la cour en son nom aux termes de l'article 192 à l'égard du même défendeur et de la même opération

(3) La Cour provinciale est compétente pour l'application du présent article même si une infraction à la présente loi ou à ses règlements peut aussi constituer un libelle ou de la diffamation.

Toutefois, parce qu'une personne déclarée coupable d'une infraction peut être déjà tenue d'indemniser un consommateur lésé de ses pertes pécuniaires, par application de l'art. 192, nous soulignons que le par. 171(2) entre en jeu pour interdire la double indemnisation du préjudice.

[129] La *BPCPA* permet en outre d'obtenir un jugement déclaratoire et une injonction :

[TRANSDUCTION]

Recours judiciaires relatifs à des opérations commerciales

172 (1) Le directeur ou une personne autre qu'un fournisseur — que cette personne ait ou non un intérêt, particulier ou autre, à faire valoir sous le régime de la présente loi ou qu'elle soit ou non touchée par l'opération commerciale à l'origine du litige — peut intenter une action devant la Cour suprême en vue d'obtenir :

a) un jugement déclarant qu'un acte commis par un fournisseur, ou sur le point de l'être, ou une pratique qu'il utilise, ou est sur le point d'utiliser, en ce qui concerne une opération commerciale contrevient à la présente loi ou à ses règlements;

b) une injonction provisoire ou permanente interdisant au fournisseur de contrevenir à la présente loi ou à ses règlements.

- (2) If the director brings an action under subsection (1), the director may sue on the director's own behalf and, at the director's option, on behalf of consumers generally or a designated class of consumers.

We emphasize that the relief available under s. 172(1) is not restricted to consumers directly affected by a particular consumer transaction.

[130] If relief is granted under s. 172(1), s. 172(3) authorizes the following remedial orders:

- (a) that the supplier restore to any person any money or other property or thing, in which the person has an interest, that may have been acquired because of a contravention of this Act or the regulations;
- (b) if the action is brought by the director, that the supplier pay to the director the actual costs, or a reasonable proportion of the costs, of the inspection of the supplier conducted under this Act;
- (c) that the supplier advertise to the public in a manner that will assure prompt and reasonable communication to consumers, and on terms or conditions that the court considers reasonable, particulars of any judgment, declaration, order or injunction granted against the supplier under this section.

[131] Moreover, by virtue of s. 3, rights under the Act, and remedies for the violation of those rights, cannot be waived, through an arbitration clause or otherwise:

- 3** Any waiver or release by a person of the person's rights, benefits or protections under this Act is void except to the extent that the waiver or release is expressly permitted by this Act.

[132] The final aspect of the *BPCPA* that we must discuss is the nature of the action provided for in s. 172(1). Subsection 172(1) authorizes the director to bring an action for declaratory or injunctive relief, but it also authorizes any person other than a supplier to do so. In this sense, s. 172(1) creates a representative action. In the case of an action brought

- (2) Le directeur peut intenter une action en vertu du paragraphe (1) en son nom propre, au nom des consommateurs en général ou au nom d'un groupe désigné de consommateurs.

Il convient de préciser que le par. 172(1) ne vise pas uniquement les consommateurs directement touchés par une opération commerciale donnée.

[130] Si la réparation demandée est accordée en vertu du par. 172(1), le par. 172(3) permet à la cour d'ordonner :

[TRADUCTION]

- a) que le fournisseur restitue à une personne les sommes ou autres biens ou choses, à l'égard desquels cette personne a un intérêt, et qui peuvent avoir été obtenus par suite d'une contravention à la présente loi ou à ses règlements;
- b) si l'action est intentée par le directeur, que le fournisseur lui rembourse la totalité ou une partie raisonnable des frais engagés pour soumettre le fournisseur à une inspection sous le régime de la présente loi;
- c) que le fournisseur informe le public, d'une manière efficace et rapide et suivant les modalités que la cour estime raisonnables, du contenu de tout jugement, jugement déclaratoire, ordonnance ou injonction prononcé contre le fournisseur sous le régime du présent article.

[131] En outre, l'art. 3 interdit toute renonciation aux droits prévus à la Loi ainsi qu'aux réparations pour la violation de ces droits, que ce soit par convention d'arbitrage ou par tout autre moyen :

[TRADUCTION]

- 3** Sauf dans la mesure où elle est expressément permise par la présente loi, la renonciation aux droits, avantages ou protections qui y sont prévus est nulle.

[132] Un dernier aspect de la *BPCPA* commande notre attention : la nature du droit d'action prévu au par. 172(1). En plus d'autoriser le directeur à intenter une action en vue d'obtenir un jugement déclaratoire ou une injonction, le par. 172(1) permet aussi à toute autre personne qu'un fournisseur de le faire. En ce sens, le par. 172(1) crée un recours

by the director, any ambiguity in this respect is removed by s. 172(2). As for an action brought by a person other than the director, the fact that the person need not have been affected by the consumer transaction, together with the potentially representative nature of the available remedies — declaratory and injunctive relief — makes his or her representative capacity just as evident.

[133] The director is entitled to notice — by service of a copy of the writ of summons or notice of claim — of any action brought under either s. 171 or s. 172 (s. 173(1)). Upon being served, the director may apply to intervene in the action as a party, on any terms or conditions the court considers just (s. 173(2)). Since the scope of s. 172 and the conditions for applying it were not discussed in the courts below, the record does not reveal whether the director was in fact served with a notice of claim.

[134] Having outlined the statutory schemes governing arbitration and consumer protection in British Columbia, we will now review the types of proceedings at issue in this appeal.

E. *Nature of the Class Action*

[135] This Court has endorsed the class action as a means of facilitating access to justice, promoting efficiency in and reducing costs associated with civil litigation, and deterring or modifying dangerous or risky behaviour (see, e.g., *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, at para. 28; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 15; *Bisaillon*, at para. 16). The class action therefore has “a significant social and legal role” in Canadian law (*Marcotte v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65, at para. 43).

[136] However, since a class action is only a way to group together a number of individual claims,

susceptible d’être exercé par le représentant d’un groupe. Le paragraphe 172(2) dissipe toute ambiguïté à cet égard dans le cas du directeur. Dans le cas d’une action intentée par toute autre personne, l’absence de toute obligation que cette personne soit touchée elle-même par l’opération commerciale en cause confirme tout aussi clairement son pouvoir d’agir en qualité de représentante. On peut aussi obtenir, en qualité de représentant, les réparations susmentionnées, soit le jugement déclaratoire et l’injonction.

[133] Le directeur doit être informé — par signification d’une copie du bref d’assignation ou de l’avis de demande — de toute action intentée sur le fondement de l’un ou l’autre des art. 171 ou 172 (par. 173(1)). Par la suite, sur demande, la cour peut l’autoriser à intervenir aux conditions qu’elle estime équitables (par. 173(2)). Comme les juridictions inférieures n’ont pas analysé la portée de l’art. 172 et les conditions de son application, le dossier ne révèle pas si le directeur a effectivement reçu signification d’un avis de demande.

[134] Après avoir exposé les régimes législatifs en matière d’arbitrage et de protection des consommateurs établis en Colombie-Britannique, nous aborderons maintenant l’examen de la nature des recours en cause dans le présent pourvoi.

E. *Nature du recours collectif*

[135] Notre Cour a reconnu que les recours collectifs constituent un moyen de faciliter l’accès à la justice, d’améliorer l’efficacité des recours civils, de réduire les coûts associés à ceux-ci, et de prévenir ou de modifier les pratiques nuisibles ou suscitant des risques (voir à titre d’exemple *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, par. 28; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 15; *Bisaillon*, par. 16). Le recours collectif joue donc « un rôle social et juridique considérable » en droit canadien (*Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65, par. 43).

[136] Toutefois, étant donné qu’un recours collectif n’est qu’un moyen de regrouper des

it concerns the procedure for bringing an action. As this Court has put it, the certification of a class action confers a procedural right. It does not change either the substantive law or the substantive rights of the parties. A proposed class action “cannot serve as a basis for legal proceedings if the various claims it covers, taken individually, would not do so” (*Bisaillon*, at para. 17). The majority in *Bisaillon* explained how the procedural nature of a class action affects the jurisdiction of a court:

In short, the class action procedure cannot have the effect of conferring jurisdiction on the Superior Court over a group of cases that would otherwise fall within the subject-matter jurisdiction of another court or tribunal. Except as provided for by law, this procedure does not alter the jurisdiction of courts and tribunals. Nor does it create new substantive rights. [para. 22]

See also, the reasons of both the majority and the dissenting judges in *Dell* (paras. 105-6, 108 and 224), and of the dissenting judges in *Marcotte*, at para. 125, citing *Bisaillon* and *Dell*.

[137] It bears repeating that an arbitration clause has always been understood as going to the court’s jurisdiction to hear a claim. As we saw in our review of the historical development of arbitration, agreements to arbitrate were once seen to be contrary to public order on the basis that they constituted an improper attempt to oust the jurisdiction of the courts. Arbitration clauses are no longer seen to be contrary to public order, but the fact remains that they constitute a jurisdictional choice made by the parties to the agreement. Indeed, in *Dell*, both the majority and the minority considered an agreement to arbitrate to constitute such a choice. The minority characterized this choice in favour of arbitration as conveying a substantive contractual right (para. 160). See also, *Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. v. Jacyk Estate* (2005), 2 B.L.R. (4th) 151 (Ont. S.C.J.), at para. 9, affirmed both by the Court of Appeal ((2006), 80 O.R. (3d) 533) and by this Court (2007 SCC 55, [2007] 3 S.C.R. 679, *per*

réclamations individuelles, il concerne la procédure utilisée pour introduire une action. Comme l’a affirmé notre Cour, l’autorisation d’un recours collectif confère un droit procédural. Cette autorisation ne modifie ni le droit substantiel applicable, ni les droits substantiels des parties elles-mêmes. Un recours collectif projeté « ne saurait justifier une action en justice lorsque, considérées individuellement, les différentes réclamations visées par le recours ne le permettraient pas » (*Bisaillon*, par. 17). Les juges majoritaires dans *Bisaillon* ont expliqué l’incidence de la nature procédurale des recours collectifs sur la compétence des tribunaux judiciaires :

En bref, la procédure de recours collectif ne saurait avoir pour effet de conférer à la Cour supérieure compétence sur un ensemble de litiges qui, autrement, relèveraient de la compétence *ratione materiae* d’un autre tribunal. Sauf dans la mesure prévue par la loi, cette procédure ne modifie pas la compétence des tribunaux. Elle ne crée pas non plus de nouveaux droits substantiels. [par. 22]

Voir également les motifs majoritaires et les motifs dissidents de notre Cour dans *Dell* (par. 105-106, 108 et 224), ainsi que les motifs dissidents dans *Marcotte*, par. 125, citant *Bisaillon* et *Dell*.

[137] Il convient de réitérer qu’on a de tout temps jugé que les clauses d’arbitrage touchaient à la compétence des tribunaux judiciaires d’instruire un recours. Comme il ressort de notre analyse de l’évolution historique de l’arbitrage, les conventions d’arbitrage ont été autrefois jugées contraires à l’ordre public parce qu’elles auraient visé à priver injustement les tribunaux judiciaires de leur compétence. On ne considère plus aujourd’hui les clauses d’arbitrage comme contraires à l’ordre public, mais il demeure qu’elles représentent un choix juridictionnel des parties à la convention. En effet, dans *Dell*, tant les juges majoritaires que les juges minoritaires ont conclu qu’une convention d’arbitrage représentait un tel choix. Selon les juges minoritaires, cette option en faveur de l’arbitrage confère un droit contractuel substantiel (par. 160). Voir également *Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. c. Jacyk Estate* (2005), 2 B.L.R. (4th) 151 (C.S.J. Ont.), par. 9, *conf.* tant par la Cour d’appel ((2006), 80 O.R.

McLachlin C.J.), although neither commented on this legal principle.

[138] The dissenting judges in *Dell* emphasized “that jurisdiction over the individual actions that form the basis of a class action is a prerequisite to the exercise of jurisdiction over the proceedings”. They added that there is “no question that, if the arbitration agreement is valid and relates to the dispute, the Superior Court has no jurisdiction to hear the case and must refer the parties to arbitration” (para. 150). The substantive right to arbitration created in the agreement effectively ousts the jurisdiction of a superior court to hear the case as a court action. Therefore, merely commencing a class action cannot vest the court with jurisdiction that it would not otherwise have over the individual claims of members of the proposed class.

F. *Impact of the CAA on the Procedural Right Being Claimed and on the Validity of the Waiver*

[139] As we concluded above, the competence-competence principle forms part of the domestic arbitration law of British Columbia. Absent a challenge to the arbitrator’s jurisdiction based on a question of law or on a mixed question of law and fact that requires only superficial consideration of the evidence in the record, the arbitrator has jurisdiction to entertain, in the first instance, a challenge to the existence, validity and scope of an arbitration agreement.

[140] As we also mentioned, where, because of an arbitration agreement, a court would not have jurisdiction over a dispute, that jurisdiction cannot be conferred on it by commencing a class proceeding. This Court has made it clear that arbitration, as a legitimate private dispute resolution mechanism, applies to all kinds of disputes, except where the legislature has expressly provided that it intends to remove the subject matter from the reach of

(3d) 533) que par notre Cour (2007 CSC 55, [2007] 3 R.C.S. 679, la juge en chef McLachlin), mais ni la Cour d’appel ni notre Cour n’a traité du principe de droit susmentionné.

[138] Les juges dissidents dans *Dell* ont souligné « que la compétence à l’égard des recours individuels sur lesquels repose le recours collectif est une condition préalable à l’exercice de la compétence à l’égard de l’instance ». Toujours selon eux, il « ne fait [. . .] aucun doute que, si la convention d’arbitrage est valide et s’attache au litige, la Cour supérieure ne connaît pas de l’affaire et doit renvoyer les parties à l’arbitrage » (par. 150). Le droit substantiel de recourir à l’arbitrage, créé par contrat, dessaisit effectivement la cour supérieure de sa compétence de connaître du litige en tant qu’action en justice. Par conséquent, le simple fait d’introduire un recours collectif ne peut conférer à un tribunal judiciaire une compétence qu’il ne posséderait pas par ailleurs sur les réclamations individuelles des membres du groupe proposé.

F. *L’effet de la CAA sur le droit procédural revendiqué et la validité de la renonciation*

[139] Comme nous l’avons conclu plus haut, le principe de compétence-compétence appartient au droit interne de l’arbitrage de la Colombie-Britannique. En l’absence de contestation de la compétence de l’arbitre fondée sur une question de droit ou une question mixte de droit et de fait nécessitant seulement un examen superficiel de la preuve au dossier, l’arbitre est compétent pour connaître, en première instance, d’une contestation portant sur l’existence, la validité et la portée d’une convention d’arbitrage.

[140] Comme nous l’avons également affirmé, l’introduction d’un recours collectif ne peut attribuer à un tribunal judiciaire compétence sur un litige dont il ne pouvait pas se saisir en raison d’une convention d’arbitrage. Notre Cour a clairement indiqué que l’arbitrage, en tant que mécanisme légitime de règlement des différends à caractère privé, s’applique à toutes sortes de litiges, sauf si la législature a explicitement manifesté son intention

arbitration legislation. In British Columbia, no such explicit legislative direction has been enacted, and consumer disputes may be resolved by way of arbitration.

[141] Ms. Seidel nevertheless argues that an arbitrator lacks the jurisdiction to grant either of the specific remedies contemplated in s. 172 of the *BPCPA*: a declaration (s. 172(1)(a)), or an interim or permanent injunction (s. 172(1)(b)). She submits that these remedies can be granted only by the British Columbia Supreme Court and, therefore, that s. 172(1) itself creates a substantive right to have a dispute resolved in the public court system. As a result, the agreement to submit this dispute to arbitration constitutes a waiver — in violation of s. 3 of the *BPCPA* — of the substantive right to those particular remedies. In effect, Ms. Seidel argues that the prospective arbitrator lacks jurisdiction to grant the remedy being sought and therefore lacks jurisdiction over the subject matter of her claim (see, e.g., *Bisaillon*, at para. 29). This argument raises a question of law which, pursuant to the exception in *Dell*, may be considered in the first instance by a court rather than the arbitrator. In light of ss. 171 and 172 of the *BPCPA* and of the powers conferred on arbitrators in British Columbia, we are of the view that the legislature has not barred the submission of such claims to arbitration.

[142] Ms. Seidel's argument is grounded in s. 3 of the *BPCPA*, which provides that any waiver of rights, benefits or protections under that Act is void. The real question here is whether the identification in s. 172(1) of the Supreme Court as the forum where an action may be brought constitutes a right, benefit or protection that cannot — by virtue of s. 3 — be waived. To answer this question, it must be determined, as a matter of law, what rights, benefits and protections are found in s. 172. In other words, when s. 3 operates to prevent a waiver of rights, benefits or protections, does it apply only to the remedy sought by the claimant or does it also encompass the choice of the forum in which the remedy can be obtained? In answering this question of law, we are of the view that means are just

de soustraire l'objet du litige à la législation en matière d'arbitrage. En Colombie-Britannique, la législature n'a pas explicitement légiféré en ce sens, et les litiges de consommation peuvent être soumis à l'arbitrage.

[141] M^{me} Seidel soutient néanmoins que l'arbitre n'a pas compétence pour accorder l'une ou l'autre des mesures de réparation prévues à l'art. 172 de la *BPCPA* : un jugement déclaratoire (al. 172(1)a)), ou une injonction provisoire ou permanente (al. 172(1)b)). Selon M^{me} Seidel, seule la Cour suprême de la Colombie-Britannique peut le faire, de sorte que le par. 172(1) lui-même crée un droit substantiel de demander à l'appareil judiciaire public de trancher un litige. L'entente visant à soumettre le présent litige à l'arbitrage constituerait donc une renonciation — contraire à l'art. 3 de la *BPCPA* — au droit substantiel de solliciter les réparations susmentionnées. En fait, M^{me} Seidel soutient que l'arbitre potentiel n'a pas compétence pour accorder les réparations demandées, et donc sur l'objet de sa demande (voir à titre d'exemple *Bisaillon*, par. 29). Cet argument soulève une question de droit qui, selon l'exception prescrite dans *Dell*, doit être tranchée d'abord par un tribunal judiciaire plutôt que par un arbitre. Compte tenu des art. 171 et 172 de la *BPCPA* ainsi que des pouvoirs conférés aux arbitres en Colombie-Britannique, nous estimons que la législature n'a pas exclu le renvoi à l'arbitrage de ces demandes.

[142] L'argument de M^{me} Seidel repose sur l'art. 3 de la *BPCPA*, qui prévoit la nullité de toute renonciation aux droits, avantages ou protections prévus par cette loi. En réalité, il faut décider à cette étape si la désignation, au par. 172(1), de la Cour suprême comme instance où une action peut être intentée constitue un droit, un avantage ou une protection auquel l'art. 3 interdit de renoncer. Pour répondre à cette question, on doit déterminer, sur le plan juridique, la nature des droits, avantages et protections qu'énonce l'art. 172. Autrement dit, lorsque l'art. 3 s'applique de manière à empêcher une renonciation à des droits, avantages ou protections, vise-t-il seulement la réparation sollicitée par le demandeur ou aussi le choix de l'instance susceptible de l'accorder? À notre avis, la réponse à cette question est

a way to attain an end. The remedy is the end, and the same remedies, and perhaps others as well, can be obtained through the arbitration process as they can through the public court system. The remedy sought by a claimant under s. 172 is a declaration or an injunction. Either an arbitrator or a court can adjudicate a monetary claim under s. 171. What is important here is that the adjudicator has jurisdiction to make a declaration or order an injunction, which are the same remedies as are contemplated in s. 172.

[143] These comments foreshadow our views on the question whether arbitrators lack the specific jurisdiction to grant the declaratory relief and order the interim or permanent injunctions contemplated in ss. 172(1)(a) and (b), and to grant the ancillary remedies provided for in s. 172(3). If they do not have authority to do this, then to the extent that Ms. Seidel's claims include a request for declaratory and injunctive relief, the agreement to arbitrate would constitute a waiver contrary to s. 3 of the *BPCPA*, because recourse to arbitration would result in the loss of a right, benefit or protection within the meaning of s. 3 of the *BPCPA*.

[144] In adjudicating disputes that are submitted to them, arbitrators are required to apply the law. Section 23 of the *CAA* provides:

23 An arbitrator must adjudicate the matter before the arbitrator by reference to law unless the parties, as a term of an agreement referred to in section 35, agree that the matter in dispute may be decided on equitable grounds, grounds of conscience or some other basis.

Similarly, Rule 33 of the *BCICAC* Rules provides:

33. . . .

An arbitration tribunal shall decide the dispute in accordance with the law unless the parties agree in writing in accordance with section 23 of the *Commercial*

que les moyens constituent simplement une façon d'arriver à une fin. La réparation est la fin, et le recours à l'arbitrage permet d'obtenir les mêmes réparations, et peut-être d'autres encore, que le recours au système judiciaire public. Le demandeur qui se fonde sur l'art. 172 cherche à obtenir un jugement déclaratoire ou une injonction. Tant l'arbitre que les tribunaux peuvent trancher une demande pécuniaire fondée sur l'art. 171. L'important en l'espèce, c'est que le décideur possède le pouvoir de rendre un jugement déclaratoire ou une injonction, les réparations mêmes qu'envisage l'art. 172.

[143] Les remarques précédentes laissent présager notre opinion sur la question de savoir si les arbitres sont dépourvus de la compétence nécessaire pour accorder les jugements déclaratoires et les injonctions provisoires ou permanentes prévus aux al. 172(1)a) et b) ainsi que les mesures de réparation accessoires prévues au par. 172(3). S'ils ne possèdent pas ce pouvoir, il faut, dans la mesure où M^{me} Seidel cherche à obtenir un jugement déclaratoire et des injonctions, conclure que la convention d'arbitrage constitue une renonciation interdite par l'art. 3 de la *BPCPA*. En effet, le recours à l'arbitrage la priverait d'un droit, un avantage ou une protection au sens de l'art. 3 de la *BPCPA*.

[144] Pour trancher les litiges qui leur sont soumis, les arbitres doivent appliquer la loi, comme le prévoit l'art. 23 de la *CAA* :

[TRADUCTION]

23 L'arbitre statue sur l'affaire dont il est saisi en tenant compte des lois applicables à moins que les parties, suivant une convention visée à l'article 35, n'aient convenu qu'il peut se fonder sur des motifs d'équité, des raisons de conscience ou d'autres motifs.

Dans la même veine, l'art. 33 des règles du *BCICAC* prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

33. . . .

Le tribunal d'arbitrage statue sur le litige conformément à la loi à moins que les parties ne conviennent par écrit aux termes de l'article 23 de la *Commercial Arbitration*

Arbitration Act that the matter in dispute may be decided on equitable grounds, grounds of conscience or some other basis.

[145] Arbitrators exercising their jurisdiction under arbitration legislation are generally understood, provided that the arbitration agreement is broadly drafted, to have “jurisdiction to make any award a court could make, whether sounding in contract, tort, equity or by statute” (Casey and Mills, at p. 151).

[146] But the British Columbia legislation goes further, as it explicitly grants arbitrators broad remedial powers. As we noted above, s. 22 of the *CAA* provides that, unless the parties agree otherwise, the *BCICAC Rules* apply to all arbitrations conducted under that Act. Rule 29 of the *BCICAC Rules* addresses the arbitrator’s remedial jurisdiction:

29. General Powers of the Arbitration Tribunal

- (1) Without limiting the generality of Rule 19 or any other Rule which confers jurisdiction or powers on the arbitration tribunal, and unless the parties at any time agree otherwise, the tribunal may:
 - (a) order an adjournment of the proceedings from time to time;
 - (b) make a partial award;
 - (c) make an interim order or award on any matter with respect to which it may make a final award, including an order for costs, or any order for the protection or preservation of property that is the subject matter of the dispute;
 - (d) order inspection of documents, exhibits or other property, including a view or physical inspection of property;
 - (e) order the recording of any oral hearing;
 - (f) at any time extend or abridge a period of time fixed or determined by it, or any period of time required in these Rules;

Act qu’il peut se fonder sur des motifs d’équité, des raisons de conscience ou d’autres motifs.

[145] De façon générale, on reconnaît que, dans l’exercice de leur compétence sous le régime des lois en matière d’arbitrage, et pourvu que la convention d’arbitrage en cause soit rédigée en termes généraux, les arbitres possèdent le [TRADUCTION] « pouvoir de rendre les ordonnances que pourraient rendre les tribunaux judiciaires, que ce soit sur le fondement du droit des contrats, la responsabilité délictuelle ou l’équité, ou en vertu de la loi » (Casey et Mills, p. 151).

[146] Mais la législation de la Colombie-Britannique va plus loin, en accordant explicitement aux arbitres de larges pouvoirs de réparation. Comme nous l’avons souligné précédemment, l’art. 22 de la *CAA* dispose que, sauf entente contraire des parties, les règles du *BCICAC* s’appliquent à tous les arbitrages tenus sous le régime de la Loi. Par ailleurs, l’art. 29 des règles du *BCICAC* accorde à l’arbitre les pouvoirs de réparation suivants :

[TRADUCTION]

29. Pouvoirs généraux du tribunal d’arbitrage

- (1) Sans restreindre la généralité de l’article 19 des présentes règles ou de toute autre disposition y figurant et conférant compétence ou des pouvoirs au tribunal d’arbitrage, et sauf entente contraire des parties, le tribunal d’arbitrage peut :
 - a) ordonner un ajournement de l’instance;
 - b) rendre une ordonnance partielle;
 - c) rendre une ordonnance provisoire ou se prononcer sur toute question pouvant faire l’objet d’une sentence définitive, notamment en matière de dépens, ou rendre une ordonnance visant à protéger ou à préserver les biens visés par le litige;
 - d) ordonner l’examen de documents, pièces ou autres biens, notamment une inspection matérielle;
 - e) ordonner que l’audience soit enregistrée;
 - f) en tout temps, proroger ou abrégé un délai qu’il a lui-même fixé ou tout délai prescrit par les présentes règles;

- | | |
|--|--|
| <p>(g) empower one member of the arbitration tribunal to make interim and other orders, including settling of matters at the pre-hearing meeting, that do not deal with the issues in dispute;</p> <p>(h) order any party to provide security for the legal or other costs of any other party by way of a deposit or bank guarantee or in any other manner the arbitration tribunal thinks fit;</p> <p>(i) order any party to provide security for all or part of any amount in dispute in the arbitration;</p> <p>(j) order that any party or witness shall be examined on oath or affirmation, and may for that purpose administer any necessary oath or take any necessary affirmation;</p> <p>(k) <u>make an award ordering specific performance, rectification, injunctions and other equitable remedies.</u></p> | <p>g) permettre à un membre du tribunal d'arbitrage de rendre des ordonnances provisoires ou autres, notamment en vue de régler des questions soulevées lors d'une rencontre préalable à l'audience et qui ne concernent pas le fond du litige;</p> <p>h) ordonner à une partie de fournir un cautionnement pour les frais juridiques ou autres d'une partie en déposant une somme ou en présentant une garantie bancaire ou de toute autre façon que le tribunal d'arbitrage estime appropriée;</p> <p>i) ordonner à toute partie de fournir une garantie à l'égard de tout ou partie du montant en litige;</p> <p>j) ordonner qu'une partie ou un témoin soit interrogé sous serment ou sous affirmation solennelle et, à cette fin, faire prêter serment ou recevoir une affirmation solennelle;</p> <p>k) <u>ordonner des exécutions en nature, ordonner la rectification, prononcer des injonctions et ordonner d'autres mesures de réparation reconnues en equity.</u></p> |
|--|--|

[147] In *Automatic Systems Inc.* and in *Wires Jolley*, the Ontario Court of Appeal drew a helpful distinction between the designation, at the procedural level, of a particular forum and the substantive protections provided by a particular legislative scheme. So long as the choice of a particular forum does not result in a loss of the substantive right to a remedy provided for in the legislation, the dispute can properly be resolved in the designated forum.

[148] An arbitrator deriving his or her authority from the CAA, and by extension from the BCICAC Rules, also has broad remedial powers. Rule 29(1)(k) specifically authorizes the arbitrator to order “injunctions and other equitable remedies”. The arbitrator can therefore, unless the parties have agreed otherwise, grant the declaratory and injunctive relief sought by Ms. Seidel under ss. 172(1)(a) and (b) of the *BPCPA*.

[149] Our colleague argues that in the consumer context, the principles of access to justice require a public form of relief that is not limited to the

[147] Dans les arrêts *Automatic Systems Inc.* et *Wires Jolley*, la Cour d'appel de l'Ontario a établi une distinction utile entre la désignation, sur le plan procédural, de l'instance pouvant être saisie d'une affaire et les mesures de protection substantielles mises en place par un régime législatif donné. Dès lors que le choix d'une juridiction particulière n'élimine pas le droit substantiel d'obtenir une réparation prévue par la législation, l'instance désignée peut à juste titre connaître du litige.

[148] L'arbitre qui tire sa compétence de la CAA, et de ce fait des règles du BCICAC, possède lui aussi de larges pouvoirs de réparation. L'alinéa 29(1)(k) des règles l'autorise explicitement à prononcer [TRADUCTION] « des injonctions et ordonner d'autres mesures de réparation reconnues en equity ». L'arbitre peut donc, sauf en cas d'entente contraire des parties, prononcer le jugement déclaratoire et l'injonction sollicités par M^{me} Seidel sur le fondement des al. 172(1)(a) et b) de la *BPCPA*.

[149] Notre collègue affirme que, dans le contexte de la protection des consommateurs, les principes de l'accès à la justice exigent une mesure de

parties to the consumer transaction in issue, and also require that the claims themselves be adjudicated in only one public forum: the courts. We would respond to this argument by observing that access to justice is protected both by the broad powers given to arbitrators and by the representative action provided for in the *BPCPA*.

[150] Although third party consumers benefiting from a declaration or injunction issued by an arbitrator against TELUS would not be bound by the arbitrator's order, TELUS would be bound by it. Since no undertaking is sought from third party consumers, there is no detriment to them in an order that is not binding on them. The arbitrator has the authority to order the relief being sought as it relates to Ms. Seidel's claim against TELUS. Ms. Seidel and TELUS are both parties to the arbitration agreement.

[151] Our colleague emphasizes the fact that the arbitration proceedings themselves take place in a private and confidential setting. However, what Ms. Seidel seeks is a result. There is no requirement that the arbitral award itself, which would incorporate the remedy she seeks, be private and confidential. First, a party is always free to submit an arbitral award to the court for enforcement pursuant to s. 29 of the *CAA*:

29 With leave of the court, an award may be enforced in the same manner as a judgment or order of the court to the same effect, and judgment may be entered in the terms of the award.

The procedure for enforcing an award is provided for in the arbitration clause agreed to by the parties to this dispute, which reads, in part, that “[e]ither party may commence court proceedings to enforce the arbitration result when an arbitration decision shall have been rendered and thirty (30) days have passed from the date of such decision.”

réparation publique qui ne saurait viser uniquement les parties à l’opération commerciale en litige, et que les recours eux-mêmes doivent être instruits par une seule instance publique : le tribunal judiciaire. En réponse à cet argument, nous faisons remarquer que l’accès à la justice est protégé tant par les vastes pouvoirs dévolus aux arbitres que par la possibilité, pour le représentant, d’exercer un recours sous le régime de la *BPCPA*.

[150] Les consommateurs tiers qui tirent profit d’un jugement déclaratoire ou d’une injonction prononcé par un arbitre à l’encontre de TELUS ne seraient pas liés par l’ordonnance de l’arbitre, mais TELUS le serait. Puisqu’on n’a pas demandé à d’autres consommateurs de prendre des engagements, il n’y aurait aucun inconvénient à rendre une ordonnance ne liant pas ces tiers. L’arbitre détient le pouvoir d’accorder les réparations sollicitées dans la mesure où elles concernent le litige entre M^{me} Seidel et TELUS. M^{me} Seidel et TELUS sont toutes deux parties à la convention d’arbitrage.

[151] Notre collègue met l’accent sur le fait que les procédures d’arbitrage en tant que telles se déroulent en privé de façon confidentielle, mais ce que M^{me} Seidel cherche à obtenir, c’est une décision. Il n’existe aucune obligation de garder confidentielle la décision arbitrale elle-même, dans laquelle serait prévue la réparation sollicitée par M^{me} Seidel si cette dernière a gain de cause. D’abord, une partie conserve toujours la possibilité de demander l’exécution de la sentence arbitrale devant la cour de justice en vertu de l’art. 29 de la *CAA* :

[TRADUCTION]

29 Avec l’autorisation de la cour, une sentence peut être exécutée de la même manière qu’un jugement ou une ordonnance de la cour au même effet, et le jugement peut être incorporé à la sentence.

Puis, la clause d’arbitrage convenue par les parties au présent litige prévoit les modalités d’exécution de la décision. Nous citons l’extrait pertinent de cette clause : [TRADUCTION] « L’une ou l’autre des parties peut intenter une action en justice en vue de faire respecter et exécuter la sentence arbitrale rendue, après un délai de trente (30) jours   compter de la date de cette sentence. »

[152] Second, we reiterate that arbitrators who derive their authority from the CAA have broad remedial powers at their disposal, including the authority to grant “injunctions and other equitable remedies” (r. 29(1)(k), BCICAC Rules). They also must apply the law (s. 23, CAA; r. 33, BCICAC Rules). There is nothing in the record that would suggest that they cannot issue the same kind of injunctive relief as is contemplated in s. 172(1)(b) of the BPCPA. Therefore, an arbitrator could order a supplier, in this case TELUS, to advertise the particulars of any order or award granted against it to the public at large (s. 172(3)(c)). An order that the supplier do so would fulfill the public purpose that our colleague considers to be necessary if the broader goals of the BPCPA are to be attained. Given their broad remedial powers, arbitrators are authorized to grant this very public remedy.

[153] This brings us to another aspect of the question: Does the reference in s. 172 to the British Columbia Supreme Court as the forum in which claims *may* be brought show that the legislature intended to confer exclusive jurisdiction on that court to adjudicate claims under the BPCPA? In our view, in light of the context, the words of the provision, and the authorities, this question must be answered in the negative.

[154] Section 171 of the BPCPA, as we saw above, mainly concerns the recovery of damages. Our colleague Binnie J. agrees that the general rules for jurisdiction apply to such claims and that they can validly be adjudicated in the first instance by an arbitrator. Section 171 is relevant because it refers specifically to the Provincial Court, providing that that court has jurisdiction even though the contravention of the BPCPA may also constitute a libel or slander, which is a matter over which it would not otherwise have jurisdiction (see, for the general rules: *Supreme Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 443, s. 15; *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 379; *Small Claims Act*, R.S.B.C. 1996, c. 430, s. 3). This can be compared with the reference in s. 172

[152] Ensuite, rappelons que les arbitres qui tirent leur compétence de la CAA disposent de vastes pouvoirs de réparation, notamment celui de prononcer [TRADUCTION] « des injonctions et [d']ordonner d'autres mesures de réparation reconnues en equity » (al. 29(1)k, règles du BCICAC). Ils doivent en outre appliquer les lois (art. 23, CAA; art. 33, règles du BCICAC). Rien dans le dossier ne laisse croire que les arbitres ne pourraient pas rendre le même genre d'injonction que celle envisagée par l'al. 172(1)b de la BPCPA. Ainsi, un arbitre pourrait ordonner à un fournisseur, en l'espèce TELUS, d'informer le public en général du contenu de tout jugement ou ordonnance prononcé contre elle (al. 172(3)c). Une ordonnance de cette nature remplirait l'objectif d'ordre public qui, selon notre collègue, est nécessaire pour atteindre les objectifs plus généraux de la BPCPA. Les vastes pouvoirs de réparation dévolus aux arbitres leur permettent d'accorder cette réparation publique.

[153] Cela nous amène à un autre aspect de la question : celui de déterminer si la désignation, à l'art. 172, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique comme instance où des demandes *peuvent* être introduites confirme l'intention de la législature de conférer à cette cour la compétence exclusive de trancher ces demandes en vertu de la BPCPA. À notre avis, le contexte général, le libellé de cette disposition, la doctrine et la jurisprudence permettent de répondre à cette question par la négative.

[154] Comme nous l'avons vu, l'art. 171 de la BPCPA porte principalement sur les demandes de dommages-intérêts. Notre collègue le juge Binnie convient que les règles générales en matière de compétence s'appliquent, et qu'un arbitre peut valablement trancher les demandes susmentionnées en première instance. L'art. 171 est pertinent parce qu'il prévoit expressément que la Cour provinciale est compétente même si une infraction à la BPCPA peut aussi constituer un libelle ou de la diffamation, des délits sur lesquels elle n'aurait par ailleurs pas compétence (pour ce qui est des règles générales, voir : *Supreme Court Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 443, art. 15; *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 379; *Small Claims Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 430,

to the British Columbia Supreme Court. There is no departure from the general rules in s. 172, and its purpose is to clarify that the Supreme Court, not the Provincial Court, may grant declaratory and injunctive relief. This reference does not, on its own, indicate that the Supreme Court's jurisdiction over the remedies provided for in s. 172 is exclusive. The use of the word "may" makes it even clearer that the Supreme Court is not intended to be the only forum in which these remedies can be sought. Here once again is the text of s. 172(1):

- 172 (1)** The director or a person other than a supplier, whether or not the person bringing the action has a special interest or any interest under this Act or is affected by a consumer transaction that gives rise to the action, may bring an action in Supreme Court for one or both of the following:
- (a) a declaration that an act or practice engaged in or about to be engaged in by a supplier in respect of a consumer transaction contravenes this Act or the regulations;
 - (b) an interim or permanent injunction restraining a supplier from contravening this Act or the regulations.

[155] Confirmation of this interpretation respecting jurisdiction can be found in cases concerning similar references to superior or statutory courts in the context of arbitration clauses. The argument made by Ms. Seidel was in fact raised in *Desputeaux*. In that case, the Court was asked to determine, *inter alia*, whether an agreement to refer a dispute over copyright to arbitration was enforceable in light of s. 37 of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, which read as follows:

37. The Federal Court has concurrent jurisdiction with provincial courts to hear and determine all

art. 3). Ces éléments sont comparables à la désignation, à l'art. 172, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Cette disposition ne déroge pas aux règles générales et vise à préciser que c'est la Cour suprême, et non la Cour provinciale, qui peut rendre des jugements déclaratoires et accorder des injonctions. Cette seule mention de la Cour suprême ne suffit pas par elle-même pour confirmer l'attribution à cette Cour d'une compétence exclusive sur les réparations prévues à l'art. 172. L'usage du mot [TRADUCTION] « peut » dans cet article révèle encore plus clairement l'intention de ne pas attribuer seulement à la Cour suprême le pouvoir d'attribuer les réparations en question. Nous reproduisons encore une fois ci-dessous le texte du par. 172(1) :

[TRADUCTION]

- 172 (1)** Le directeur ou une personne autre qu'un fournisseur — que cette personne ait ou non un intérêt, particulier ou autre, à faire valoir sous le régime de la présente loi ou qu'elle soit ou non touchée par l'opération commerciale à l'origine du litige — peut intenter une action devant la Cour suprême en vue d'obtenir :
- a) un jugement déclarant qu'un acte commis par un fournisseur, ou sur le point de l'être, ou une pratique qu'il utilise, ou est sur le point d'utiliser, en ce qui concerne une opération commerciale contrevient à la présente loi ou à ses règlements;
 - b) une injonction provisoire ou permanente interdisant au fournisseur de contrevenir à la présente loi ou à ses règlements.

[155] La jurisprudence applicable aux autres mentions analogues des cours supérieures ou des cours d'origine législative dans le cas des clauses d'arbitrage confirme également cette interprétation en matière de compétence. En fait, l'argument de M^{me} Seidel a été avancé dans *Desputeaux*. Dans cette affaire, on a demandé à notre Cour de déterminer notamment si une convention visant à assujettir à l'arbitrage un litige en matière de droit d'auteur était exécutoire compte tenu de l'art. 37 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, qui est rédigé en ces termes :

37. La Cour fédérale, concurrentement avec les tribunaux provinciaux, connaît de toute procédure liée à

proceedings, other than the prosecution of offences under section 42 and 43, for the enforcement of a provision of this Act or of the civil remedies provided by this Act.

It was argued that the effect of s. 37 was to prevent disputes under the *Copyright Act* from being heard and resolved in any forum other than a court — either the Federal Court or the Quebec Superior Court in that case.

[156] This Court disagreed, concluding that the purpose of s. 37 was merely to designate a forum:

The purpose of enacting a provision like s. 37 of the *Copyright Act* is to define the jurisdiction *ratione materiae* of the courts over a matter. It is not intended to exclude arbitration. It merely identifies the court which, within the judicial system, will have jurisdiction to hear cases involving a particular subject matter. It cannot be assumed to exclude arbitral jurisdiction unless it expressly so states. Arbitral jurisdiction is now part of the justice system of Quebec, and subject to the arrangements made by Quebec pursuant to its constitutional powers. [*Desputeaux*, at para. 42]

[157] The Ontario Court of Appeal applied and elaborated upon *Desputeaux* in *Wires Jolley*, in which the issue was whether s. 23 of the *Solicitors Act*, R.S.O. 1990, c. S.15, conferred exclusive jurisdiction on the Superior Court of Justice. Section 23 provided:

23. No action shall be brought upon any such agreement, but every question respecting the validity or effect of it may be examined and determined, and it may be enforced or set aside without action on the application of any person who is a party to the agreement or who is or is alleged to be liable to pay or who is or claims to be entitled to be paid the costs, fees, charges or disbursements, in respect of which the agreement is made, by the court, not being the Small Claims Court, in which the business or any part of it was done or a judge thereof, or, if the business was not done in any court, by the Superior Court of Justice.

Applying *Desputeaux*, the Ontario Court of Appeal concluded that s. 23 was simply a forum designation provision:

l'application de la présente loi, à l'exclusion des poursuites visées aux articles 42 et 43.

On a soutenu que l'art. 37 empêcherait toute instance autre qu'un tribunal judiciaire — la Cour fédérale et la Cour supérieure du Québec dans cette affaire — d'instruire et de régler les litiges visés par la *Loi sur le droit d'auteur*.

[156] Notre Cour n'a pas accepté cette thèse, concluant que l'art. 37 ne visait qu'à identifier une instance susceptible de connaître de certains litiges :

L'adoption d'une disposition comme l'art. 37 de la *Loi sur le droit d'auteur* vise à définir la compétence matérielle des tribunaux judiciaires sur une question. Elle n'entend pas exclure la procédure arbitrale. Elle ne fait qu'identifier le tribunal qui, au sein de l'organisation judiciaire, aura compétence pour entendre les litiges concernant une matière particulière. On ne saurait présumer qu'elle exclut la juridiction arbitrale, faute de la mentionner expressément. Celle-ci fait maintenant partie du système de justice du Québec, tel que celui-ci peut l'aménager en vertu de ses compétences constitutionnelles. [*Desputeaux*, par. 42]

[157] Dans *Wires Jolley*, la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué l'arrêt *Desputeaux* et poussé plus loin l'analyse qui y est faite. Dans *Wires Jolley*, il fallait décider si l'art. 23 de la *Loi sur les procureurs*, L.R.O. 1990, ch. S.15, conférait à la Cour supérieure de justice une compétence exclusive. L'article 23 prévoyait ce qui suit :

23 Nulle action ne doit être intentée à l'égard de l'entente mais, à l'exception de la Cour des petites créances, le tribunal qui a été saisi de l'affaire ou d'une partie de celle-ci ou un juge de ce tribunal ou, si l'affaire n'a pas été soumise à un tribunal, la Cour supérieure de justice, peut étudier et trancher toute question relative à la validité ou à l'effet de l'entente, en ordonner l'exécution ou la résiliation sur requête d'une partie à l'entente ou de quiconque est tenu ou prétend être tenu de payer ou a le droit d'exiger ou prétend avoir le droit d'exiger les dépens, honoraires, frais ou débours visés par l'entente.

Appliquant l'arrêt *Desputeaux*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la seule fonction de l'art. 23 consistait à identifier une instance compétente :

... simply because the *Solicitors Act* refers to a Superior Court judge as having the jurisdiction to protect clients' rights, this does not mean that disputes arising between a solicitor and a client may not be submitted to arbitration. The Act simply identifies the person within the judicial system empowered to make a decision. The right to have an independent decision maker who can interpret the agreement and make a decision respecting a contingency fee dispute is preserved through arbitration and hence the public policy of the Act, the provision of a forum for legitimate dispute resolution, is not undermined. [para. 73]

Satisfied that the statutory rights going to the merits of the dispute would not be affected by the enforcement of the arbitration clause, the court held that the dispute could properly be submitted to arbitration.

[158] This approach to determining whether a dispute can be submitted to arbitration rather than having a court resolve it appears to have existed before *Desputeaux*. For example, in *Automatic Systems Inc.*, the issue before the Ontario Court of Appeal was whether a construction lien claim could be resolved by arbitration, as stipulated in an agreement that was subject to legislation respecting international arbitrations. Austin J.A. considered whether the lien claimant would lose any right if the dispute was submitted to arbitration. He concluded that it was not apparent that the party seeking to resist arbitration "will lose any right it presently has" (para. 17).

[159] In the instant case, s. 172(1) of the *BPCPA* designates the British Columbia Supreme Court as a forum in which an action *may* be brought. It is not nearly specific enough to indicate that the legislature intended to exclude arbitration as a mechanism for resolving disputes concerning claims under the *BPCPA*. The conclusion of the Ontario Court of Appeal in *Wires Jolley* with respect to s. 23 of the *Solicitors Act* — that it identifies the person within the judicial system empowered to make a decision — also applies here to s. 172(1) of the *BPCPA*.

[TRANSLATION] ... l'arbitrage des litiges entre avocat et client n'est pas écarté du simple fait que la *Loi sur les procureurs* indique qu'un juge de la Cour supérieure de justice a le pouvoir de protéger les droits des clients. La Loi ne fait que déterminer quelle personne au sein du système judiciaire a le pouvoir de rendre une décision. Le droit de soumettre le litige à un décideur indépendant, qui peut interpréter l'entente et rendre une décision quant à des honoraires conditionnels, est préservé par l'arbitrage, de sorte que le principe d'intérêt public qui sous-tend la Loi, à savoir veiller à ce qu'une instance soit légitimement en mesure de régler un différend, n'est pas entaché. [par. 73]

Convaincue que les droits prévus par la loi ayant une incidence sur le fond du litige ne seraient pas compromis par l'application de la clause d'arbitrage, la Cour d'appel a jugé que le litige pouvait à juste titre être soumis à l'arbitrage.

[158] Nous constatons que, même avant l'arrêt *Desputeaux*, l'approche susmentionnée semble avoir été utilisée en vue de confirmer la possibilité d'un recours à l'arbitrage et de nier la nécessité d'une action en justice. À titre d'exemple, dans *Automatic Systems Inc.*, la Cour d'appel de l'Ontario a été appelée à déterminer si un recours fondé sur un privilège de construction pouvait être soumis à l'arbitrage aux termes d'une convention régie par la législation en matière d'arbitrage international. Le juge Austin s'est demandé si le recours à l'arbitrage mettrait en péril des droits appartenant au créancier privilégié. Selon lui, il n'était pas évident que la partie s'opposant à l'arbitrage [TRANSLATION] « perdrait des droits qu'elle possède déjà » (par. 17).

[159] En l'espèce, le par. 172(1) de la *BPCPA* prévoit qu'une action *peut* être intentée devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Son libellé n'est pas suffisamment précis pour permettre de conclure que la législature a voulu exclure l'arbitrage des mécanismes de règlement des différends susceptibles d'être utilisés pour trancher des demandes fondées sur la *BPCPA*. La conclusion tirée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Wires Jolley* à propos de l'art. 23 de la *Loi sur les procureurs* — selon laquelle cet

Subsection 172(1) identifies the appropriate forum in the judicial system, but it does not exclude the jurisdiction of other fora, such as an arbitral tribunal.

[160] We endorse the view that a clear statement of legislative intent is necessary for a court to conclude that a particular category of disputes cannot be submitted to arbitration. To hold otherwise would be to revert to the former judicial hostility towards arbitration, and to the pre-*Zodiak* view that there is a right to bring an action in the public court system that cannot be waived. Despite his assertion 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” (at para. 2), we see our colleague Binnie J.’s reasons as an example of such a reversion.

[161] The facts that the *BPCPA* addresses a public purpose and that it designates the Supreme Court as a forum for declaratory or injunctive relief in pursuit of that purpose are not nearly sufficient for us to conclude that s. 172 “constitutes a legislative override of the parties’ freedom to choose arbitration” (reasons of Binnie J., at para. 40). We agree with our colleague that the legislature is free to rely on the initiative of private litigants to achieve the public purpose of remedying breaches of the *BPCPA* and that in these times of budgetary constraints it may not have much choice. By enacting s. 172, the legislature provided a means not only to have claims dealt with by the director or any person, both of whom seek orders on behalf of consumers, but also to have the arbitration rules apply. In doing so, it provided a way to use the private dispute resolution system to obtain the same declaratory or injunctive relief against a supplier as can be obtained by means of a class

article identifie la personne qui, au sein du système judiciaire, est investie du pouvoir décisionnel — vaut aussi en l’espèce pour le par. 172(1) de la *BPCPA*. Ce paragraphe désigne l’instance qui, au sein du système judiciaire, peut être saisie du litige mais il ne vise pas à écarter la compétence d’autres instances comme les tribunaux d’arbitrage.

[160] Nous partageons l’opinion selon laquelle une déclaration claire de l’intention du législateur est nécessaire pour soustraire une catégorie particulière de litiges à l’arbitrage. Le point de vue contraire implique un retour à l’attitude hostile à l’arbitrage que manifestaient jadis les tribunaux judiciaires, et à l’approche utilisée avant l’arrêt *Zodiak* qui niait la possibilité de renoncer au droit d’intenter une action devant le système judiciaire public. Bien qu’il précise qu’« [e]n l’absence d’intervention de la législature, les tribunaux donnent généralement effet aux clauses d’un contrat commercial librement conclu dans lequel figure une clause d’arbitrage, et ce, même s’il s’agit d’un contrat d’adhésion » (par. 2), à notre avis, le propos de notre collègue le juge Binnie constitue un tel retour en arrière.

[161] Le fait que la *BPCPA* serve une fin d’intérêt public et désigne à cet égard la Cour suprême comme instance habilitée à prononcer un jugement déclaratoire ou à accorder une injonction est loin d’être suffisamment explicite pour nous permettre de conclure que l’art. 172 « constitue une dérogation législative à la liberté des parties de choisir l’arbitrage » (motifs du juge Binnie, par. 40). Nous convenons avec notre collègue qu’il est loisible à la législature de se fier aux initiatives de parties privées pour atteindre l’objectif d’intérêt public de remédier aux infractions à la *BPCPA* et qu’en cette période de compressions budgétaires, elle n’a peut-être pas vraiment le choix. Toutefois, en édictant l’art. 172, la législature a permis non seulement au directeur et à toute autre personne qui sollicitent des ordonnances au nom de l’ensemble des consommateurs de poursuivre les demandes, mais elle a aussi autorisé le traitement de ces demandes en vertu des règles d’arbitrage. La législature a ainsi fourni un

action. Access to justice can only be enhanced by this approach.

[162] Finally, we note that our colleague's approach would result in bifurcated proceedings. He concludes that the arbitration clause applies to Ms. Seidel's claim for damages under either the common law or s. 171 of the *BPCPA*, but that her claims for declaratory and injunctive relief under s. 172(1) fall within the jurisdiction of the British Columbia Supreme Court. We question whether the additional time and costs inherent in bifurcated claims — and particularly claims split between two different fora — are likely to facilitate access to justice in this context.

[163] Even if there was any doubt that the arbitration clause ousted the jurisdiction of the British Columbia Supreme Court, an action in which declaratory or injunctive relief is sought under s. 172(1) of the *BPCPA* together with ancillary relief under s. 172(3), could hardly satisfy the “preferable procedure” requirement under s. 4(1)(d) of the *CPA* for certifying the action as a class proceeding. In *Marcotte*, the majority of this Court concluded that to authorize a class action for an action in nullity would serve no purpose, because “[a]n individual action in nullity could have resulted in a declaration of nullity that would have applied in respect of all citizens and ratepayers of the municipality” (para. 27). In other words, a declaration of nullity is an *in rem* remedy. This argument applies with equal force to the effect of declaratory or injunctive relief granted under the *BPCPA*. Since the director or any person can act as a claimant, a class proceeding in which declaratory or injunctive relief is sought could never satisfy the “preferable procedure” requirement under the *CPA*. This is because an individual action for such relief can, in addition to applying to the supplier, have the same effect as an action *in rem* in respect of all consumers in the province who might have the same

moyen d'obtenir le même jugement déclaratoire ou la même injonction à l'encontre d'un fournisseur par le recours au régime privé de règlement des différends que par l'exercice d'un recours collectif. Cette façon de faire ne peut qu'être bénéfique pour l'accès à la justice.

[162] Enfin, nous faisons remarquer que l'approche prônée par notre collègue donnerait lieu à une bifurcation des procédures. Il conclut que la clause d'arbitrage vise le recours de M^{me} Seidel en dommages-intérêts en vertu de la common law ou de l'art. 171 de la *BPCPA*, mais que ses demandes en vue d'obtenir des jugements déclaratoires et des injonctions sur le fondement du par. 172(1) ressortissent à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. On peut se demander si les délais et les coûts additionnels inhérents à une bifurcation des recours — surtout entre deux juridictions différentes — favorisent l'accès à la justice dans le présent contexte.

[163] Même s'il subsistait encore un doute quant à savoir si la convention d'arbitrage a écarté la compétence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, une demande visant à obtenir un jugement déclaratoire ou une injonction et d'autres réparations accessoires fondées sur les par. 172(1) et (3) de la *BPCPA* pourrait difficilement constituer la [TRADUCTION] « meilleure procédure » de l'al. 4(1)(d) de la *CPA* et donc être autorisée comme recours collectif. Dans *Marcotte*, les juges majoritaires ont conclu qu'il serait inutile d'autoriser une action en nullité en tant que recours collectif parce qu'« [u]ne action individuelle en nullité aurait permis l'annulation à l'égard de tous les citoyens et contribuables de la municipalité » (par. 27). Autrement dit, une déclaration de nullité a un effet *in rem*. Cet argument vaut tout autant lorsqu'il s'agit des effets d'un jugement déclaratoire ou d'une injonction rendus en vertu de la *BPCPA*. Puisque le directeur ou toute autre personne peut agir comme demandeur, un recours collectif visant à obtenir un jugement déclaratoire ou une injonction ne pourrait en aucun cas répondre à l'exigence de la *CPA* de constituer la « meilleure procédure ». En effet, une action individuelle visant le même résultat pourrait être intentée contre un

claim. Moreover, s. 41 of the *CPA* would prevent certification as a class proceeding of a representative action such as this. Therefore, any argument based on the view that access to justice requires claims based on s. 172 of the *BPCPA* to be made by way of a class proceeding is without merit. Access to justice is fully preserved by arbitration, and there is no need to resort to a class proceeding to so preserve that access.

[164] An arbitrator can grant the remedies contemplated in s. 172 of the *BPCPA* against TELUS. The arbitration agreement between Ms. Seidel and TELUS does not therefore constitute an improper waiver of Ms. Seidel's rights, benefits or protections for the purposes of s. 3 of that Act. Consequently, the *BPCPA*, in its current form, does not provide a court considering a stay application under s. 15 of the *CAA* with a reason for refusing to grant it. Section 3 of the *BPCPA* does not prohibit agreements under which consumer disputes are to be submitted to arbitration or that otherwise limit the possibility of having a proceeding certified as a class proceeding, since s. 172 of the *BPCPA* merely identifies the procedural forum in which an action with respect to the rights, benefits and protections provided for in s. 3 may be brought in the public court system. However, s. 172 does not explicitly exclude alternate fora, such as an arbitration tribunal from acquiring jurisdiction.

[165] Nevertheless, Ms. Seidel raises a number of policy considerations that, in her opinion, preclude a finding that arbitration agreements can apply to consumer disputes. These include the following: (1) arbitration clauses in consumer contracts are a means of denying consumers access to justice; (2) some courts, mostly American, have concluded that arbitration clauses in consumer agreements are unconscionable, particularly when coupled with a waiver of class proceeding rights; (3) arbitration agreements in consumer contracts have the effect of inhibiting the development of the common law in this area; and (4) arbitration clauses in consumer agreements have the effect of

fournisseur et aurait le même effet qu'une action *in rem* à l'égard de tous les consommateurs de la province susceptibles d'exercer le même recours. De plus, l'art. 41 de la *CPA* ferait obstacle à l'autorisation d'un tel recours collectif. Tout argument fondé sur la thèse voulant que le principe d'accès à la justice exige que les actions fondées sur l'art. 172 de la *BPCPA* prennent la forme d'un recours collectif est donc sans fondement. L'accès à la justice est préservé par l'arbitrage sans qu'il soit nécessaire de procéder par voie de recours collectif.

[164] L'arbitre peut accorder, à l'encontre de TELUS, les réparations prévues à l'art. 172 de la *BPCPA*. La convention d'arbitrage entre M^{me} Seidel et TELUS ne constitue donc pas une renonciation irrégulière aux droits, avantages ou protections que l'art. 3 de la *BPCPA* confère à M^{me} Seidel. Ainsi, dans sa forme actuelle, la *BPCPA* ne fournit aucun motif à un tribunal judiciaire de rejeter une demande de suspension d'instance fondée sur l'art. 15 de la *CAA*. L'article 3 de la *BPCPA* n'interdit pas les conventions visant à assujettir les litiges de consommation à l'arbitrage ou à limiter autrement l'accès au recours collectif parce que l'art. 172 de la *BPCPA* désigne simplement l'instance appelée à statuer, dans le système judiciaire public, sur les droits, avantages et protections qu'offre l'art. 3. Cependant, l'art. 172 n'exclut pas explicitement la possibilité pour d'autres tribunaux, comme les tribunaux d'arbitrage, d'avoir compétence en la matière.

[165] M^{me} Seidel soulève néanmoins plusieurs considérations de principe qui, selon elle, empêchent de conclure que les conventions d'arbitrage peuvent s'appliquer à des litiges de consommation. Parmi ces considérations, signalons les suivantes : (1) les clauses d'arbitrage insérées dans les contrats de consommation constituent un moyen de priver les consommateurs de l'accès à la justice; (2) certains tribunaux judiciaires, surtout américains, ont conclu que les clauses d'arbitrage dans les contrats de consommation étaient abusives, particulièrement lorsque s'y ajoute une renonciation aux droits en matière de recours collectifs; (3) les conventions d'arbitrage dans les contrats de

negating the behaviour modification objective of class proceedings (see A.F., at para. 88).

[166] These same concerns have been raised by certain commentators. See, e.g., H. Bromfield, “The Denial of Relief: The Enforcement of Class Action Waivers in Arbitration Agreements” (2009), 43 *U.C. Davis L. Rev.* 315; J. R. Sternlight and E. J. Jensen, “Using Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions: Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse?” (2004), 67 *Law & Contemp. Probs.* 75; J. M. Glover, “Beyond Unconscionability: Class Action Waivers and Mandatory Arbitration Agreements” (2006), 59 *Vand. L. Rev.* 1735; G. Saumier, “Consumer Arbitration in the Evolving Canadian Landscape” (2009), 113 *Penn. St. L. Rev.* 1203.

[167] However, the belief that arbitration clauses in consumer agreements have the effect of preventing or denying access to justice is not unanimous. See, e.g., A. D. Little, “Canadian Arbitration Law After *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*” (2007), 45 *Can. Bus. L.J.* 356, at pp. 378-79. And none of the discussions of jurisdiction have concerned situations in which the arbitrator’s powers are as broad as in British Columbia.

[168] We cannot agree with Ms. Seidel’s argument that to have the dispute resolved by arbitration would negate the behaviour modification objective of the class proceeding. As we noted above, the parties have agreed in their contract that any arbitration award, which would include any declaratory or injunctive relief granted by the arbitrator, can be enforced by a court. Section 15 of the CAA empowers the court to do so upon granting leave. Moreover, as we mentioned above, the arbitrator would be free to grant the ancillary remedy provided for in s. 172(3)(c): to compel TELUS to advertise the particulars of any order or judgment issued against it to the public at large. Consequently, the

consommation freinent l’évolution de la common law dans ce domaine; et (4) les clauses d’arbitrage dans les contrats de consommation contrecarrent la modification du comportement, un des objectifs des recours collectifs (voir m.a., par. 88).

[166] Certains auteurs ont aussi exprimé les mêmes préoccupations. Voir à titre d’exemple H. Bromfield, « The Denial of Relief : The Enforcement of Class Action Waivers in Arbitration Agreements » (2009), 43 *U.C. Davis L. Rev.* 315; J. R. Sternlight et E. J. Jensen, « Using Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions : Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse? » (2004), 67 *Law & Contemp. Probs.* 75; J. M. Glover, « Beyond Unconscionability : Class Action Waivers and Mandatory Arbitration Agreements » (2006), 59 *Vand. L. Rev.* 1735; G. Saumier, « Consumer Arbitration in the Evolving Canadian Landscape » (2009), 113 *Penn. St. L. Rev.* 1203.

[167] Toutefois, la croyance que les clauses d’arbitrage dans les contrats de consommation nient l’accès à la justice ne fait pas l’unanimité. Voir à titre d’exemple A. D. Little, « Canadian Arbitration Law After *Dell Computer Corp. v. Union des Consommateurs* » (2007), 45 *Rev. can. dr. comm.* 356, p. 378-379. De plus, aucun de ces auteurs n’a analysé la question de la compétence dans des situations où l’arbitre dispose de pouvoirs aussi vastes que ceux en Colombie-Britannique.

[168] Nous ne pouvons souscrire à l’argument de M^{me} Seidel voulant que l’arbitrage empêche la réalisation de l’un des objectifs du recours collectif — celui d’obtenir une modification des comportements. Nous tenons à rappeler que les parties ont convenu par contrat qu’un tribunal judiciaire peut donner force exécutoire à toute sentence arbitrale qui comporterait une ordonnance déclaratoire ou une injonction. L’article 15 de la CAA habilite le tribunal judiciaire à rendre une telle ordonnance sur autorisation. De plus, comme nous l’avons fait remarquer, il est loisible à l’arbitre d’accorder la réparation accessoire prévue à l’al. 172(3)c) consistant à obliger TELUS à informer le public en

potential for modifying TELUS's behaviour would not be negated by having this dispute resolved by arbitration.

[169] This Court has held that standard form contracts or contracts of adhesion are valid and enforceable. While we acknowledge that the arbitration clauses applicable to consumer disputes that are included in standard form contracts may be more problematic from a public policy standpoint, they are not *per se* invalid on the ground that they are contrary to public policy (see, e.g., *Dell*, at para. 228). Nor are they inherently unfair to consumers. To accept this argument, as our colleague Binnie J. implicitly appears to do, would be to return to the former view that arbitration is, in itself, contrary to public policy. Moreover, it would constitute a departure from the *ratio* of *Dell*.

[170] As we mentioned above, this hostility to arbitration is no longer the norm, and the change in attitude was assisted in large part by legislative action. As the Court stated in *Desputeaux*, for example, the purpose of clarifying the meaning of “public order” in the arbitration context “was clearly to put an end to an earlier tendency by the courts to exclude any matter relating to public order from arbitral jurisdiction” (para. 53).

[171] The courts have endorsed the view that for the purpose of determining whether a particular category of disputes can be submitted to arbitration, “public policy” does not require recourse to a different forum so long as the arbitration is conducted in accordance with the statutory regime. For example, in *Wires Jolley*, in which the legislature had not expressly excluded arbitration, the Ontario Court of Appeal rejected the application judge's conclusion that the relationship between members of the legal profession — who have a professional monopoly — and a vulnerable public

général du contenu de tout jugement ou ordonnance prononcé contre elle. La possibilité de contraindre TELUS à modifier son comportement n'est donc pas écartée par le règlement du présent litige en arbitrage.

[169] Notre Cour a statué que les contrats types ou contrats d'adhésion constituent des conventions valides et exécutoires. Nous reconnaissons que les conventions d'arbitrage qui régissent les litiges de consommation et qui se trouvent dans des contrats types peuvent être plus problématiques du point de vue de l'ordre public. Toutefois, elles ne sont pas considérées comme intrinsèquement invalides en raison de leur incompatibilité avec l'ordre public (voir à titre d'exemple *Dell*, par. 228). Elles ne sont pas non plus foncièrement inéquitables envers les consommateurs. Si nous devons accepter cet argument, comme notre collègue le juge Binnie semble le faire implicitement, il en résulterait un retour à l'ancienne attitude suivant laquelle l'arbitrage en soi était jugé contraire à l'ordre public. De plus, on dérogerait ainsi au raisonnement qui sous-tend l'arrêt *Dell*.

[170] Comme nous l'avons affirmé précédemment, cette hostilité vis-à-vis l'arbitrage n'est plus la norme et ce changement découle en grande partie de l'intervention du législateur. Comme l'a déclaré notre Cour dans l'arrêt *Desputeaux*, par exemple, la décision de cerner davantage la notion d'« ordre public » dans le contexte de l'arbitrage « visait clairement à écarter un courant jurisprudentiel antérieur qui soustrayait à la compétence arbitrale toute question relevant de l'ordre public » (par. 53).

[171] Les tribunaux judiciaires ont accepté l'opinion selon laquelle la présence du facteur « ordre public », lorsqu'il s'agit de déterminer s'il est possible de soumettre une catégorie particulière de litiges à l'arbitrage, n'implique pas le recours à une instance différente, pour autant que l'arbitrage respecte le régime législatif applicable. À titre d'exemple, dans *Wires Jolley*, où la législature n'avait pas explicitement exclu l'arbitrage, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la conclusion du juge des requêtes selon laquelle il revient aux tribunaux judiciaires, pour des raisons d'ordre public, de statuer sur la question

must, as a matter of public policy, be resolved by the courts.

[172] Furthermore, whether an arbitration clause in a consumer contract is unfair or unconscionable must always be determined on a case-by-case basis in light of the relevant facts. This Court has in fact acknowledged that, “under certain circumstances, arbitration may actually be an appropriate or preferable forum for the adjudication of consumer disputes” (*Dell*, at para. 223, *per* Bastarache and LeBel JJ., dissenting, but not on this point). Ms. Seidel nevertheless urges the Court to follow the decisions of a number of American courts, which have held that pre-dispute arbitration agreements, particularly when coupled with a class action waiver, are void by virtue of the unconscionability doctrine in contract law (see, e.g., *Ting v. AT&T*, 319 F.3d 1126 (9th Cir. 2003); *Szetela v. Discover Bank*, 118 Cal.Rptr.2d 862 (Ct. App. 2002)). In Canada, an approach to this issue based on the unconscionability doctrine has not been adopted, however, and this Court has accepted the reality of standard form contracts in the consumer context. The courts have instead left the question whether arbitration is appropriate for particular categories of disputes to the discretion of the legislatures.

[173] It is important to bear in mind that the British Columbia legislature remains free to address any unfairness or harshness that might be perceived to be the result of the inclusion of arbitration clauses in consumer contracts. In fact, the Court’s decision in *Dell* is no longer relevant in the consumer context in Quebec, as the Quebec legislature had already amended the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, before *Dell* was even argued (see, e.g., *An Act to amend the Consumer Protection Act and the Act respecting the collection of certain debts*, S.Q. 2006, c. 56, s. 2). Those amendments were about to come into force at the time *Dell* was heard.

de la relation entre les membres de la profession juridique — qui jouissent d’un monopole sur le plan professionnel — et une population vulnérable.

[172] Par ailleurs, il faut toujours examiner au cas par cas, en tenant compte des faits pertinents, la question de savoir si une convention d’arbitrage se trouvant dans un contrat de consommation est inéquitable ou abusive. Notre Cour a reconnu qu’« il pourrait en fait être approprié ou préférable, dans certaines circonstances, de recourir à l’arbitrage pour régler les litiges de consommation » (*Dell*, par. 223, les juges Bastarache et LeBel, dissidents, mais non sur ce point). M^{me} Seidel presse néanmoins la Cour d’appliquer les décisions rendues par un certain nombre de tribunaux judiciaires américains, qui ont statué que les conventions d’arbitrage préalables au litige, particulièrement lorsqu’elles s’ajoutent à une clause de renonciation au recours collectif, sont nulles par application de la théorie de l’iniquité propre au droit des contrats (voir à titre d’exemple *Ting c. AT&T*, 319 F.3d 1126 (9th Cir. 2003); *Szetela c. Discover Bank*, 118 Cal.Rptr.2d 862 (Ct. App. 2002)). Toutefois, les tribunaux canadiens n’ont pas adopté la doctrine de l’iniquité et notre Cour a accepté l’utilisation des contrats types dans le domaine de la consommation. Les tribunaux judiciaires ont plutôt laissé à la discrétion des législatures le soin de déterminer s’il convient ou non de soumettre une catégorie particulière de différends à l’arbitrage.

[173] Il importe de se rappeler que la législature de la Colombie-Britannique demeure libre de remédier à toute injustice ou difficulté qui paraîtrait résulter de l’insertion de clauses d’arbitrage dans des contrats de consommation. D’ailleurs, l’arrêt *Dell* de notre Cour n’a plus de pertinence dans le contexte du droit de la consommation québécois. La législature du Québec avait en effet modifié la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1, et cette loi avait été adoptée avant que l’affaire *Dell* ne soit débattue devant notre Cour (voir par exemple la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, L.Q. 2006, ch. 56, art. 2). Ces modifications étaient sur le point d’entrer en vigueur lorsque la Cour a rendu l’arrêt *Dell*.

[174] Ontario and Alberta have also seen fit to amend their consumer protection legislation to prohibit both waivers of class proceedings and arbitration clauses in agreements to which their consumer protection legislation applies (see, e.g., *Consumer Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 30, Sch. A, ss. 7(1), 7(5), 8(1) and 8(4); see also the *Fair Trading Act*, R.S.A. 2000, c. F-2, s. 16, which states an action may not be commenced or maintained where the consumer has agreed in writing to submit the dispute to arbitration, and the arbitration agreement has been approved by the Minister). More importantly, these legislative choices too were made well before the Court heard and decided *Dell* and *Rogers*.

[175] Thus, even before *Dell*, there was evidence of a trend in certain provinces to prohibit arbitration clauses and class action waivers in the consumer context. This is a choice for the legislatures, not for the courts. The British Columbia legislature made a choice both by incorporating the provisions of the New York Convention and the Model Law and by refraining from enacting provisions expressly limiting arbitration clauses and waivers of class proceedings in the consumer context. It also made another choice: to confer broad remedial jurisdiction on arbitrators. These choices are ones to which this Court must defer. None of Ms. Seidel's policy concerns suffice to overcome this reality.

IV. Disposition

[176] For these reasons, we would dismiss the appeal. The parties should bear their own costs.

Appeal allowed in part, with costs throughout, LEBEL, DESCHAMPS, ABELLA and CHARRON JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Grant Kovacs Norell, Vancouver.

[174] L'Ontario et l'Alberta ont aussi jugé bon de modifier leur législation en matière de protection du consommateur et choisi d'interdire la renonciation au recours collectif et l'insertion de clauses d'arbitrage dans les contrats régis par leurs lois sur la protection du consommateur (voir à titre d'exemple la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, ch. 30, ann. A, par. 7(1), 7(5), 8(1) et 8(4); la *Fair Trading Act*, R.S.A. 2000, ch. F-2, art. 16 : une action ne peut être intentée ou poursuivie si le consommateur a accepté par écrit de soumettre le litige à l'arbitrage et le ministre a approuvé la convention d'arbitrage). Plus important encore, ces choix législatifs ont été faits bien avant que les affaires *Dell* et *Rogers* ne soient débattues devant notre Cour et tranchées par celle-ci.

[175] Ainsi, même avant *Dell* se manifestait dans certaines provinces la tendance d'interdire les clauses d'arbitrage et les renonciations aux recours collectifs dans le cas des litiges de consommation. Il appartient aux législateurs et non aux tribunaux judiciaires de faire de tels choix. La législature de la Colombie-Britannique a fait son choix en incorporant la Convention de New York et la Loi type dans sa législation interne et en omettant d'adopter des dispositions limitant expressément les clauses d'arbitrage et les renonciations aux recours collectifs en matière de consommation. Elle a fait un autre choix, celui d'investir les arbitres de vastes pouvoirs de réparation. Notre Cour doit respecter ces choix. Aucune des considérations de principe invoquées par M^{me} Seidel ne saurait modifier cette situation.

IV. Dispositif

[176] Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi. Les parties devraient supporter leurs propres dépens.

Pourvoi accueilli en partie, avec dépens dans toutes les cours, les juges LEBEL, DESCHAMPS, ABELLA et CHARRON sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Grant Kovacs Norell, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the intervener Barreau du Québec: B C F, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Arbitration Congress: Heenan Blaikie, Ottawa.

Solicitors for the intervener ADR Chambers Inc.: Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.

Procureurs de l'intimée : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Barreau du Québec : B C F, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Congrès d'arbitrage canadien : Heenan Blaikie, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante ADR Chambers Inc. : Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.