

J.W. and REO Law Corporation *Appellants*

v.

**Attorney General of Canada, Chief
Adjudicator of the Indian Residential Schools
Adjudication Secretariat and Assembly of
First Nations** *Respondents*

and

Independent Counsel and K.B. *Intervenors*

**INDEXED AS: J.W. v. CANADA (ATTORNEY
GENERAL)**

2019 SCC 20

File No.: 37725.

2018: October 10; 2019: April 12.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF
MANITOBA**

Civil procedure — Class proceedings — Settlement — Administration and implementation — Settlement agreement resolving class actions brought by former Aboriginal students for harms suffered at residential schools — Agreement providing procedure for settling individual claims through adjudicative process — Whether courts can intervene in relation to adjudication decisions where internal review mechanisms exhausted — Appropriate scope of judicial recourse.

The *Indian Residential Schools Settlement Agreement* (“Agreement”) represents the negotiated settlement of thousands of individual and class action lawsuits relating to the operation of residential schools. Nine provincial and territorial superior courts approved the Agreement. The Agreement includes a procedure for settling individual claims through an adjudicative process — the Independent Assessment Process (“IAP”). The IAP describes which harms are compensable. The Agreement also includes a system of internal reviews. There is no right of appeal to the courts. However, supervising judges from each province oversee the administration and implementation of the Agreement.

J.W. et REO Law Corporation *Appelants*

c.

**Procureur général du Canada, Adjudicateur
en chef, Secrétariat d’adjudication des
pensionnats indiens et Assemblée des
Premières Nations** *Intimés*

et

Avocats indépendants et K.B. *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : J.W. c. CANADA (PROCUREUR
GÉNÉRAL)**

2019 CSC 20

N° du greffe : 37725.

2018 : 10 octobre; 2019 : 12 avril.

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

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU
MANITOBA**

Procédure civile — Recours collectifs — Règlement — Administration et mise en œuvre — Convention de règlement des recours collectifs intentés par d’anciens élèves autochtones pour les torts subis aux pensionnats — Convention prévoyant une procédure de règlement des réclamations individuelles par le biais d’un processus juridictionnel — Les tribunaux peuvent-ils modifier des décisions d’adjudication lorsque les mécanismes de révision interne sont épuisés? — Portée appropriée du recours aux tribunaux.

La *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* (« Convention ») représente le règlement négocié de milliers de recours collectifs et d’actions individuelles visant la gestion des pensionnats indiens. Neuf cours supérieures provinciales et territoriales ont approuvé la Convention. La Convention prévoit une procédure de règlement des réclamations individuelles par le biais d’un processus juridictionnel, le Processus d’évaluation indépendant (« PÉI »). Celui-ci énumère les sévices indemnifiables. La Convention établit aussi un mécanisme de révision interne. Il n’y a aucun droit d’interjeter appel devant les tribunaux. Cependant, des juges surveillants de chaque province surveillent l’administration et la mise en œuvre de la Convention.

W brought a claim for compensation in accordance with the IAP, alleging that an incident he suffered while attending a residential school constituted compensable sexual abuse within the meaning of the IAP. W's claim was rejected by the initial adjudicator because, despite the fact that she believed W's account of what transpired, she was not satisfied that the perpetrator acted with a sexual purpose, which she concluded was an essential element in order to demonstrate that the incident was compensable. W was entitled to two levels of internal review, both of which were unsuccessful. Having exhausted his internal remedies, W brought a Request for Directions ("RFD") to a supervising judge, pursuant to the Agreement. The supervising judge found errors in the adjudicator's interpretation of the IAP warranting judicial intervention and remitted W's claim for re-adjudication. A reconsideration adjudicator allowed W's claim, and awarded him compensation. Before the reconsideration decision was implemented, Canada appealed the supervising judge's decision. The Court of Appeal found that there was no basis upon which the supervising judge could intervene, and overturned his decision.

Held (Brown and Rowe JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the reconsideration adjudicator's compensation award reinstated.

Per Wagner C.J. and Abella and Karakatsanis JJ.: Judicial intervention was necessary in the face of an unauthorized modification of the Agreement, contrary to the intentions of the parties. This is precisely the type of compensable claim contemplated by the parties to the Agreement. Failure to correct the initial adjudicator's errors in this case would unacceptably undermine the whole purpose of the Agreement.

The appellate authorities have indicated that courts may intervene in relation to IAP adjudications when exceptional circumstances are present. There are compelling reasons for setting a high bar for judicial intervention in the IAP context. The parties went to significant lengths to make the Agreement a complete code, by including levels of internal review and choosing not to include any provision granting court access.

On the other hand, the necessity of ongoing judicial supervision was recognized when the Agreement was approved by the courts. There is a foundational link between judicial supervision and the Agreement. The existence of the Agreement was contingent on judicial approval, and judicial approval, in turn, was contingent on ongoing judicial

W a présenté une demande d'indemnisation conformément au PÉI, soutenant qu'à l'époque où il fréquentait un pensionnat, il a été victime d'un incident qui constitue un service sexuel indemnisable au sens du PÉI. La demande de W a été rejetée par la première adjudicatrice parce que, même si elle ajoutait foi au récit des faits de W, elle n'était pas convaincue que l'auteure avait agi dans un but sexuel, un élément qu'il devait établir, selon elle, pour démontrer que l'incident donnait ouverture à une indemnité. W avait droit à deux paliers de révision interne, mais il a été débouté chaque fois. Après avoir épousé tous les recours internes, W a présenté une demande de directives à un juge surveillant en vertu de la Convention. Le juge surveillant a relevé dans l'interprétation donnée par l'adjudicatrice au PÉI des erreurs justifiant l'intervention judiciaire et a renvoyé la demande de W pour nouvel examen. Une adjudicatrice de réexamen a accueilli la demande de W et lui a accordé une indemnité. Avant que la décision de réexamen ne soit mise en œuvre, le Canada a porté en appel la décision du juge surveillant. La Cour d'appel a conclu que rien ne permettait au juge surveillant d'intervenir, et elle a infirmé sa décision.

Arrêt (les juges Brown et Rowe sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et l'indemnité accordée par l'adjudicatrice de réexamen est rétablie.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella et Karakatsanis : L'intervention judiciaire était nécessaire vu que la Convention avait fait l'objet d'une modification non autorisée, contrairement à l'intention des parties. C'est précisément le type de demande donnant droit à une indemnité qu'avaient en tête les parties à la Convention. Refuser de corriger les erreurs commises en l'espèce par la première adjudicatrice contrecarrerait de façon inacceptable l'objectif global de la Convention.

La jurisprudence des cours d'appel indique que les tribunaux peuvent intervenir à l'égard des décisions prises dans le cadre du PÉI en présence de circonstances exceptionnelles. Il existe des raisons impérieuses de fixer des exigences rigoureuses pour encadrer l'intervention judiciaire dans le contexte du PÉI. Les parties se sont donné beaucoup de mal pour faire de la Convention un code complet en prévoyant divers paliers de révision interne et en s'abstenant d'y insérer toute disposition accordant l'accès aux tribunaux.

En revanche, la nécessité d'une surveillance judiciaire continue a été reconnue lorsque la Convention a été approuvée par les tribunaux. Il existe un lien fondamental entre la surveillance judiciaire et la Convention. L'existence de la Convention était subordonnée à l'approbation judiciaire, laquelle dépendait à son tour d'une

supervision. Given the goals of the Agreement, significant and ongoing judicial supervision was necessary. Without ongoing judicial supervision, the Agreement would not have been recognized. In overseeing the administration and implementation of the Agreement, courts have a duty to ensure that the claimants receive the benefits they bargained for. While the parties do not have a broad right to judicial intervention, they do have a right to the implementation of the terms of the settlement.

As to when judges, exercising their supervisory role, should intervene in an IAP adjudication, there is an ongoing duty to supervise the administration and implementation of the Agreement, including the IAP. In exercising this supervisory role, judges can intervene if there has been a failure to apply and implement the terms of the Agreement. In determining whether this failure exists, judges will focus on the words of the Agreement, so that the benefits promised to the claimants are delivered. Interpreting this role too narrowly prevents any meaningful judicial supervision of IAP decisions. It is paramount that the agreed-upon terms of the IAP are applied and implemented in a way that is consistent with the parties' intentions.

In this case, the initial adjudicator's decision constituted an unauthorized modification of the IAP. By substituting the wording of the IAP with her own and by adding a requirement of the perpetrator's sexual intent unsupported by the language of the IAP, the adjudicator relied on additional requirements that were not agreed to by the parties. These errors were compounded by her misinterpretation of the case law with respect to sexual assault, which contributed to an unauthorized modification of the IAP. This amounted to a failure to apply or implement the terms of the Agreement, warranting judicial intervention to ensure that the benefits promised in the Agreement were delivered. In intervening, the supervising judge in this case did not usurp the role assigned to IAP adjudicators by re-weighing factual findings. Instead, he properly identified a failure to apply the Agreement in the adjudication of W's claim.

Per Moldaver and Côté JJ.: Judicial review under an administrative law analysis is not applicable to IAP decisions. As the purpose of judicial review is to ensure the legality of state decision making, it is available only where there is an exercise of state authority that is of a

surveillance judiciaire continue. Étant donné les objectifs de la Convention, une surveillance judiciaire continue et rigoureuse était nécessaire. Sans surveillance judiciaire continue, la Convention n'aurait pas été reconnue. Lorsqu'ils supervisent l'administration et la mise en œuvre de la Convention, les tribunaux ont l'obligation de s'assurer que les demandeurs reçoivent les avantages qu'ils ont négociés. Bien que les parties n'aient pas le droit général de s'adresser aux tribunaux, elles possèdent effectivement le droit de faire exécuter les modalités du règlement.

Pour ce qui est de savoir dans quels cas des juges exerçant leur fonction de surveillance devraient intervenir dans un dossier du PÉI, il faut surveiller en permanence l'administration et la mise en œuvre de la Convention, y compris du PÉI. Lorsqu'ils exercent cette fonction de surveillance, les juges peuvent intervenir en cas de défaut d'appliquer et de mettre en œuvre les modalités de la Convention. Pour décider s'il y a eu pareil défaut, les juges surveillants se concentrent sur le libellé de la Convention, pour que les avantages promis aux demandeurs leur soient effectivement accordés. Donner une interprétation trop étroite de cette fonction empêche toute véritable surveillance judiciaire des décisions rendues dans le cadre du PÉI. Il est primordial que les modalités convenues du PÉI soient appliquées et mises en œuvre conformément à l'intention des parties.

En l'espèce, la décision de la première adjudicatrice constituait une modification non autorisée du PÉI. En remplaçant les termes du PÉI par ses propres mots et en ajoutant une exigence d'intention sexuelle de l'auteur que le libellé du PÉI ne justifiait pas, l'adjudicatrice s'est fondée sur des exigences supplémentaires dont les parties n'avaient pas convenu. Elle a aggravé ces erreurs en interprétant mal la jurisprudence en matière d'agression sexuelle, ce qui a contribué à modifier sans autorisation le PÉI. Cela constituait un défaut d'appliquer ou de mettre en œuvre les modalités de la Convention qui justifiait l'intervention judiciaire pour s'assurer que les avantages promis dans la Convention sont effectivement accordés. En intervenant, le juge surveillant en l'espèce n'a pas usurpé le rôle confié aux adjudicateurs du PÉI en évaluant de nouveau les conclusions de fait. Il a plutôt relevé à juste titre un défaut d'appliquer la Convention dans l'examen de la demande de W.

Les juges Moldaver et Côté : Le contrôle judiciaire suivant une analyse fondée sur le droit administratif n'est pas applicable aux décisions rendues dans le cadre du PÉI. Comme le contrôle judiciaire a pour objet d'assurer la légalité des décisions prises par l'État, ce recours n'est

sufficiently public character. The Agreement is, at its root, a contract. It was not created by any act of the executive or the legislature, but is a contractual settlement of private law tort claims, to which effect has been given by court orders. IAP adjudicators exercise powers granted by contract and have no statutory authority. The courts' general supervisory jurisdiction allows them to ensure that the Agreement's contractual commitment is fulfilled, but this does not mean that IAP adjudicators are state actors. Nor does this analysis change just because Canada is one of the parties to the Agreement. The availability of judicial review depends on the source of the decision maker's authority, not the identity of the parties. In this case, the IAP adjudicators' authority was conferred by the parties to the Agreement, not by an act of the legislature or the exercise of prerogative powers. Moreover, the fact that the contract was approved by court order does not transform the operation of this private settlement into a public act.

While the parties do not have the option of seeking judicial review of IAP decisions, they can file RFDs with the supervising courts to resolve issues relating to the implementation and administration of the Agreement, after fully exhausting the internal review mechanisms in the Agreement. Authority for recourse to the supervising courts can be found in the Agreement, the Approval and Implementation Orders, and provincial class proceedings legislation. The Agreement contemplates recourse to the supervising courts in certain specific circumstances — i.e., where losses may exceed the maximum compensation available under the IAP or where the evidence is overly complex. This creates an alternative avenue for dealing with claims that would otherwise be heard by IAP adjudicators but does not permit the courts to intervene in IAP decisions. The supervising courts' jurisdiction is also grounded in the Approval and Implementation Orders. These orders state the courts' powers in broad terms. Finally, provincial class proceedings legislation grants broad supervisory jurisdiction to ensure that a class action proceeds in a fair and efficient manner. However, these broader conferrals of authority are given form and content by the facts of particular class proceedings. In the context of the supervision of a settlement agreement, the terms of the agreement are determinative. While supervising judges are not free to approve an agreement that fully ousts their

possible que lorsqu'un pouvoir étatique a été exercé et que l'exercice de ce pouvoir présente une nature suffisamment publique. La Convention est, à la base, un contrat. Elle n'a pas été créée par une mesure quelconque prise par le pouvoir exécutif ou par le pouvoir législatif; elle constitue plutôt un règlement contractuel portant sur des réclamations de droit privé fondées sur la responsabilité délictuelle auquel des tribunaux ont donné effet au moyen d'ordonnances judiciaires. Les adjudicateurs du PÉI exercent des pouvoirs qui leur sont conférés par contrat et ils n'ont aucun pouvoir d'origine législative. Le pouvoir général de supervision des tribunaux permet à ceux-ci de veiller au respect de cet engagement contractuel, mais les adjudicateurs du PÉI ne sont pas pour autant des représentants de l'État. Cette analyse ne change pas non plus simplement parce que le Canada est l'une des parties à la Convention. La possibilité de se pourvoir en contrôle judiciaire dépend de la source du pouvoir du décideur et non de l'identité des parties. Dans le cas qui nous occupe, le pouvoir des adjudicateurs du PÉI leur est conféré par les parties à la Convention et non par une loi ou l'exercice de pouvoirs de prérogative. De plus, le fait que le contrat ait été approuvé au moyen d'une ordonnance judiciaire ne fait pas de l'application de ce règlement privé un acte public.

Même si elles ne peuvent se pourvoir en contrôle judiciaire à l'égard des décisions rendues dans le cadre du PÉI, les parties peuvent déposer une demande de directives auprès d'un tribunal de supervision pour faire trancher toute question relative à la mise en œuvre et à l'administration de la Convention, et ce, après avoir épousé tous les mécanismes de révision interne prévus par la Convention. La possibilité d'exercer un recours devant les tribunaux de supervision est énoncée dans la Convention, dans les ordonnances d'approbation et de mise en œuvre, ainsi que dans la législation provinciale sur les recours collectifs. La Convention prévoit le recours aux tribunaux de supervision dans certaines circonstances spécifiques — à savoir lorsque les pertes subies peuvent excéder l'indemnité maximale permise par le PÉI ou lorsque la preuve est trop complexe. Cela offre une solution de rechange pour examiner les réclamations qui seraient autrement entendues par les adjudicateurs du PÉI, sans pour autant permettre l'intervention des tribunaux dans les décisions rendues dans le cadre du PÉI. La compétence des tribunaux de supervision trouve également appui dans les ordonnances d'approbation et de mise en œuvre. Ces ordonnances définissent les pouvoirs des tribunaux en termes généraux. Enfin, la législation provinciale sur les recours collectifs confère de vastes pouvoirs de supervision pour veiller à ce que le recours collectif se déroule de manière juste et

supervisory jurisdiction, their authority is limited and shaped by the terms of the agreement.

While it is clear that the courts retain supervisory powers pursuant to the Agreement itself, the Approval and Implementation Orders and class proceedings legislation, a distinction must be drawn between providing directions respecting the implementation and administration of the Agreement, on the one hand, and reviewing adjudicators' interpretations of the IAP, on the other. Only the former falls within the jurisdiction of the courts. Parties may seek judicial recourse only in cases where the IAP adjudicator failed to apply the terms of the Agreement, as this constitutes a failure to comply with the Agreement and the IAP. As long as it can be said that an adjudicator has turned his or her mind to the compensation category raised by the claimant, then the adjudicator has applied the terms of the Agreement. Since the parties have expressed a clear intention to grant IAP adjudicators exclusive jurisdiction to interpret the terms of the Agreement and the IAP, it must be accepted that an adjudicator who has interpreted these terms, even if a court considers the interpretation unreasonable, has not failed to apply the terms. The test for judicial recourse is therefore whether there has been a failure by the IAP adjudicator to apply the terms of the IAP, which accounts to a failure to enforce the Agreement.

The weight of the authorities supports a high jurisdictional threshold for supervising courts considering IAP decisions. The cases highlight several reasons why access to judicial recourse in respect of IAP decisions should be construed narrowly. First, this approach honours the intentions of the parties to the Agreement. Second, in entering into the Agreement, claimants relinquished their right to have their claims resolved by the courts in favour of a process with various compensatory and non-compensatory benefits; as such, disagreement with the conclusions reached by adjudicators, whether on matters of fact or on the interpretation of the terms of the IAP, should be addressed through the review procedures provided for in the IAP and, if necessary, by approving binding instructions to adjudicators. Third, the scheme need not be infallible. Fourth, to open IAP decisions to intervention by the courts

efficace. Cependant, le contenu de cette vaste attribution de pouvoirs et la forme qu'elle prend dépendent des faits de chaque recours collectif. Dans le contexte de la supervision d'une convention de règlement, les modalités de la convention sont déterminantes. Bien qu'il ne soit pas loisible aux juges superviseurs d'approuver une convention qui leur retire tout pouvoir de supervision, leur pouvoir est limité et modulé par les modalités de la convention.

Bien qu'il soit clair que les tribunaux conservent de vastes pouvoirs de supervision aux termes de la Convention elle-même, des ordonnances d'approbation et de mise en œuvre et de la législation sur les recours collectifs, il convient d'établir une distinction entre, d'une part, le fait de donner des directives quant à la mise en œuvre et l'administration de la Convention et, d'autre part, celui de réviser l'interprétation du PÉI faite par les adjudicateurs. Seules les directives quant à la mise en œuvre et l'administration de la Convention relèvent de la compétence des tribunaux. Les parties ne peuvent s'adresser aux tribunaux que lorsque l'adjudicateur du PÉI a omis d'appliquer les modalités de la Convention, car, en pareil cas, l'adjudicateur a omis de se conformer à la Convention et au PÉI. Dès lors que l'on peut affirmer que l'adjudicateur a examiné la catégorie d'indemnisation invoquée par le demandeur, il a appliqué les modalités de la Convention. Comme les parties ont clairement exprimé leur volonté de conférer aux adjudicateurs du PÉI une compétence exclusive en matière d'interprétation des modalités de la Convention et du PÉI, il faut accepter que l'interprétation que l'adjudicateur fait des modalités en question, même si elle est déraisonnable selon le tribunal, ne constitue pas un défaut d'appliquer ces modalités. Le test en ce qui concerne le recours aux tribunaux consiste donc à savoir s'il y a eu défaut de l'adjudicateur du PÉI d'appliquer les modalités du PÉI et, par voie de conséquence, de mettre en œuvre la Convention.

La jurisprudence impose aux tribunaux de supervision chargés d'examiner les décisions rendues dans le cadre du PÉI un test rigoureux en ce qui concerne leur compétence. Les décisions illustrent diverses raisons pour lesquelles il convient d'interpréter de façon restrictive l'accès au recours judiciaire à l'égard des décisions rendues dans le cadre du PÉI. Premièrement, cette approche respecte l'intention des parties à la Convention. Deuxièmement, en signant la Convention, les demandeurs ont renoncé à leur droit de faire trancher leurs demandes par les tribunaux au profit d'un processus comportant divers avantages liés — ou pas — à l'indemnisation; par conséquent, tout désaccord au sujet des conclusions des adjudicateurs, qu'il s'agisse de questions de fait ou de l'interprétation des modalités du PÉI, doit être réglé dans le cadre de la procédure de révision prévue par le PÉI et, au besoin, au

would be contrary to the objective of efficient and timely resolution of disputes with finality. Fifth, a broad right to judicial recourse in respect of IAP decisions would allow Canada, and not only claimants, to challenge adjudicators' conclusions with which it disagreed. Sixth, under a broader interpretation of the judicial oversight function, supervising judges would be engaging in the same exercise as reviewing adjudicators under the IAP.

While the parties' intentions in creating the Agreement and the IAP must be honoured, circumstances will inevitably arise that were not foreseen by the parties and are therefore not provided for in the Agreement. Should a situation arise which was not contemplated by the parties, courts must have the power to intervene to ensure that the parties receive the benefits of the Agreement, i.e., what they bargained for. The courts have the jurisdiction to ensure that the Agreement provides both procedural and substantive access to justice. Should a situation arise which is not provided for in the Agreement and which might affect the outcome of a claim, it would be inconsistent with the purpose of the settlement to deny relief to the claimant. However, parties are not automatically entitled to have a claim reopened if they are able to point to a procedural gap in the IAP. A case-by-case analysis is required, and a variety of factors may have to be considered, including whether some prejudice to the party requesting judicial intervention has been shown. Cases in which a claim can be reopened will be rare. Ultimately, a balance must be struck between resolving claims efficiently and obtaining a sense of finality for the parties, on the one hand, and ensuring fair and just outcomes, on the other.

In this case, the supervising judge erred in scrutinizing the initial adjudicator's interpretation of the IAP and substituting his own. The supervising judge was entitled only to determine whether the adjudicator had considered the correct terms. Instead, he engaged in the same analysis that the parties assigned to IAP adjudicators and came to a different result. While the adjudicator interpreted the sexual abuse category of the IAP differently, this does not amount to a failure to apply the terms of the IAP. The choice to deny W's claim was based on a deliberate interpretation of and engagement with the sexual abuse category of the

moyen d'instructions exécutoires destinées aux adjudicateurs. Troisièmement, le régime n'a pas à être infaillible. Quatrièmement, le fait de permettre aux tribunaux d'intervenir dans les décisions rendues dans le cadre du PÉI irait à l'encontre de l'objectif visant le règlement rapide, efficace et définitif des différends. Cinquièmement, un droit général d'exercer un recours judiciaire contre les décisions rendues dans le cadre du PÉI permettrait au Canada — et non seulement aux demandeurs — de contester les conclusions des adjudicateurs avec lesquelles il est en désaccord. Sixièmement, selon une interprétation large du rôle de supervision des tribunaux, les juges superviseurs se livreraient au même exercice que celui accompli par les adjudicateurs de révision en vertu du PÉI.

Malgré le besoin de respecter l'intention qu'avaient les parties en créant la Convention et le PÉI, il surviendra inévitablement des situations que les parties n'ont pas envisagées et qui ne sont donc pas prévues par la Convention. S'il survient une situation que les parties n'ont pas envisagée, les tribunaux doivent être autorisés à intervenir de manière à ce que les parties reçoivent les avantages de la Convention, c'est-à-dire en retirent les avantages qui ont été négociés. Les tribunaux ont compétence pour s'assurer que la Convention protège, tant sur le fond que sur la forme, l'accès à la justice. S'il se présente une situation non prévue par la Convention qui est susceptible d'avoir une incidence sur l'issue de la demande, il serait incompatible avec l'objet du règlement de refuser d'accorder une réparation au demandeur. Toutefois, les parties n'ont pas automatiquement droit à la réouverture de la demande dès qu'elles réussissent à signaler une lacune dans le PÉI. Une analyse au cas par cas s'impose et divers facteurs peuvent alors entrer en ligne de compte, notamment la preuve que la partie qui sollicite l'intervention judiciaire a subi un préjudice. Les situations dans lesquelles il est possible de rouvrir une demande sont rares. En fin de compte, il faut trouver un équilibre entre, d'une part, le règlement efficace des demandes et l'aboutissement du processus pour les parties et, d'autre part, la garantie de résultats justes et équitables.

En l'espèce, le juge superviseur a commis une erreur en analysant l'interprétation que la première adjudicatrice avait faite du PÉI et en y substituant sa propre interprétation. Le juge superviseur n'était autorisé qu'à vérifier si l'adjudicatrice avait interprété les bonnes modalités. Au lieu de cela, il s'est livré à une analyse que les parties ont réservée aux adjudicateurs du PÉI et il est arrivé à un résultat différent. Bien que l'adjudicatrice ait interprété la catégorie de services sexuels du PÉI différemment, on ne peut pour autant conclure qu'elle a omis d'appliquer les modalités du PÉI. La décision de refuser la demande

IAP. The adjudicator had regard to and applied the factors in that category, and her decision was upheld, in keeping with the review mechanism contained in the IAP. While the supervising judge may have disagreed with the outcome, this was not a basis for finding that the adjudicator had failed to apply the terms of the IAP. The supervising judge exceeded his jurisdiction by substituting his own interpretation of the IAP and directing that the claim be reconsidered in accordance with that interpretation.

However, while the supervising judge erred in his analysis, this is an exceptional case in which reconsideration is appropriate. W's claim has given rise to a unique dilemma for which the Agreement provides no internal recourse, and which therefore requires the Court to craft a remedy. Certain concessions made at the hearing before the Court exposed a gap in the Agreement's provisions. Specifically, the Chief Adjudicator of the Indian Residential Schools Adjudication Secretariat conceded that the decisions of the initial and review adjudicators in this case were aberrant, and that he has no authority to reopen W's claim despite this conclusion. The Chief Adjudicator's inability to remedy such an error in IAP decisions is clearly inconsistent with the role conferred upon him by the parties — i.e., the parties intended that the Chief Adjudicator should represent the final level of review in order to ensure consistency across all IAP decisions. The practical effect of this situation is that W did not receive the benefits bargained for. As there is no remedy within the four corners of the Agreement that is available to either W or the Chief Adjudicator, the courts must step in to fill this gap. It is particularly appropriate that the Court intervene in light of the fact that the Agreement is a settlement of a class action, and it can be assumed that all similarly situated individuals are entitled to the same treatment under the scheme.

This is a situation in which the courts can step in to provide a remedy that is consistent with the Agreement's objective of promoting a fair, comprehensive and lasting resolution of the legacy of Indian Residential Schools. The appeal should be allowed and the order made by the supervising judge that W's claim be sent back to a first-level IAP adjudicator for reconsideration should be reinstated. Given that W's claim has already been reconsidered and that the Chief Adjudicator is satisfied that the reconsideration

de W reposait sur une interprétation consciente de la catégorie de sévices sexuels du PÉI et sur l'application de cette dernière. L'adjudicatrice a tenu compte des facteurs de cette catégorie et les a appliqués, et sa décision a été confirmée, conformément au mécanisme de révision prévu par le PÉI. Même si le juge superviseur était en désaccord avec le résultat, on ne peut pour autant en conclure que l'adjudicatrice a omis d'appliquer les modalités du PÉI. Le juge superviseur a outrepassé sa compétence en proposant sa propre interprétation du PÉI et en ordonnant que la demande soit réexaminée selon sa propre interprétation.

Or, bien que le juge superviseur ait commis une erreur dans son analyse, il s'agit d'un cas exceptionnel où il convient de procéder à un nouvel examen. La réclamation de W pose un dilemme unique pour lequel la Convention ne prévoit aucun recours interne et la présente situation exige donc que la Cour élabore une réparation. Certaines concessions faites à l'audience de la Cour ont fait ressortir une lacune dans la Convention. Plus précisément, l'adjudicateur en chef du Secrétariat d'adjudication des pensionnats indiens a admis que les décisions prises par la première adjudicatrice et les adjudicateurs de révision en l'espèce étaient aberrantes, et qu'il n'a pas le pouvoir nécessaire pour rouvrir la réclamation de W malgré cette conclusion. L'incapacité de l'adjudicateur en chef de corriger une telle erreur dans des décisions rendues dans le cadre du PÉI est manifestement incompatible avec la mission que lui ont confiée les parties, qui voulaient que l'adjudicateur en chef incarne le dernier palier de révision afin d'assurer la cohérence entre toutes les décisions rendues dans le cadre du PÉI. L'effet concret de cette situation est que W n'a pas obtenu les avantages qui ont été négociés et acceptés. Puisque la Convention ne prévoit aucun recours dont W ou l'adjudicateur en chef puisse se prévaloir, les tribunaux doivent intervenir pour combler cette lacune. Il convient tout particulièrement que la Cour intervienne étant donné que la Convention représente le règlement d'un recours collectif et qu'il y a lieu de présumer que toutes les personnes se trouvant dans une situation semblable ont droit au même traitement dans le cadre du régime.

Il s'agit d'une situation dans laquelle les tribunaux peuvent intervenir pour accorder une réparation en conformité avec l'objectif de la Convention de résoudre pour de bon et de manière juste et globale les séquelles laissées par les pensionnats indiens. Il y a lieu d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance rendue par le juge superviseur portant que la demande de W soit renvoyée à un adjudicateur de premier palier du PÉI pour réexamen. Compte tenu du fait que la demande de W a déjà fait l'objet d'un

adjudicator properly applied the IAP, the compensation award should be reinstated, with interest.

Per Brown and Rowe JJ. (*dissenting*): The appeal should be dismissed. Côté J. correctly states the law for a majority of the Court regarding the jurisdiction of the supervising courts in respect of IAP decisions. Where there is a gap in the Agreement, a court might fill it in accordance with the parties' intentions. However, as no gap exists here, there is no basis for rewriting the terms of the Agreement.

The Agreement is a contract. Interpreting its terms therefore requires a court to discern the parties' intentions. In this case, it was the parties' intention that the Chief Adjudicator not have the authority to respond to incorrect interpretations of the IAP by reopening claims. Instead, the Chief Adjudicator has a right of final review of IAP decisions and is empowered to remedy incorrect interpretations of the IAP on a prospective basis by preparing instructions for the IAP Oversight Committee.

The Agreement expressly precludes judicial intervention, even where the IAP has been incorrectly interpreted and applied. It is a complete code that limits access to the courts, preserves the finality of the IAP and respects the expertise of IAP adjudicators. The adjudication of IAP claims is limited to one in-person hearing and two levels of internal review without any judicial recourse. Given the finality promised by the IAP, the parties would have seen prolonged litigation of IAP claims in the courts to be undesirable. The internal mechanisms of review in the Agreement have clearly been designed to allow for judicial recourse in specific situations. But this does not include incorrect interpretations of the IAP.

Where the parties have failed in their contract to address a particular situation arising in the course of their relationship, a court may imply a contractual term. This does not permit a court to imply a term which is contrary to the parties' clearly expressed intentions. Straining to find a gap in the Agreement so as to open space for judicial recourse where the parties clearly intended to preclude it defeats the intentions of the parties and undermines the integrity of the process that they settled upon. Merely because the Agreement does not contain certain terms does not mean that there is a gap waiting to be filled by

réexamen et que l'adjudicateur en chef s'est dit convaincu que l'adjudicatrice de réexamen avait bien appliqué le régime du PÉI, il convient de rétablir l'indemnité accordée, avec les intérêts.

Les juges Brown et Rowe (dissidents) : Il y a lieu de rejeter le pourvoi. La juge Côté énonce correctement l'état du droit au nom de la majorité de la Cour en ce qui concerne la compétence des tribunaux de surveillance sur les décisions rendues dans le cadre du PÉI. Lorsqu'il y a une lacune dans la Convention, le tribunal est peut-être en mesure de la combler conformément à l'intention des parties. Or, comme il n'y a pas de lacune en l'espèce, il n'est pas justifié de récrire les modalités de la Convention.

La Convention est un contrat. L'interprétation de ses modalités oblige par conséquent le tribunal à discerner l'intention des parties. En l'espèce, les parties ne voulaient pas conférer à l'adjudicateur en chef le pouvoir d'intervenir pour corriger les interprétations erronées du PÉI en rouvrant les demandes. L'adjudicateur en chef détient plutôt un droit de révision finale des décisions rendues au terme du PÉI et il peut remédier pour l'avenir à des interprétations erronées du PÉI en soumettant des instructions au Comité de surveillance du PÉI.

La Convention interdit expressément aux tribunaux d'intervenir, même lorsque le PÉI a été mal interprété et mal appliqué. Il s'agit d'un code complet qui limite l'accès aux tribunaux, protège le caractère définitif des décisions prises dans le cadre du PÉI et respecte l'expertise des adjudicateurs du PÉI. Le règlement des demandes présentées dans le cadre du PÉI se limite à une audience en personne et à deux paliers de révision interne sans recours judiciaire. Compte tenu du caractère définitif garanti par le PÉI, les parties auraient jugé indésirable de voir s'éterniser devant les tribunaux les litiges touchant les demandes présentées dans le cadre du PÉI. Le mécanisme de révision interne que l'on trouve dans la Convention a de toute évidence été conçu pour permettre le recours judiciaire dans certaines situations précises, mais celles-ci ne comprennent pas les cas d'interprétation inexacte du PÉI.

Lorsque, dans leur contrat, les parties n'ont pas prévu une situation particulière survenant au cours de leurs rapports, le tribunal peut conclure à l'existence d'une disposition contractuelle implicite. Ce pouvoir ne permet pas au tribunal d'insérer dans le contrat une condition implicite contraire à l'intention exprimée clairement par les parties. Chercher à tout prix à trouver une lacune dans la Convention pour y déceler un cas d'ouverture à un recours judiciaire alors que les parties entendaient manifestement exclure cette possibilité va à l'encontre de la volonté des parties et porte atteinte à l'intégrité du processus sur lequel

judges. There is a difference between failing to grant authority and deciding not to grant such authority. A review of the Agreement reveals that the absence of a term authorizing the Chief Adjudicator to reopen claims clearly represents an instance of the latter. In addition, the Chief Adjudicator's concession in this case does not expose any gap in the Agreement, much less any basis for judicial intervention to fill it. In any event, the Chief Adjudicator did not clearly agree that such a gap existed here. The denial of compensation to W was not the result of any gap which required judicial recourse so as to reopen the claim; instead, it resulted from the Chief Adjudicator failing to properly discharge his final review obligations.

elles se sont entendues. Le simple fait que l'on ne retrouve pas certains termes dans la Convention ne signifie pas pour autant que celle-ci comporte une lacune que les juges doivent s'empresser de combler. Il y a une différence entre le fait de ne pas accorder un pouvoir et le fait de décider de ne pas accorder ce pouvoir. L'examen de la Convention révèle que l'absence de stipulation autorisant l'adjudicateur en chef à rouvrir des demandes constitue clairement un exemple de cette dernière catégorie. En outre, la concession faite par l'adjudicateur en chef en l'espèce ne révèle aucune lacune dans la Convention, encore moins un motif d'intervention judiciaire permettant de la combler. Quoiqu'il en soit, l'adjudicateur en chef n'a pas clairement convenu qu'une telle lacune existait en l'espèce. Le refus d'indemniser W ne découle pas d'une lacune en raison de laquelle il était nécessaire de recourir aux tribunaux pour faire rouvrir la demande; il résulte plutôt du défaut de l'adjudicateur en chef de s'acquitter correctement de ses obligations de révision finale.

Cases Cited

By Abella J.

Explained: *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; **considered:** *Fontaine v. Duboff Edwards Haight & Schachter*, 2012 ONCA 471, 111 O.R. (3d) 461; **referred to:** *Baxter v. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. (3d) 481; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90; *N.N. v. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330.

By Côté J.

Distinguished: *Canada (Attorney General) v. Fontaine*, 2017 SCC 47, [2017] 2 S.C.R. 205; **considered:** *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2016 BCSC 2218, [2017] 1 C.N.L.R. 104; *Fontaine v. Duboff Edwards Haight & Schachter*, 2012 ONCA 471, 111 O.R. (3d) 461; *N.N. v. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90; **referred to:** *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2016 ONCA 241, 130 O.R. (3d) 1; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 4024, [2014] 4 C.N.L.R. 67; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *Fontaine et al. v. Canada (Attorney General) et al.*, 2014 MBQB 200, 311 Man. R. (2d) 17; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2015 ABQB 225, [2015] 4 C.N.L.R. 69; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 4326, [2016] 4 C.N.L.R. 40; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*, 2018 SCC 26, [2018] 1 S.C.R.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêt expliqué : *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; **arrêt examiné :** *Fontaine c. Duboff Edwards Haight & Schachter*, 2012 ONCA 471, 111 O.R. (3d) 461; **arrêts mentionnés :** *Baxter c. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. (3d) 481; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90; *N.N. c. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330.

Citée par la juge Côté

Distinction d'avec l'arrêt : *Canada (Procureur général) c. Fontaine*, 2017 CSC 47, [2017] 2 R.C.S. 205; **arrêts examinés :** *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2016 BCSC 2218, [2017] 1 C.N.L.R. 104; *Fontaine c. Duboff Edwards Haight & Schachter*, 2012 ONCA 471, 111 O.R. (3d) 461; *N.N. c. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90; **arrêts mentionnés :** *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2016 ONCA 241, 130 O.R. (3d) 1; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 4024, [2014] 4 C.N.L.R. 67; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *Fontaine et al. c. Canada (Attorney General) et al.*, 2014 MBQB 200, 311 Man. R. (2d) 17; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2015 ABQB 225, [2015] 4 C.N.L.R. 69; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 4326, [2016] 4 C.N.L.R. 40; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) c. Wall*,

750; *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Fontaine et al. v. Canada (Attorney General) et al.*, 2014 MBCA 93, 310 Man. R. (2d) 162; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86; *Baxter v. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. 481; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2017 BCSC 946; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331.

By Brown J. (dissenting)

Fontaine v. Canada (Attorney General), 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90; *Canada (Attorney General) v. Fontaine*, 2017 SCC 47, [2017] 2 S.C.R. 205; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2016 BCSC 2218, [2017] 1 C.N.L.R. 104; *N.N. v. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 103; *Spencer v. Continental Insurance Co.*, [1945] 4 D.L.R. 593.

Statutes and Regulations Cited

Class Proceedings Act, C.C.S.M., c. C130, s. 12.
Court of Queen's Bench Act, C.C.S.M., c. C280, Part XIV.

Treaties and Agreements

Indian Residential Schools Settlement Agreement (2006), preamble, arts. 1.01, 4.11, 5, 5.09, 6, 6.03, 7.01, 12.01, 13.08, Sch. D, arts. I, II, III, App. V, IX, X, XII, XIII.

Authors Cited

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.
Indian Residential Schools Adjudication Secretariat. *Independent Assessment Process (IAP) Statistics* (online: <http://www.iap-pei.ca/stats-eng.php?act=20181031>; archived version: http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC20_1_eng.pdf).
Swan, Angela, Jakub Adamski and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
The Right Honourable Stephen Harper on behalf of the Government of Canada. "Statement of Apology

2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750; *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Fontaine et al. c. Canada (Attorney General) et al.*, 2014 MBCA 93, 310 Man. R. (2d) 162; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86; *Baxter c. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. 481; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2017 BCSC 946; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331.

Citée par le juge Brown (dissident)

Fontaine c. Canada (Attorney General), 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90; *Canada (Procureur général) c. Fontaine*, 2017 CSC 47, [2017] 2 R.C.S. 205; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2016 BCSC 2218, [2017] 1 C.N.L.R. 104; *N.N. c. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 103; *Spencer c. Continental Insurance Co.*, [1945] 4 D.L.R. 593.

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour du Banc de la Reine, C.P.L.M., c. C280, partie XIV.
Loi sur les recours collectifs, C.P.L.M., c. C130, art. 12.

Traitées et ententes

Convention de règlement relative aux pensionnats indiens (2006), préambule, art. 1.01, 4.11, 5, 5.09, 6, 6.03, 7.01, 12.01, 13.08, ann. D, art. I, II, III, ann. V, IX, X, XII, XIII.

Doctrine et autres documents cités

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.
Le très honorable Stephen Harper au nom du gouvernement du Canada. « Présentation d'excuses aux anciens élèves des pensionnats indiens », Ottawa, 11 juin 2008 (en ligne : https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/rqpi_apo_pdf_1322167347706_eng.pdf; version archivée : http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC20_2_fra.pdf).
Secrétariat d'adjudication des pensionnats indiens. *Statistiques du Processus d'évaluation indépendant (PEI)*

to former students of Indian Residential Schools". Ottawa, June 11, 2008 (online: https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/rqpi_apo_pdf_1322167347706_eng.pdf; archived version: http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC20_2_eng.pdf).

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Monnin, Beard and leMaistre JJ.A.), 2017 MBCA 54, 413 D.L.R. (4th) 521, [2017] 3 C.N.L.R. 85, [2017] AZ-51399218, [2017] M.J. No. 163 (QL), 2017 CarswellMan 247 (WL Can.), setting aside a decision of Edmond J., 2016 MNQB 159, [2016] 4 C.N.L.R. 23, [2016] M.J. No. 232 (QL). Appeal allowed, Brown and Rowe JJ. dissenting.

Martin U. Kramer and Richard E. Olschewski, for the appellants.

Mitchell R. Taylor, Q.C., and *Dayna Anderson*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Joseph J. Arvay, Q.C., *Susan E. Ross* and *David W. L. Wu*, for the respondent the Chief Adjudicator of the Indian Residential Schools Adjudication Secretariat.

Stuart Wuttke and *Julie McGregor*, for the respondent the Assembly of First Nations.

David Schulze, *Maryse Décarie-Daigneault* and *David P. Taylor*, for the intervenor the Independent Counsel.

Karim Ramji, for the intervener K.B.

The reasons of Wagner C.J. and Abella and Karakatsanis JJ. were delivered by

[1] ABELLA J. — The years of sustained abuse committed in Residential Schools represent a profoundly shameful era in Canada's history. The legacy of the harms committed there consists of deep wounds not only to those who were forced to attend, but also to our national psyche. The recovery process, when it is possible, is slow and painful. But at least there is a process, one that pays respectful

(en ligne : <http://www.iap-pei.ca/stats-fra.php?act=20181031>; version archivée : http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC20_1_fra.pdf).

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Monnin, Beard et leMaistre), 2017 MBCA 54, 413 D.L.R. (4th) 521, [2017] 3 C.N.L.R. 85, [2017] AZ-51399218, [2017] M.J. No. 163 (QL), 2017 CarswellMan 247 (WL Can.), qui a annulé une décision du juge Edmond, 2016 MNQB 159, [2016] 4 C.N.L.R. 23, [2016] M.J. No. 232 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Brown et Rowe sont dissidents.

Martin U. Kramer et Richard E. Olschewski, pour les appellants.

Mitchell R. Taylor, c.r., et *Dayna Anderson*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Joseph J. Arvay, c.r., *Susan E. Ross* et *David W. L. Wu*, pour l'intimé l'Adjudicateur en chef, Secrétariat d'adjudication des pensionnats indiens.

Stuart Wuttke et Julie McGregor, pour l'intimée l'Assemblée des Premières Nations.

David Schulze, *Maryse Décarie-Daigneault* et *David P. Taylor*, pour l'intervenant Avocats indépendants.

Karim Ramji, pour l'intervenant K.B.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Abella et Karakatsanis rendus par

[1] LA JUGE ABELLA — Les années de sévices infligés de façon soutenue dans les pensionnats indiens représentent une ère profondément honteuse de l'histoire du Canada. L'héritage de ces sévices a causé de profondes blessures non seulement à ceux qui ont été forcés de fréquenter ces établissements, mais aussi à notre conscience collective. Le processus de rétablissement, lorsqu'il est possible, est long

tribute to the enduring character of the harm and the need to address it. The *Indian Residential Schools Settlement Agreement* (2006) is part of that healing process.

[2] When J.W. was a young boy at a Residential School a nun touched his genitals over his clothing. He was standing in line waiting for a shower. He was wearing what he described as a “little apron”.

[3] In 2014, J.W. brought a claim for compensation in accordance with the Independent Assessment Process (IAP), the adjudicative component of the Agreement, alleging that this incident fell within the following category of abuse:

Any touching of a student, including touching with an object, by an adult employee or other adult lawfully on the premises which exceeds recognized parental contact and violates the sexual integrity of the student. [art. II]

[4] J.W.’s claim proceeded in Manitoba. The Hearing Adjudicator concluded that the “sexual” intent of the nun was an element that had to be shown by the claimant. Despite the fact that she accepted that the incident had occurred as J.W. described, the Hearing Adjudicator denied his claim because he was unable to prove the nun’s sexual intent.

[5] The issue in this appeal is whether J.W. was entitled to judicial recourse.

Background

[6] The Agreement represents the negotiated settlement of thousands of individual and class action suits filed against a number of defendants, including the Government of Canada and various churches, relating to the operation of Residential Schools.

[7] The Agreement includes a procedure for settling individual claims through an adjudicative process; provides for support services for former students; sets out a national procedure for healing,

et pénible. Mais au moins il existe un processus, et il tient compte de façon respectueuse des torts durables qui ont été causés et de la nécessité de les réparer. La *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* (2006) fait partie de ce processus de guérison.

[2] J.W. était un jeune garçon qui fréquentait un de ces pensionnats, lorsqu’une religieuse a touché ses organes génitaux par-dessus ses vêtements. Il attendait en file pour la douche. Il portait ce qu’il a appelé un [TRADUCTION] « petit tablier ».

[3] En 2014, J.W. a présenté une demande d’indemnisation conformément au Processus d’évaluation indépendant (PÉI), le volet juridictionnel de la Convention, soutenant que les actes en question entraient dans la catégorie suivante de sévices :

Tout contact physique avec un élève, avec ou sans objet, par un employé ou un autre adulte autorisé à être présent sur les lieux, qui excède les normes généralement reconnues de contact physique parental et viole l’intégrité sexuelle de l’étudiant. [art. II]

[4] La demande de J.W. a été instruite au Manitoba. L’adjudicatrice d’audition a conclu que le demandeur devait démontrer l’intention « sexuelle » de la religieuse. Même si elle a accepté que l’incident s’était produit tel que J.W. l’avait relaté, l’adjudicatrice d’audition a refusé sa demande parce qu’il n’avait pas été en mesure de démontrer l’intention sexuelle de la religieuse.

[5] La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si J.W. a droit à un recours judiciaire.

Contexte

[6] La Convention représente le règlement négocié de milliers de recours collectifs et d’actions individuelles intentés contre plusieurs défendeurs, dont le gouvernement du Canada et diverses Églises, relativement à la gestion des pensionnats indiens.

[7] La Convention prévoit une procédure de règlement des réclamations individuelles par le biais d’un processus juridictionnel. Elle prévoit également des services de soutien pour les anciens élèves, en

education and reconciliation through the Truth and Reconciliation Commission; and creates a scheme for the general implementation of public programs to recognize and commemorate the significant and lasting harms caused by the Residential Schools system.

[8] While not admitting liability, the defendants acknowledged that harms and abuses were committed against Indigenous children at these schools. The individuals in the various classes of plaintiffs and potential claimants could opt out of the Agreement and pursue their own litigation through the courts, but they could not take this route if they accepted compensation pursuant to the Agreement.

[9] Two avenues to compensation are available under the Agreement: the “common experience” payment received by all eligible former students, and individual payments awarded to claimants who establish specific compensable harms. These individual claims are adjudicated through the IAP. The rules governing these adjudications are set out in Schedule D to the Agreement.

[10] The Schedule describes which harms are compensable, what must be established by the claimant, and sets out a compensation scale. It includes both standard and complex track claims. Certain complex track claims may be referred to the courts by the Chief Adjudicator of the Indian Residential Schools Adjudication Secretariat who is generally responsible for guiding, training and assisting the adjudicators. This is the only category of claims which provides a mechanism for court access.

[11] There is a system of internal reviews. If the alleged error in an adjudicative decision is a palpable and overriding factual one, the scheme allows for one level of internal review. If the error alleged is a failure to apply the IAP Model to the facts, there are two levels of internal review available.

plus d'établir un mécanisme national de guérison, d'éducation et de réconciliation par l'entremise de la Commission de vérité et de réconciliation, ainsi qu'un mécanisme pour la mise en œuvre générale de programmes publics visant à reconnaître et à commémorer les torts graves et durables qui ont été causés par le régime des pensionnats.

[8] Sans admettre leur responsabilité, les défendeurs reconnaissent que des services et des torts ont été causés aux enfants autochtones qui ont fréquenté ces établissements. Les personnes qui entraient dans les diverses catégories de demandeurs et de demandeurs éventuels avaient la possibilité de se retirer de la Convention et d'exercer leurs propres recours devant les tribunaux, mais perdaient leur droit de s'adresser aux tribunaux si elles acceptaient une indemnité en vertu de la Convention.

[9] La Convention offre deux voies d'indemnisation : le paiement « d'expérience commune » auquel ont droit tous les anciens élèves admissibles, et les indemnités accordées aux demandeurs qui font la preuve qu'ils ont subi certains services indemnisables. Ces demandes individuelles sont tranchées par le truchement du PÉI. Les règles régissant ces demandes sont énoncées à l'annexe D de la Convention.

[10] L'annexe en question énumère les services indemnisables, ce dont le demandeur doit faire la preuve, et elle fixe un barème d'indemnisation. Elle comporte un volet ordinaire et un volet complexe. Certaines réclamations relevant du volet complexe peuvent être renvoyées aux tribunaux par l'adjudicateur en chef du Secrétariat d'adjudication des pensionnats indiens, qui est de façon générale chargé de guider, de former et d'encadrer les adjudicateurs. C'est la seule catégorie de demandes qui permet de recourir aux tribunaux.

[11] Il existe un mécanisme de révision interne. Si l'erreur dont serait entachée la décision de l'adjudicateur est une erreur de fait manifeste et dominante, le régime ne prévoit qu'un seul palier de révision interne. Si l'erreur reprochée consiste en un défaut d'appliquer le modèle du PÉI aux faits de l'affaire, on peut recourir à deux paliers de révision interne.

[12] J.W.'s claim is a standard track claim. That entitled him to an in-person hearing and the possibility of two levels of internal review. There is, however, no right of appeal to the courts.

[13] Because the Agreement constitutes the settlement of ongoing actions, judicial approval was required. The parties brought the proposed settlement to the superior courts for approval, and between December 2006 and January 2007, nine provincial and territorial superior courts approved the Agreement through Approval Orders.

[14] Ontario was the first jurisdiction to approve the Agreement, subject to certain conditions, in December 2006. In *Baxter v. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. (3d) 481 (S.C.J.), the decision accompanying the first Approval Order, Winkler R.S.J. emphasized the enduring, harmful legacy of Residential Schools which ultimately led to the Agreement:

For over 100 years, Canada pursued a policy of requiring the attendance of Aboriginal children at residential schools, which were largely operated by religious organizations under the supervision of the federal government. The children were required to reside at these institutions, in isolation from their families and communities, for varying periods of time. This policy was finally terminated in 1996 with the closing of the last of the residential schools and has now been widely acknowledged as a seriously flawed failure. *In its attempts to address the damage inflicted by, or as a result of, this long-standing policy, the settlement is intended to offer a measure of closure for the former residents of the schools and their families.*

The flaws and failures of the policy and its implementation are at the root of the allegations of harm suffered by the class members. Upon review by the Royal Commission on Aboriginal Peoples, it was found that the children were removed from their families and communities to serve the purpose of carrying out a “concerted campaign to obliterate” the “habits and associations” of “Aboriginal languages, traditions and beliefs”, in order to accomplish “a radical re-socialization” aimed at instilling the children instead with the values of Euro-centric civilization. *The proposed settlement represents an effort to provide*

[12] La demande de J.W. relève du volet ordinaire. Il avait donc droit à une audience en personne et à la possibilité de deux paliers de révision interne. Il n'avait cependant pas le droit d'interjeter appel devant les tribunaux.

[13] Puisque la Convention constitue le règlement d'actions en instance, il était nécessaire d'obtenir une approbation judiciaire. Les parties ont soumis le règlement proposé aux cours supérieures pour approbation et, en décembre 2006 et janvier 2007, neuf cours supérieures provinciales et territoriales ont approuvé la Convention par le biais d'ordonnances d'approbation.

[14] L'Ontario a été la première province à approuver la Convention, sous réserve de certaines conditions, en décembre 2006. Dans *Baxter c. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. (3d) 481 (C.S.J.), la décision accompagnant la première ordonnance d'approbation, le juge Winkler a insisté sur les séquelles durables laissées par les pensionnats indiens à l'origine de la Convention :

[TRADUCTION] Pendant plus de 100 ans, le Canada a pratiqué une politique obligeant les enfants autochtones à fréquenter des pensionnats qui étaient en grande partie gérés par des organisations religieuses sous la supervision du gouvernement fédéral. Les enfants étaient forcés de vivre dans ces établissements, isolés de leurs familles et de leurs communautés, pendant des périodes plus ou moins longues. Cette politique, dont il a depuis été largement reconnu qu'elle était un grave échec, a finalement été abolie en 1996 avec la fermeture du dernier pensionnat indien. *Par les mesures qu'il prévoit en vue de réparer les torts causés par cette politique qui a été en vigueur pendant une aussi longue période, le règlement vise à aider les anciens résidents des pensionnats et leur famille à tourner la page.*

Les lacunes et les failles de cette politique et de sa mise en œuvre sont à l'origine des allégations de sévices subis par les membres du groupe. La Commission royale sur les peuples autochtones a constaté que des enfants avaient été extirpés de leurs familles et de leurs communautés dans le cadre d'une « campagne concertée [...] pour faire disparaître les habitudes, les souvenirs, les langues, les traditions et les croyances autochtones » dans le but de réaliser un « projet de resocialisation radicale » visant à inculquer aux enfants les valeurs d'une civilisation eurocentrique. *Le règlement proposé se veut une mesure*

a measure of closure and, accordingly, has incorporated elements which provide both compensation to individuals and broader relief intended to address the harm suffered by the Aboriginal community at large. [Emphasis added; paras. 2-3.]

[15] As Winkler R.S.J. emphasized, given the goals of the Agreement, significant and ongoing judicial supervision was necessary. As he said, supervising courts must “ensur[e] that the administration and implementation of the settlement are done in a manner that delivers the promised benefits to the class members. . . . Once the court is engaged, it cannot abdicate its responsibilities” (*Baxter*, at para. 12). Additionally, “the court must be in a position to effectively evaluate the administration and the performance of the administrator and, further, be empowered to effect any changes that it finds necessary to ensure that the benefits promised under the settlement are being delivered” (para. 51).

[16] Winkler R.S.J. stressed that, as in all class actions, the courts must strive to protect the class members and ensure that the benefits they agreed to are actually delivered. In order to deliver efficient, coordinated judicial supervision of the multi-jurisdictional Agreement, he suggested that each supervising court approve a Court Administration Protocol.

[17] The Approval Orders in all other provinces were substantially similar, and stated that superior court judges were entitled to hear “Requests for Directions” with respect to the ongoing administration and implementation of the Agreement. Paragraph 31 of the Manitoba Approval Order, for example, states:

THIS COURT DECLARES that the Representative Plaintiffs, Defendants, Released Church Organizations,

concrète visant à aider les victimes à tourner la page et elle intègre par conséquent des aspects qui prévoient à la fois l’indemnisation des individus et des mesures de réparation plus larges visant à réparer les torts subis par la communauté autochtone dans son ensemble. [Italiques ajoutés; par. 2-3.]

[15] Comme le juge Winkler l’a souligné, compte tenu des objectifs de la Convention, une surveillance judiciaire continue et rigoureuse était nécessaire. Ainsi qu’il l’a déclaré, les tribunaux de surveillance doivent [TRADUCTION] « veiller à ce que l’administration et la mise en œuvre du règlement se fassent de manière à procurer les avantages promis aux membres du groupe [. . .] Une fois engagé, le tribunal ne peut se soustraire à ses obligations » (*Baxter*, par. 12). De plus, « le tribunal doit être en mesure d’évaluer efficacement la gestion et le rendement de l’administrateur et être habilité à effectuer tout changement qu’il juge nécessaire pour s’assurer que les avantages promis par le règlement sont effectivement accordés » (par. 51).

[16] Le juge Winkler a insisté sur le fait que, comme pour tout autre recours collectif, le tribunal doit s’efforcer de protéger les membres du groupe et veiller à ce que les avantages sur lesquels ils se sont entendus leur soient effectivement accordés. Afin d’assurer la surveillance judiciaire efficace et coordonnée de la Convention, qui ressortit à la compétence de plusieurs tribunaux, le juge Winkler a suggéré que chaque tribunal de surveillance approuve un protocole des tribunaux régissant l’administration de l’entente.

[17] Les ordonnances d’approbation de toutes les autres provinces étaient essentiellement semblables et prévoyaient que les juges des cours supérieures avaient le droit d’instruire des « demandes de directives » concernant l’administration et la mise en œuvre continues de la Convention. L’article 31 de l’ordonnance d’approbation du Manitoba prévoit par exemple ce qui suit :

[TRADUCTION]

LA COUR DÉCLARE que les représentants des demandeurs, les défendeurs, les organismes religieux quittancés,

Class Counsel, the National Administration Committee, or the Trustee, or such other person or entity as this Court may allow, *after fully exhausting the dispute resolution mechanisms contemplated in the Agreement, may apply to the Court for directions in respect of the implementation, administration or amendment of the Agreement* or the implementation of this judgment on notice to all affected parties, all in conformity with the terms of the Agreement. [Emphasis added.]

The inclusion of the Requests for Directions provision in the Approval Orders contemplates that recourse to the courts is possible in circumstances where all internal mechanisms have been exhausted and directions are needed about the implementation of the Agreement.

[18] The effect of the Approval Orders in the provinces was the certification of the actions as a class proceeding, subject to certain changes being made to the Agreement.

[19] By March 2007, all nine provincial and territorial jurisdictions implicated by the Agreement took the next step and implemented the Agreement by court orders. These Implementation Orders incorporated the Agreement and addressed issues relating to its administration.

[20] Notably, the Manitoba Implementation Order concludes by stating that “the Courts shall supervise the implementation of the Agreement and this order and, without limiting the generality of the foregoing, may issue such further and ancillary orders, from time to time, as are necessary to implement and enforce the provisions of the Agreement” (para. 23).

[21] As proposed by Winkler R.S.J. in *Baxter*, a Court Administration Protocol was appended to each province’s Implementation Order, stating that two Administrative Judges would be appointed to work in conjunction with the Supervising Judges from each province to oversee the administration

les avocats du recours collectif, le Comité d’administration national ou le fiduciaire, ou toute autre personne ou entité autorisée par la Cour, peuvent, *après avoir épuisé tous les mécanismes de règlement des différends prévus par la Convention, s’adresser au tribunal pour obtenir des directives sur la mise en application, l’administration ou la modification de la Convention ou la mise en œuvre du présent jugement après avis à toutes les parties concernées, le tout conformément aux modalités de la Convention.* [Italiques ajoutés.]

L’inclusion dans les ordonnances d’approbation d’une disposition relative à la possibilité de demander des directives au tribunal fait en sorte qu’il est possible de recourir aux tribunaux lorsque tous les mécanismes de règlement des différends internes ont été épuisés et qu’il est nécessaire de demander des directives au sujet de la mise en application de la Convention.

[18] Les ordonnances d’approbation qui ont été rendues dans les provinces ont eu pour effet d’attester les actions en tant que recours collectif, sous réserve de certaines modifications apportées à la Convention.

[19] En mars 2007, les neuf provinces et territoires visés par la Convention avaient tous franchi l’étape suivante et mis en œuvre la Convention au moyen d’ordonnances judiciaires. Ces ordonnances de mise en œuvre incorporaient la Convention et abordaient certaines questions concernant son administration.

[20] Fait à noter, l’ordonnance de mise en œuvre du Manitoba se termine par le passage suivant : [TRA-DUCTION] « la Cour supervisera la mise en œuvre de la Convention et de la présente ordonnance et, sans limiter la portée générale de ce qui précède, elle peut rendre les autres ordonnances et ordonnances accessoires nécessaires pour mettre en œuvre et exécuter les modalités de la Convention » (par. 23).

[21] Comme le juge Winkler l’a proposé dans la décision *Baxter*, un protocole des tribunaux régissant l’administration de la Convention a été annexé à l’ordonnance de mise en œuvre de chaque province pour préciser que deux juges administratifs seraient nommés pour travailler de concert avec les

and implementation of the Agreement. The Protocol stated that each Request for Directions brought by a party would be first made to one of the two Administrative Judges, who would then direct it to a Supervising Judge for a hearing if necessary.

[22] Supplemented by the applicable class proceedings regime in each affected province and territory, and the inherent jurisdiction of the superior courts, the Approval and Implementation Orders gave the courts broad supervisory and administrative authority in overseeing the application and implementation of the Agreement. This authority was integral to the Agreement's goal of addressing the serious harms caused by Residential Schools and was a fundamental precondition to judicial endorsement. Ongoing judicial supervision was seen to be necessary to ensure that the benefits promised to the claimants — benefits for which they relinquished their litigation rights — were delivered in accordance with the terms of the Agreement (*Baxter*, at paras. 12 and 51).

[23] This history demonstrates the foundational link between judicial supervision and the Agreement. The existence of the Agreement was contingent on judicial approval, and judicial approval, in turn, was contingent on ongoing judicial supervision.

[24] The Ontario Court of Appeal explained how this ongoing judicial supervision should be exercised in *Fontaine v. Duboff Edwards Haight & Schachter* (2012), 111 O.R. (3d) 461 (*Schachter*). The decision concerned a legal fee dispute, which came to the courts by way of a Request for Directions. While concluding that judicial review in the administrative law sense was unavailable, the Court of Appeal described the appropriate scope of judicial recourse. Rouleau J.A. acknowledged that adjudicators "cannot ignore" the provisions of the Implementation Orders, and that they must apply the relevant factors in the Agreement. But in his view, "[i]n the perhaps unlikely event that the final decision of the Chief

judges surveillants de chaque province afin de surveiller l'administration et la mise en œuvre de la Convention. Le protocole déclarait que chaque demande de directives présentée par une partie serait d'abord soumise à l'un des deux juges administratifs, qui se chargerait de la transmettre ensuite à un juge surveillant qui tiendrait au besoin une audience.

[22] Complétées par les règles de droit applicables sur les recours collectifs de tous les territoires et provinces touchés ainsi que la compétence inhérente des cours supérieures, les ordonnances d'approbation et de mise en œuvre confèrent aux tribunaux de vastes pouvoirs de surveillance et d'administration en ce qui concerne l'encadrement de l'application et de la mise en œuvre de la Convention. Ces pouvoirs faisaient partie intégrante de l'objectif de la Convention de s'attaquer aux graves séquelles laissées par les pensionnats indiens et constituaient une condition préalable fondamentale à toute approbation judiciaire. Une surveillance judiciaire continue était jugée nécessaire pour veiller à ce que les avantages promis aux demandeurs — avantages en contrepartie desquels ils avaient renoncé à leur droit de s'adresser aux tribunaux — leur soient accordés conformément aux modalités de la Convention (*Baxter*, par. 12 et 51).

[23] Ce survol historique démontre le lien fondamental qui existe entre la surveillance judiciaire et la Convention. L'existence de la Convention était subordonnée à l'approbation judiciaire, laquelle dépendait à son tour d'une surveillance judiciaire continue.

[24] La Cour d'appel de l'Ontario a expliqué, dans *Fontaine c. Duboff Edwards Haight & Schachter* (2012), 111 O.R. (3d) 461 (*Schachter*), les modalités d'exercice de cette surveillance judiciaire continue. Cet arrêt portait sur un litige relatif à des frais juridiques, dont les tribunaux avaient été saisis par le biais d'une demande de directives. Tout en concluant qu'il n'y avait pas ouverture au contrôle judiciaire au sens du droit administratif, la Cour d'appel a expliqué la portée qu'il convient de donner au recours judiciaire. Le juge Rouleau a reconnu que les adjudicateurs [TRADUCTION] « ne peuvent ignorer » les dispositions des ordonnances de mise en œuvre et qu'ils sont tenus d'appliquer les facteurs requis par la

Adjudicator reflects a failure to consider the terms of the [Agreement] and implementation orders . . . then, in my view, the parties to the [Agreement] intended that there be some judicial recourse” (para. 53). He found that this judicial recourse was necessary to ensure that the bargain the parties agreed to was respected, a critical consideration given the vulnerability of the claimants. However, he held that judicial recourse was limited to “very exceptional circumstances” because the parties intended that the implementation of the Agreement be expeditious and the Agreement aimed to achieve finality.

[25] The Ontario Court of Appeal returned to the scope of the courts’ supervisory jurisdiction in *Fontaine v. Canada (Attorney General)* (2017), 137 O.R. (3d) 90, and concluded that the “exceptional circumstances” threshold applied to IAP adjudicative decisions. Writing for the court, Sharpe J.A. held that Supervising Judges should not conduct “a detailed review of the factual findings made by the adjudicator” because that would allow judges to usurp the role of IAP review adjudicators (para. 55). Disagreement with the result reached does not amount to a failure to apply or enforce the Agreement.

[26] The British Columbia Court of Appeal also adopted the “exceptional circumstances” threshold in *N.N. v. Canada (Attorney General)* (2018), 6 B.C.L.R. (6th) 335. In that case, the majority concluded that exceptional circumstances exist if there is a “gap” in the Agreement. The inability of adjudicators to reopen concluded claims in circumstances where there was new, material evidence was one such “gap”, and therefore an “exceptional circumstance” warranting judicial intervention.

[27] The appellate authorities in Ontario and British Columbia have thus indicated that courts may

Convention. Mais selon lui, « [d]ans le cas peu probable où la décision finale de l’adjudicateur en chef révèle qu’il n’a pas tenu compte des modalités de la [Convention] et des ordonnances de mise en œuvre [. . .] les parties [à la Convention] voulaient selon moi qu’il y ait un recours judiciaire » (par. 53). Il a conclu que ce recours judiciaire était nécessaire pour s’assurer que l’entente intervenue entre les parties soit respectée, ce qui était un facteur essentiel compte tenu de la vulnérabilité des demandeurs. Il a toutefois jugé que le recours judiciaire ne pouvait être exercé que dans des « circonstances très exceptionnelles » parce que les parties souhaitaient que la mise en œuvre de la Convention soit expéditive et que la Convention vise à créer un processus juridictionnel ayant un caractère définitif.

[25] La Cour d’appel de l’Ontario s’est penchée de nouveau sur la portée du pouvoir de surveillance des tribunaux dans l’arrêt *Fontaine c. Canada (Attorney General)* (2017), 137 O.R. (3d) 90, où elle a conclu que le critère préalable des « circonstances exceptionnelles » s’appliquait aux décisions juridictionnelles rendues dans le cadre du PÉI. S’exprimant au nom de la Cour d’appel, le juge Sharpe a conclu que les juges surveillants ne devaient pas procéder à [TRADUCTION] « un examen détaillé des conclusions de fait tirées par l’adjudicateur » parce qu’ils s’arrogeraient alors le rôle des adjudicateurs de révision du PÉI (par. 55). Ce n’est pas parce que le tribunal n’est pas d’accord avec la décision qui a été rendue que la Convention n’a pas été appliquée ou exécutée.

[26] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a également adopté le critère préalable des « circonstances exceptionnelles » dans *N.N. c. Canada (Attorney General)* (2018), 6 B.C.L.R. (6th) 335. Dans cet arrêt, la majorité a conclu à l’existence de circonstances exceptionnelles si une « lacune » était constatée dans la Convention. L’impossibilité pour les adjudicateurs de rouvrir des réclamations réglées lorsqu’il existe de nouveaux éléments de preuve substantiels constituait une telle « lacune » et, partant, une « circonstance exceptionnelle » justifiant une intervention judiciaire.

[27] Les juridictions d’appel de l’Ontario et de la Colombie-Britannique se sont par conséquent dites

intervene in relation to IAP adjudications when exceptional circumstances are present, a threshold which is met if there is either a failure to apply the terms of the Agreement, including the Approval and Implementation Orders, or if there is a “gap” in the Agreement.

[28] I agree that there are compelling reasons for setting a high bar for judicial intervention in the IAP context. The parties went to significant lengths to make the Agreement a “complete code”, with specialized training for adjudicators, levels of internal review, the creation of an IAP Oversight Committee responsible for monitoring the implementation of the IAP and the absence of any provision granting court access in the context of standard track IAP decisions.

[29] On the other hand, the necessity of ongoing judicial supervision was recognized when the Agreement was approved, as noted by Winkler R.S.J. in *Baxter*.

[30] Without ongoing judicial supervision, the Agreement would not have been recognized. In overseeing the administration and implementation of the Agreement, therefore, courts have a duty to ensure that the claimants receive the benefits they bargained for. The provisions of the Approval and Implementation Orders contemplate ongoing recourse to the courts, with judges supervising the Agreement to ensure that the implementation and administration of the Agreement take place in the way the parties agreed.

[31] While the parties do not have a broad right to judicial intervention, they do have a right to the implementation of the terms of the settlement they bargained for. Judicial supervision plays a critical role in ensuring that the claimants receive the benefits that they were promised. The obligations in the Agreement must be read in light of the Agreement’s spirit — to address the “damage inflicted by, or as a result of, [Canada’s] long-standing [Residential Schools] policy” (*Baxter*, at para. 2).

d’avis que les tribunaux pouvaient intervenir à l’égard des décisions prises dans le cadre du PÉI en présence de circonstances exceptionnelles, ajoutant que ce critère préalable était rempli soit en cas de défaut d’application des modalités de la Convention, y compris des ordonnances d’approbation et de mise en œuvre, soit en cas de « lacune » constatée dans la Convention.

[28] Je conviens qu’il existe des raisons impérieuses de fixer des exigences rigoureuses pour encadrer l’intervention judiciaire dans le contexte du PÉI. Les parties se sont donné beaucoup de mal pour faire de la Convention un « code complet » en prévoyant une formation spécialisée pour les adjudicateurs, divers paliers de révision interne, la création d’un Comité de surveillance du PÉI chargé d’encadrer la mise en application du PÉI et l’absence de toute disposition accordant l’accès aux tribunaux dans le cas des décisions relevant du volet ordinaire du PÉI.

[29] En revanche, la nécessité d’une surveillance judiciaire continue a été reconnue lorsque la Convention a été approuvée, comme l’a fait remarquer le juge Winkler dans *Baxter*.

[30] Sans surveillance judiciaire continue, la Convention n’aurait pas été reconnue. Donc, lorsqu’ils supervisent l’administration et la mise en œuvre de la Convention, les tribunaux ont l’obligation de s’assurer que les demandeurs reçoivent les avantages qu’ils ont négociés. Les dispositions des ordonnances d’approbation et de mise en œuvre prévoient la possibilité de recourir de façon permanente aux tribunaux et chargent les juges de surveiller la Convention pour s’assurer que sa mise en œuvre et son administration s’effectuent conformément à l’entente intervenue entre les parties.

[31] Bien que les parties n’ait pas le droit général de s’adresser aux tribunaux, elles possèdent effectivement le droit de faire exécuter les modalités du règlement qu’elles ont négocié. La surveillance judiciaire joue un rôle essentiel pour s’assurer que les demandeurs obtiennent les avantages qui leur ont été promis. Les obligations de la Convention doivent être interprétées en fonction de l’esprit de la Convention : réparer [TRADUCTION] « les torts causés par, ou imputables à, la politique [des pensionnats indiens] qui a été en vigueur longtemps [au Canada] » (*Baxter*, par. 2).

Analysis

[32] The question in this appeal is when judges, exercising their supervisory role, should intervene in an IAP adjudication. *Schachter* provides a useful starting point — judges should intervene when there is a failure to apply or implement the terms of the Agreement. Unauthorized modifications of the Agreement are encompassed by this threshold. If an adjudicator changes the terms or requirements of the plain language of the Agreement, this will amount to a failure to apply or implement the terms of the Agreement.¹ Courts have a *duty* to ensure that the Agreement is implemented in accordance with the intentions of the parties as reflected in the Agreement’s terms. In determining whether an adjudicative decision rises to this threshold, Supervising Judges should be guided by the plain language of the Agreement, viewed in light of its remedial, benefit-conferring objectives.

[33] Given the purposes of the Agreement and the ongoing supervisory powers built into the settlement, I do not, with respect, agree with the Manitoba Court of Appeal’s decision in this case that so long as the adjudicator *refers* to the relevant sections of the IAP, there is no basis upon which a Supervising Judge can intervene, regardless of *how* these sections are interpreted or applied. Reading “apply” and “implement” so narrowly prevents any *meaningful* judicial supervision of IAP decisions. In light of the purposes of the Agreement, which include achieving “a fair, comprehensive and lasting resolution of the legacy of Indian Residential Schools” and a “promotion of healing, education, truth and reconciliation and commemoration”², such an approach reduces judicial supervision to a search for ensuring that the right section of the IAP is applied, rather than ensuring that the rights promised by the section are being delivered.

Analyse

[32] La question qui se pose en l’espèce est de savoir dans quels cas un juge exerçant sa fonction de surveillance devrait intervenir dans un dossier du PÉI. L’arrêt *Schachter* constitue un bon point de départ : le juge devrait intervenir lorsqu’il y a eu défaut d’appliquer ou de mettre en œuvre les modalités de la Convention. Les modifications non autorisées de la Convention relèvent de ce critère préalable. Si l’adjudicateur modifie les modalités ou les exigences du texte clair de la Convention, il y a défaut d’appliquer ou de mettre en œuvre les dispositions de la Convention¹. Les tribunaux ont l’*obligation* de veiller à ce que la Convention soit mise en œuvre conformément à l’intention des parties, telle que cette intention a été exprimée dans les modalités de la Convention. Pour déterminer si une décision juridictionnelle satisfait à ce critère préalable, les juges surveillants doivent s’en tenir au libellé clair de la Convention, eu égard à ses objectifs réparateurs et aux avantages qu’elle est censée procurer.

[33] Étant donné les objectifs de la Convention et les pouvoirs de surveillance continue prévus par le règlement, je ne suis, avec égards, pas d’accord avec la décision rendue en l’espèce par la Cour d’appel du Manitoba selon laquelle, dès lors que l’adjudicateur *mentionne* les articles pertinents du PÉI, rien ne permet au juge surveillant d’intervenir, peu importe *comment* ces articles sont interprétés ou appliqués. Donner une interprétation aussi étroite des termes « appliquer » et « mettre en œuvre » empêche toute *véritable* surveillance judiciaire des décisions rendues dans le cadre du PÉI. Compte tenu des objectifs de la Convention, notamment de ceux de « résoudre pour de bon et de manière juste et globale les séquelles laissées par les pensionnats indiens » et de « promouvoir la guérison, l’éducation, la vérité, la réconciliation et la commémoration »², une telle approche réduirait la surveillance judiciaire à la recherche de l’application du bon article du PÉI plutôt qu’au respect des droits garantis par l’article applicable.

¹ Adjudicators are bound by the standard for compensable wrongs and for the assessment of compensation as defined in the IAP (art. II).

² See B and C in the recitals of the Agreement.

¹ Les adjudicateurs doivent appliquer la norme relative aux services indemnisiés et celle concernant l’évaluation de l’indemnité établies par le PÉI (art. II).

² Voir points B et C de l’attenué de la Convention.

[34] While finality and expediency are important goals, it is also crucial to recognize that claimants agreed to forfeit their litigation rights by not opting out of the Agreement. Given this trade-off, it is paramount that the agreed-upon terms of the IAP Model are applied and implemented in a way that is consistent with the parties' intentions. The courts' supervisory power must permit intervention when it is necessary to ensure that the benefits promised are delivered.

[35] Judges, in short, have an ongoing duty to supervise the administration and implementation of the Agreement, including the IAP. In exercising this supervisory role in the Requests for Directions context, judges can intervene if there has been a failure to apply and implement the terms of the Agreement. In determining whether this failure exists, Supervising Judges will focus on the words of the Agreement, so that the benefits promised to the class members are delivered.

[36] In this case, J.W.'s claim fell under the IAP category "SL1.4", which is defined in the Agreement as:

Any touching of a student, including touching with an object, by an adult employee or other adult lawfully on the premises which exceeds recognized parental contact and violates the sexual integrity of the student.

[37] J.W.'s claim was rejected by the Hearing Adjudicator because, despite the fact that she believed J.W.'s account of what transpired, she was not satisfied on a balance of probabilities that the perpetrator acted with a sexual purpose when committing the act in question. This was fatal to J.W.'s case because IAP adjudicators "must be satisfied in regard to any allegation of sexual abuse that what took place was done for a sexual purpose" (para. 24). In so holding, the Hearing Adjudicator relied on this Court's decision in *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293. Sexual

[34] Bien que le caractère définitif des décisions et la célérité du processus soient des objectifs importants, il est également essentiel de reconnaître que les demandeurs ont accepté de renoncer à leur droit de s'adresser aux tribunaux en ne se retirant pas de la Convention. Vu ce compromis, il est primordial que les modalités convenues du modèle du PÉI soient appliquées et mises en œuvre conformément à l'intention des parties. Le pouvoir de surveillance des tribunaux doit permettre l'intervention judiciaire lorsque celle-ci est nécessaire pour s'assurer que les parties obtiennent effectivement les avantages qui leur ont été promis.

[35] Bref, les juges ont le devoir permanent de surveiller l'administration et la mise en œuvre de la Convention, y compris du PÉI. Lorsqu'ils exercent cette fonction de surveillance dans le cadre d'une demande de directives, les juges peuvent intervenir en cas de défaut d'appliquer et de mettre en œuvre les modalités de la Convention. Pour décider s'il y a eu pareil défaut, le juge surveillant se concentre sur le libellé de la Convention, pour que les avantages promis aux membres du groupe leur soient effectivement accordés.

[36] Dans le cas qui nous occupe, la réclamation présentée par J.W. relevait de la catégorie « SL1.4 » du PÉI, laquelle est définie comme suit dans la Convention :

Tout contact physique avec un élève, avec ou sans objet, par un employé ou un autre adulte autorisé à être présent sur les lieux, qui excède les normes généralement reconnues de contact physique parental et viole l'intégrité sexuelle de l'étudiant.

[37] La demande de J.W. a été rejetée par l'adjudatrice d'audition parce que, même si elle ajoutait foi au récit des faits de J.W., elle n'était pas convaincue selon la prépondérance des probabilités que l'auteure avait agi dans un but sexuel lorsqu'elle avait commis l'acte en question. Cette conclusion portait un coup fatal à la demande de J.W. puisque les adjudicateurs du PÉI [TRADUCTION] « doivent être convaincus, s'agissant de toute allégation d'agression sexuelle, que les actes reprochés ont été commis dans un but sexuel » (par. 24). Pour rendre cette décision,

purpose, she held, was a technical requirement of SL1.4.

[38] J.W. applied for a review of the Hearing Adjudicator's decision. The Review Adjudicator concluded that the Hearing Adjudicator did not misapply SL1.4 by requiring J.W. to establish the perpetrator's sexual purpose. J.W.'s request for re-review was similarly unsuccessful. The Re-Review Adjudicator held that the Review Adjudicator had not misapplied the IAP Model. Having exhausted his internal remedies, J.W. brought a Request for Directions to the Supervising Judge, Edmond J.

[39] The Supervising Judge, Edmond J. described his role in the following terms:

. . . I have the power to review the decision of the Re-Review Adjudicator to determine whether she failed to apply the terms of the [Agreement] and specifically the IAP Compensation Rules. I accept that this is a limited form of curial review, reserved for exceptional cases, and that I must ensure that I do not engage in rewriting the [Agreement] by effectively giving the Requestors a right of appeal and/or review for which they did not bargain. [para. 35]

Edmond J. went on to describe the standard of review for a Request for Directions as "ensuring that the Re-Review Adjudicator did not endorse a legal interpretation that is so unreasonable that it amounts to a failure to properly apply the IAP to the facts of a particular case" (para. 40).

[40] Edmond J. found three errors warranting judicial intervention: the Hearing Adjudicator replaced the words "any touching" in SL1.4 with the words "sexual touching"; the Hearing Adjudicator imported a requirement of sexual intent on the part of the perpetrator, contrary to the plain language of SL1.4; and, the Hearing Adjudicator incorrectly interpreted this Court's decision in *Chase* as requiring a sexual

l'adjudicatrice s'est fondée sur l'arrêt rendu par notre Cour dans *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293. L'adjudicatrice a estimé que le but sexuel constituait une exigence technique de la catégorie SL1.4.

[38] J.W. a demandé la révision de la décision de l'adjudicatrice d'audition. L'adjudicateur de révision a conclu que l'adjudicatrice d'audition n'avait pas mal appliqué la catégorie SL1.4 en exigeant que J.W. établisse la motivation sexuelle de l'auteure de l'acte. La demande de deuxième révision présentée par J.W. a également été rejetée. L'adjudicatrice de deuxième révision a conclu que l'adjudicateur de révision n'avait pas mal appliqué le modèle du PÉI. Après avoir épousé tous les recours internes, J.W. a présenté une demande de directives au juge surveillant, le juge Edmond.

[39] Le juge surveillant, le juge Edmond, a expliqué son rôle dans les termes suivants :

[TRADUCTION] . . . j'ai le pouvoir de réviser la décision rendue par l'adjudicatrice de deuxième révision pour décider si elle a omis d'appliquer les modalités de la [Convention] et, plus précisément, les Règles d'indemnisation du PÉI. Je reconnaiss qu'il s'agit d'une forme limitée d'examen judiciaire, réservé aux cas exceptionnels, et que je dois m'assurer de ne pas récrire la [Convention] en accordant effectivement aux demandeurs un droit d'appel et/ou de révision qu'ils n'ont pas négocié. [par. 35]

Le juge Edmond a poursuivi en expliquant que la norme de contrôle applicable dans le cas d'une demande de directives consistait à [TRADUCTION] « s'assurer que l'adjudicatrice de deuxième révision n'a pas adopté une interprétation légale qui est si déraisonnable qu'elle équivaut au défaut d'appliquer correctement le PÉI aux faits d'une affaire donnée » (par. 40).

[40] Le juge Edmond a relevé trois erreurs justifiant l'intervention judiciaire : l'adjudicatrice d'audition avait remplacé les mots « [t]out contact physique » à la catégorie SL1.4 par les mots [TRADUCTION] « contact sexuel »; l'adjudicatrice d'audition avait ajouté une exigence d'intention sexuelle de la part de l'auteure de l'acte, contrairement au libellé clair de la catégorie SL1.4; elle avait mal interprété l'arrêt

purpose as a necessary element of proving an act of sexual abuse.

[41] The Hearing Adjudicator described the question before her as “whether or not the incident was *sexual* touching which exceeded recognized parental conduct”. As Edmond J. correctly noted, there is no requirement for the impugned touching to be “sexual” in SL1.4. He also properly noted that the formulation relied upon by the Hearing Adjudicator leads to the illogical proposition that there could be sexual touching which does *not* exceed the parameters of recognized parental conduct.

[42] I agree with Edmond J. that the Hearing Adjudicator’s added requirement of “sexual” touching amounted to an unauthorized amendment to the IAP, and the improper addition of a new threshold in the language of SL1.4. This constituted a failure to apply and implement the Agreement.

[43] In describing what J.W. needed to establish in order to demonstrate that the touching violated the sexual integrity of the student, the Hearing Adjudicator also stated that “[i]n this process an adjudicator must be satisfied in regard to any allegations of sexual abuse that what took place was done for a sexual purpose”. As Edmond J. observed, nothing in the plain language of SL1.4 indicates that the sexual intent of the perpetrator is relevant and that “[c]learly, and on a simple plain-language analysis, a child’s sexual integrity can be violated without a perpetrator having any sexual intent whatsoever” (para. 48).

[44] The effect of these two errors is the same: the Hearing Adjudicator’s decision constituted an unauthorized modification of SL1.4. By substituting the phrase “any touching” with “sexual touching” and by adding a requirement of sexual intent unsupported by the language of the provision, the Hearing

Chase de notre Cour en estimant qu’il exigeait un but sexuel comme élément nécessaire à la preuve de l’agression sexuelle.

[41] Selon l’adjudicatrice d’audition, la question dont elle était saisie était [TRADUCTION] « celle de savoir si les actes reprochés constituaient des contacts *sexuels* qui excèdent les normes généralement reconnues de contact physique parental ». Comme le juge Edmond l’a fait observer à juste titre, la catégorie SL1.4. n’exige pas que le contact reproché soit d’ordre « sexuel ». Il a également signalé à bon droit que la formulation sur laquelle se fondait l’adjudicatrice menait à la proposition illogique selon laquelle il pouvait y avoir des contacts sexuels qui *n’excèdent pas* les paramètres reconnus de conduite parentale.

[42] Je suis d’accord avec le juge Edmond pour dire qu’en ajoutant l’exigence que les contacts soient « *sexuels* », l’adjudicatrice d’audition a modifié le PÉI sans y être autorisée et qu’elle a insérée de façon illégitime à la catégorie SL1.4 une nouvelle condition préalable. Cette façon d’agir constitue un défaut d’appliquer et de mettre en œuvre la Convention.

[43] Pour expliquer ce que J.W. devait établir pour démontrer que les contacts violaient l’intégrité sexuelle de l’élève, l’adjudicatrice d’audition a également déclaré : [TRADUCTION] « dans le cadre de ce processus, l’adjudicateur doit être convaincu, s’agissant de toute allégation d’agression sexuelle, que les actes reprochés ont été commis dans un but sexuel ». Comme l’a fait observer le juge Edmond, rien dans le libellé clair de la catégorie SL1.4 n’indique que l’intention sexuelle de l’auteur de l’acte est pertinente et que [TRADUCTION] « [d]e toute évidence, une analyse du libellé clair et simple de la catégorie SL1.4 montre que l’intégrité sexuelle de l’enfant peut être violée sans que l’auteur de l’acte ait eu la moindre intention sexuelle » (par. 48).

[44] L’effet des deux erreurs qu’elle a commises est le même : la décision de l’adjudicatrice d’audition constituait une modification non autorisée de la catégorie SL1.4. En remplaçant les termes « [t]out contact physique » par les mots [TRADUCTION] « contact sexuel » et en ajoutant une exigence

Adjudicator relied on additional requirements that were not agreed to by the parties. The unauthorized modifications of the IAP Model amounted to a failure to apply or implement the terms of the Agreement, warranting judicial supervisory intervention to ensure that the benefits promised in the Agreement were delivered.

d'intention sexuelle que le libellé de la disposition ne justifiait pas, l'adjudicatrice d'audition s'est fondée sur des exigences supplémentaires dont les parties n'avaient pas convenu. Les modifications non autorisées ainsi apportées au modèle du PÉI constituaient un défaut d'appliquer ou de mettre en œuvre les modalités de la Convention qui justifiait l'intervention du tribunal de surveillance pour s'assurer que les avantages promis dans la Convention sont effectivement accordés.

[45] These errors were compounded by the Hearing Adjudicator's misinterpretation of this Court's decision in *Chase*, the third and final error identified by Edmond J. *Chase* dealt with the meaning of "sexual assault" in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The Court stated that "[s]exual assault is an assault . . . which is committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated" (p. 302).

[45] L'adjudicatrice d'audition a aggravé ces erreurs en interprétant mal l'arrêt *Chase* de notre Cour. Il s'agit de la troisième et dernière erreur relevée par le juge Edmond. L'arrêt *Chase* portait sur le sens de l'expression « agression sexuelle » dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. La Cour a affirmé que « [l']agression sexuelle est une agression [...] qui est commise dans des circonstances de nature sexuelle, de manière à porter atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime » (p. 302).

[46] The facts of *Chase* were as follows. The accused was a neighbour of the complainant, a 15-year-old girl. He entered the complainant's home, where she was playing pool with her 11-year-old brother, grabbed her around her shoulders and arms, and grabbed her breasts. Eventually, the complainant and her brother were able to call another neighbour for help.

[46] Les faits de l'affaire *Chase* étaient les suivants. L'accusé était un voisin de la plaignante, une fille âgée de 15 ans. Il s'est introduit dans le domicile de la plaignante où celle-ci jouait au billard avec son frère de 11 ans. Il l'a agrippée par les épaules et les bras et lui a saisi les seins. La plaignante et son frère ont fini par téléphoner à un autre voisin pour demander de l'aide.

[47] The accused was convicted of sexual assault in Provincial Court. His appeal to the Court of Appeal of New Brunswick was dismissed, but a conviction of common assault was substituted for the sexual assault conviction. In making this substitution, the Court of Appeal held that the word "sexual" in sexual assault should be understood as referring to specific parts of the body — genitalia in particular. Body parts with "secondary sexual characteristics" — like breasts — were not encompassed by this definition.

[47] L'accusé a été reconnu coupable d'agression sexuelle en Cour provinciale. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a rejeté son appel, mais a substitué un verdict de culpabilité de voies de fait simple à sa déclaration de culpabilité pour agression sexuelle. Pour justifier cette substitution, la Cour d'appel a expliqué que le qualificatif « sexuelle » dans l'expression « agression sexuelle » devait être interprété comme visant des parties précises du corps, en particulier les organes génitaux. D'autres parties de l'anatomie ayant « des caractéristiques sexuelles secondaires » — comme les seins — ne répondraient pas à cette définition.

[48] McIntyre J., writing for this Court, rejected the view that sexual assault was confined to "contact with specific areas of the human anatomy" and

[48] Le juge McIntyre, qui s'exprimait au nom de notre Cour, a rejeté l'opinion que l'agression sexuelle se limitait au « contact avec des parties précises de

concluded that the test for sexual assault should be objective:

Applying these principles and the authorities cited, I would make the following observations. Sexual assault is an assault within any one of the definitions of that concept in s. 244(1) of the *Criminal Code* which is committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated. *The test to be applied in determining whether the impugned conduct has the requisite sexual nature is an objective one*: “Viewed in the light of all the circumstances, is the sexual or carnal context of the assault visible to a reasonable observer” (*Taylor, supra, per Laycraft C.J.A.*, at p. 269). The part of the body touched, the nature of the contact, the situation in which it occurred, the words and gestures accompanying the act, and all other circumstances surrounding the conduct, including threats which may or may not be accompanied by force, will be relevant (see S. J. Usprich, “A New Crime in Old Battles: Definitional Problems with Sexual Assault” (1987), 29 *Crim. L.Q.* 200, at p. 204.) The intent or purpose of the person committing the act, to the extent that this may appear from the evidence, may also be a factor in considering whether the conduct is sexual. If the motive of the accused is sexual gratification, to the extent that this may appear from the evidence, it may be a factor in determining whether the conduct is sexual. It must be emphasized, however, that the existence of such a motive is simply one of many factors to be considered, the importance of which will vary depending on the circumstances. [Emphasis added; p. 302.]

[49] Applied to the facts of the case, McIntyre J. concluded that there was ample evidence upon which the trial judge could have concluded that a sexual assault was committed: “[v]iewed objectively in light of all the circumstances, it is clear that the conduct of [Mr. Chase] in grabbing the complainant’s breasts constituted an assault of a sexual nature” (p. 303).

[50] *Chase*, therefore, stands for the proposition that the sexual nature of the assault is determined *objectively*. The Crown is not required to prove the accused had any *mens rea* with respect to the sexual nature of his or her behaviour (see also *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 25, per

l’anatomie » et estimé que le critère applicable en matière d’agression sexuelle devait être objectif :

Appliquant ces principes et la jurisprudence citée, je fais les observations suivantes. L’agression sexuelle est une agression, au sens de l’une ou l’autre des définitions de ce concept au par. 244(1) du *Code criminel*, qui est commise dans des circonstances de nature sexuelle, de manière à porter atteinte à l’intégrité sexuelle de la victime. *Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si la conduite reprochée comporte la nature sexuelle requise est objectif* : « Compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable peut-elle percevoir le contexte sexuel ou charnel de l’agression? » (*Taylor*, précité, le juge en chef Laycraft, à la p. 269). La partie du corps qui est touchée, la nature du contact, la situation dans laquelle cela s’est produit, les paroles et les gestes qui ont accompagné l’acte, et toutes les autres circonstances entourant la conduite, y compris les menaces avec ou sans emploi de la force, constituent des éléments pertinents (voir S. J. Usprich, « A New Crime in Old Battles : Definitional Problems with Sexual Assault » (1987), 29 *Crim. L.Q.* 200, à la p. 204.) L’intention ou le dessein de la personne qui commet l’acte, dans la mesure où cela peut ressortir des éléments de preuve, peut également être un facteur à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle. Si le mobile de l’accusé était de tirer un plaisir sexuel, dans la mesure où cela peut ressortir de la preuve, il peut s’agir d’un facteur à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle. Toutefois, il faut souligner que l’existence d’un tel mobile constitue simplement un des nombreux facteurs dont on doit tenir compte et dont l’importance variera selon les circonstances. [Italiques ajoutés; p. 302.]

[49] Appliquant ce raisonnement aux faits de cette affaire, le juge McIntyre a conclu que le juge du procès disposait d’éléments de preuve amplement suffisants pour pouvoir décider qu’une agression sexuelle avait été commise : « [s]i l’on examine de façon objective la conduite de [M. Chase] en fonction de toutes les circonstances, il est évident que le fait de mettre ses mains sur les seins de la plaignante constituait une agression de nature sexuelle » (p. 303).

[50] L’arrêt *Chase* appuie donc le principe que le caractère sexuel de l’agression est déterminé *de façon objective*. Le ministère public n’a pas besoin de prouver que l’accusé avait quelque *mens rea* que ce soit pour ce qui est de la nature sexuelle de son comportement (voir également *R. c. Ewanchuk*, [1999]

Major J.). The Hearing Adjudicator in J.W.’s case, however, improperly interpreted *Chase* as requiring the complainant to prove sexual intent. She relied upon *Chase* to read in a *mens rea* requirement that does not exist in either *Chase* or in the SL1.4 category of the IAP.

[51] I agree with Edmond J. that case law may be helpful, but it is the plain language of the Agreement that must guide an adjudicator’s reasoning process. Case law cannot be used to modify the language of the IAP, as the Hearing Adjudicator did in this case. The Hearing Adjudicator’s inaccurate interpretation of *Chase* thereby contributed to an unauthorized modification of the IAP Model. As former Chief Adjudicator Ish rightly concluded in another IAP adjudication review decision, “there is no requirement in the IAP that the actor possessed a sexual intent before liability can be found for a sexual assault”.

[52] The Agreement was entered into to address the abuses caused by the Residential Schools system and the courts’ ongoing supervision of the settlement must allow judges to intervene where necessary so as to ensure that the benefits promised by the settlement are actually delivered. In my view, Edmond J. properly identified a failure to apply the IAP Model in the adjudication of J.W.’s claim. These failures were confirmed on review and re-review. In intervening, Edmond J. did not usurp the role assigned to IAP adjudicators by re-weighing factual findings. Instead, in the face of a failure to apply the terms of the Agreement as agreed to by the parties, he intervened, remitting J.W.’s claim for re-adjudication. As such, I respectfully disagree that recourse to a “gap” in the Agreement is necessary in this case. Rather, judicial intervention was necessary in the face of an unauthorized modification of the Agreement, contrary to the intentions of the parties.

[53] The nun’s conduct in touching J.W.’s genitals not only objectively “violates the sexual integrity

1 R.C.S. 330, par. 25, le juge Major). Dans le cas de J.W., l’adjudicatrice d’audition a toutefois mal interprété l’arrêt *Chase* en croyant qu’il obligeait le plaignant à prouver l’intention sexuelle. Elle s’est fondée sur l’arrêt *Chase* pour ajouter une exigence en matière de *mens rea* que l’on ne trouve ni dans l’arrêt *Chase* ni dans la catégorie SL1.4 du PÉI.

[51] Je suis d’accord avec le juge Edmond pour dire que la jurisprudence peut être utile, mais que c’est le libellé clair de la Convention qui doit guider le raisonnement de l’adjudicateur. On ne peut recourir à la jurisprudence pour modifier le libellé du PÉI, comme l’adjudicatrice d’audition l’a fait en l’espèce. L’interprétation inexacte qu’elle a donnée de l’arrêt *Chase* a ainsi contribué à modifier sans autorisation le modèle du PÉI. Comme l’ancien adjudicateur en chef Ish l’a conclu à juste titre dans une autre décision en révision du volet juridictionnel du PÉI, [TRADUCTION] « le PÉI n’exige pas que l’auteur de l’acte ait eu une intention sexuelle avant que sa responsabilité puisse être établie dans le cas d’une agression sexuelle ».

[52] La Convention vise à corriger les sévices causés par le régime des pensionnats, et la surveillance permanente des tribunaux en ce qui concerne l’application du règlement doit permettre aux juges d’intervenir au besoin pour s’assurer que les avantages promis par le règlement sont effectivement accordés. À mon avis, le juge Edmond a conclu à juste titre que le modèle du PÉI n’avait pas été appliqué dans l’examen de la demande de J.W. Ce défaut a été confirmé lors de la révision et de la deuxième révision. En intervenant, le juge Edmond n’a pas usurpé le rôle confié aux adjudicateurs du PÉI en évaluant de nouveau les conclusions de fait. En fait, compte tenu du défaut d’appliquer les modalités de la Convention convenues par les parties, il est intervenu et a renvoyé la demande de J.W. pour nouvel examen. Par conséquent, avec égards, je ne suis pas d’accord pour dire qu’il est nécessaire de trouver une « lacune » dans la Convention en l’espèce. L’intervention judiciaire était nécessaire vu que la Convention avait fait l’objet d’une modification non autorisée, contrairement à l’intention des parties.

[53] En l’espèce, le comportement qu’a eu la religieuse en touchant les parties génitales de J.W.

of the student”, contrary to the definition of sexual abuse in category SL1.4 of the Agreement, it “exceeds recognized parental contact”. J.W.’s claim is therefore compensable within the meaning of SL1.4. This is the only tenable conclusion in light of the factual findings made by the Hearing Adjudicator. I note that the same conclusion was reached by a Reconsideration Adjudicator who re-heard — and allowed — J.W.’s claim before the Manitoba Court of Appeal’s decision was made.

[54] J.W.’s is precisely the type of compensable claim contemplated by the parties to the Agreement. Failure to correct the Hearing Adjudicator’s interpretation in this case would unacceptably undermine the whole purpose of the Agreement.

[55] I would allow the appeal with costs and reinstate the decision of the Reconsideration Adjudicator allowing J.W.’s claim, plus interest.

The reasons of Moldaver and Côté JJ. were delivered by

CÔTÉ J. —

I. Introduction

[56] Between the 1860s and the 1990s, more than 150,000 First Nations, Inuit and Métis children attended Indian Residential Schools operated by religious organizations and funded by the Government of Canada. As Canada acknowledged in its official apology, this system was intended to “remove and isolate children from the influence of their homes, families, traditions and cultures” (“Statement of Apology to former students of Indian Residential Schools” of the Right Honourable Stephen Harper on behalf of Canada, June 11, 2008 (online)). Thousands of these children experienced physical, emotional, and sexual abuse while at residential schools (*Canada (Attorney General) v. Fontaine*, 2017 SCC

non seulement « viol[ait] l’intégrité sexuelle de l’étudiant » d’une façon objective au sens de la définition de l’agression sexuelle prévue à la catégorie SL1.4 de la Convention, mais « excéd[ait] [aussi] les normes généralement reconnues de contact physique parental ». Par conséquent, la demande de J.W. donne ouverture à une indemnité au sens de la catégorie SL1.4. C’est le seul constat que l’on peut tirer des conclusions de fait de l’adjudicatrice d’audition. Je signale que l’adjudicatrice de réexamen, qui a entendu de nouveau et accueilli la demande de J.W. avant que la Cour d’appel du Manitoba ne rende sa décision, est arrivée à la même conclusion.

[54] La demande de J.W. est précisément le type de demande donnant droit à une indemnité qu’avaient en tête les parties à la Convention. Refuser de corriger l’interprétation de l’adjudicatrice d’audition en l’espèce contrecarrerait de façon inacceptable l’objectif global de la Convention.

[55] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir la décision par laquelle l’adjudicatrice de réexamen a fait droit à la demande de J.W., plus les intérêts.

Version française des motifs des juges Moldaver et Côté rendus par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Introduction

[56] À compter des années 1860 jusqu’aux années 1990, plus de 150 000 enfants — Premières Nations, Inuits et Métis — ont fréquenté des pensionnats indiens dirigés par des organismes religieux et financés par le gouvernement du Canada. Comme le Canada l’a reconnu dans ses excuses officielles, ce système avait pour objectif « [d’]isoler les enfants et [de] les soustraire à l’influence de leurs foyers, de leurs familles, de leurs traditions et leur culture » (« Présentation d’excuses aux anciens élèves des pensionnats indiens » par le très honorable Stephen Harper au nom du Canada, 11 juin 2008 (en ligne)). Des milliers de ces enfants furent victimes de sévices physiques, psychologiques et sexuels pendant leur

47, [2017] 2 S.C.R. 205 (“*SCC Records Decision*”), at para. 1).

[57] The *Indian Residential Schools Settlement Agreement* (“IRSSA”)³ was signed on May 8, 2006. It settled numerous class actions brought by former students against the Government of Canada and various religious organizations for the harms suffered at residential schools. Its purpose was to achieve a “fair, comprehensive and lasting resolution of the legacy of Indian Residential Schools” (IRSSA, preamble). In 2006 and 2007, the IRSSA was approved by courts in nine provinces and territories, which issued Approval and Implementation Orders providing for ongoing court supervision of its implementation and administration.

[58] The IRSSA is a multifaceted agreement. In addition to provisions intended to further healing, education, and reconciliation, it includes an Independent Assessment Process (“IAP”) to settle individual claims through specialized adjudication that takes place outside of the court system. Although the IAP Model contains an internal review mechanism, it does not provide a right of appeal to the courts from the decisions of IAP adjudicators.

[59] This appeal concerns the ability of the courts to review final decisions of adjudicators under the IAP Model. J.W.’s claim was denied by the initial IAP Hearing Adjudicator, and that decision was upheld at two levels of internal review. However, the supervising judge tasked with responding to a Request for Direction (“RFD”) arising from the IAP decision on J.W.’s claim disagreed with the adjudicators’ conclusions, substituted his own interpretation of the IAP Model, and remitted the matter to a first-level adjudicator for reconsideration. The Manitoba Court of Appeal overturned that decision, finding that judicial review of IAP decisions is not available

séjour dans ces pensionnats (*Canada (Procureur général) c. Fontaine*, 2017 CSC 47, [2017] 2 R.C.S. 205 (« *Décision de la CSC sur les documents* »), par. 1).

[57] La *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* (« CRRPI »³ ou « Convention ») a été signée le 8 mai 2006. Elle a réglé un grand nombre de recours collectifs intentés par d’anciens élèves contre le gouvernement du Canada et divers organismes religieux pour les sévices subis dans les pensionnats. L’objet de la CRRPI était de « résoudre pour de bon et de manière juste et globale les séquelles laissées par les pensionnats indiens » (CRRPI, préambule). En 2006 et 2007, la CRRPI a reçu l’approbation de neuf cours supérieures provinciales et territoriales, qui ont rendu des ordonnances d’approbation et de mise en œuvre prévoyant une supervision judiciaire continue de sa mise en œuvre et de son administration.

[58] La CRRPI est une convention à volets multiples. En plus de promouvoir la guérison, l’éducation et la réconciliation, elle instaure un processus d’évaluation indépendant (« PÉI »), une procédure spécialisée visant le règlement extrajudiciaire des réclamations individuelles. Bien que le régime du PÉI comporte un mécanisme de révision interne, il ne prévoit pas de droit d’appel devant les tribunaux à l’égard des décisions rendues par les adjudicateurs du PÉI.

[59] Le présent pourvoi concerne la possibilité pour les cours de justice d’intervenir à l’égard des décisions définitives rendues par des adjudicateurs dans le cadre du PÉI. La demande de J.W. a été rejetée par l’adjudicatrice du PÉI chargée de l’audition initiale, et cette décision a été confirmée à deux paliers de révision interne. Cependant, le juge superviseur chargé de traiter une demande de directives relativement à la décision concernant J.W. dans le cadre du PÉI s’est dit en désaccord avec les conclusions tirées par les adjudicateurs, a substitué sa propre interprétation du régime du PÉI à celle des adjudicateurs et a renvoyé l’affaire à un adjudicateur de premier palier pour

³ A complete list of all acronyms used in these reasons can be found in the attached Appendix.

³ Une liste complète des acronymes utilisés dans les présents motifs figure en annexe.

and that recourse to the supervising courts is available only where there has been a failure to apply the terms of the IAP Model. J.W. and his counsel (collectively the “appellants”) now appeal that result to this Court. They are asking this Court to find that decisions of IAP adjudicators are subject to judicial review pursuant to the principles of administrative law. In the alternative, they submit that the courts’ supervisory power over the implementation of the IRSSA includes the jurisdiction to review IAP decisions, and that this jurisdiction extends to the interpretation of the IAP.

[60] I would allow the appeal and reinstate the supervising judge’s order remitting J.W.’s claim for reconsideration (and I would reinstate the Reconsideration Adjudicator’s decision allowing J.W.’s claim and awarding him compensation), but for reasons that differ from those relied upon by the supervising judge. Indeed, I disagree with the supervising judge’s decision to substitute his own interpretation of the IAP Model for that of the IAP adjudicators, and I would therefore endorse the Manitoba Court of Appeal’s approach in limiting the scope of judicial recourse in respect of IAP decisions. While the courts’ supervisory jurisdiction over the implementation of the IRSSA requires them to ensure that IAP adjudicators make decisions in accordance with the terms of the IAP, the parties clearly intended the interpretation of those terms to fall within the adjudicators’ exclusive jurisdiction. Judges cannot take on the role the parties have assigned to those adjudicators.

[61] This case involves a unique situation for which the IRSSA makes no provision. The Chief Adjudicator, Indian Residential Schools Adjudication Secretariat (“Chief Adjudicator”), concedes that J.W.’s claim was wrongly decided and that the decisions made by the adjudicators in this case are “aberrant”. Despite the fact that the Chief Adjudicator represents

nouvel examen. La Cour d’appel du Manitoba a infirmé cette décision et conclu qu’il n’y avait pas ouverture au contrôle judiciaire des décisions rendues dans le cadre du PÉI et qu’il n’était possible de s’adresser à un tribunal de supervision qu’en cas de défaut d’appliquer les modalités du régime du PÉI. J.W. et son avocat (ensemble, « appelants ») se pourvoient devant la Cour à l’encontre de cette décision. Ils invitent la Cour à conclure que les décisions des adjudicateurs du PÉI sont susceptibles de contrôle judiciaire selon les principes du droit administratif. À titre subsidiaire, ils affirment que les pouvoirs de supervision des tribunaux en ce qui a trait à la mise en œuvre de la CRRPI comprennent la compétence requise pour contrôler les décisions rendues dans le cadre du PÉI et que cette compétence vise aussi l’interprétation du PÉI.

[60] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir l’ordonnance par laquelle le juge superviseur a renvoyé la demande de J.W. pour nouvel examen (et je rétablirais la décision de l’adjudicatrice de réexamen faisant droit à la demande de J.W. et lui accordant une indemnité), mais pour des motifs différents de ceux du juge superviseur. En effet, je ne suis pas d’accord avec la décision du juge superviseur de substituer sa propre interprétation du régime du PÉI à celle des adjudicateurs du PÉI, et je me rallierais plutôt à l’approche préconisée par la Cour d’appel du Manitoba, qui limiterait la portée des recours judiciaires pouvant être exercés contre les décisions rendues dans le cadre du PÉI. Bien que la compétence des tribunaux chargés de superviser la mise en œuvre de la CRRPI les oblige à s’assurer que les adjudicateurs du PÉI rendent des décisions conformes aux modalités du PÉI, les parties à la Convention souhaitaient manifestement que l’interprétation de cette dernière relève de la compétence exclusive des adjudicateurs du PÉI. Les juges ne peuvent s’arroger un rôle que les parties ont confié à ces adjudicateurs.

[61] La présente affaire implique une situation unique qui n’est visée par aucune des modalités de la CRRPI. L’adjudicateur en chef du Secrétariat d’adjudication des pensionnats indiens (« adjudicateur en chef ») admet que la décision concernant la demande de J.W. est erronée et que les décisions rendues par les adjudicateurs dans cette affaire étaient

the final level of review under the IAP scheme, he is unable to reopen the claim himself and fulfill his role under the IRSSA of ensuring consistency in the application of the IAP. It is therefore appropriate for this Court to step in, not to provide its own interpretation of the IAP Model, but to fill this procedural gap and ensure a fair outcome for J.W. that is in keeping with the purpose of the IRSSA.

II. Context

A. *Overview of the IRSSA*

(1) Indian Residential Schools Settlement Agreement

[62] The IRSSA provides for two compensation schemes: the Common Experience Payment (“CEP”) and the Independent Assessment Process. The CEP is a compensatory payment available to all eligible former students based on the number of years they attended an Indian Residential School (“IRS”). Compensation under the CEP process does not require proof of physical, sexual, or emotional harm (IRSSA, art. 5). The IAP, by contrast, is an adjudicative process created to resolve “continuing claims” for serious proven physical or sexual abuse, or other wrongful acts committed against individual students of an IRS (IRSSA, art. 6 and Sch. D; R.F. (Attorney General), at para. 9).

(2) Independent Assessment Process

[63] Schedule D of the IRSSA sets out the IAP Model. There are three categories of compensable continuing claims under the IAP: (1) sexual and physical assaults committed by adult employees of the government or a church entity that operated the residential school or other adults lawfully on school premises; (2) sexual or physical assaults committed by one student against another on school premises; and (3) any other wrongful act or acts committed by

[TRADUCTION] « aberrantes ». Bien que l’adjudicateur en chef représente le dernier palier du processus de révision interne dans le cadre du PÉI, il n’est pas en mesure de lui-même rouvrir le dossier d’une demande et de s’acquitter du rôle que lui confère la CRRPI consistant à veiller à l’application cohérente du PÉI. Il y a donc lieu pour la Cour d’intervenir, non pas pour proposer sa propre interprétation du régime du PÉI, mais pour combler cette lacune procédurale et pour assurer à J.W. une solution équitable qui est conforme à l’objet de la CRRPI.

II. Contexte

A. *Aperçu de la CRRPI*

(1) La Convention de règlement relative aux pensionnats indiens

[62] La CRRPI instaure deux régimes d’indemnisation : le Paiement d’expérience commune (« PEC ») et le Processus d’évaluation indépendant. Le PEC est un mécanisme d’indemnisation dont peuvent se prévaloir tous les anciens élèves admissibles en fonction du nombre d’années où ils ont fréquenté un pensionnat indien (« PI »). Pour avoir droit à une indemnité sous le régime du PEC, il n’est pas nécessaire de faire la preuve d’un préjudice physique, sexuel ou psychologique (CRRPI, art. 5). Le PÉI, en revanche, est un processus décisionnel instauré pour résoudre les « demandes continues » portant sur des sévices physiques ou sexuels graves, spécifiques et démontrés, ou sur d’autres actes fautifs subis individuellement par les élèves des pensionnats indiens (CRRPI, art. 6 et ann. D; m.i. (procureur général), par. 9).

(2) Le processus d’évaluation indépendant

[63] L’annexe D de la CRRPI énonce le régime du PÉI. Il existe trois catégories de demandes continues ouvrant droit à une indemnité aux termes du PÉI : (1) les agressions physiques ou sexuelles commises par un employé adulte du gouvernement ou d’une Église qui dirigeait le PI ou par tout autre adulte autorisé à être présent au pensionnat; (2) les agressions physiques ou sexuelles commises au pensionnat par un élève contre un autre élève; (3) tout autre acte

adult employees or other adults lawfully on school premises (Sch. D, art. I). Continuing claims are dealt with in detail in the IAP's Compensation Rules (art. II) and Instructions for Adjudicators (App. IX). Adjudicators are bound by the standards for compensable wrongs and for the assessment of compensation defined for the IAP (art. III). SL1.4, the provision under which J.W. brought his claim, is the first level of sexual assault under the IAP compensatory structure (art. II).

[64] IAP claims can proceed within either the standard track or the complex issues track, and all claimants are entitled to a hearing before a specially trained adjudicator (art. III(n) and (s); see also App. V). The hearing takes place in a location of the claimant's choice, and costs are paid so that the claimant can bring a support person. Counselling services are available, and cultural ceremonies are incorporated at the claimant's request (art. III(c)). These features, among others, distinguish the IAP adjudication process from a court hearing.

[65] In *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2016 BCSC 2218, [2017] 1 C.N.L.R. 104 ("Bundled RFD"), at para. 11, Brown J., the supervising judge for British Columbia, aptly described the IAP as: "(a) a post-litigation claims assessment process, (b) a contractual component of the IRSSA, arising from the parties' negotiations, and (c) a closed adjudicative process, operating under the purview of independent adjudicators without any rights of appeal or judicial review".

(3) Role of IAP Adjudicators

[66] The IAP is intended to be an inquisitorial process, requiring adjudicators to manage the hearing, draw out and test the evidence of witnesses, caucus with the parties on proposed lines of questioning, and make any factual and legal findings necessary to

fautif commis par un employé adulte ou par tout autre adulte autorisé à être présent au pensionnat (ann. D, art. I). Les demandes continues sont traitées en détail dans les Règles d'indemnisation du PÉI (art. II) et dans les Instructions aux adjudicateurs (ann. IX). Les adjudicateurs sont liés par les critères des préjudices indemnifiables et celui de l'évaluation de l'indemnité, définis dans le PÉI (art. III). La catégorie SL1.4, la catégorie invoquée par J.W. à l'appui de sa demande, correspond au premier degré d'agression sexuelle prévue par le mécanisme d'indemnisation du PÉI (art. II).

[64] Les demandes présentées dans le cadre du PÉI peuvent être traitées selon le volet ordinaire ou selon le volet complexe et tous les demandeurs ont droit à une audience devant un adjudicateur spécialement formé (art. III(n) et (s); voir également ann. V). L'audience se déroule à l'endroit choisi par le demandeur, et les frais sont payés, ce qui permet au demandeur de se faire accompagner par une personne de confiance. Des services de consultation psychosociale sont offerts et des cérémonies culturelles peuvent être intégrées aux procédures, à la demande du demandeur (art. III(c)). Ces caractéristiques font partie de ce qui distingue le processus décisionnel du PÉI d'une audience judiciaire habituelle.

[65] Dans le jugement *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2016 BCSC 2218, [2017] 1 C.N.L.R. 104 (« *Décision relative aux demandes de directives regroupées* »), par. 11, la juge Brown, la juge supervisrice pour la Colombie-Britannique, a bien expliqué en quoi consistait le PÉI, le décrivant comme : [TRADUCTION] « a) un processus d'évaluation des demandes postérieur au litige; b) un volet contractuel de la CRRPI qui résulte des négociations des parties; c) un processus décisionnel à huis clos qui relève d'adjudicateurs indépendants et qui n'est pas assorti d'un droit d'appel ou d'un contrôle judiciaire ».

(3) Le rôle des adjudicateurs du PÉI

[66] Le PÉI se veut une procédure inquisitoire qui oblige les adjudicateurs à veiller au bon déroulement de l'audience, à recueillir les témoignages et en vérifier le contenu, à rencontrer les parties pour s'entendre sur les orientations des interrogatoires et

resolve the claim. Only adjudicators can ask claimants questions and test evidence where necessary (art. III(e)). They are empowered to make binding findings on credibility, determine whether a claim has been proven, and award compensation where appropriate (art. III(a)). The IAP Model sets out in detail the procedures to be followed by adjudicators, claimants, and counsel (art. III(e) to (g)). Adjudicators are required to render a decision within 30 days for standard track hearings and within 45 days for complex track hearings. The decision must have a specific format, which is set out in App. XII of Sch. D; in particular, it must outline key factual findings and provide a rationale for the adjudicator's findings and for the compensation assessed, if any (Sch. D., art. III).

[67] Adjudicators are chosen by the unanimous agreement of a selection board appointed by the IAP Oversight Committee and composed of one representative of each of former students, plaintiffs' counsel, church entities and government (App. XIII). Recognizing that the role of adjudicator requires a unique combination of skills, the parties to the IRSSA agreed that all adjudicators must have a law degree or a combination of related training and significant experience, knowledge of and sensitivity to Aboriginal culture and history, and sexual and physical abuse issues, the ability to work with staff and participants from diverse backgrounds, knowledge of personal injury law and damages assessment, as well as a variety of competencies generally required of decision makers in adjudicative and administrative contexts (App. V; *Bundled RFD*, at para. 17). Adjudicators receive training approved by the IAP Oversight Committee and ongoing mentoring by the Chief Adjudicator and other senior adjudicators (Sch. D., art. III(s); R.F. (Chief Adjudicator), at para. 22).

à tirer les conclusions de fait et de droit nécessaires pour trancher les demandes. Seuls les adjudicateurs peuvent interroger les demandeurs et vérifier au besoin le contenu des témoignages (art. III(e)). Ils ont le pouvoir de tirer des conclusions quant à la crédibilité qui lient les parties, de se prononcer sur le bien-fondé des demandes et d'accorder le cas échéant des indemnités (art. III(a)). Le régime du PÉI expose en détail les procédures que doivent suivre les adjudicateurs, les demandeurs et les avocats (art. III(e) à (g)). L'adjudicateur doit rendre sa décision dans les 30 jours, dans le cas des audiences tenues selon le volet ordinaire, et dans un délai de 45 jours, pour ce qui est des audiences relevant du volet complexe. La décision de l'adjudicateur doit respecter un format particulier, qui figure à l'ann. XII de l'ann. D; en particulier, l'adjudicateur doit exposer ses principales conclusions de fait et les motiver et il doit justifier le montant de l'indemnité accordée, le cas échéant (ann. D, art. III).

[67] Les adjudicateurs sont choisis à l'unanimité par un jury de sélection nommé par le Comité de surveillance du PÉI et composé d'un représentant de chacun des groupes suivants : anciens élèves, avocats des demandeurs, Églises et gouvernement (ann. XIII). Reconnaissant que le rôle de l'adjudicateur exige un mélange unique d'habiletés, les parties à la CRRPI ont convenu que tous les adjudicateurs devaient posséder un diplôme en droit, ou une combinaison de formation connexe et d'expérience pertinente, ou les deux, et une connaissance de la culture et de l'histoire autochtones et des questions liées aux sévices physiques et sexuels, ainsi qu'une sensibilité à leur égard, en plus d'avoir une aptitude à travailler efficacement avec des employés et des participants de milieux variés, une connaissance du droit en matière de préjudices corporels et de l'évaluation des dommages-intérêts, et diverses compétences généralement requises de la part des décideurs œuvrant dans les milieux juridictionnels et administratifs (ann. V; *Décision relative aux demandes de directives regroupées*, par. 17). Les adjudicateurs reçoivent une formation qui est approuvée par le Comité de surveillance du PÉI, ainsi qu'un encadrement suivi de la part de l'adjudicateur en chef et des autres adjudicateurs principaux (ann. D, art. III(s); m.i. (adjudicateur en chef), par. 22).

[68] In addressing matters arising from the IAP, supervising and appellate courts have commented extensively on the expertise of IAP adjudicators. As the Ontario Court of Appeal observed in *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2016 ONCA 241, 130 O.R. (3d) 1, at p. 15, “[a]djudicators are specially trained to conduct the hearing in a way that is respectful to the claimant and conducive to obtaining a full description of his or her experience”. In *Fontaine v. Duboff Edwards Haight & Schachter*, 2012 ONCA 471, 111 O.R. (3d) 461 (“Schachter”), the Ontario Court of Appeal recognized the Chief Adjudicator’s “broad discretion” and “relative expertise” in overseeing the IAP (paras. 54 and 78). Brown J. held in *Bundled RFD* that the IAP creates “exclusive jurisdiction for independent adjudicators to manage IAP hearings, find facts, and assess IAP claims, which in turn fosters their considerable expertise” (para. 20). I would agree with Perell J., the Eastern Administrative Judge, that “[u]nder the IRSSA, the adjudicators are — as their name suggests — exercising a judicial function in accordance with the terms of the IRSSA” (*Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 4024, [2014] 4 C.N.L.R. 67, at para. 15).

(4) Internal Review of IAP Decisions

[69] Schedule D of the IRSSA provides that a party who is dissatisfied with an IAP adjudicator’s decision is entitled to a review on two grounds (see art. III(1)). First, the party may seek a review on the basis that the IAP adjudicator’s decision contains a palpable and overriding error. While claimants may seek a review on this ground in respect of decisions made in either the standard track or the complex issues track, defendants may seek such a review only in respect of those made in the complex issues track. Second, any party may ask the Chief Adjudicator or his designate to determine whether an adjudicator’s

[68] Dans le cadre de l’examen de questions émanant du PÉI, les tribunaux de supervision et les juridictions d’appel ont formulé de nombreux commentaires quant à l’expertise des adjudicateurs du PÉI. Ainsi que la Cour d’appel de l’Ontario l’a fait observer dans l’arrêt *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2016 ONCA 241, 130 O.R. (3d) 1, p. 15, [TRADUCTION] « [l]es adjudicateurs sont spécialement formés pour diriger l’audience d’une manière qui respecte le demandeur et qui permet à celui-ci de donner sa version complète des faits ». Dans l’arrêt *Fontaine c. Duboff Edwards Haight & Schachter*, 2012 ONCA 471, 111 O.R. (3d) 461 (« Schachter »), la Cour d’appel de l’Ontario a reconnu le [TRADUCTION] « vaste pouvoir discrétionnaire » et « l’expertise relative » de l’adjudicateur en chef en ce qui concerne la supervision du PÉI (par. 54 et 78). La juge Brown a déclaré, dans la *Décision relative aux demandes de directives regroupées*, que le PÉI confère [TRADUCTION] « aux adjudicateurs indépendants une compétence exclusive qui leur permet de veiller au bon déroulement des audiences du PÉI, d’établir les faits et d’évaluer les demandes présentées dans le cadre du PÉI, grâce à quoi ces derniers ont développé une expertise considérable » (par. 20). Je suis d’accord avec le juge Perell, le juge administratif de l’Est, pour dire que [TRADUCTION] « [d]ans le cadre de la CRRPI, les adjudicateurs sont — comme leur nom l’indique — chargés d’exercer des fonctions judiciaires conformément aux modalités de la CRRPI » (*Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 4024, [2014] 4 C.N.L.R. 67, par. 15).

(4) La révision interne des décisions rendues dans le cadre du PÉI

[69] L’annexe D de la CRRPI prévoit que toute partie insatisfaite de la décision d’un adjudicateur du PÉI peut exiger la révision de cette décision pour l’un ou l’autre des deux motifs prévus par la CRRPI (voir art. III(1)). Tout d’abord, une partie peut demander la révision de la décision au motif que la décision de l’adjudicateur contient une erreur manifeste et déterminante. Alors que les demandeurs peuvent invoquer ce motif pour demander la révision tant selon le volet ordinaire que selon le volet complexe, les défendeurs ne peuvent demander de révision sur ce fondement qu’en ce qui concerne les décisions rendues selon le

decision (in either track) properly applied the IAP Model.

[70] A second level of review (“re-review”) is also available on the latter ground and is to be conducted by the Chief Adjudicator or his designate. The adjudicators who conduct this type of review are designated and approved by the IAP Oversight Committee, on the recommendation of the Chief Adjudicator, “to exercise the Chief Adjudicator’s review authority” (Sch. D., art. III(r)(iii)). All such reviews are conducted on the record and without oral submissions (art. III; R.F. (Chief Adjudicator), at paras. 27-30).

[71] Neither Sch. D nor any other part of the IRSSA provides for an appeal to the courts from IAP decisions. This is in contrast with certain provisions of the IRSSA that specifically contemplate access to the courts:

- Article 4.11 provides for the creation and mandate of the National Administration Committee (“NAC”):
 - in the event of any dispute related to the appointment or service of a member of the NAC, the affected group or individual may apply to a supervising court for directions (art. 4.11(6));
 - in the event that a majority of five members of the NAC cannot be reached to resolve a dispute, the dispute may be referred by the NAC to a supervising court (art. 4.11(9));
 - the NAC may refer references from the Truth and Reconciliation Commission (“TRC”) to a supervising court for a determination (art. 4.11(12)(j));
 - the NAC must apply to one of the supervising courts for a determination with respect

volet complexe. Ensuite, toute partie peut demander à l’adjudicateur en chef ou à un adjudicateur en chef désigné de vérifier si l’adjudicateur a (selon l’un ou l’autre volet) appliqué correctement le régime du PÉI dans sa décision.

[70] Il existe par ailleurs un deuxième palier de révision (la deuxième révision) fondé sur le deuxième motif. Cette révision est effectuée par l’adjudicateur en chef ou par un adjudicateur en chef désigné. Les adjudicateurs qui procèdent à cette deuxième révision sont désignés et approuvés par le Comité de surveillance du PÉI, sur recommandation de l’adjudicateur en chef, « pour exercer le pouvoir de révision de l’adjudicateur en chef » (ann. D, art. III(r)(iii)). Ces révisions procèdent toutes à partir de la preuve documentaire et aucune représentation n’est entendue (art. III; m.i. (adjudicateur en chef), par. 27-30).

[71] On ne trouve ni à l’ann. D ni dans la CRRPI de modalités prévoyant la possibilité de porter en appel devant les tribunaux les décisions rendues dans le cadre du PÉI, ce qui contraste avec certaines dispositions de la CRRPI, qui prévoient expressément le droit de s’adresser aux tribunaux :

- L’article 4.11 prévoit la création du Comité d’administration national (« CAN ») et en définit le mandat :
 - En cas de différend entourant la nomination ou les services d’une personne comme membre du CAN, le groupe ou l’individu en cause peut s’adresser à un tribunal de supervision pour obtenir des directives (art. 4.11(6));
 - Si l’on n’arrive pas à obtenir l’appui d’une majorité de cinq membres du CAN afin de régler un différend, celui-ci pourra être soumis par le CAN à un tribunal de supervision (art. 4.11(9));
 - Le CAN peut soumettre les renvois faits par la Commission de vérité et de réconciliation (« CVR ») à un tribunal de supervision pour qu’il les tranche (art. 4.11(12)(j));
 - Le CAN doit s’adresser à un tribunal de supervision afin qu’il tranche le refus d’ajouter un

- to a refusal to add an institution as set out in art. 12.01 (arts. 4.11(12)(l) and 12.01);
- the NAC must apply to the supervising courts for orders modifying the IAP as set out in art. 6.03(3) (arts. 4.11(12)(q) and 6.03(3)); and
 - where there is a disagreement between the Trustee under the IRSSA and the NAC with respect to the terms of the Approval Orders, the NAC or the Trustee may refer the dispute to a supervising court (art. 4.11(13)).
- Article 5.09 provides for the appeal procedure for CEP applications:
 - in the event that the NAC denies an appeal from a decision on a CEP application, the applicant may apply to a supervising court for a determination (art. 5.09(2)); and
 - in exceptional circumstances, the NAC may apply to a supervising court for an order that the costs of an appeal be borne by Canada (art. 5.09(3)).
 - Article 6.03 deals with the resources to be provided to the IAP:
 - in the event that continuing claims are not processed within the timeframes set out in art. 6.03(1), the NAC may apply to the supervising courts for the necessary orders to meet those timeframes (art. 6.03(3)).
 - Article 7.01 pertains to truth and reconciliation:
 - where the NAC makes a decision on a dispute arising in respect of the TRC, either or both the implicated church organization and Canada may apply to a supervising court for a hearing *de novo* (art. 7.01(3)).
 - Article 13.08 pertains to legal fees:
 - in the event of a disagreement as to disbursement amounts, the Federal Representative établissement comme le prévoit l'art. 12.01 (art. 4.11(12)(l) et 12.01);
 - Le CAN doit demander aux tribunaux de supervision des ordonnances en vue de modifier le PÉI, conformément à l'art. 6.03(3) (art. 4.11(12)(q) et 6.03(3));
 - Lorsqu'un désaccord quant aux conditions des ordonnances d'approbation oppose le fiduciaire au CAN, l'un ou l'autre peut soumettre le désaccord à un tribunal de supervision (art. 4.11(13)).
 - L'article 5.09 prévoit la procédure d'appel des demandes faites au titre du PEC :
 - Si le CAN rejette l'appel d'une décision sur une demande faite au titre du PEC, le demandeur peut s'adresser à un tribunal de supervision afin qu'il tranche la question (art. 5.09(2));
 - Dans des circonstances exceptionnelles, le CAN peut s'adresser à un tribunal de supervision afin d'obtenir une ordonnance selon laquelle le Canada devra assumer les frais d'un appel (art. 5.09(3)).
 - L'article 6.03 traite des ressources à consacrer au PÉI :
 - Advenant que les demandes continues ne soient pas traitées dans les délais prévus à l'art. 6.03(1), le CAN peut demander aux tribunaux de supervision les ordonnances qui permettront de respecter ces délais (art. 6.03(3)).
 - L'article 7.01 a trait à la vérité et à la réconciliation :
 - À la suite d'une décision rendue par le CAN relativement à un différend concernant la CVR, l'organisme religieux en cause ou le Canada, ou encore les deux, peuvent s'adresser à un tribunal de supervision pour obtenir une nouvelle audition (art. 7.01(3)).
 - L'article 13.08 a trait aux honoraires :
 - En cas de désaccord quant au montant payable pour les débours, le représentant du

must refer the matter to a supervising court (art. 13.08(4)).

[72] Clearly, the parties did intend that there be access to the courts in specific circumstances. It is particularly noteworthy that the IRSSA provides for appeals from determinations made on CEP applications, but not from decisions under the IAP Model.

[73] The IRSSA does, however, permit IAP claimants to have their claims resolved by the courts in limited circumstances. The IAP Model provides as follows:

At the request of a Claimant, access to the courts to resolve a continuing claim may be granted by the Chief Adjudicator where he or she is satisfied that:

- there is sufficient evidence that the claim is one where the actual income loss or consequential loss of opportunity may exceed the maximum permitted by this IAP;
- there is sufficient evidence that the Claimant suffered catastrophic physical harms such that compensation available through the courts may exceed the maximum permitted by this IAP; or,
- in an other wrongful act claim, the evidence required to address the alleged harms is so complex and extensive that recourse to the courts is the more appropriate procedural approach.

In such cases, the Approval Orders will exempt the continuing claims from the deemed release, and thereafter the matter shall be addressed by the courts according to their own standards, rules and processes.

(Sch. D, art. III(b)(iii))

[74] It is important to note that this provision of the IRSSA does not allow the courts to intervene in decisions of IAP adjudicators. Rather, a claimant may opt

gouvernement fédéral doit renvoyer la question à un tribunal de supervision (art. 13.08(4)).

[72] De toute évidence, les parties souhaitaient accorder un accès aux tribunaux dans des circonstances spécifiques. Il est particulièrement intéressant de signaler que la CRRPI prévoit la possibilité d'interjeter appel des décisions rendues au sujet des demandes présentées dans le cadre du PEC, mais non des décisions rendues sous le régime du PÉI.

[73] La CRRPI permet toutefois à l'auteur d'une demande présentée dans le cadre du PÉI de faire trancher sa demande par le tribunal dans certaines circonstances limitées. Voici ce que prévoit le régime du PÉI :

Sur demande du demandeur, l'adjudicateur en chef peut permettre au demandeur de s'adresser aux tribunaux pour régler une demande continue, si ce dernier est convaincu que :

- Dans le cas d'une réclamation pour perte de revenus réelle ou perte d'occasion, une preuve suffisante établit que l'indemnité pourrait excéder le maximum permis par le PÉI;
- Dans le cas d'une réclamation pour services physiques, une preuve suffisante établit que le demandeur a subi un préjudice physique tellement grave que l'indemnité que pourrait lui octroyer un tribunal peut dépasser le maximum permis par le PÉI;
- Dans le cas d'une réclamation fondée sur un autre acte fautif, la preuve requise pour étudier le préjudice subi est à ce point complexe et vaste que le recours au tribunal est plus approprié.

Dans de tels cas, les ordonnances d'approbation auront pour effet d'exclure ces demandes continues de la quittance réputée, le tribunal devant par la suite traiter ces demandes selon ses propres critères et règles de preuve et de procédure.

(ann. D, art. III(b)(iii))

[74] Il est important de noter que cette disposition de la CRRPI ne permet pas aux tribunaux d'intervenir à l'égard des décisions des adjudicateurs du PÉI.

to have his or her claim resolved by the courts *instead of* through the IAP adjudication process where the claim is particularly complex or merits compensation exceeding the maximum permitted by the IAP.

[75] In sum, the IAP creates a closed process for the determination of claims, with one in-person hearing and two levels of internal review (*Bundled RFD*, at para. 23; *N.N. v. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335, at para. 78; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90 (“*Spanish IRS C.A.*”), at para. 53).

(5) Oversight of the IAP

[76] While the parties to the IRSSA did not provide for appeals from IAP decisions to the supervising courts, they did agree that guidance on the interpretation and application of the IAP Model can be provided by the parties themselves through the IAP Oversight Committee (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 32). The Committee is established under Sch. D and consists of a chairperson and eight other members, including former students (designated by the Assembly of First Nations and the Inuit Representatives), plaintiffs’ counsel, church entities, and government. The Committee considers proposed instructions provided by the Chief Adjudicator, prepares its own instructions, monitors the implementation of the IAP, and makes recommendations to the NAC on changes to the IAP as necessary. Instructions are subject to approval by the NAC prior to publication (IRSSA, art. 1.01; Sch. D, art. III(r)).

[77] The Chief Adjudicator is also tasked with overseeing the administration of the IAP. He is appointed by the IAP Oversight Committee, and the appointment is approved by court order. The full list of the Chief Adjudicator’s duties can be found in art. III(s) of Sch. D and includes assisting in the selection of adjudicators, ensuring consistency among

Un demandeur peut choisir de faire trancher sa demande par les tribunaux *plutôt que* par le truchement du processus décisionnel du PÉI lorsque sa demande est particulièrement complexe ou qu’elle justifie l’octroi d’une indemnité qui dépasse le maximum permis par le PÉI.

[75] En résumé, le PÉI instaure, pour le règlement des demandes, un processus fermé comportant une audience en personne et deux paliers de révision interne (*Décision relative aux demandes de directives regroupées*, par. 23; *N.N. c. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335, par. 78; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90 (« *PI de Spanish, C.A.* »), par. 53).

(5) La surveillance du PÉI

[76] Bien que les parties à la CRRPI n’aient pas prévu le droit de porter en appel devant les tribunaux de supervision les décisions rendues dans le cadre du PÉI, elles se sont entendues pour qu’elles puissent elles-mêmes se donner des directives quant à l’interprétation et l’application du régime du PÉI, par l’entremise du Comité de surveillance du PÉI (m.i. (adjudicateur en chef), par. 32). Le Comité est constitué sous le régime de l’ann. D. Il est composé d’un président et de huit membres, dont d’anciens élèves (désignés par l’Assemblée des Premières Nations et des représentants des Inuits), ainsi que d’avocats des demandeurs, d’Églises et du gouvernement. Le Comité examine les instructions proposées par l’adjudicateur en chef, prépare ses propres instructions, surveille la mise en œuvre du PÉI et formule des recommandations au CAN relativement aux modifications devant être faites au PÉI, s’il y a lieu. Les instructions sont assujetties à l’approbation du CAN avant d’être publiées (CRRPI, art. 1.01; ann. D, art. III(r)).

[77] L’adjudicateur en chef est également chargé de superviser l’administration du PÉI. Il est nommé par le Comité de surveillance du PÉI et sa nomination est approuvée par ordonnance judiciaire. Une liste détaillée des fonctions de l’adjudicateur en chef figure à l’art. III(s) de l’ann. D. Parmi ces fonctions, mentionnons celles d’assister dans la sélection des

IAP decisions by implementing training programs and administrative measures, and preparing proposed instructions for consideration by the IAP Oversight Committee to better give effect to the provisions of the IAP (art. III(s)). The Chief Adjudicator possesses broad discretion and “relative expertise” under the IAP Model and is monitored and guided by the IAP Oversight Committee (*Schachter*, at paras. 54 and 78; *Bundled RFD*, at para. 19; *N.N.*, at para. 81).

adjudicateurs, d’assurer la cohérence entre les décisions rendues dans le cadre du PÉI par la mise en œuvre de programmes de formation et de mesures administratives, et de préparer et soumettre pour examen au Comité de surveillance du PÉI des instructions pour faciliter l’application des dispositions du PÉI (art. III(s)). L’adjudicateur en chef possède de vastes pouvoirs discrétionnaires et une [TRADUCTION] « expertise relative » sous le régime du PÉI en plus d’être encadré et guidé par le Comité de surveillance du PÉI (*Schachter*, par. 54 et 78; *Décision relative aux demandes de directives regroupées*, par. 19; *N.N.*, par. 81).

(6) Current Status of the IAP

[78] As of October 31, 2018, 26,669 IAP hearings had been held, or 99.95 percent of all anticipated hearings. Of the more than 38,000 claims filed, 99 percent had been resolved. There were still 199 claims in progress, with 36 hearings scheduled for a later date, 1 hearing remaining to be scheduled, 34 claims expected to be resolved through other means and 128 claims awaiting decision. Over \$3.1 billion had been paid to successful claimants, and close to 90 percent of IAP claims that had gone to hearing or been settled had resulted in an award in favour of the claimant (Indian Residential Schools Adjudication Secretariat, *Independent Assessment Process (IAP) Statistics* (online)).

(6) Le PÉI : des statistiques récentes

[78] En date du 31 octobre 2018, 26 669 audiences avaient été tenues dans le cadre du PÉI, ce qui correspond à 99,95 p. 100 de toutes les audiences prévues. De plus, des quelque 38 000 demandes déposées, 99 p. 100 d’entre elles avaient été réglées. Cent quatre-vingt-dix-neuf (199) demandes étaient toujours en cours de traitement, dont 36 avaient une date d’audience fixée à une date ultérieure et une dont la date était à fixer, 34 dont on s’attendait à ce qu’elles puissent être réglées par d’autres mécanismes et 128 étaient en attente d’une décision. Plus de 3,1 milliards de dollars avaient été versés aux demandeurs ayant obtenu gain de cause et près de 90 p. 100 des demandes présentées dans le cadre du PÉI et ayant fait l’objet d’une audience ou d’un règlement s’étaient soldées par le versement d’une indemnité au demandeur (Secrétariat d’adjudication des pensionnats indiens, *Statistiques du Processus d’évaluation indépendant (PEI)* (en ligne)).

(7) Role of the Supervising Courts

[79] In December 2006, courts in nine provinces and territories concurrently issued reasons to certify a single national class action arising out of the residential schools system and to approve the IRSSA as a proposed settlement. The provincial and territorial superior court judges who certified the class action were designated as supervising judges. In 2007, Approval and Implementation Orders were entered in each of the nine supervising courts to give effect to the settlement (A.R., vol. I, at pp. 85-97 (“Schulman

(7) Le rôle des tribunaux de supervision

[79] En décembre 2006, des tribunaux de neuf provinces et territoires ont simultanément rendu des motifs autorisant un seul recours collectif national découlant du régime des pensionnats indiens et approuvant la CRRPI à titre de règlement proposé. Les juges des cours supérieures provinciales et territoriales qui ont certifié le recours collectif ont été désignés comme juges superviseurs. En 2007, des ordonnances d’approbation et de mise en œuvre ont été rendues par chacun de ces neuf tribunaux de supervision pour

Approval Order”); A.R., vol. I, at pp. 98-107 (“Schulman Implementation Order”). The Approval Orders incorporate by reference the terms of the IRSSA and provide that the applicable provincial and territorial class proceedings law shall apply to the supervision, operation, and implementation of the IRSSA. They further provide that the courts will supervise the implementation of the IRSSA and “may issue such orders as are necessary to implement and enforce the provisions of the Agreement and this judgment” (Schulman Approval Order, at para. 13). The Implementation Orders incorporate a Court Administration Protocol, under which an RFD may be made to a supervising court in respect of the implementation, administration, or amendment of the IRSSA or the implementation of the orders (Schulman Implementation Order, Sch. A).

[80] As this Court held in *SCC Records Decision*, the broad powers of supervising judges are both administrative and supervisory in nature and are supported by class action legislation, which provides the courts with “generous discretion to make orders and impose terms as necessary to ensure a fair and expeditious resolution of class actions” (paras. 31-32).

B. Facts

[81] The facts that gave rise to J.W.’s claim are not contested. In 2014, J.W. applied for compensation pursuant to the IAP, alleging that when he was a student at an IRS, a nun had touched his genitals over his clothing while he was waiting in line to take a shower. He argued that this incident fell within category SL1.4 of the IAP, which provides compensation for harm caused by:

Any touching of a student, including touching with an object, by an adult employee or other adult lawfully on

donner effet au règlement (d.a., vol. I, p. 85-97 (« ordonnance d’approbation du juge Schulman »); d.a., vol. I, p. 98-107 (« ordonnance de mise en œuvre du juge Schulman »)). Les ordonnances d’approbation incorporent par renvoi les modalités de la CRRPI et prévoient que les lois provinciales et territoriales applicables en matière de recours collectifs s’appliquent à la supervision, à l’application et à la mise en œuvre de la CRRPI. Elles précisent également que les tribunaux supervisent la mise en œuvre de la CRRPI et qu’ils peuvent [TRADUCTION] « rendre les ordonnances nécessaires à la mise en œuvre et à l’application des modalités de la Convention et du présent jugement » (ordonnance d’approbation du juge Schulman, par. 13). Les ordonnances de mise en œuvre comprennent le Protocole des tribunaux régissant l’administration de l’entente, aux termes duquel une demande de directives peut être soumise au tribunal de supervision quant à la mise en œuvre, l’administration ou la modification de la CRRPI et la mise en œuvre des ordonnances (ordonnance de mise en œuvre du juge Schulman, ann. A).

[80] Comme la Cour l’a indiqué dans la *Décision de la CSC sur les documents*, les vastes pouvoirs dont sont investis les juges superviseurs sont à la fois des pouvoirs administratifs et des pouvoirs de supervision, et ces pouvoirs trouvent appui dans la législation sur les recours collectifs, qui confère aux tribunaux « un vaste pouvoir discrétionnaire [...] leur permettent[ant], au besoin, de rendre des ordonnances et d’imposer des conditions afin de parvenir à un règlement juste et expéditif des recours collectifs » (par. 31-32).

B. Les faits

[81] Les faits à l’origine de la demande de J.W. ne sont pas contestés. En 2014, J.W. a présenté une demande d’indemnisation dans le cadre du PÉI en alléguant qu’alors qu’il fréquentait un PI, une religieuse avait touché ses organes génitaux par-dessus ses vêtements pendant qu’il attendait en file pour la douche. Selon lui, les actes de la religieuse entraient dans la catégorie SL1.4 du PÉI, qui prévoit le versement d’une indemnité pour les préjudices subis à la suite de :

Tout contact physique avec un élève, avec ou sans objet, par un employé ou un autre adulte autorisé à être présent

the premises which exceeds recognized parental contact and violates the sexual integrity of the student.

(Sch. D, art. II)

III. IAP Adjudication and Judicial History

A. Decision of the Hearing Adjudicator

[82] J.W.'s claim was heard on May 26, 2014, and the Hearing Adjudicator rendered her decision on April 7, 2015. While she accepted J.W.'s testimony and found that the incident had happened as described, she denied the claim as she was not satisfied on a balance of probabilities that the nun had acted with a "sexual purpose" when committing the act in question (A.R., vol. I, at p. 4). She found that IAP adjudicators "must be satisfied in regard to any allegations of sexual abuse that what took place was done for a sexual purpose" (*ibid.*), relying on *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293. In that case, which involved an accused charged with sexual assault for grabbing a girl's breasts, this Court identified the following factors to consider in determining whether the impugned conduct has the requisite sexual nature:

Sexual assault is an assault . . . which is committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated. The test to be applied in determining whether the impugned conduct has the requisite sexual nature is an objective one: "Viewed in the light of all of the circumstances, is the sexual or carnal context of assault visible to a reasonable observer". The part of the body touched, the nature of the contact, the situation in which it occurred, the words and gestures accompanying the act, and all other circumstances surrounding the conduct, including threats which may or may not be accompanied by force would be relevant. [Emphasis added; pp. 293-94.]

[83] In applying *Chase*, the Hearing Adjudicator acknowledged that the penis is a sexual organ but was not satisfied on a balance of probabilities that

sur les lieux, qui excède les normes généralement reconnues de contact physique parental et viole l'intégrité sexuelle de l'étudiant.

(ann. D, art. II)

III. Adjudication dans le cadre du PÉI et historique des procédures judiciaires

A. Décision de l'adjudicatrice d'audition

[82] La demande de J.W. a été entendue le 26 mai 2014. L'adjudicatrice d'audition a rendu sa décision le 7 avril 2015. Bien qu'elle ait accepté le témoignage de J.W. et estimé que les faits allégués s'étaient produits tels que J.W. les avait relatés, elle a refusé la demande au motif qu'elle n'était pas convaincue, selon la prépondérance des probabilités, que la religieuse avait commis l'acte reproché à des [TRADUCTION] « fins d'ordre sexuel » (d.a., vol. I, p. 4). Elle a conclu, en se fondant sur l'arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, que les adjudicateurs du PÉI « doivent être convaincus, s'agissant de toute allégation d'agression sexuelle, que les actes reprochés ont été commis à des fins d'ordre sexuel » (*ibid.*). Dans l'affaire *Chase*, qui mettait en cause un individu accusé d'avoir saisi les seins d'une jeune fille, la Cour a énoncé les facteurs suivants permettant de juger si les actes reprochés comportaient la nature sexuelle requise :

L'agression sexuelle est une agression [...] qui est commise dans des circonstances de nature sexuelle, de manière à porter atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime. Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si la conduite reprochée comporte la nature sexuelle requise est objectif : « Compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable peut-elle percevoir le contexte sexuel ou charnel de l'agression? » La partie du corps qui est touchée, la nature du contact, la situation dans laquelle cela s'est produit, les paroles et les gestes qui ont accompagné l'acte, et toutes les autres circonstances entourant la conduite, y compris les menaces avec ou sans emploi de la force, constituent des éléments pertinents. [Je souligne; p. 293-294.]

[83] Pour appliquer l'arrêt *Chase*, l'adjudicatrice d'audition a reconnu que le pénis était un organe sexuel, mais a ajouté qu'elle n'était pas convaincue,

there was a sexual purpose associated with the nun’s conduct, given the context in which the touching had occurred and J.W.’s failure to point to any evidence or circumstance to suggest such a purpose (A.R., vol. I, at pp. 4-5). Ultimately, she interpreted SL1.4 as including sexual purpose as one of its “technical requirements” and found that J.W. had not met the burden of proof in this regard (p. 5).

B. Decision of the Review Adjudicator

[84] The appellants applied for a review of the Hearing Adjudicator’s decision. In a decision dated July 5, 2015, the Review Adjudicator concluded that the Hearing Adjudicator had not misapplied the IAP by requiring J.W. to prove sexual purpose and that the decision therefore fell within a range of reasonable outcomes (A.R., vol. I, at p. 11). In his analysis, the Review Adjudicator purported to apply the decision rendered by former Chief Adjudicator Ish in another similar IAP claim, which I shall refer to as the “B” decision and which is considered to be a seminal decision in the IAP context (Transcript, at pp. 74, 76 and 82). In applying that decision, the Review Adjudicator stated that “the former Chief Adjudicator determined that both of these categories of SL1 abuse require an objective analysis of the effect on the victim . . . and an objective analysis of the intent of the actor to commit a sexual assault” (A.R., vol. I, at p. 9 (emphasis in original)). Viewing the claim through this lens, the Review Adjudicator found that the Hearing Adjudicator had properly applied the *Chase* factors and had not misapplied the IAP Model by evaluating the perpetrator’s sexual motivation or lack thereof (p. 10).

C. Decision of the Re-Review Adjudicator

[85] The appellants sought a review of the Review Adjudicator’s decision. On November 22, 2015, the

selon la prépondérance des probabilités, que l’on pouvait associer des fins d’ordre sexuel aux agissements de la religieuse, compte tenu du contexte dans lequel les attouchements avaient eu lieu et de l’incapacité de J.W. de citer des éléments de preuve ou des circonstances permettant de conclure à la présence de telles fins (d.a., vol. I, p. 4-5). En fin de compte, elle a interprété les fins d’ordre sexuel comme étant une des [TRADUCTION] « exigences techniques » de la catégorie SL1.4 et a conclu que J.W. ne s’était pas acquitté du fardeau de la preuve qui lui incombait à cet égard (p. 5).

B. Décision de l’adjudicateur de révision

[84] Les appellants ont demandé la révision de la décision de l’adjudicatrice d’audition. Dans une décision datée du 5 juillet 2015, l’adjudicateur de révision a conclu que l’adjudicatrice d’audition n’avait pas mal appliqué le PÉI en obligeant J.W. à prouver les fins d’ordre sexuel. L’adjudicateur de révision a par conséquent conclu que la décision appartenait aux issues raisonnables (d.a., vol. I, p. 11). Dans son analyse, l’adjudicateur de révision se proposait d’appliquer la décision rendue par l’ancien adjudicateur en chef Ish à l’égard d’une demande similaire présentée dans le cadre du PÉI (que j’appellerai la décision « B ») et qui est considérée comme une décision de principe s’agissant du PÉI (transcription, p. 74, 76 et 82). En appliquant cette décision, l’adjudicateur de révision a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « . . . l’ancien adjudicateur en chef a déclaré que ces deux catégories de sévices visées à la catégorie SL1 commandent une analyse objective de leurs conséquences sur la victime [. . .] et une analyse objective de l’intention de l’auteur de l’acte de commettre une agression sexuelle » (d.a., vol. I, p. 9 (souligné dans l’original)). Abordant la demande sous cet angle, l’adjudicateur de révision a conclu que l’adjudicatrice d’audition avait correctement appliqué les facteurs de l’arrêt *Chase* et qu’elle n’avait pas mal appliqué le régime du PÉI lorsqu’elle a évalué la présence ou l’absence de motivation sexuelle chez l’auteure de l’acte (p. 10).

C. Décision de l’adjudicatrice de deuxième révision

[85] Les appellants ont demandé la révision de la décision de l’adjudicateur de révision. Le 22 novembre

Re-Review Adjudicator upheld the review decision, finding that the Review Adjudicator had conducted his review correctly and had not misapplied the IAP Model (A.R., vol. I, at p. 18). She found that the Review Adjudicator had properly considered the question of whether sexual purpose should be taken into consideration when assessing claims under SL1.4: “[t]he Reviewing Adjudicator correctly noted that former Chief Adjudicator Ish found that both the first and fourth categories of SL1 abuse require an objective analysis of the effect of the touching upon the victim and as well as an objective analysis of the intent of the perpetrator” (p. 16 (footnote omitted)). She ultimately found no fault with the Review Adjudicator’s application of the IAP Model, concluding that he had completed a “thorough and thoughtful review” of the Hearing Adjudicator’s decision (p. 18).

D. *Manitoba Court of Queen’s Bench (Edmond J.), 2016 MBQB 159, [2016] 4 C.N.L.R. 23*

[86] The appellants subsequently filed an RFD with the Manitoba supervising court under the IRSSA Court Administration Protocol, taking the position that “J.W. was wrongly denied compensation in the IAP as a result of the failure of adjudicators in the IAP to enforce the provisions of the [IRSSA]” (A.R., vol. II, at p. 2).

[87] Faced with the appellants’ RFD, Edmond J., the supervising judge for Manitoba, observed that his ongoing supervisory jurisdiction over IAP adjudication decisions was based on: (1) the inherent jurisdiction of a superior court; (2) Manitoba’s class proceedings legislation; (3) the Manitoba Court of Queen’s Bench’s Approval Order and Implementation Order of March 2007; and (4) the express terms of the IRSSA itself (Man. Q.B. Reasons, at para. 25). Edmond J. also accepted that the principles laid down by the Ontario Court of Appeal in *Schachter* were the starting point in considering the

2015, l’adjudicatrice de deuxième révision a confirmé la décision de révision en concluant que l’adjudicateur de révision avait effectué sa révision correctement et n’avait pas mal appliqué le régime du PÉI (d.a., vol. I, p. 18). Elle a conclu que l’adjudicateur de révision avait bien examiné la question de savoir s’il fallait tenir compte des fins d’ordre sexuel lors de l’examen des demandes présentées au titre de la catégorie SL1.4 : [TRADUCTION] « [l’]adjudicateur de révision a fait observer à juste titre que l’ancien adjudicateur en chef Ish avait conclu que la première et la quatrième catégories de sévices prévus à la catégorie SL1 commandaient une analyse objective des conséquences des attouchements sur la victime, ainsi qu’une analyse objective de l’intention de l’auteur de l’acte » (p. 16 (note en bas de page omise)). Ultimement, l’adjudicatrice de deuxième révision n’a relevé aucune erreur dans la façon dont l’adjudicateur de révision avait appliqué le régime du PÉI, estimant qu’il avait effectué « une révision approfondie et réfléchie » de la décision de l’adjudicatrice d’audition (p. 18).

D. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba (le juge Edmond), 2016 MBQB 159, [2016] 4 C.N.L.R. 23*

[86] Les appels ont par la suite déposé une demande de directives devant le tribunal de supervision du Manitoba en vertu du Protocole des tribunaux régissant l’administration de l’entente de la CRRPI, en faisant valoir que [TRADUCTION] « J.W. s’est vu refuser à tort une indemnité dans le cadre du PÉI par suite du défaut des adjudicateurs du PÉI d’appliquer les dispositions de la [CRRPI] » (d.a., vol. II, p. 2).

[87] Saisi de la demande de directives des appels, le juge Edmond, le juge superviseur du Manitoba, a fait observer qu’il tirait ses pouvoirs de supervision continue à l’égard des décisions d’adjudication rendues dans le cadre du PÉI des sources suivantes : (1) la compétence inhérente d’une cour supérieure; (2) la législation manitobaine sur les recours collectifs; (3) l’ordonnance d’approbation et l’ordonnance de mise en œuvre prononcées par la Cour du Banc de la Reine du Manitoba en mars 2007; (4) les modalités expresses de la CRRPI (motifs de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, par. 25). Le

jurisdiction of the courts to review decisions of re-review adjudicators under the IAP.

[88] After discussing *Schachter* and subsequent jurisprudence dealing with the scope of the review powers afforded to supervising courts, Edmond J. concluded that IAP adjudicators “have a duty to enforce the terms of the IRSSA and in doing so, they do not have jurisdiction to apply an unreasonable interpretation to the terms of the IRSSA in determining whether a compensable claim has been made out” (para. 33). He considered *Fontaine et al. v. Canada (Attorney General) et al.*, 2014 MBQB 200, 311 Man. R. (2d) 17, *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2015 ABQB 225, [2015] 4 C.N.L.R. 69, and *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 4326, [2016] 4 C.N.L.R. 40 (“Spanish IRS S.C.”), and came to the following conclusion regarding his jurisdiction to review IAP decisions (at para. 35):

. . . I have the power to review the decision of the Re-Review Adjudicator to determine whether she failed to apply the terms of the IRSSA and specifically the IAP Compensation Rules. I accept that this is a limited form of curial review, reserved for exceptional cases, and that I must ensure that I do not engage in rewriting the IRSSA by effectively giving the Requestors a right of appeal and/or review for which they did not bargain.

[89] Edmond J. identified the standard of review on an RFD concerning an IAP decision as “ensuring that the Re-Review Adjudicator did not endorse a legal interpretation that is so unreasonable that it amounts to a failure to properly apply the IAP to the facts of a particular case” (para. 40). In applying this standard, Edmond J. determined that, in this case, “the fact finding process used by the Adjudicator involved a failure to apply the IRSSA’s terms and those of the IAP” and that thereafter there had been “a failure to correct that non-compliance through review or re-review” (para. 42). In his view,

juge Edmond a également accepté que les principes énoncés par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Schachter* constituaient le point de départ lorsqu’il s’agit d’analyser la compétence des tribunaux en matière de contrôle des décisions des adjudicateurs de deuxième révision dans le cadre du PÉI.

[88] Après avoir examiné l’arrêt *Schachter* et la jurisprudence ultérieure relative à l’étendue des pouvoirs de contrôle conférés aux tribunaux de supervision, le juge Edmond a conclu que les adjudicateurs du PÉI [TRADUCTION] « ont l’obligation d’appliquer les modalités de la CRRPI et que, pour ce faire, il ne leur est pas loisible d’appliquer une interprétation déraisonnable des modalités de la CRRPI pour décider si une demande ouvrant droit à indemnisation a été présentée » (par. 33). Le juge Edmond s’est penché sur les décisions *Fontaine et al c. Canada (Attorney General) et al*, 2014 MBQB 200, 311 Man. R. (2d) 17, *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2015 ABQB 225, [2015] 4 C.N.L.R. 69, et *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 4326, [2016] 4 C.N.L.R. 40 (« PI de Spanish, C.S. »), et il est arrivé à la conclusion suivante en ce qui concerne sa compétence en matière de contrôle des décisions rendues dans le cadre du PÉI (par. 35) :

[TRADUCTION] . . . j’ai le pouvoir de réviser la décision rendue par l’adjudicatrice de deuxième révision pour décider si elle a omis d’appliquer les modalités de la CRRPI et, plus précisément, les Règles d’indemnisation du PÉI. Je reconnaiss qu’il s’agit d’une forme limitée d’examen judiciaire, réservé aux cas exceptionnels, et que je dois m’assurer de ne pas réécrire la CRRPI en accordant effectivement aux demandeurs un droit d’appel et/ou de révision qu’ils n’ont pas négocié.

[89] Le juge Edmond a énoncé la norme de contrôle applicable dans le cas d’une demande de directives concernant une décision rendue dans le cadre du PÉI en précisant qu’elle consistait à [TRADUCTION] « s’assurer que l’adjudicatrice de deuxième révision n’a pas adopté une interprétation légale qui est si déraisonnable qu’elle équivaut au défaut d’appliquer correctement le PÉI aux faits d’une affaire donnée » (par. 40). Pour appliquer ce critère, le juge Edmond a conclu qu’en l’espèce, « dans sa constatation des faits, l’adjudicatrice a omis d’appliquer les modalités de la CRRPI et celles du PÉI » et que, par

the Hearing Adjudicator's interpretation of the compensable sexual abuse provision in the IRSSA was "fundamentally inconsistent" with the plain language of the provision and with the general criminal law jurisprudence regarding sexual assault, and the Review Adjudicator and Re-Review Adjudicator had erred in upholding that interpretation. Thus, Edmond J. found that the interpretation was "simply not reasonable", for three reasons (para. 44). First, the Hearing Adjudicator had replaced the words "any touching" in SL1.4 with the words "sexual touching", which was not a reasonable formulation of the test to be applied (para. 45). Second, she had imported a requirement of sexual purpose on the part of the perpetrator, contrary to the plain language of SL1.4 (para. 46). Finally, she had incorrectly interpreted *Chase* as requiring a sexual purpose as a necessary element of proving an act of sexual abuse (para. 47).

[90] As a result, Edmond J. ordered that J.W.'s claim be sent back to a first-level IAP adjudicator for reconsideration.

E. *Decision of the Reconsideration Adjudicator*

[91] On September 30, 2016, the Reconsideration Adjudicator decided in J.W.'s favour (A.R., vol. II, at pp. 143-61). In evaluating J.W.'s claim, she relied on the decision rendered by Adjudicator Ross in File No. T-12783, a claim involving similar facts. She stated the following, at para. 46:

... [Adjudicator Ross] correctly pointed out that in *Chase*, the test was determined to be an objective one which considers general intent. That is, while a perpetrator's sexual gratification may be taken into account, neither carnal intent or sexual gratification are necessary criteria in order to prove the sexual assault. . . .

la suite, « ce problème n'a pas été corrigé lors de la révision ou de la deuxième révision » (par. 42). À son avis, l'interprétation par l'adjudicatrice d'audition de la disposition de la CRRPI portant sur les services sexuels indemnifiables était « fondamentalement incompatible » avec le libellé clair de cette disposition, ainsi qu'avec la jurisprudence générale du droit pénal concernant l'agression sexuelle, et l'adjudicateur de révision ainsi que l'adjudicatrice de deuxième révision avaient commis une erreur en confirmant cette interprétation. Le juge Edmond a par conséquent conclu que l'interprétation retenue n'était « tout simplement pas raisonnable », et ce, pour trois motifs (par. 44). D'abord, l'adjudicatrice d'audition avait remplacé les mots « tout contact physique » à la catégorie SL1.4 par les mots « contact sexuel », ce qui ne correspondait pas à une formulation raisonnable du test applicable (par. 45). Ensuite, l'adjudicatrice d'audition avait ajouté une exigence selon laquelle l'auteur de l'acte devait avoir agi à des fins d'ordre sexuel, ce qui va à l'encontre du libellé clair de la catégorie SL1.4 (par. 46). Enfin, elle avait mal interprété l'arrêt *Chase* en estimant qu'il exigeait que des fins d'ordre sexuel soient établies pour qu'une agression sexuelle soit prouvée (par. 47).

[90] Par conséquent, le juge Edmond a ordonné que la demande de J.W. soit renvoyée à un adjudicateur de premier palier du PÉI pour être examinée de nouveau.

E. *Décision de l'adjudicatrice de réexamen*

[91] Le 30 septembre 2016, l'adjudicatrice de réexamen a tranché en faveur de J.W. (d.a., vol. II, p. 143-161). Pour évaluer la demande de J.W., elle s'est fondée sur la décision rendue par l'adjudicatrice Ross dans le dossier n° T-12783, une demande qui portait sur des faits similaires. Elle a déclaré ce qui suit au par. 46 :

[TRADUCTION] . . . [L'adjudicatrice Ross] a souligné à juste titre que, dans l'arrêt *Chase*, la Cour avait conclu que le test applicable était un test objectif qui tient compte de l'intention générale. Autrement dit, bien que l'on puisse tenir compte de la gratification sexuelle que retire l'auteur de l'acte, ni l'intention charnelle ni la gratification sexuelle ne sont des critères essentiels pour prouver l'agression sexuelle. . . .

[92] The Reconsideration Adjudicator also referred to Chief Adjudicator Ish's "B" decision mentioned earlier, particularly his conclusion that "both fondling and violation of sexual integrity categories of SL1 are measured on an objective basis and may not rely on the subjective feelings of the claimant or the subjective intent of the perpetrator" (A.R., vol. II, at p. 153, fn. 12). After considering the *Chase* factors and the analysis conducted by Adjudicator Ross in her decision in File No. T-12783 (including her reliance on Chief Adjudicator Ish's decision), the Reconsideration Adjudicator found that J.W. had proven on a balance of probabilities that the requirements of SL1.4 had been met, and awarded him \$12,720 in compensation (p. 161).

[93] Before the reconsideration decision was implemented, the Attorney General of Canada ("Attorney General") appealed the supervising judge's decision to the Manitoba Court of Appeal, and obtained an order from the supervising judge staying the original order sending J.W.'s claim back for reconsideration (A.R., vol. II, at p. 162).

F. *Manitoba Court of Appeal (Monnin, Beard and leMaistre JJ.A.), 2017 MBCA 54, 413 D.L.R. (4th) 521*

[94] The Manitoba Court of Appeal unanimously allowed the Attorney General's appeal on the basis that the supervising judge had exceeded his jurisdiction under the IRSSA. Beard J.A. began by noting that the issue of the supervising judge's jurisdiction over J.W.'s RFD was a question of law to be reviewed on a correctness standard (para. 24). She endorsed the approach taken in *Schachter* and affirmed that there is no right to appeal or to seek judicial review of IAP decisions. Judicial recourse in relation to the IAP is available only in "very exceptional circumstances" (paras. 36-37). She emphasized the distinction between failure to apply the terms of the IRSSA or the Implementation Orders, on the one hand, and the incorrect or unreasonable interpretation or application of those terms, on the other

[92] L'adjudicatrice de réexamen a également mentionné la décision « B » de l'adjudicateur en chef Ish, décision dont il a été question précédemment, notamment sa conclusion portant que [TRADUCTION] « les catégories relatives aux attouchements et à l'atteinte à l'intégrité sexuelle prévues à la catégorie SL1 sont mesurées de façon objective et ne peuvent reposer sur les perceptions subjectives du demandeur ou les intentions subjectives de l'auteur de l'acte » (d.a., vol. II, p. 153, note 12). Après avoir examiné les facteurs de l'arrêt *Chase* et l'analyse de l'adjudicatrice Ross dans le dossier n° T-12783 (y compris le fait pour cette dernière de s'être appuyée sur la décision de l'adjudicateur en chef Ish), l'adjudicatrice de réexamen a conclu que J.W. avait établi, selon la prépondérance des probabilités, qu'il avait été satisfait aux exigences énoncées à la catégorie SL1.4, et elle lui a accordé une indemnité de 12 720 \$ (p. 161).

[93] Avant que la décision de réexamen ne soit mise en œuvre, le procureur général du Canada (« procureur général ») a porté en appel la décision du juge superviseur devant la Cour d'appel du Manitoba et a obtenu du juge superviseur une ordonnance sursoyant à l'exécution de l'ordonnance initiale renvoyant la demande de J.W. pour réexamen (d.a., vol. II, p. 162).

F. *Cour d'appel du Manitoba (les juges Monnin, Beard et leMaistre), 2017 MBCA 54, 413 D.L.R. (4th) 521*

[94] La Cour d'appel du Manitoba a accueilli à l'unanimité l'appel interjeté par le procureur général, au motif que le juge superviseur avait outrepassé la compétence que lui conférait la CRRPI. La juge Beard a tout d'abord fait observer que la compétence du juge superviseur à l'égard de la demande de directives de J.W. était une question de droit assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte (par. 24). Elle a fait sienne la démarche suivie dans l'arrêt *Schachter* et confirmé qu'il n'existait aucun droit d'appel ou de contrôle judiciaire des décisions rendues dans le cadre du PÉI. Selon elle, il ne serait possible d'exercer un recours judiciaire sous le régime du PÉI que dans des [TRADUCTION] « circonstances très exceptionnelles » (par. 36-37). Elle a souligné la distinction qu'il convenait d'établir entre, d'une

(para. 42). Only the former falls within those “very limited circumstances in which a party can have recourse to the courts” (*ibid.*).

[95] Beard J.A. went on to find that a supervising judge is not entitled to assume the role of a review adjudicator (para. 43). The mere fact that a supervising judge disagrees with an adjudicator’s decision does not mean that the adjudicator failed to enforce the IRSSA or apply the IAP Model, and as such does not allow the judge to intervene. This reasoning applies regardless of whether there is disagreement with an adjudicator’s findings of fact, interpretation of the terms of the IAP or application of those terms to the facts (*ibid.*). Overall, Beard J.A. agreed with the Attorney General’s position that the IRSSA is a “complete code” that “limits access to the courts”, with no right of appeal or judicial review of any re-review adjudication decision (para. 48).

[96] Applying these principles to J.W.’s claim, Beard J.A. held that the supervising judge in the present case had erred in modifying the scope of the courts’ jurisdiction as set out in *Schachter* by finding that he had jurisdiction to consider whether the Hearing Adjudicator had erred in her interpretation of the terms of the IAP. While adjudicators cannot refuse or fail to apply the terms of the IRSSA, they are entitled to interpret those terms, which is part of their adjudicative role. Interpreting those terms, “even if unreasonably, does not constitute a failure to consider the IRSSA and the IAP model within the [*Schachter*] parameters of jurisdiction” (para. 51). The supervising judge had erred in carrying out the same function that would be carried out on an appeal from an IAP decision and in focusing on the adjudicator’s interpretation of the IAP rather than on whether the adjudicator had considered the correct terms (paras. 52-53). His interpretation of the supervising courts’ jurisdiction would make judicial intervention available in many, rather than limited

part, le défaut d’appliquer les modalités de la CRRPI ou des ordonnances de mise en œuvre et, d’autre part, l’interprétation ou l’application incorrecte ou déraisonnable de ces modalités (par. 42). Seul le défaut d’appliquer relèverait des « circonstances très limitées dans lesquelles une partie pourrait avoir recours aux tribunaux » (*ibid.*).

[95] La juge Beard a ensuite conclu que les juges superviseurs n’ont pas le droit d’assumer le rôle d’adjudicateur de révision (par. 43). Le simple fait de ne pas être d’accord avec la décision d’un adjudicateur ne signifie pas que ce dernier a omis de mettre en œuvre la CRRPI ou d’appliquer le régime du PÉI. Les juges ne peuvent donc pas intervenir à ce titre. Ce raisonnement s’applique, peu importe que le désaccord porte sur les conclusions de fait tirées par l’adjudicateur, son interprétation des modalités du PÉI ou son application des modalités aux faits (*ibid.*). Dans l’ensemble, la juge Beard a souscrit à la thèse du procureur général suivant laquelle la CRRPI est un « code complet limitant l’accès aux tribunaux » qui ne prévoit aucun droit d’appel ou de contrôle judiciaire relativement aux décisions rendues par les adjudicateurs de deuxième révision (par. 48).

[96] Appliquant ces principes à la demande de J.W., la juge Beard a conclu que le juge superviseur avait, en l’espèce, commis une erreur en modifiant l’étendue de la compétence du tribunal énoncée dans l’arrêt *Schachter* lorsqu’il a conclu qu’il avait compétence pour examiner la question de savoir si l’adjudicatrice d’audition avait commis une erreur dans son interprétation des modalités du PÉI. Même si l’adjudicateur ne peut refuser ou omettre d’appliquer les modalités de la CRRPI, il a le droit de les interpréter, et cela relève de ses fonctions décisionnelles. L’interprétation de ces modalités, « même si elle est déraisonnable, ne constitue pas un défaut de tenir compte de la CRRPI et du régime du PÉI selon les paramètres de la compétence établis dans l’arrêt [*Schachter*] » (par. 51). Le juge superviseur avait commis une erreur en exerçant la même fonction que celle qui l’aurait été dans un appel de la décision prise dans le cadre du PÉI et en se concentrant sur l’interprétation que l’adjudicatrice avait faite du PÉI, au lieu de se demander si l’adjudicatrice avait

or exceptional, cases. Moreover, such an approach would undermine the IRSSA's objective of ensuring the timely resolution of disputes (para. 62).

[97] Beard J.A. found that the supervising judge's jurisdiction was limited to determining whether the Hearing Adjudicator had implemented the provisions of the IAP in the narrow sense of determining whether she had considered the correct terms. Once it was determined that the Hearing Adjudicator had considered category SL1.4, Edmond J.'s jurisdiction ended and he should have dismissed the RFD (para. 72). As a result, his order was set aside and the Re-Review Adjudicator's decision was reinstated (A.R., vol. I, at p. 83).

IV. Issues

[98] While the appellants have raised several inter-related questions, the appeal ultimately turns on the following two issues:

1. Is judicial review of the decisions of IAP adjudicators available?
2. If judicial review is not available, what is the scope of the judicial recourse available to parties seeking intervention by the supervising courts in decisions rendered under the IAP?

V. Analysis

[99] To be clear, I would emphasize that there is a distinction between the availability of judicial *review* based on the principles of administrative law and the availability of judicial *recourse* as a result of the courts' ongoing supervisory jurisdiction over the implementation and administration of the IRSSA.

examiné les bonnes modalités du PÉI (par. 52-53). Son interprétation de la compétence des tribunaux de supervision donnerait ouverture à une intervention judiciaire dans une foule de situations, plutôt que dans des cas limités ou exceptionnels. En outre, une telle approche irait à l'encontre de l'objectif de la CRRPI consistant à veiller au règlement rapide des différends (par. 62).

[97] La juge Beard a conclu que la compétence du juge superviseur se limitait à juger si l'adjudicatrice d'audition avait mis en œuvre les dispositions du PÉI en s'en tenant strictement à la question de savoir si elle s'était penchée sur les bonnes modalités. Dès lors qu'il avait conclu que l'adjudicatrice d'audition avait examiné la catégorie SL1.4, le juge Edmond n'avait plus compétence et il aurait dû rejeter la demande de directives (par. 72). Par conséquent, l'ordonnance du juge Edmond a été annulée et la décision de l'adjudicatrice de deuxième révision a été rétablie (d.a., vol. I, p. 83).

IV. Questions en litige

[98] Bien que les appellants aient soulevé plusieurs questions interrelées, le présent pourvoi se résume essentiellement aux deux questions suivantes :

1. Les décisions rendues par les adjudicateurs dans le cadre du PÉI sont-elles susceptibles de contrôle judiciaire?
2. Dans la négative, quelle est l'étendue des recours judiciaires que peuvent exercer les parties qui cherchent à faire intervenir les tribunaux de supervision à l'égard des décisions rendues dans le cadre du PÉI?

V. Analyse

[99] Pour dissiper toute équivoque, je tiens à insister sur la distinction qui existe entre la possibilité de se pourvoir en *contrôle* judiciaire selon les principes du droit administratif et celle d'exercer un *recours* judiciaire trouvant sa source dans le pouvoir de supervision continue des tribunaux en ce qui concerne la mise en œuvre et l'administration de la CRRPI.

A. Availability of Judicial Review

[100] The appellants submit that the availability of judicial review of IAP decisions is grounded in the court orders approving the IRSSA, the class proceedings statutes applicable to the IRSSA, and the inherent jurisdiction of the superior courts. In my view, these arguments misapprehend the nature of judicial review. I would therefore agree with the respondents, the Attorney General and the Chief Adjudicator, that judicial review under an administrative law analysis is not applicable to IAP decisions.

[101] Judicial review is the means by which the courts “supervise those who exercise statutory powers, to ensure that they do not overstep their legal authority” (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 28). This Court recently set out the factors to be applied in determining the availability of judicial review in *Highwood Congregation of Jehovah’s Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*, 2018 SCC 26, [2018] 1 S.C.R. 750. As the purpose of judicial review is to ensure the legality of state decision making, it is available only where there is “an exercise of state authority” that is “of a sufficiently public character” (para. 14).

[102] The appellants submit that the IAP is a creature of statute (namely provincial class proceedings legislation), agreement and court order (A.F., at paras. 33-35). Respectfully, I disagree. As this Court found in *SCC Records Decision*, the IRSSA is, at its root, a contract (para. 35). It was not created by any act of the executive or the legislature, but is a contractual settlement of private law tort claims, to which effect has been given by court orders. IAP adjudicators exercise powers granted by contract and have no statutory authority. Their appointment and functions are determined by the parties to the contract, and they apply the Compensation Rules agreed to by the parties. The Chief Adjudicator’s authority

A. La possibilité de se pourvoir en contrôle judiciaire

[100] Les appellants affirment que la possibilité de demander le contrôle judiciaire des décisions rendues dans le cadre du PÉI tire sa source dans les ordonnances judiciaires approuvant la CRRPI, dans la législation sur les recours collectifs applicable à la CRRPI, ainsi que dans la compétence inhérente des cours supérieures. À mon avis, faire valoir cet argument, c’est se méprendre quant à la nature du contrôle judiciaire. Je suis par conséquent d’accord avec les intimés, le procureur général et l’adjudicateur en chef, pour dire que le contrôle judiciaire suivant une analyse fondée sur le droit administratif n’est pas applicable aux décisions rendues dans le cadre du PÉI.

[101] Le contrôle judiciaire permet aux cours de justice « de s’assurer que les pouvoirs légaux sont exercés dans les limites fixées par le législateur » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 28). La Cour a récemment énoncé les facteurs à appliquer pour déterminer les cas d’ouverture au contrôle judiciaire dans l’arrêt *Highwood Congregation of Jehovah’s Witnesses (Judicial Committee) c. Wall*, 2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750. Comme le contrôle judiciaire a pour objet d’assurer la légalité des décisions prises par l’État, ce recours n’est possible que « lorsqu’un pouvoir étatique a été exercé et que l’exercice de ce pouvoir présente une nature suffisamment publique » (par. 14).

[102] Les appellants affirment que le PÉI tire son origine de la législation — en l’occurrence la législation provinciale relative aux recours collectifs —, d’une entente et d’ordonnances judiciaires (m.a., par. 33-35). En toute déférence, je ne partage pas leur avis. Comme l’a statué la Cour dans la *Décision de la CSC sur les documents*, la CRRPI est, à la base, un contrat (par. 35). La CRRPI n’a pas été créée par une mesure quelconque prise par le pouvoir exécutif ou par le pouvoir législatif; elle constitue plutôt un règlement contractuel portant sur des réclamations de droit privé fondées sur la responsabilité délictuelle auquel des tribunaux ont donné effet au moyen d’ordonnances judiciaires.

derives from the parties' agreement, and he does not exercise any statutory decision-making power or any power granted by the executive. The distinct roles of the courts and IAP adjudicators under the IRSSA are determined not by the division between the legislative or executive and judicial branches, but rather by the intentions of the parties (R.F. (Chief Adjudicator), at paras. 53, 60 and 62).

[103] The appellants err in suggesting that the courts' supervisory powers include an obligation to ensure that class members receive the promised benefits of the IRSSA and that this entitles the courts to judicially review IAP decisions (A.F., at paras. 41-44). This argument misconstrues the benefits that the parties intended the IRSSA to confer. What the IRSSA and the Implementation Orders promise to individual claimants is "a contractual right to have compensable claims adjudicated under the negotiated IAP" (N.N., at para. 83). The courts' general supervisory jurisdiction allows them to ensure that this contractual commitment is fulfilled, but this does not mean that IAP adjudicators are state actors (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 65; R.F. (Attorney General), at para. 86).

[104] As the Chief Adjudicator points out in his written submissions, this analysis does not change just because Canada is one of the parties to the IRSSA. If Canada's participation as a contracting party were enough to trigger judicial review, then any arbitration decision involving Canada would be equally subject to judicial review. The availability of judicial review depends on the *source* of the decision maker's authority, not the *identity* of the parties (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 61). In this case, the IAP adjudicators' authority was conferred on them by the

Les adjudicateurs du PÉI exercent des pouvoirs qui leur sont conférés par contrat et ils n'ont aucun pouvoir d'origine législative. Leur nomination et leurs fonctions sont fixées par les parties au contrat et ils appliquent les Règles d'indemnisation convenues par les parties. Les pouvoirs de l'adjudicateur en chef découlent de la Convention intervenue entre les parties, et il n'exerce pas de pouvoir décisionnel conféré par une loi ou de pouvoir conféré par l'exécutif. Les rôles distincts que jouent les tribunaux et les adjudicateurs du PÉI sous le régime de la CRRPI ne sont pas établis en fonction du partage des pouvoirs législatif, ou exécutif, et judiciaire, mais dépendent de la volonté des parties (m.i. (adjudicateur en chef), par. 53, 60 et 62).

[103] Les appellants font fausse route lorsqu'ils laissent entendre que le pouvoir de supervision des tribunaux oblige ceux-ci à s'assurer que les membres du groupe reçoivent les avantages prévus par la CRRPI et que cette obligation donne aux tribunaux le droit de procéder au contrôle judiciaire des décisions rendues dans le cadre du PÉI (m.a., par. 41-44). Cet argument constitue une interprétation erronée des avantages que les parties souhaitaient que la CRRPI leur confère. Ce que la CRRPI et les ordonnances de mise en œuvre promettent aux différents demandeurs, c'est [TRADUCTION] « un droit contractuel de faire juger leurs réclamations indemnifiables sous le régime du PÉI, qui a été négocié » (N.N., par. 83). Le pouvoir général de supervision des tribunaux permet à ceux-ci de veiller au respect de cet engagement contractuel, mais les adjudicateurs du PÉI ne sont pas pour autant des représentants de l'État (m.i. (adjudicateur en chef), par. 65; m.i. (procureur général), par. 86).

[104] Comme l'adjudicateur en chef le souligne dans ses observations écrites, cette analyse ne change pas simplement parce que le Canada est l'une des parties à la CRRPI. Si la participation du Canada à titre de partie contractante suffisait pour donner ouverture au contrôle judiciaire, toute décision arbitrale mettant en cause le Canada serait également susceptible de contrôle judiciaire. La possibilité de se pourvoir en contrôle judiciaire dépend de la *source* du pouvoir du décideur et non de l'*identité* des parties (m.i. (adjudicateur en chef), par. 61).

parties to the IRSSA, not by an act of the legislature or the exercise of prerogative powers.

[105] Moreover, the fact that the contract was approved by court order does not transform the operation of this private settlement into a public act. Rather, the settlement is the result of lengthy and complex negotiations between private parties, and as the Manitoba Court of Appeal observed in this case, it encompasses “a compensation package that is beyond the jurisdiction of any court to create” (Man. C.A. Reasons, at para. 60). Further, and contrary to the appellants’ submissions, the fact that the courts have authority to supervise the implementation of the IRSSA under class proceedings legislation is not relevant to the question of whether judicial review is available. The critical factor is not the source of the courts’ authority, but rather the source of the authority of the adjudicators whose decisions are at issue (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 63).

[106] This conclusion is consistent with the Ontario Court of Appeal’s decision in *Schachter*, in which Rouleau J.A. said the following about whether a legal fee review decision by the Chief Adjudicator is subject to judicial review:

The Administrative Judge also correctly concluded that there is no right to seek judicial review from a legal fee review decision of the Chief Adjudicator. The court’s jurisdiction to issue a declaration under s. 2(1)2 of the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J.1 (the “JRPA”) relates only to “the exercise, refusal to exercise or proposed or purported exercise of a statutory power”. As the Administrative Judge explained, the Chief Adjudicator is not exercising a statutory power of decision, but rather renders his fee review appeal decision pursuant to the authority derived from the implementation orders, as approved by the relevant provincial and territorial superior courts.

Dans le cas qui nous occupe, le pouvoir des adjudicateurs du PÉI leur est conféré par les parties à la CRRPI et non par une loi ou l’exercice de pouvoirs de prérogative.

[105] De plus, le fait que le contrat ait été approuvé au moyen d’une ordonnance judiciaire ne fait pas de l’application de ce règlement privé un acte public. Ce règlement est plutôt le fruit de négociations longues et complexes menées entre des parties privées et, comme la Cour d’appel du Manitoba l’a fait observer en l’espèce, ce règlement englobe [TRADUCTION] « une indemnisation globale que les tribunaux n’ont pas la compétence de créer » (motifs de la C.A. du Man., par. 60). De plus, et contrairement à ce que prétendent les appellants, le fait que les tribunaux aient le pouvoir de superviser la mise en œuvre de la CRRPI en vertu de la législation sur les recours collectifs n’a rien à avoir avec la possibilité de se pourvoir en contrôle judiciaire. Le facteur déterminant n’est pas la source du pouvoir du tribunal, mais bien la source du pouvoir des adjudicateurs dont les décisions sont en cause (m.i. (adjudicateur en chef), par. 63).

[106] Cette conclusion est conforme à l’arrêt *Schachter* de la Cour d’appel de l’Ontario. Dans cet arrêt, le juge Rouleau a déclaré ce qui suit sur la question de savoir s’il était possible de faire contrôler par les tribunaux la décision rendue par l’adjudicateur en chef saisi d’une demande de révision d’honoraires :

[TRADUCTION] Le juge administratif a également conclu à juste titre qu’il n’existait pas de droit de se pourvoir en contrôle judiciaire contre la décision rendue par l’adjudicateur en chef au sujet de la révision des honoraires. La compétence du tribunal pour rendre un jugement déclaratoire en vertu de la disp. 2(1)2 de la *Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1990, c. J.1 (« LPRJ »), ne porte que sur « l’exercice réel, projeté ou prévu d’une compétence légale ou [sur le] refus de l’exercer ». Comme le juge administratif l’a expliqué, l’adjudicateur en chef n’exerce pas un pouvoir décisionnel conféré par une loi, mais rend plutôt sa décision d’appel en matière de révision des honoraires en vertu du pouvoir que lui confèrent les ordonnances de mise en œuvre approuvées par les cours supérieures provinciales et territoriales compétentes.

The appellant further contends that the office of the Chief Adjudicator is a quasi-judicial public body that is subject to judicial review proceedings by way of an application for an order in the nature of *mandamus* or *certiorari* under s. 2(1)2 of the *JRPA*. I do not agree with this assertion. Judicial review is not available to review the exercise of authority by a judicially created body, which has been given certain duties as provided by the terms of the S.A. and the implementation orders. The office of the Chief Adjudicator was created by order of the courts in approving the negotiated terms of settlement of class action litigation. The authority of that office is exercised in relation to those class members who have elected to advance claims through the IAP and their counsel. The terms of the S.A. and the implementation orders set out the process for reviewing decisions of the IAP Adjudicators. Recourse to the courts is only available if it is provided for in the S.A. or the implementation orders. [Emphasis added; paras. 51-52.]

[107] Supervising and appellate courts have followed this reasoning in affirming that judicial review of decisions of IAP adjudicators is not available (see R.F. (Chief Adjudicator), at para. 56, for a list of over 20 cases). The British Columbia Court of Appeal most recently reiterated this principle in *N.N.* (at para. 214). Both the supervising judge (at para. 28) and the Manitoba Court of Appeal (at para. 48) in the instant case correctly held that judicial review was not available to J.W.

[108] Because the purpose of judicial review is to ensure the legality of state decision making (*Highwood Congregation*, at para. 13) and because the powers of IAP adjudicators are not conferred by the state, but are instead derived from a contract, judicial review of IAP decisions is not available.

B. Availability of Judicial Recourse

[109] The parties are in agreement that the standard of review applicable to the question of whether judicial recourse is available is correctness. I am of the same view.

Par ailleurs, l'appelante soutient que le bureau de l'adjudicateur en chef est un organisme public quasi judiciaire susceptible de contrôle judiciaire par voie de demande présentée en vue d'obtenir une ordonnance de la nature d'un *mandamus* ou d'un *certiorari* au titre de la disp. 2(1)2 de la LPRJ. Je ne suis pas de cet avis. Le recours au contrôle judiciaire n'est pas possible relativement à l'exercice du pouvoir d'un organisme créé par voie judiciaire à qui ont été confiées certaines fonctions précisées par la CRRPI et par les ordonnances de mise en œuvre. Le bureau de l'adjudicateur en chef a été créé par une ordonnance judiciaire approuvant les modalités négociées du règlement des recours collectifs. Ce bureau exerce ses pouvoirs à l'égard des membres du groupe qui ont choisi de faire valoir leurs réclamations dans le cadre du PÉI et de leurs avocats. Les modalités de la CRRPI et des ordonnances de mise en œuvre établissent le processus de révision des décisions des adjudicateurs du PÉI. Il n'est possible de s'adresser aux tribunaux que dans la mesure prévue par la CRRPI ou par les ordonnances de mise en œuvre. [Je souligne; par. 51-52.]

[107] Les tribunaux de supervision et les juridictions d'appel ont suivi ce raisonnement pour confirmer que les décisions des adjudicateurs du PÉI n'étaient pas susceptibles de contrôle judiciaire (voir m.i. (adjudicateur en chef), par. 56, pour une liste de plus d'une vingtaine de décisions). La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé très récemment ce principe dans l'arrêt *N.N.* (par. 214). En l'espèce, le juge superviseur (par. 28) et la Cour d'appel du Manitoba (par. 48) ont tous les deux conclu à bon droit que J.W. ne pouvait se pourvoir en contrôle judiciaire.

[108] Comme le contrôle judiciaire a pour objet d'assurer la légalité des décisions prises par l'État (*Highwood Congregation*, par. 13) et comme les pouvoirs des adjudicateurs du PÉI ne leur sont pas conférés par l'État mais qu'ils trouvent plutôt leur source dans un contrat, il n'est donc pas possible de faire contrôler par les tribunaux les décisions rendues dans le cadre du PÉI.

B. La possibilité d'exercer un recours judiciaire

[109] Les parties conviennent que la norme de contrôle applicable à la question de la possibilité d'exercer un recours judiciaire est celle de la décision correcte. J'abonde dans leur sens.

[110] The issue on appeal relates to the jurisdiction of a supervising judge in hearing and deciding an RFD. In finding that the correctness standard applies, Beard J.A. compared the IAP to a standard form contract. While individual claimants could opt out of the IAP scheme and have their claim determined by the courts, if they failed to opt out within the mandated time period, they were bound by the terms of the IRSSA and could not negotiate an alternative resolution (Man. C.A. Reasons, at para. 22). Beard J.A. properly applied this Court's decision in *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23. In that case, Wagner J. (as he then was) found that in reviewing the interpretation of standard form contracts, appellate courts are tasked with "ensuring the consistency of the law" (see also *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at para. 51). Where a court's interpretation of a standard form contract has precedential value beyond the parties to the dispute, that interpretation should be reviewed for correctness (*Ledcor*, at para. 39). He concluded as follows (at para. 46):

... Where, like here, the appeal involves the interpretation of a standard form contract, the interpretation at issue is of precedential value, and there is no meaningful factual matrix specific to the particular parties to assist the interpretation process, this interpretation is better characterized as a question of law subject to correctness review.

[111] The question of the supervising courts' jurisdiction to assess IAP decisions will have precedential value beyond the present case, as it extends to all claims under the IAP. Further, Beard J.A. correctly found that there is no meaningful factual matrix specific to J.W.'s claim that would assist in interpreting the IRSSA to determine the jurisdiction of the supervising courts (Man. C.A. Reasons, at para. 23). While this issue has arisen in the course of the adjudication and review of J.W.'s claim, the facts of the claim have no bearing on the issue.

[110] La question en litige porte sur la compétence du juge superviseur pour instruire et trancher une demande de directives. Pour conclure que la norme de la décision correcte s'appliquait, la juge Beard a comparé la CRRPI à un contrat type. Ainsi, même si un demandeur pouvait se retirer du régime du PÉI et faire trancher sa réclamation par les tribunaux, il demeurait tenu par les modalités de la CRRPI et ne pouvait négocier un règlement différent s'il n'avait pas exercé son droit de retrait dans le délai prescrit (motifs de la C.A. du Man., par. 22). La juge Beard a correctement appliqué l'arrêt rendu par la présente Cour dans l'affaire *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23. Dans cet arrêt, le juge Wagner (maintenant juge en chef) a conclu qu'en matière d'interprétation des contrats types, les cours d'appel sont chargées « [d']assurer la cohérence du droit » (voir également *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, par. 51). Lorsque l'interprétation d'un contrat type par une cour a une valeur de précédent qui ne se limite pas aux parties au différend, cette interprétation commande l'application de la norme de la décision correcte (*Ledcor*, par. 39). Voici ce que le juge Wagner a conclu (par. 46) :

... Lorsque, comme en l'espèce, l'appel porte sur l'interprétation d'un contrat type, que l'interprétation en litige a valeur de précédent et que l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées, il est plus juste de dire que cette interprétation constitue une question de droit assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte.

[111] La question de la compétence des tribunaux de supervision pour évaluer les décisions rendues dans le cadre du PÉI aura valeur de précédent, et ce, pour bien plus que l'espèce, parce qu'elle concerne toutes les demandes visées par le PÉI. De plus, la juge Beard a conclu à bon droit qu'il n'y avait pas de fondement factuel significatif qui est propre à la demande de J.W. qui faciliterait l'interprétation de la CRRPI en vue de déterminer la compétence des tribunaux de supervision (motifs de la C.A. du Man., par. 23). S'il est vrai que la question s'est posée au cours du traitement et de la révision de la demande de J.W., les faits de la demande n'ont aucune incidence sur cette question.

[112] This case can be distinguished from *SCC Records Decision*, in which this Court found that the standard of review applicable to a supervising judge's interpretation of the IRSSA was whether there was a palpable and overriding error in the decision under review. In that case, the palpable and overriding error standard was applied to the supervising judge's interpretation of the IRSSA to determine whether it allowed for the destruction of IAP documents, not to the question of his jurisdiction to make a destruction order. In the present case, the Court is not reviewing Edmond J.'s interpretation of the IAP Model and its application to the facts of J.W.'s claim. Rather, it is determining whether Edmond J. had the jurisdiction to arrive at his own interpretation of the IRSSA and substitute it for that of the IAP adjudicators. For this reason, the standard of review is correctness.

[112] Il y a lieu d'établir une distinction entre la présente affaire et la *Décision de la CSC sur les documents*, dans laquelle la Cour a conclu que la norme de contrôle applicable à l'interprétation de la CRRPI par un juge superviseur était celle de savoir si la décision faisant l'objet du contrôle était entachée d'une erreur manifeste et déterminante. Dans cette affaire, la norme de l'erreur manifeste et déterminante a été appliquée à l'interprétation que le juge superviseur avait faite de la CRRPI afin de juger si elle permettait la destruction des documents du PÉI et non pas à la question de la compétence du juge superviseur pour rendre l'ordonnance de destruction. Dans le cas qui nous occupe, la Cour n'est pas appelée à se pencher sur l'interprétation que le juge Edmond a faite du régime du PÉI et l'application de celui-ci aux faits de la demande de J.W. Nous sommes plutôt appelés à décider si le juge Edmond avait compétence pour proposer sa propre interprétation de la CRRPI et la substituer à celle des adjudicateurs du PÉI. Pour cette raison, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

(1) Sources of the Supervising Courts' Authority

[113] While it is clear that the parties do not have the option of seeking judicial review of IAP decisions, they can file RFDs with the supervising courts to resolve issues relating to the implementation and administration of the IRSSA. Indeed, after fully exhausting the mechanisms provided for in the IRSSA, certain groups or individuals may apply to the supervising courts for directions in respect of the implementation, administration, or amendment of the IRSSA. Applications are made in accordance with the Court Administration Protocol, which provides that all matters that require orders or directions must be the subject of an RFD (A.R., vol. I, at pp. 93 and 96; R.F. (Attorney General), at paras. 27-28). This Court is tasked with determining the scope of the supervising courts' jurisdiction when responding to RFDs arising from IAP decisions.

(1) Les sources du pouvoir des tribunaux de supervision

[113] Même s'il est clair qu'elles ne peuvent se pourvoir en contrôle judiciaire à l'égard des décisions rendues dans le cadre du PÉI, les parties peuvent déposer une demande de directives auprès d'un tribunal de supervision pour faire trancher toute question relative à la mise en œuvre et à l'administration de la CRRPI. En effet, après avoir épuisé tous les mécanismes prévus par la CRRPI, certains groupes ou individus peuvent s'adresser aux tribunaux de supervision pour obtenir des directives au sujet de la mise en œuvre, de l'administration ou de la modification de la CRRPI. Ces demandes sont présentées conformément au Protocole des tribunaux régissant l'administration de l'entente, qui prévoit que toutes les questions nécessitant une ordonnance ou des directives doivent faire l'objet d'une demande de directives (d.a., vol. I, p. 93 et 96; m.i. (procureur général), par. 27-28). La Cour est appelée à préciser la portée de la compétence des tribunaux de supervision lorsqu'ils répondent à une demande de directives découlant d'une décision dans le cadre du PÉI.

[114] Authority for recourse to the supervising courts can be found in the IRSSA, the Approval and Implementation Orders, and provincial class proceedings legislation. I will address each of these sources in turn.

[115] While the IRSSA provides for a comprehensive multi-level process for the resolution of IAP claims, it does contemplate recourse to the supervising courts in certain specific circumstances. As stated above, none of these avenues for judicial recourse would allow the courts to intervene in IAP decisions, and the only provision in the IAP Model under which access to the courts may be granted (that is, where losses may exceed the maximum compensation available under the IAP or where the evidence is overly complex) creates an alternative avenue for dealing with claims that would otherwise be heard by IAP adjudicators. It does not permit the courts to intervene in IAP decisions (Sch. D., art. III(b); see, for example, *Fontaine et al. v. Canada (Attorney General) et al.*, 2014 MBCA 93, 310 Man. R. (2d) 162).

[116] The supervising courts' jurisdiction is also grounded in the Approval and Implementation Orders. Paragraph 13 of the Schulman Approval Order for Manitoba⁴ provides:

THIS COURT ORDERS AND DECLARES that this Court shall supervise the implementation of the Agreement and this judgment and, without limiting the generality of the foregoing, may issue such orders as are necessary to implement and enforce the provisions of the Agreement and this judgment. [Emphasis added.]

(A.R., vol. I, at p. 93)

⁴ Similar or identical wording can be found in the Approval and Implementation Orders made by all nine supervising courts.

[114] La possibilité d'exercer un recours devant les tribunaux de supervision est énoncée dans la CRRPI, dans les ordonnances d'approbation et de mise en œuvre, ainsi que dans la législation provinciale sur les recours collectifs. Je me pencherai sur chacune de ces sources à tour de rôle.

[115] Bien qu'elle mette en place un processus complet à paliers multiples pour le règlement des demandes présentées dans le cadre du PÉI, la CRRPI prévoit le recours aux tribunaux de supervision dans certaines circonstances spécifiques. Comme je l'ai déjà indiqué, aucun de ces possibles recours judiciaires ne permet aux tribunaux d'intervenir dans les décisions rendues dans le cadre du PÉI, et la seule disposition du régime du PÉI qui puisse permettre au demandeur de s'adresser aux tribunaux — à savoir lorsque les pertes subies peuvent excéder l'indemnité maximale permise par le PÉI ou lorsque la preuve est trop complexe — offre une solution de rechange pour examiner les réclamations qui seraient autrement entendues par les adjudicateurs du PÉI. La CRRPI ne permet pas l'intervention des tribunaux dans les décisions rendues dans le cadre du PÉI (ann. D, art. III(b); voir, par exemple, *Fontaine et al. c. Canada (Attorney General) et al.*, 2014 MBCA 93, 310 Man. R. (2d) 162).

[116] La compétence des tribunaux de supervision trouve également appui dans les ordonnances d'approbation et de mise en œuvre. Le paragraphe 13 de l'ordonnance d'approbation du juge Schulman pour le Manitoba⁴ prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

LA COUR ORDONNE ET DÉCLARE que la Cour supervisera la mise en œuvre de la Convention et du présent jugement et, sans limiter la portée générale de ce qui précède, elle peut rendre les autres ordonnances nécessaires pour mettre en œuvre et exécuter les modalités de la Convention et le présent jugement. [Je souligne.]

(d.a., vol. I, p. 93)

⁴ On trouve un libellé semblable ou identique dans les ordonnances d'approbation de mise en œuvre des neuf tribunaux de surveillance.

Paragraph 23 of the Schulman Implementation Order similarly provides:

THIS COURT ORDERS that the Courts shall supervise the implementation of the Agreement and this order and, without limiting the generality of the foregoing, may issue such further and ancillary orders, from time to time, as are necessary to implement and enforce the provisions of the Agreement, the judgment dated December 15, 2006 and this order. [Emphasis added.]

(A.R., vol. I, at p. 104)

[117] These broad supervisory powers conferred by the orders are in stark contrast to the limited recourse to the courts provided for in the IRSSA. While the IRSSA contemplates a few narrow avenues of recourse to the supervising courts, the orders state the courts' powers in much broader terms. In *SCC Records Decision*, this Court described the supervising courts as playing a “vital role” under the IRSSA, as they exercise both administrative and supervisory jurisdiction pursuant to the orders (para. 31).

[118] The final source of the courts' jurisdiction in overseeing the implementation of the IRSSA is provincial class proceedings legislation. Section 12 of Manitoba's *Class Proceedings Act*, C.C.S.M., c. C130, provides as follows:

The court may at any time make any order that it considers appropriate respecting the conduct of a class proceeding to ensure its fair and expeditious determination and, for that purpose, may impose on one or more of the parties the terms it considers appropriate.

[119] This provision grants broad supervisory jurisdiction to ensure that a class action proceeds in a fair and efficient manner (*Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86 (“*Fontaine 283*”)). This Court has observed that class proceedings legislation supports the broad powers

Dans le même ordre d'idées, le par. 23 de l'ordonnance de mise en œuvre du juge Schulman énonce ce qui suit :

[TRADUCTION]

LA COUR ORDONNE que la Cour supervisera la mise en œuvre de la Convention et de la présente ordonnance et, sans limiter la portée générale de ce qui précède, elle peut rendre les autres ordonnances et ordonnances accessoires nécessaires pour mettre en œuvre et exécuter les modalités de la Convention, ainsi que le jugement du 15 décembre 2006 et la présente ordonnance. [Je souligne.]

(d.a., vol. I, p. 104)

[117] Ces vastes pouvoirs de supervision conférés par les ordonnances en question contrastent nettement avec le recours limité aux tribunaux prévu par la CRRPI. Bien que la CRRPI prévoie quelques cas bien précis où il est possible de recourir aux tribunaux de supervision, les ordonnances définissent les pouvoirs des tribunaux en termes beaucoup plus généraux. Dans la *Décision de la CSC sur les documents*, la Cour a expliqué que les tribunaux de supervision jouaient un « rôle vital » dans la CRRPI du fait qu'ils exercent à la fois un pouvoir administratif et un pouvoir de supervision en vertu des ordonnances (par. 31).

[118] La dernière source de la compétence des tribunaux concernant la supervision de la mise en œuvre de la CRRPI est la législation provinciale sur les recours collectifs. L'article 12 de la *Loi sur les recours collectifs* du Manitoba, C.P.L.M., c. C130, est ainsi libellé :

Le tribunal peut en tout temps rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée concernant le déroulement du recours collectif afin de parvenir à une décision juste et rapide; à cette fin, il peut imposer à une ou à plusieurs parties les conditions qu'il estime indiquées.

[119] Cet article confère de vastes pouvoirs de supervision pour veiller à ce que le recours collectif se déroule de manière juste et efficace (*Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86 (« *Fontaine 283* »)). La Cour a fait observer que les vastes pouvoirs conférés aux tribunaux

conferred on supervising courts by the Approval and Implementation Orders, and that courts must have “generous discretion” to make orders as necessary to ensure a fair and expeditious resolution of class actions (*SCC Records Decision*, at para. 32).

[120] In the abstract, there is an apparent tension between the narrow availability of judicial recourse under the IRSSA, on the one hand, and the broader jurisdiction conferred on the courts by the Approval and Implementation Orders and class proceedings legislation, on the other. However, these broader conferrals of authority are given form and content by the facts of particular class proceedings. In the context of the supervision of a settlement agreement, the terms of the agreement are determinative. While supervising judges are not free to approve an agreement that fully ousts their supervisory jurisdiction, their authority is limited and shaped by the terms of the agreement, once it is approved and determined to be fair, reasonable and in the best interests of the class.

[121] My colleague Abella J. emphasizes that, in the case of the IRSSA, the RFD process arose as a condition of settlement approval, suggesting that the terms of the agreement on their own are not determinative in ascertaining the jurisdiction of a supervising judge in relation to a particular IAP decision (Abella J. Reasons, at para. 17). However, one should be mindful of the reasons why conditions were imposed when considering their impact. The concerns regarding the IRSSA and the IAP raised by Winkler J. in the decision approving the IRSSA in Ontario, *Baxter v. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. (3d) 481 (S.C.J.), did not relate to the specific terms under which claims were to be adjudicated, reviewed and resolved, but to whether there would be independence in the executive oversight of the settlement and whether sufficient resources would be committed to ensure that the claims would be resolved in a timely manner, as promised to an aging class. I would also note that Winkler J. stated that

de supervision par les ordonnances d’approbation et de mise en œuvre trouvaient également appui dans la législation relative au recours collectifs, et que les tribunaux devaient disposer « d’un vaste pouvoir discrétionnaire » afin d’être en mesure de rendre les ordonnances qui s’imposent pour parvenir à un règlement juste et expéditif des recours collectifs (*Décision de la CSC sur les documents*, par. 32).

[120] Lorsque l’on examine la situation dans l’abs- trait, il existe une tension apparente entre, d’une part, les cas peu nombreux où la CRRPI permet de recou- rir aux tribunaux et, d’autre part, la compétence plus vaste conférée aux tribunaux par les ordonnances d’approbation et de mise en œuvre et la législation sur les recours collectifs. Cependant, le contenu de cette vaste attribution de pouvoirs et la forme qu’elle prend dépendent des faits de chaque recours collec- tif. Dans le contexte de la supervision d’une conven- tion de règlement, les modalités de la convention sont déterminantes. Bien qu’il ne soit pas loisible aux juges superviseurs d’approuver une conven- tion qui leur retire tout pouvoir de supervision, leur pouvoir est limité et modulé par les modalités de la convention, dès lors que celle-ci a été approuvée et déclarée juste, raisonnable et dans l’intérêt supérieur du groupe qu’elle vise.

[121] Ma collègue la juge Abella souligne que, dans le cas de la CRRPI, le processus de demande de directives constituait une condition à l’approbation du règlement, donnant ainsi à penser que les modalités de la Convention ne sont pas déterminantes, à elles seules, lorsque vient le temps d’établir la compétence d’un juge superviseur à l’égard d’une quelconque décision rendue dans le cadre du PÉI (motifs de la juge Abella, par. 17). Toutefois, il faut se rappeler les raisons ayant mené à ces conditions lorsqu’on en évalue l’incidence. Les préoccupations relatives à la CRRPI et au PÉI soulevées par le juge Winkler dans la décision par laquelle la CRRPI a été approuvée en Ontario, soit *Baxter c. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. (3d) 481 (C.S.J.), ne portent pas sur les modalités propres à l’adjudication, à la révision et au règlement des demandes, mais bien sur la question de l’indépendance quant à la surveillance de la Convention par l’exécutif et sur celle de l’allocation suffisante de ressources pour

“[t]he changes the court requires to the settlement are neither material nor substantial in the context of its scope and complexity” (*Baxter*, at para. 85). As no conditions were imposed or recommended with respect to the specific mechanics of the claims resolution procedures, those procedures should be understood to have the approval of the courts.

[122] While it is clear that the courts retain broad supervisory powers pursuant to the Approval and Implementation Orders and class proceedings legislation, a distinction must be drawn between providing directions respecting the implementation and administration of the IRSSA, on the one hand, and reviewing adjudicators’ interpretations of the IAP Model, on the other. As I explain in further detail below, only the former falls within the jurisdiction of the courts.

(2) Judicial Recourse Is Available Only Where the Adjudicator Failed to Apply the Terms of the IAP

[123] On the question of the supervising courts’ jurisdiction to consider errors in the interpretation of the IAP, I would affirm the approach taken by the Manitoba Court of Appeal. Parties may seek judicial recourse only in cases where the IAP adjudicator failed to apply the terms of the IRSSA, as this constitutes a failure to comply with the IRSSA and the IAP Model (Man. C.A. Reasons, at para. 51; *Schachter*, at paras. 53 and 57; *Bundled RFD*, at para. 183). While an adjudicator’s decision is reviewable where he or she applied an inapplicable term or failed to apply an applicable term, the interpretation of the terms falls squarely within the adjudicator’s adjudicative role (Sch. D, art. III(a)(v) and App. X).

que les demandes soient réglées rapidement, comme promis aux membres du groupe, qui est vieillissant. Je soulignerai également les propos suivants du juge Winkler : [TRADUCTION] « les changements à la Convention exigés par la Cour ne sont ni importants ni substantiels si l’on tient compte de la portée et du niveau de complexité de la Convention » (*Baxter*, par. 85). Puisqu’aucune condition n’a été imposée ou recommandée en ce qui concerne précisément les mécanismes du processus de règlement des demandes, il convient d’interpréter ce processus comme ayant reçu l’approbation des tribunaux.

[122] Bien qu’il soit clair que les tribunaux conservent de vastes pouvoirs de supervision aux termes des ordonnances d’approbation et de mise en œuvre et de la législation sur les recours collectifs, il convient d’établir une distinction entre, d’une part, le fait de donner des directives quant à la mise en œuvre et l’administration de la CRRPI et, d’autre part, celui de réviser l’interprétation du régime du PÉI faite par les adjudicateurs. Comme je l’explique plus en détail plus loin, seules les directives quant à la mise en œuvre et l’administration de la CRRPI relèvent de la compétence des tribunaux.

(2) Le recours judiciaire n’est possible que si l’adjudicateur a omis d’appliquer les modalités du PÉI

[123] Sur la question de la compétence des tribunaux de supervision pour examiner les erreurs d’interprétation du PÉI, je confirmerais l’approche suivie par la Cour d’appel du Manitoba. Les parties ne peuvent s’adresser aux tribunaux que lorsque l’adjudicateur du PÉI a omis d’appliquer les modalités de la CRRPI, car, en pareil cas, l’adjudicateur a omis de se conformer à la CRRPI et au régime du PÉI (motifs de la C.A. du Man., par. 51; *Schachter*, par. 53 et 57; *Décision relative aux demandes de directives regroupées*, par. 183). Bien que la décision de l’adjudicateur puisse faire l’objet d’un contrôle lorsque ce dernier a appliqué une modalité inapplicable ou a omis d’appliquer une modalité applicable, l’interprétation des modalités de la CRRPI relève carrément de leurs fonctions décisionnelles (ann. D, art. III(a)(v) et ann. X).

[124] Put another way, as long as it can be said that an adjudicator has turned his or her mind to the compensation category raised by the claimant, then the adjudicator has applied the terms of the IRSSA. Since the parties have expressed a clear intention to grant IAP adjudicators exclusive jurisdiction to interpret the terms of the IRSSA and the IAP, it must be accepted that an adjudicator who has interpreted these terms, even if a court considers the interpretation unreasonable, has not failed to apply the terms (Man. C.A. Reasons, at para. 51).

[125] The weight of the authorities supports a high jurisdictional threshold for supervising courts considering IAP decisions. I find the following cases to be instructive on this point.

[126] In *Schachter*, the Ontario Court of Appeal heard an appeal from a supervising judge's decision on an RFD concerning the provisions of the IAP and the Implementation Order relating to legal fees. Rouleau J.A. stated that the IRSSA confers neither a right to appeal nor a right to seek judicial review of IAP decisions (at paras. 50-52), and provided the following explanation of the parties' right to obtain directions from the supervising courts:

... The terms of the S.A. and the implementation orders set out the process for reviewing decisions of the IAP Adjudicators. Recourse to the courts is only available if it is provided for in the S.A. or the implementation orders.

I turn now to whether a process, other than an appeal or judicial review, is available to review a decision by the Chief Adjudicator. The Administrative Judge properly confirmed that the IAP Adjudicators "cannot ignore" the provisions of the implementation orders and that "it remains necessary for Adjudicators to apply the required factors" when conducting a legal fee review at first instance. In the perhaps unlikely event that the final decision of the Chief Adjudicator reflects a failure to consider the terms of the S.A. and implementation orders, including the factors set out in para. 18 of the implementation orders, then, in my view, the parties to the S.A. intended that there

[124] Autrement dit, dès lors que l'on peut affirmer que l'adjudicateur a examiné la catégorie d'indemnisation invoquée par le demandeur, il a appliqué les modalités de la CRRPI. Comme les parties ont clairement exprimé leur volonté de conférer aux adjudicateurs du PÉI une compétence exclusive en matière d'interprétation des modalités de la CRRPI et du PÉI, nous devons accepter que l'interprétation que l'adjudicateur fait des modalités en question, même si elle est déraisonnable selon le tribunal, ne constitue pas un défaut d'appliquer ces modalités (motifs de la C.A. du Man., par. 51).

[125] La jurisprudence impose aux tribunaux de supervision chargés d'examiner les décisions rendues dans le cadre du PÉI un test rigoureux en ce qui concerne leur compétence. J'estime que les décisions suivantes sont révélatrices à cet égard.

[126] Dans l'affaire *Schachter*, la Cour d'appel de l'Ontario a entendu l'appel interjeté à l'égard de la décision rendue par un juge superviseur en réponse à une demande de directives concernant des modalités du PÉI et d'une ordonnance de mise en œuvre au sujet d'honoraires. Le juge Rouleau a déclaré que la CRRPI ne conférait ni un droit d'appel ni celui de demander le contrôle judiciaire des décisions rendues dans le cadre du PÉI (par. 50-52). Il a expliqué ce qui suit au sujet du droit des parties d'obtenir des directives de la part des tribunaux de supervision :

[TRADUCTION] ... Les modalités de la CRRPI et des ordonnances de mise en œuvre établissent le processus de révision des décisions des adjudicateurs du PÉI. Il n'est possible d'exercer un recours judiciaire que lorsque la CRRPI ou l'ordonnance de mise en œuvre le prévoit.

J'en viens maintenant à la question de savoir s'il existe d'autres mécanismes que celui de l'appel ou du contrôle judiciaire pour réviser les décisions de l'adjudicateur en chef. Le juge administratif a confirmé à juste titre que les adjudicateurs du PÉI « ne peuvent ignorer » les modalités des ordonnances de mise en œuvre et qu'« ils sont toujours tenus d'appliquer les facteurs requis » lorsqu'ils révisent les honoraires en première instance. Dans le cas peu probable où la décision finale de l'adjudicateur en chef révèle qu'il n'a pas tenu compte des modalités de la CRRPI et des ordonnances de mise en œuvre, et notamment des facteurs énoncés au par. 18 des ordonnances de mise en

be some judicial recourse. Having said that, I emphasize my agreement with the Administrative Judge's comment, at para. 22 of his reasons, that "there is no implicit right to appeal each determination made within the context of the claims administration or assessment process as an incident of the judicial oversight function". As I will go on to explain, the right to seek judicial recourse is limited to very exceptional circumstances.

The parties intended that implementation of the S.A. be expeditious and not mired in delay and procedural disputes. As noted by the Chief Adjudicator, there are already many checks and balances in place to ensure that the process is administered fairly and in accordance with the terms of the S.A. The Chief Adjudicator is granted broad discretion by the terms of the S.A. [Emphasis added; paras. 52-54.]

[127] The "very limited circumstances" in which judicial recourse is available would include cases in which the Chief Adjudicator upholds an adjudicator's decision as fair and reasonable even though the adjudicator failed to apply the appropriate factors under the IRSSA in arriving at the decision (paras. 57, 66 and 78). Such an approach attempts to reconcile the "conflicting purposes" of the IRSSA and the IAP:

Before leaving this issue, I note that I agree with the Chief Adjudicator's submission that allowing a party to request directions when it is *alleged* that the Chief Adjudicator's decision reflects a failure to apply the terms of the implementation orders raises concerns about finality, efficiency and has the potential to overburden the Administrative Judges. However, I am satisfied that these concerns are alleviated by the clear limits on when such a request is available. Moreover, the Administrative Judges who hear such requests are well aware of the concerns that led to the adoption of the implementation orders, namely, the need to protect vulnerable claimants and the need for timely resolution of disputes in light of the advanced age of many claimants: see *Baxter*, at paras. 74 and 85. [Emphasis added; para. 58.]

œuvre, les parties à la CRRPI voulaient selon moi qu'il y ait un recours judiciaire. Cela dit, je tiens à souligner que je souscris aux propos exprimés par le juge administratif, au par. 22 de ses motifs, suivant lesquels « il n'y a pas de droit implicite de faire appel de chaque décision prise dans le cadre du processus d'administration ou d'évaluation des demandes à titre d'aspect accessoire du rôle de surveillance du tribunal ». Comme je vais l'expliquer plus loin, le droit d'exercer un recours judiciaire ne peut être exercé que dans des circonstances très exceptionnelles.

Les parties souhaitaient que la mise en œuvre de la CRRPI soit rapide et qu'elle ne s'embourbe pas dans des querelles et des délais procéduraux. Comme l'adjudicateur en chef l'a fait observer, il existe déjà de nombreux mécanismes qui visent à établir un certain équilibre et à s'assurer que le processus est administré équitablement et en conformité avec les modalités de la CRRPI. L'adjudicateur en chef jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire aux termes de la CRRPI. [Je souligne; par. 52-54.]

[127] Parmi les « circonstances très limitées » dans lesquelles il est possible d'exercer un recours judiciaire, mentionnons les situations où l'adjudicateur en chef confirme la décision d'un adjudicateur qu'il considère comme juste et raisonnable, même si l'adjudicateur en question a omis d'appliquer les facteurs appropriés prévus par la CRRPI pour rendre sa décision (par. 57, 66 et 78). Cette approche se veut une tentative de concilier les « objectifs divergents » de la CRRPI et du PÉI :

[TRADUCTION] Avant de passer à un autre sujet, je tiens à signaler que je suis d'accord avec l'adjudicateur en chef pour dire que le fait de permettre à une partie de demander des directives lorsqu'on *reproche* à l'adjudicateur en chef d'avoir rendu une décision qui révèle qu'il a omis d'appliquer les modalités des ordonnances de mise en œuvre soulève des questions en ce qui concerne le caractère définitif et l'efficacité de ses décisions et qu'il y a un risque de surcharger les juges administratifs. Je suis toutefois convaincu que ces craintes sont apaisées par les limites claires imposées quant aux circonstances où ce type de demande est permis. De plus, les juges administratifs qui sont saisis de ces demandes sont bien conscients des enjeux qui ont motivé l'adoption des ordonnances de mise en œuvre, à savoir la nécessité de protéger les demandeurs vulnérables et de régler rapidement les différends, compte tenu de l'âge avancé d'un grand nombre de demandeurs : voir *Baxter*, par. 74 et 85. [Je souligne; par. 58.]

[128] The Ontario Court of Appeal similarly found in *Spanish IRS C.A.* that the supervising judge had exceeded the limits of his authority by overturning findings of fact and by awarding compensation and costs to the claimant rather than remitting the matter to the Chief Adjudicator. Sharpe J.A. found that a supervising judge who engages in “a detailed review of the factual findings made by the adjudicator” assumes “a role the IAP specifically assigns to the review adjudicator” (para. 55). He rejected the idea that *Schachter* created a “general curial jurisdiction” in relation to the IAP (para. 52). He further held that “disagreement with the result reached does not equate to a failure to enforce the IRSSA agreement or to apply the IAP model, thereby justifying judicial intervention. If it did, all IAP decisions would be appealable to the courts, the very thing *Schachter* forbids” (para. 55).

[129] In *Bundled RFD*, Brown J. heard RFDs from five claimants dissatisfied with the results of their IAP claims. She confirmed that the appropriate test for judicial recourse is that set out in *Schachter* (at para. 7) and explained the rationale behind this hands-off approach to IAP fact finding: “[d]espite my years of administering the IRSSA, it would be impossible for me to know better than those who have been immersed in the IAP . . . The Courts are simply not well-placed to make findings of fact” (para. 180). In another case, she stated the following about the availability of judicial recourse:

The principles governing RFDs . . . from IAP decisions have been coalesced in a number of recent court decisions. These decisions are the progeny of the Ontario Court of Appeal’s decision in *Fontaine v. Duboff Edwards Haight and Schachter*, 2012 ONCA 471. They all reinforce the

[128] La Cour d’appel de l’Ontario a également conclu, dans l’arrêt *PI de Spanish, C.A.*, que le juge superviseur avait outrepassé les limites de ses pouvoirs en infirmant des conclusions de fait et en accordant une indemnité et les dépens au demandeur au lieu de renvoyer l’affaire à l’adjudicateur en chef. Le juge Sharpe a conclu que le juge superviseur qui procède à [TRADUCTION] « un examen détaillé des conclusions de fait tirées par l’adjudicateur » s’arroke alors « un rôle que le PÉI a confié explicitement à l’adjudicateur de révision » (par. 55). Le juge Sharpe a rejeté l’idée que l’arrêt *Schachter* conférait aux tribunaux une « compétence judiciaire générale » relativement au PÉI (par. 52). Il a également jugé que « ce n’est pas parce que le tribunal n’est pas d’accord avec la décision qui a été rendue qu’il y a lieu de conclure que la CRRPI n’a pas été mise en œuvre ou que le régime du PÉI n’a pas été appliqué, et que le tribunal est, de ce fait, justifié d’intervenir. Si tel était le cas, toutes les décisions rendues dans le cadre du PÉI seraient susceptibles d’appel devant les tribunaux, ce que l’arrêt *Schachter* interdit précisément » (par. 55).

[129] Dans la *Décision relative aux demandes de directives regroupées*, la juge Brown était saisie de demandes de directives soumises par cinq demandeurs insatisfaits des résultats de leurs demandes présentées dans le cadre du PÉI. Elle a confirmé que le test à appliquer en ce qui concerne les recours judiciaires était celui énoncé dans l’arrêt *Schachter* (par. 7) et elle a expliqué comme suit l’approche non interventionniste ainsi appliquée en matière de conclusions de fait sous le régime du PÉI : [TRADUCTION] « [m]algré toutes ces années que j’ai passées à administrer la CRRPI, il me serait impossible d’en savoir davantage que ceux qui ont un contact quotidien avec les rouages du PÉI [. . .] Les tribunaux ne sont tout simplement pas bien placés pour tirer des conclusions de fait » (par. 180). Dans une autre décision, elle a ajouté ce qui suit au sujet de la possibilité d’exercer un recours judiciaire :

[TRADUCTION] Les principes qui régissent les demandes de directives [. . .] à l’encontre des décisions rendues dans le cadre du PÉI ont été regroupés dans un certain nombre de décisions judiciaires récentes. Ces décisions font suite à l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario

view that the IAP was intended by the parties to be a “complete code”. Allowing ready access to the courts for appeal or judicial review would seriously compromise the finality of the IAP and fail to pay appropriate heed to the expertise of IAP adjudicators. As such, judicial recourse is restricted to “very exceptional” cases, where the IAP decision in question reflects a “patent disregard” of the IAP Model.

At the risk of stating the obvious, this is a very onerous standard. This high threshold reflects at least two factors. The first is a realization of the jurisdictional limitations of the court when dealing with an IAP decision. As I noted in the so-called “Bundled RFD” decision, fundamentally, the IRSSA is a contract. It is outside of the purview of the court to create another level of review of these decisions that is not captured by the language of that agreement. The court must respect the parties’ intention to create an adjudicative process with a sense of finality.

The second factor is a policy preference (that was formalized into the terms of IRSSA and the IAP process itself) for granting deference to the IAP Adjudicators. This policy is the same as that which encourages deference to trial judges and administrative tribunals. Simply put, these bodies which make decisions at first instance are best positioned to make certain determinations and have an expertise that a reviewing court may lack. . . [Emphasis added; footnotes omitted.]

(*Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2017 BCSC 946, at paras. 65-67 (CanLII))

[130] These cases highlight several reasons why access to judicial recourse in respect of IAP decisions should be construed narrowly. First, this approach honours the intentions of the parties to the IRSSA. The parties went to great lengths to ensure that the IAP would be a complete code. The IAP Model clearly sets out the roles and responsibilities of adjudicators and parties, the procedures they must follow and the expertise and competencies

dans l’affaire *Fontaine c. Duboff Edwards Haight and Schachter*, 2012 ONCA 471. Elles confirment toutes l’idée que le PÉI était conçu par les parties comme un « code complet ». Autoriser un accès immédiat aux tribunaux par voie d’appel ou de contrôle judiciaire compromettrait sérieusement le caractère définitif du PÉI et ne tiendrait pas dûment compte de l’expertise que possèdent les adjudicateurs du PÉI. Le recours judiciaire se limite donc à des cas « très exceptionnels », où la décision rendue dans le cadre du PÉI révèle une « non-observation flagrante » du régime du PÉI.

Au risque d’affirmer l’évidence, il s’agit d’une norme très exigeante. Ce critère très rigoureux témoigne d’au moins deux facteurs. Le premier correspond à une reconnaissance de la compétence limitée du tribunal lorsqu’il examine une décision rendue dans le cadre du PÉI. Comme je l’ai déjà fait observer dans la « Décision relative aux demandes de directives regroupées », la CRRPI est essentiellement un contrat. Il n’est pas du ressort des tribunaux de créer un autre palier de révision des décisions en question qui n’est pas déjà prévu par le libellé de cette convention. Le tribunal doit respecter l’intention des parties de créer un processus décisionnel ayant un caractère définitif.

Le second facteur correspond à un choix de principe — qui a été officialisé dans les modalités de la CRRPI et du processus du PÉI lui-même — suivant lequel il convient de faire preuve de retenue à l’égard des décisions des adjudicateurs du PÉI. Ce principe est le même que celui qui favorise une attitude de déférence envers les juges de première instance et les tribunaux administratifs. En termes simples, ces organismes, qui rendent des décisions en première instance, sont les mieux placés pour rendre certaines décisions, et ils possèdent une expertise qu’une juridiction de contrôle ne possède pas nécessairement. . . [Je souligne; notes en bas de page omises.]

(*Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2017 BCSC 946, par. 65-67 (CanLII))

[130] Ces décisions illustrent diverses raisons pour lesquelles il convient d’interpréter de façon restrictive l’accès au recours judiciaire à l’égard des décisions rendues dans le cadre du PÉI. Premièrement, cette approche respecte l’intention des parties à la CRRPI. Les parties se sont donné beaucoup de mal pour que le PÉI soit un code complet. Le régime du PÉI énonce clairement les rôles et attributions des adjudicateurs et des parties, la procédure qu’ils doivent

required of adjudicators. Adjudicators must undergo specialized training and are empowered to make binding and final findings on credibility, liability, and compensation. The parties provided for a clear and comprehensive internal review mechanism and made no provision for appeals to the supervising courts. These actions clearly demonstrate their intent to retain control over this specialized process and to grant adjudicators exclusive jurisdiction to interpret the terms of the IAP (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 39). As Brown J. observed in *Bundled RFD* (at para. 178):

... Fundamentally, the IRSSA is a contract. The IAP is a negotiated process, and a complete code. To put it plainly, when the IAP Model was negotiated, the parties called “Done!” at re-review by the Chief Adjudicator or his or her delegate. The court must honour the parties’ intentions. By limiting access to the courts, finality is preserved and the expertise of the Chief Adjudicator and those under his supervision is recognized.

[131] Because the IAP is a closed process, any disagreement with respect to the interpretation of its terms should be dealt with internally. The parties foresaw the need to resolve such disputes by providing for the creation of the IAP Oversight Committee, which is specifically designed to monitor the implementation of the IAP and make changes to the process as necessary, subject to the NAC’s approval. Should interpretive direction be required, the parties entrusted this function to the IAP Oversight Committee, not to the supervising courts.

[132] Second, in entering into the IRSSA, claimants relinquished their right to have their claims resolved by the courts in favour of a process with various compensatory and non-compensatory benefits. Claimants are entitled to closed hearings at a location of their choice, attendance costs for both themselves and a support person, the incorporation of cultural traditions, and access to counselling (Man. C.A.

suivre, ainsi que l’expertise et les compétences exigées des adjudicateurs. Les adjudicateurs doivent suivre une formation spécialisée et ils sont habilités à tirer des conclusions contraignantes et définitives sur la crédibilité, la responsabilité et l’indemnisation. Les parties ont prévu un mécanisme de révision interne clair et complet et elles n’ont pas inséré de mécanisme d’appel devant les tribunaux de supervision. Ces mesures démontrent clairement l’intention des parties de garder le contrôle de ce processus spécialisé et d’accorder aux adjudicateurs la juridiction exclusive sur l’interprétation des modalités du PÉI (m.i. (adjudicateur en chef), par. 39). Comme la juge Brown l’a fait observer dans la *Décision relative aux demandes de directives regroupées* (par. 178) :

[TRADUCTION] . . . La CRRPI est essentiellement un contrat. Le PÉI est le fruit de négociations et il constitue un code complet. Autrement dit, lors des négociations du régime du PÉI, les parties ont essentiellement mis un « point final » au processus une fois qu’est achevée la deuxième révision effectuée par l’adjudicateur en chef ou un adjudicateur en chef désigné. Le tribunal doit respecter l’intention des parties. En limitant l’accès aux tribunaux, on protège le caractère définitif des décisions et on reconnaît l’expertise de l’adjudicateur en chef et des personnes qui sont sous sa gouverne.

[131] Comme le PÉI est un processus fermé, tout désaccord concernant l’interprétation de ses modalités doit être réglé à l’interne. Les parties avaient envisagé la nécessité de régler de tels différends en créant le Comité de surveillance du PÉI, qui est spécialement conçu pour surveiller la mise en œuvre du PÉI et modifier au besoin le processus, sous réserve de l’approbation du CAN. Les parties ont également prévu que, si des directives d’interprétation s’avéraient nécessaires, ce rôle devait être confié au Comité de surveillance du PÉI et non aux tribunaux de supervision.

[132] Deuxièmement, en signant la CRRPI, les demandeurs ont renoncé à leur droit de faire trancher leurs demandes par les tribunaux au profit d’un processus comportant divers avantages liés — ou pas — à l’indemnisation. Les demandeurs ont droit à une audience à huis clos au lieu de leur choix et au remboursement des frais de leur présence et de ceux de leur accompagnateur, et ils peuvent demander que

Reasons, at para. 47; *Bundled RFD*, at para. 14). As Beard J.A. observed, there are also litigation benefits for claimants, including having an inquisitorial rather than an adversarial hearing, which avoids cross-examination, and having the alleged perpetrator excluded while they are testifying. Should an adjudicator decide a claim without considering the terms of the IAP scheme, the claimant would be denied the benefit of the IRSSA. However, disagreement with the conclusions reached by adjudicators, whether on matters of fact or on the interpretation of the terms of the IAP, should be addressed through the review procedures provided for in the IAP and, if necessary, by approving binding instructions to adjudicators as set out in Sch. D (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 115). These are the features of the IAP Model for which the parties bargained.

[133] Third, none of the parties to the IRSSA can argue that the scheme should be, to use the word employed by counsel for the Chief Adjudicator, “infallible” (transcript, at p. 83). As Winkler J. stated in *Baxter*, at para. 21:

... Although not perfect in every respect, or perhaps in any respect, perfection is not the standard by which the settlement must be measured. Settlements represent a compromise between the parties and it is to be expected that the result will not be entirely satisfactory to any party or class member. . . .

[134] Fourth, to open IAP decisions to intervention by the courts would be contrary to the objective of efficient and timely resolution of disputes with finality (Man. C.A. Reasons, at para. 63; *Spanish IRS C.A.*, at paras. 51, 53 and 60; *Bundled RFD*, at para. 12 and 178; *Schachter*, at para. 58). More than 150,000 students attended an IRS. As of 2008, approximately 80,000 were still living. Several years of negotiations preceded the finalization of the IRSSA. Many of the students were elderly by that time and passed away prior to receiving their settlements (Man

l’on tienne compte de leurs traditions culturelles, en plus d’avoir droit à des services de consultation psychosociale (motifs de la C.A. du Man., par. 47; *Décision relative aux demandes de directives regroupées*, par. 14). Comme la juge Beard l’a fait observer, ce processus comporte également des avantages pour les demandeurs sur le plan procédural, en raison notamment du fait que la procédure est inquisitoire et non contradictoire, de sorte que les demandeurs n’ont pas à subir un contre-interrogatoire, et qu’ils n’ont pas à témoigner en présence de l’auteur de l’acte. Si l’adjudicateur devait trancher la demande sans tenir compte des modalités du régime du PÉI, le demandeur se verrait privé des avantages de la CRRPI. Toutefois, tout désaccord au sujet des conclusions des adjudicateurs, qu’il s’agisse de questions de fait ou de l’interprétation des modalités du PÉI, doit être réglé dans le cadre de la procédure de révision prévue par le PÉI et, au besoin, au moyen d’instructions exécutoires destinées aux adjudicateurs, selon l’ann. D (m.i. (adjudicateur en chef), par. 115). Il s’agit des caractéristiques du régime du PÉI qui ont été négociées.

[133] Troisièmement, aucune des parties à la CRRPI ne peut prétendre que le régime devrait, pour reprendre les termes de l’avocat de l’adjudicateur en chef, [TRADUCTION] « être infaillible » (transcription, p. 83). Comme le juge Winkler l’a déclaré dans la décision *Baxter*, par. 21 :

[TRADUCTION] ... Bien qu’il ne soit pas parfait à tous les égards, ou peut-être même à quelque égard que ce soit, le règlement ne doit pas être évalué en fonction de la norme de la perfection. Le règlement se veut un compromis entre les parties et il faut s’attendre à ce que le résultat ne soit pas entièrement satisfaisant pour toutes les parties ou pour tous les membres du groupe. . . .

[134] Quatrièmement, le fait de permettre aux tribunaux d’intervenir dans les décisions rendues dans le cadre du PÉI irait à l’encontre de l’objectif visant le règlement rapide, efficace et définitif des différends (motifs de la C.A. du Man., par. 63; *PI de Spanish, C.A.*, par. 51, 53 et 60; *Décision relative aux demandes de directives regroupées*, par. 12 et 178; *Schachter*, par. 58). Plus de 150 000 élèves ont fréquenté un PI. En 2008, environ 80 000 d’entre eux vivaient encore. Plusieurs années de négociations ont précédé la signature de la CRRPI. Un grand nombre

C.A. Reasons, at para. 62). To use J.W.'s case as an example, the IAP adjudication process began in 2014 and the Hearing Adjudicator's decision was not released until April 2015. It took a further 7.5 months for the claim to make its way through the review and re-review processes. It is now 2019, and the outcome of J.W.'s claim has remained uncertain as the IAP decisions are subjected to continued scrutiny by the courts. This type of delay cannot be what the parties intended when they carefully negotiated the IAP (*Bundled RFD*, at paras. 3, 10 and 12).

[135] Moreover, the statistics cited above clearly indicate that the IAP Model has been largely successful in resolving these claims in a timely and efficient manner, with over 99% of claims resolved and close to 90% of admitted claims resulting in compensation for survivors. The IRSSA is the largest and most complex class action settlement in Canada and can serve as a model for future class litigants (*Bundled RFD*, at para. 3). Overriding the parties' intentions in negotiating the IAP could have a chilling effect on the potential for future class action settlements of this nature (R.F. (Attorney General), at para. 71).

[136] Fifth, a broad right to judicial recourse in respect of IAP decisions would allow Canada, and not only claimants, to challenge adjudicators' conclusions with which it disagreed. This would further undermine the efficiency and finality of the IAP, and place an additional burden on claimants by requiring them to battle Canada through multiple levels of court to confirm their right to compensation (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 3). This would surely be contrary to the intentions of the parties in creating a non-adversarial process to resolve IAP claims.

d'élèves étaient alors âgés ou sont décédés avant d'avoir pu toucher une indemnité (motifs de la C.A. du Man., par. 62). Si l'on prend le cas de J.W. comme exemple, le processus décisionnel dans le cadre du PÉI a débuté en 2014 et la décision de l'adjudicatrice d'audition n'a été rendue qu'en avril 2015. Il a fallu encore sept mois et demi pour que la demande franchisse toutes les étapes de la révision et de la deuxième révision. Nous sommes maintenant en 2019 et l'issue de la demande de J.W. est toujours incertaine, étant donné que les décisions rendues à son sujet dans le cadre du PÉI font toujours l'objet d'un examen de la part des tribunaux. Les parties n'avaient sûrement pas en tête de tels délais lorsqu'elles ont soigneusement négocié le PÉI (*Décision relative aux demandes de directives regroupées*, par. 3, 10 et 12).

[135] De plus, les statistiques déjà citées indiquent clairement que le régime du PÉI a dans une large mesure permis de régler en temps opportun et de manière efficace les réclamations présentées : plus de 99 % des réclamations ont été réglées et près de 90 % des réclamations se sont soldées par le versement d'une indemnité aux survivants. La CRRPI est le règlement de recours collectif le plus important et le plus complexe au Canada et il peut servir de modèle pour les parties à de futurs recours collectifs (*Décision relative aux demandes de directives regroupées*, par. 3). Le fait de passer outre aux intentions qu'avaient les parties lorsqu'elles ont négocié le PÉI pourrait avoir un effet dissuasif lors de futurs règlements de recours collectif de même nature (m.i. (procureur général), par. 71).

[136] Cinquièmement, un droit général d'exercer un recours judiciaire contre les décisions rendues dans le cadre du PÉI permettrait au Canada — et non seulement aux demandeurs — de contester les conclusions des adjudicateurs avec lesquelles il est en désaccord, ce qui nuirait encore plus à l'efficacité et au caractère définitif du PÉI et imposerait un fardeau supplémentaire aux demandeurs, qui devraient affronter le Canada à plusieurs paliers judiciaires afin de faire confirmer leur droit à une indemnité (m.i. (adjudicateur en chef), par. 3). Tout cela irait sûrement à l'encontre de l'intention qu'avaient les parties en créant un processus non contradictoire pour régler les réclamations présentées dans le cadre du PÉI.

[137] Beard J.A. put it well when she stated the following (Man C.A. Reasons, at para. 64):

When the objective of providing compensation to individual claimants is considered in light of the entire IRSSA, the very extensive and specialized adjudication and two-step review process under the IAP, and the objective of having an expeditious process for resolving the claims, I am of the view that the limited right to judicial recourse as described in [Schachter] and the Perell appeal should continue to be interpreted narrowly.

[138] Sixth, if this Court were to accept the appellants' interpretation of the judicial oversight function, supervising judges would be engaging in the same exercise as reviewing adjudicators acting under the IAP's review provisions, resulting in an additional layer of review outside what the parties clearly intended to be a closed process. For this reason, a supervising judge should not substitute his or her own decision for that of an IAP adjudicator. Even if a court were to find that an IAP adjudicator made a decision without regard to the terms of the IAP, the appropriate remedy would be to set aside the decision and send it back for reconsideration in accordance with the criteria set out in the IAP (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 39).

[139] The courts' broad supervisory authority would, however, allow a supervising judge to order remedies that lie outside the exclusive jurisdiction of IAP adjudicators should they be necessary to ensure that the IAP is administered fairly. For example, in *N.N.*, which will be discussed in greater detail below, the British Columbia Court of Appeal held that because the IRSSA is silent as to the admission of new evidence after a claim has been heard, the supervising court had the jurisdiction to reopen the claim and order that the evidence be admitted and considered by the Chief Adjudicator (para. 195).

[140] Before moving on, I pause for a moment to discuss the concept of "exceptional circumstances".

[137] La juge Beard a bien expliqué la situation en déclarant ce qui suit (motifs de la C.A. du Man., par. 64) :

[TRADUCTION] Lorsque l'objectif consistant à indemniser les différents demandeurs est examiné à la lumière de l'ensemble de la CRRPI, du processus très complet et spécialisé d'adjudication et de révision en deux étapes prévus par le PÉI et de l'objectif de règlement rapide des demandes, j'estime que l'on devrait continuer à interpréter de façon restrictive le droit limité au recours judiciaire énoncé dans l'arrêt [Schachter] et l'appel Perell.

[138] Sixièmement, si la Cour devait retenir l'interprétation du rôle de supervision des tribunaux proposée par les appellants, les juges superviseurs se livreraient au même exercice que celui accompli par les adjudicateurs de révision en vertu des modalités de révision du PÉI, ce qui créerait un niveau de révision de plus que ce qui existe déjà dans le cadre d'un processus que les parties souhaitaient nettement fermé. Pour cette raison, le juge superviseur ne devrait pas substituer sa propre décision à celle de l'adjudicateur du PÉI. Même si un tribunal devait conclure qu'un adjudicateur du PÉI a rendu sa décision sans tenir compte des modalités du PÉI, la réparation appropriée consisterait à annuler sa décision et à renvoyer la demande pour qu'elle soit réexaminée conformément aux critères du PÉI (m.i. (adjudicateur en chef), par. 39).

[139] Les vastes pouvoirs de supervision conférés aux tribunaux permettraient toutefois au juge superviseur d'accorder des réparations qui débordent le cadre de la compétence exclusive des adjudicateurs du PÉI si cela s'avère nécessaire pour s'assurer que le PÉI est administré d'une façon juste. Par exemple, dans l'arrêt *N.N.*, sur lequel je reviens de façon plus détaillée plus loin, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que, comme la CRRPI était muette quant à l'admission de nouveaux éléments de preuve après qu'une demande a été entendue, le tribunal de supervision avait compétence pour rouvrir la demande et ordonner que les éléments de preuve en question soient admis et que l'adjudicateur en chef les examine (par. 195).

[140] Avant de poursuivre, j'ouvre une parenthèse pour aborder le concept des « circonstances

At various points in both the written and the oral submissions, the phrase “exceptional circumstances” has been referred to as a “threshold” or “test”. I would note that the phrase appears only once in *Schachter*, at para. 53: “. . . the right to seek judicial recourse is limited to very exceptional circumstances.” In making this statement, the Ontario Court of Appeal was not setting out a test for judicial recourse under the IAP. Rather, Rouleau J.A. was simply clarifying that cases in which judicial intervention is warranted will be rare. It is not helpful to employ the idea of “exceptional circumstances” as a test, threshold, or standard, as it merely describes the limited nature of judicial recourse in respect of IAP decisions. To reiterate, I would adopt the test for judicial recourse articulated by the Manitoba Court of Appeal in this case, namely failure by the IAP adjudicator to apply the terms of the IAP Model, which amounts to failure to enforce the IRSSA (Man. C.A. Reasons, at paras. 42 and 51; *Schachter*, at para. 53; *Spanish IRS C.A.*, at paras. 55 and 59-60).

(3) Where the IRSSA Provides No Internal Remedy, Recourse Can Be Sought From the Supervising Courts to Fill This Gap

[141] While the parties’ intentions in creating the IRSSA and the IAP must be honoured, it must also be acknowledged that circumstances will inevitably arise that were not foreseen by the parties and are therefore not provided for in their agreement. As the Chief Adjudicator observes, the parties did anticipate that court involvement might be necessary, not to interpret the IAP Model, but to ensure that adjudicators can in fact implement the IAP to achieve the intended results (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 100). As stated above, the parties have clearly turned their minds to the question of whether a right to appeal or to seek review of IAP decisions is available. However, should a situation arise which was not contemplated by the parties, courts must have the power to intervene to ensure that the parties receive

exceptionnelles ». À plusieurs reprises dans les observations écrites et orales, l’expression [TRADUCTION] « circonstances exceptionnelles » a été qualifiée de « critère » ou de « test ». Je tiens à signaler que ces mots n’apparaissent qu’une seule fois dans l’arrêt *Schachter*, par. 53 : [TRADUCTION] « . . . le droit d’exercer un recours judiciaire ne peut être exercé que dans des circonstances très exceptionnelles ». En tenant ces propos, la Cour d’appel de l’Ontario n’établissait pas un test auquel satisfaire afin de pouvoir exercer un recours judiciaire à l’encontre des décisions rendues dans le cadre du PÉI. Le juge Rouleau précisait simplement que les cas justifiant l’intervention judiciaire étaient rares. Il n’est pas utile d’employer l’expression « circonstances exceptionnelles » comme test, critère ou norme, car elle renvoie seulement au caractère limité des recours judiciaires possibles contre les décisions rendues dans le cadre du PÉI. Au risque de me répéter, je confirmerais le test énoncé par la Cour d’appel du Manitoba en l’espèce en ce qui concerne le recours aux tribunaux, à savoir que celui-ci ne peut être exercé qu’en cas de défaut de l’adjudicateur du PÉI d’appliquer le régime du PÉI et, par voie de conséquence, de mettre en œuvre la CRRPI (motifs de la C.A. du Man., par. 42 et 51; *Schachter*, par. 53; *PI de Spanish, C.A.*, par. 55 et 59-60).

(3) Lorsque la CRRPI ne prévoit pas de recours interne, il est possible de demander aux tribunaux de supervision de combler cette lacune

[141] Malgré le besoin de respecter l’intention qu’avaient les parties en créant la CRRPI et le PÉI, il faut également reconnaître qu’il surviendra inévitablement des situations que les parties n’ont pas envisagées et qui ne sont donc pas prévues par leur convention. Comme l’adjudicateur en chef l’a fait observer, les parties s’attendaient à ce que l’intervention du tribunal puisse s’avérer nécessaire, non pas pour interpréter le régime du PÉI, mais pour veiller à ce que les adjudicateurs soient effectivement en mesure de mettre le PÉI en œuvre pour obtenir les résultats escomptés (m.i. (adjudicateur en chef), par. 100). Comme je l’ai déjà mentionné, les parties se sont de toute évidence penchées sur la question de savoir s’il existait un droit d’appel ou de révision des décisions rendues dans le cadre du PÉI. Toutefois, s’il survient une situation que

the benefits of the agreement, i.e., what they bargained for.

[142] A clear example of the courts' supervisory authority being utilized to fill a gap in the IRSSA arose recently in *N.N.*, a decision of the British Columbia Court of Appeal. In that case, one of the claimants requested a re-review after her claim was denied by the initial adjudicator and that decision was upheld on review. After filing a request for re-review, counsel for the claimant became aware of new information relating to the claim and provided that evidence to the re-review adjudicator. The re-review adjudicator found that while the information might have resulted in a favourable decision for the claimant had it been available at the hearing, all reviews are conducted on the record and no new evidence is permitted. As he found that he lacked the authority to address this issue, he stated that the claimant should apply to the supervising court for directions, since supervising courts have the authority to reopen claims on a case-by-case basis (*N.N.*, at paras. 122-26). The claimant subsequently filed an RFD with the supervising court. The supervising judge found that the new information was not sufficient to warrant judicial recourse, but her decision was overturned by the British Columbia Court of Appeal.

[143] While reaffirming that courts should not be engaging in detailed reviews of findings of fact made by IAP adjudicators, MacKenzie J.A. found that where new information comes to a court's attention, it will be necessary for that court to determine whether the claim must be remitted for reconsideration (*N.N.*, at para. 157). This approach is consistent with the objectives of the IRSSA:

. . . I note that in *Schachter* at para. 57, Justice Rouleau described an exceptional circumstance as being “*where the*

les parties n'ont pas envisagée, les tribunaux doivent être autorisés à intervenir de manière à ce que les parties reçoivent les avantages de la Convention, c'est-à-dire en retirent les avantages qui ont été négociés.

[142] Un bon exemple de l'utilisation du pouvoir de supervision des tribunaux visant à combler une lacune de la CRRPI se trouve dans l'arrêt récent *N.N.* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Dans cette affaire, l'une des demanderesses avait réclamé une deuxième révision après que sa demande eut été refusée par le premier adjudicateur et que cette décision eut été confirmée au terme d'une première révision. Après avoir déposé sa demande de deuxième révision, l'avocat de la demanderesse a pris connaissance des nouveaux renseignements qui avaient trait à la demande et il les a soumis à l'adjudicateur de deuxième révision. Ce dernier a conclu que, même s'il était possible que ces renseignements aient donné lieu à une décision favorable à la demanderesse s'ils avaient été connus à l'audience, toutes les révisions étaient faites à partir de la preuve au dossier et aucune nouvelle preuve n'était autorisée. Comme il avait conclu qu'il n'avait pas le pouvoir de régler cette question, l'adjudicateur a déclaré que la demanderesse devait s'adresser au tribunal de supervision pour obtenir des directives, étant donné que les tribunaux de supervision peuvent rouvrir des demandes au cas par cas (*N.N.*, par. 122-126). La demanderesse a par la suite adressé une demande de directives au tribunal de supervision. La juge superviseuse a conclu que les nouveaux renseignements n'étaient pas suffisants pour justifier l'exercice d'un recours judiciaire, mais sa décision a été infirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

[143] Tout en réaffirmant que les tribunaux ne devaient pas procéder à un examen détaillé des conclusions de fait tirées par les adjudicateurs du PÉI, la juge MacKenzie a conclu que, lorsque de nouveaux renseignements étaient portés à l'attention d'un tribunal, ce dernier devait décider si la demande devait être renvoyée à l'adjudicateur pour être examinée de nouveau (*N.N.*, par. 157). Cette façon de voir est conforme aux objectifs de la CRRPI :

[TRADUCTION] . . . Je constate que, dans l'arrêt *Schachter*, au par. 57, le juge Rouleau définit comme suit les

final decision of the Chief Adjudicator reflects a failure to comply with the terms of the [IRSSA] or the implementation orders” (emphasis added). . . .

Any consideration of an exceptional circumstance must include a consideration of the objectives of the negotiated IRSSA, reflected in the preamble, to achieve a “fair, comprehensive and lasting resolution of the legacy of Indian Residential Schools” that seeks to promote “healing, education, truth and reconciliation and commemoration”.

In my view, it may be necessary for a court on judicial recourse to consider new information, and to determine whether a claim must be remitted to the Chief Adjudicator for reconsideration, but this will only be appropriate in very rare and exceptional cases. [Emphasis in original; paras. 155-57.]

[144] MacKenzie J.A. adopted the approach taken in *Fontaine 283* by Perell J., who found that supervising courts have the jurisdiction to direct the reopening of settled IAP claims on a case-by-case basis (N.N., at para. 164; *Fontaine 283*, at para. 225). Though Perell J. made the following statements in the context of a breach of Canada’s disclosure obligations, I would adopt his reasoning as well:

... the Applicants’ RFD raises the question of whether the court may direct the re-opening of settled IAP claims on the grounds of Canada’s breach of its disclosure obligations.

In my opinion, the answer to this question is yes. The court does have the jurisdiction to re-open settled claims but that jurisdiction must be exercised on a case-by-case basis.

If truth and reconciliation is to be achieved and if nous le regrettons, we are sorry, nimitataynan, niminchinowesamin, mamiattugut, is to be a genuine expression of Canada’s request for forgiveness for failing our Aboriginal peoples so profoundly, the justness of the system for the compensation for the victims must be protected. The substantive and procedural access to justice of the IRSSA, like any class

circonstances exceptionnelles : « lorsque la décision finale de l’adjudicateur en chef révèle qu’il ne s’est pas conformé aux modalités de la [CRRPI] ou des ordonnances de mise en œuvre » (italique ajouté) . . .

Tout examen des circonstances exceptionnelles doit tenir compte des objectifs de la CRRPI — laquelle a été négociée — énoncés dans son préambule, soit de « résoudre pour de bon et de manière juste et globale les séquelles laissées par les pensionnats indiens » et promouvoir « la guérison, l’éducation, la vérité, la réconciliation et la commémoration ».

À mon avis, il peut être nécessaire pour le tribunal saisi d’une demande de recours judiciaire d’examiner les nouveaux renseignements et de décider si la demande doit être renvoyée à l’adjudicateur en chef pour réexamen, mais cela ne conviendra que dans des situations très rares et exceptionnelles. [En italique dans l’original; par. 155-157.]

[144] La juge MacKenzie a fait sienne l’approche suivie par le juge Perell dans la décision *Fontaine 283*, dans laquelle ce dernier avait conclu que les tribunaux de supervision avaient compétence pour ordonner au cas par cas la réouverture des demandes réglées dans le cadre du PÉI (N.N., par. 164; *Fontaine 283*, par. 225). Bien que le juge Perell ait fait les déclarations qui suivent dans le contexte d’un manquement par le Canada à ses obligations en matière de communication de la preuve, je souscris également à son raisonnement :

[TRADUCTION] . . . la demande de directives présentée par les demandeurs soulève la question de savoir si le tribunal peut ordonner la réouverture des réclamations réglées dans le cadre du PÉI au motif que le Canada a manqué à ses obligations en matière de communication de la preuve.

À mon avis, la réponse à cette question est affirmative. Le tribunal a effectivement compétence pour rouvrir les réclamations réglées, mais cette compétence doit être exercée au cas par cas.

Si nous souhaitons atteindre les objectifs de vérité et de réconciliation et si nous le regrettons, *we are sorry, nimitataynan, niminchinowesamin, mamiattugut* expriment véritablement la demande de pardon du Canada pour avoir si grandement manqué à ses obligations envers les peuples autochtones, le caractère juste du système d’indemnisation des victimes doit être protégé. L’accès à

action, must also be protected and vouched safe. The court has the jurisdiction to ensure that the IRSSA provides both procedural and substantive access to justice.

...

Thus, I conclude that the court does have the jurisdiction to re-open a settled IAP claim but whether a claim should be re-opened will depend upon the circumstances of each particular case. [Emphasis added; paras. 224-32.]

[145] Should a situation arise which is not provided for in the IRSSA and which might affect the outcome of a claim, it would be inconsistent with the purpose of the settlement to deny relief to the claimant. This was clearly the case in *N.N.*, where the IAP Model did not provide any procedure for the admission of new evidence on review, and the evidence in question could have had an impact on the result.

[146] This is not to say that parties will automatically be entitled to have a claim reopened if they are able to point to a procedural gap in the IAP Model or provide new information that was not before the IAP adjudicator(s). A case-by-case analysis is required, and a variety of factors may have to be considered, including whether some prejudice to the party requesting judicial intervention has been shown (*Fontaine* 283, at para. 228). Cases in which a claim can be reopened will be rare. In *N.N.*, for example, MacKenzie J.A. undertook a detailed review of the new evidence and its significance and took into consideration the fact that the claimant was not at fault for the late disclosure, nor was she seeking additional compensation as a result (paras. 171-87).

[147] In his factum, the Chief Adjudicator acknowledges the need for supervising courts to “fill in the gaps” left by IAP provisions and states that this would be an appropriate use of the courts’ supervisory authority (para. 95). The outcome in *N.N.*

la justice que garantit la CRRPI, tant sur le fond que sur le plan procédural, doit également être protégé et garanti, comme dans le cas de toute action collective. Le tribunal a compétence pour s’assurer que la CRRPI protège, tant sur le fond que sur la forme, l’accès à la justice.

...

Je conclus par conséquent que le tribunal a effectivement compétence pour rouvrir une demande déjà réglée dans le cadre du PÉI, mais que l’opportunité de la rouvrir dépend des circonstances de l’espèce. [Je souligne; par. 224-232.]

[145] S’il se présente une situation non prévue par la CRRPI qui est susceptible d’avoir une incidence sur l’issue de la demande, il serait incompatible avec l’objet du règlement de refuser d’accorder une réparation au demandeur. C’était de toute évidence le cas dans l’affaire *N.N.*, alors que le régime du PÉI ne prévoyait aucune procédure pour l’admission de nouveaux éléments de preuve lors de la révision, et que les éléments de preuve en question auraient pu avoir une incidence sur le résultat.

[146] Il ne s’ensuit pas pour autant que les parties ont automatiquement droit à la réouverture de la demande dès qu’elles réussissent à signaler une lacune dans le régime du PÉI ou à fournir de nouveaux renseignements qui n’avaient pas été portés à l’attention de l’adjudicateur du PÉI. Une analyse au cas par cas s’impose et divers facteurs peuvent alors entrer en ligne de compte, notamment la preuve que la partie qui sollicite l’intervention judiciaire a subi un préjudice (*Fontaine* 283, par. 228). Les situations dans lesquelles il est possible de rouvrir une demande sont rares. Dans l’affaire *N.N.*, par exemple, la juge MacKenzie a entrepris un examen approfondi des nouveaux éléments de preuve et de leur importance et a tenu compte du fait que l’on ne pouvait reprocher la communication tardive à la demanderesse et que cette dernière ne demandait pas d’indemnisation supplémentaire en conséquence (par. 171-187).

[147] Dans son mémoire, l’adjudicateur en chef reconnaît la nécessité pour les tribunaux de supervision de [TRADUCTION] « combler les lacunes » des dispositions du PÉI, ajoutant qu’il s’agirait d’un exercice approprié du pouvoir de supervision des tribunaux

did not hinge on the supervising judge assuming the role of adjudicator or embarking on an interpretive exercise with respect to the provisions of the IRSSA or the IAP. The British Columbia Court of Appeal saw its role as determining whether the claim should be reopened in light of new information, not whether the adjudicator had committed a palpable and overriding error (*N.N.*, at para. 152).

[148] Ultimately, a balance must be struck between resolving claims efficiently and obtaining some sense of finality for the parties, on the one hand, and ensuring fair and just outcomes, on the other (*N.N.*, at para. 167). This approach gives effect to the parties' intention that the IRSSA promote a "fair, comprehensive and lasting resolution of the legacy of Indian Residential Schools" by ensuring compliance with the rules of natural justice.

C. Application to the Instant Case

(1) The Supervising Judge Erred in Substituting His Own Interpretation of SL1.4

[149] As noted above, Edmond J. stated that his jurisdiction was limited to "ensuring that the Re-Review Adjudicator did not endorse a legal interpretation that is so unreasonable that it amounts to a failure to properly apply the IAP to the facts of a particular case" (Man. Q.B. Reasons, at para. 40). He went on to conduct a detailed review of the Hearing Adjudicator's decision, identifying what he interpreted to be errors in her analysis of SL1.4. After finding that these errors were unreasonable, he held that the failure of the Review Adjudicator and the Re-Review Adjudicator to correct them was a sufficient basis for setting aside the re-review decision and ordering a reconsideration of the claim.

[150] I agree with the Manitoba Court of Appeal that Edmond J. erred in scrutinizing the Hearing

(par. 95). L'issue de l'affaire *N.N.* ne dépendait pas du fait que le juge superviseur s'était arrogé le rôle de l'adjudicateur ou s'était livré à un exercice d'interprétation à l'égard des dispositions de la CRRPI ou du PÉI. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a estimé qu'il lui incombaît non pas de vérifier si l'adjudicateur avait commis une erreur manifeste et déterminante, mais de déterminer s'il y avait lieu de rouvrir la demande, compte tenu des nouveaux renseignements (*N.N.*, par. 152).

[148] En fin de compte, il faut trouver un équilibre entre, d'une part, le règlement efficace des demandes et l'aboutissement du processus pour les parties et, d'autre part, la garantie de résultats justes et équitables (*N.N.*, par. 167). Cette façon de voir donne effet à l'intention de parties à la CRRPI que cette dernière vise à « résoudre pour de bon et de manière juste et globale les séquelles laissées par les pensionnats indiens » en veillant au respect des règles de justice naturelle.

C. Application en l'espèce

(1) Le juge superviseur a commis une erreur en proposant sa propre interprétation de la catégorie SL1.4

[149] Comme je l'ai déjà indiqué, le juge Edmond a déclaré que sa compétence se limitait à « s'assurer que l'adjudicatrice de deuxième révision n'a pas adopté une interprétation légale qui est si déraisonnable qu'elle équivaut à un défaut d'appliquer correctement le PÉI aux faits d'une affaire donnée » (motifs de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, par. 40). Il a poursuivi en procédant à un examen détaillé de la décision de l'adjudicatrice d'audition, relevant ce qu'il estimait être des erreurs dans son analyse de la catégorie SL1.4. Après avoir conclu au caractère déraisonnable de ces erreurs, il a estimé que le défaut de l'adjudicateur de révision et de l'adjudicatrice de deuxième révision de les corriger était suffisant pour justifier l'annulation de la décision rendue au terme de la deuxième révision et pour ordonner un nouvel examen de la demande.

[150] Je suis d'accord avec la Cour d'appel du Manitoba pour dire que le juge Edmond a commis

Adjudicator's interpretation of SL1.4 and substituting his own. Edmond J. could not concern himself with the proper interpretation of SL1.4, but was entitled only to determine whether the Hearing Adjudicator had considered the correct terms. Instead, he engaged in the same analysis that the parties assigned to IAP adjudicators and came to a different result (R.F. (Chief Adjudicator), at para. 107). In *Spanish IRS S.C.*, the supervising judge, Perell J., undertook a similar exercise in reviewing an IAP decision. The appellants and the Assembly of First Nations rely on the approach taken by Perell J. in that case. However, the Ontario Court of Appeal overturned his decision, and Sharpe J.A. made the following comments:

The administrative judge appears to have taken the view that if, in his judgment, M.F. was entitled to compensation, any other conclusion necessarily reflected a failure to apply the IAP model. In my respectful opinion, that approach reflects a failure to follow the strictures imposed in *Schachter* on recourse to the courts from IAP decisions, and one that, if accepted, could significantly undermine the finality and integrity of the IAP.

(*Spanish IRS C.A.*, at para. 60)

[151] My colleague Abella J. correctly observes that the Hearing Adjudicator described the question before her as “whether or not the incident was sexual touching which exceeded recognized parental conduct” and that SL1.4 uses the phrase “any touching”, without the word “sexual” (paras. 36 and 41 (emphasis in original)). She argues that the addition of a requirement that the touching be sexual constituted a failure to apply and implement the IRSSA. Respectfully, I disagree. The Hearing Adjudicator turned her mind to the requirements of SL1.4, as evidenced in her detailed analysis. While she interpreted the category differently than Edmond J., this does not amount to a failure to apply SL1.4. Moreover, the RFD arose from the Re-Review Adjudicator’s decision, which correctly referred to SL1.4 as requiring “any touching” and did not add the word “sexual”

une erreur en analysant l’interprétation que l’adjudatrice d’audition avait faite de la catégorie SL1.4 et en y substituant sa propre interprétation. Le juge Edmond n’était autorisé qu’à vérifier si l’adjudatrice d’audition avait interprété les bonnes modalités de la CRRPI, et non à chercher l’interprétation appropriée à donner à la catégorie SL1.4. Au lieu de cela, il s’est livré à une analyse que les parties ont réservée aux adjudicateurs du PÉI et il est arrivé à un résultat différent (m.i. (adjudicateur en chef), par. 107). Dans l’affaire *PI de Spanish, C.S.*, le juge superviseur, le juge Perell, s’est livré à un exercice semblable en examinant une décision rendue dans le cadre du PÉI. Les appels et l’Assemblée des Premières Nations s’appuient sur la démarche retenue par le juge Perell dans cette décision. Cependant, la Cour d’appel de l’Ontario a infirmé la décision du juge Perell, et le juge d’appel Sharpe a formulé les observations suivantes :

[TRADUCTION] Le juge administratif semble avoir considéré que si, à son avis, M.F. avait droit à une indemnité, toute autre conclusion révélait immanquablement un défaut d’appliquer le régime du PÉI. À mon humble avis, cette approche révèle un défaut de respecter les contraintes imposées par l’arrêt *Schachter* en ce qui a trait au recours aux tribunaux à l’encontre des décisions rendues dans le cadre du PÉI. De plus, si on l’acceptait, cette approche serait susceptible de nuire considérablement au caractère définitif et à l’intégrité du PÉI.

(*PI de Spanish, C.A.*, par. 60)

[151] Ma collègue la juge Abella fait observer à juste titre que l’adjudatrice d’audition a estimé que la question dont elle était saisie était « celle de savoir si les actes reprochés constituaient des contacts sexuels qui excèdent les normes généralement reconnues de contact physique parental » et que la catégorie SL1.4 emploie l’expression « tout contact » sans mention du mot « sexuel » (par. 36 et 41 (en italique dans l’original)). Elle affirme que l’ajout de l’exigence voulant que les contacts soient d’ordre sexuel constitue un défaut d’appliquer et de mettre en œuvre la CRRPI. Avec égards, je ne partage pas son avis. L’adjudatrice d’audition a tenu compte des exigences de la catégorie SL1.4, comme en fait foi l’analyse détaillée à laquelle elle s’est livrée. Bien qu’elle ait interprété cette catégorie différemment du juge Edmond, on ne peut pour autant conclure qu’elle

(A.R., vol. I, at pp. 14 and 16). The Re-Review Adjudicator expressly agreed with the assessment carried out by the Review Adjudicator in finding that the Hearing Adjudicator had correctly applied the IAP Model, demonstrating that the choice to deny J.W.'s claim was based on a deliberate interpretation of and engagement with the SL1.4 category (p. 18).

[152] The Hearing Adjudicator in the instant case had regard to and applied the factors in the SL1.4 category, and her decision was upheld by the Review Adjudicator and the Re-Review Adjudicator, in keeping with the mechanism contained in the IAP Model. While the supervising judge may have disagreed with the outcome, this was not a basis for finding that the adjudicators had failed to apply the terms of the IRSSA. Once he determined that the adjudicators had applied the appropriate terms and provisions of the IAP (i.e., SL1.4), and once he agreed that the Hearing Adjudicator was "entitled to give context and interpretation to the language used in the IAP" (para. 56), his jurisdiction ended, and he ought not to have ruled on whether the Hearing Adjudicator's interpretation was reasonable. As Beard J.A. of the Manitoba Court of Appeal concluded in this case, Edmond J. exceeded his jurisdiction by substituting his own interpretation of SL1.4 and directing that the claim be reconsidered in accordance with that interpretation.

(2) The Chief Adjudicator Concedes That J.W. Is Entitled to Relief, but He Lacks a Remedy Under the IRSSA

[153] While I am in agreement with the Manitoba Court of Appeal that the supervising judge erred in his analysis, I believe this to be an exceptional case in which reconsideration is appropriate. I am not basing this conclusion on Edmond J.'s reasoning, which would require the courts to reinterpret the

a omis d'appliquer la catégorie SL1.4. Qui plus est, la demande de directives découlait de la décision de l'adjudicatrice de deuxième révision, qui avait signalé à juste titre que l'art. SL1.4 exigeait qu'il y ait un « contact physique », mais non un contact d'ordre « sexuel » (d.a., vol. I, p. 14 et 16). L'adjudicatrice de deuxième révision a expressément souscrit à l'évaluation de l'adjudicateur de révision en concluant que l'adjudicatrice d'audition avait appliqué correctement le régime du PÉI, ce qui démontrait que la décision de refuser la demande de J.W. reposait sur une interprétation consciente de la catégorie SL1.4 et sur l'application de cette dernière (p. 18).

[152] En l'espèce, l'adjudicatrice d'audition a tenu compte des facteurs de la catégorie SL1.4 et les a appliqués, et sa décision a été confirmée par l'adjudicateur de révision et l'adjudicatrice de deuxième révision, conformément au mécanisme prévu par le régime du PÉI. Même si le juge superviseur était en désaccord avec le résultat, on ne peut pour autant en conclure que les adjudicateurs ont omis d'appliquer les modalités de la CRRPI. Dès lors qu'il avait conclu que les adjudicateurs avaient appliqué les bonnes modalités et dispositions du PÉI (soit la catégorie SL1.4) et qu'il avait convenu que l'adjudicatrice d'audition était [TRADUCTION] « autorisée à contextualiser et à interpréter le libellé du PÉI » (par. 56), le juge superviseur n'avait plus compétence et il n'aurait pas dû se prononcer sur le caractère raisonnable de l'interprétation retenue par l'adjudicatrice d'audition. Ainsi que la juge Beard de la Cour d'appel du Manitoba l'a conclu dans l'affaire qui nous intéresse, le juge Edmond a outrepassé sa compétence en proposant sa propre interprétation de la catégorie SL1.4 et en ordonnant que la demande soit réexamинée selon sa propre interprétation.

(2) L'adjudicateur en chef admet que J.W. a droit à une réparation, mais ajoute que la CRRPI ne lui permet aucun recours

[153] Bien que je sois d'accord avec la Cour d'appel du Manitoba pour dire que le juge superviseur a commis une erreur dans son analyse, j'estime qu'il s'agit d'un cas exceptionnel où il convient de procéder à un nouvel examen. Je ne fonde pas cette conclusion sur le raisonnement du juge Edmond, ce

IAP. Rather, J.W.'s claim has given rise to a unique dilemma for which the IRSSA provides no internal recourse, and which therefore requires this Court to craft a remedy. Certain concessions made by the Chief Adjudicator at the hearing before this Court have exposed a gap in the IRSSA's provisions. Specifically, the Chief Adjudicator has no authority to reopen J.W.'s claim despite his conclusion that the decisions on the claim are "aberrant". The Chief Adjudicator's inability to remedy such an error in IAP decisions is clearly inconsistent with the role conferred upon him by the parties of ensuring consistency in the application of the IAP. This is certainly a situation in which the courts can step in to provide a remedy that is consistent with the IRSSA's objective of promoting a "fair, comprehensive and lasting resolution of the legacy of Indian Residential Schools" (see B in the recitals of the IRSSA).

[154] To reach this conclusion, it is necessary to consider the sequence of events that revealed this gap in the IRSSA.

[155] In their written submissions, neither the Attorney General nor the Chief Adjudicator directly addressed the substance of the IAP adjudicators' decisions or the proper interpretation of SL1.4. Rather, each of them argued that courts should not weigh in on the interpretation of the IAP's terms, as the parties intended this task to be within the exclusive jurisdiction of IAP adjudicators. At the hearing, however, the Attorney General appeared to defend the merits of the Hearing Adjudicator's decision, arguing that her interpretation of SL1.4 fell within the range of possible outcomes. The Attorney General relied on former Chief Adjudicator Ish's "B" decision in another similar IAP claim discussed earlier, arguing that it supports the position that sexual purpose should be taken into consideration (transcript, at pp. 55-58; Condensed Book (Attorney General), at pp. ii-iii).

qui obligeraient les tribunaux à réinterpréter le PÉI. J'estime en effet que la réclamation de J.W. pose un dilemme unique pour lequel la CRRPI ne prévoit aucun recours interne et que la présente situation exige donc que la Cour élabore une réparation. Certaines concessions faites par l'adjudicateur en chef à l'audience de la Cour ont fait ressortir une lacune dans la CRRPI. Plus précisément, l'adjudicateur en chef n'a pas le pouvoir nécessaire pour rouvrir la réclamation de J.W. malgré sa conclusion que les décisions rendues relativement à la demande de J.W. sont [TRADUCTION] « aberrantes ». L'incapacité de l'adjudicateur en chef de corriger une telle erreur dans des décisions rendues dans le cadre du PÉI est manifestement incompatible avec la mission que lui ont confiée les parties d'assurer une application cohérente du PÉI. Il s'agit certainement d'une situation dans laquelle les tribunaux peuvent intervenir pour accorder une réparation en conformité avec l'objectif de la CRRPI de « résoudre pour de bon et de manière juste et globale les séquelles laissées par les pensionnats indiens » (voir le point B de l'attendu de la CRRPI).

[154] Pour en arriver à cette conclusion, il est nécessaire de revoir le fil des événements qui ont permis de révéler cette lacune de la CRRPI.

[155] Dans leurs observations écrites, ni le procureur général ni l'adjudicateur en chef n'ont directement abordé le fond des décisions des adjudicateurs du PÉI ni l'interprétation qu'il convient de donner à la catégorie SL1.4. Ils ont chacun plutôt fait valoir que les tribunaux ne devaient pas intervenir dans l'interprétation des modalités du PÉI, étant donné que les parties voulaient que ce rôle relève de la compétence exclusive des adjudicateurs du PÉI. À l'audience, le procureur général a toutefois semblé défendre le bien-fondé de la décision de l'adjudicatrice d'audition en faisant valoir que l'interprétation qu'elle avait faite de la catégorie SL1.4 appartenait aux issues possibles. Le procureur général s'est fondé sur la décision « B » de l'ancien adjudicateur en chef Ish rendue à l'égard d'une demande similaire présentée dans le cadre du PÉI, et il a fait valoir que celle-ci appuyait l'argument suivant lequel on doit tenir compte des fins d'ordre sexuel (transcription, p. 55-58; Recueil condensé (procureur général), p. ii-iii).

[156] In response to these submissions, the Chief Adjudicator directed the Court to former Chief Adjudicator Ish's decision, which states: "... I find that there is no requirement in the IAP that the actor possessed a sexual intent before liability can be found for a sexual assault" (A.R., vol. II, at p. 70 (emphasis added)). At the hearing before this Court, the Chief Adjudicator expressed the view that the decisions of the Hearing Adjudicator, the Review Adjudicator and the Re-Review Adjudicator in this case are "aberrant" and that their interpretation of SL1.4 does not reflect a systemic problem within the IAP:

[156] En réponse à ces observations, l'adjudicateur en chef a signalé à l'attention de la Cour la décision de l'ancien adjudicateur en chef Ish, qui déclarait : [TRADUCTION] « ... j'estime que le PÉI n'exige pas que l'auteur de l'acte ait eu une intention sexuelle avant que sa responsabilité puisse être établie dans le cas d'une agression sexuelle » (d.a., vol. II, p. 70 (je souligne)). Lors de l'audience devant la Cour, l'adjudicateur en chef s'est dit d'avis que les décisions rendues en l'espèce par l'adjudicatrice d'audition, l'adjudicateur de révision et l'adjudicatrice de deuxième révision étaient « aberrantes » et que leur interprétation de la catégorie SL1.4 ne révélait pas l'existence d'un problème systémique en ce qui concerne le PÉI :

[TRADUCTION]

Mr. Arvay, Q.C.: These decisions are aberrant.

Madam Justice Karakatsanis: Are there other aberrant decisions? . . .

...

Mr. Arvay, Q.C.: The best I can answer is this way. After Justice Edmond's decision there was a reconsideration decision and it went the other way. And that of course that decision was stayed when it went to the Court of Appeal. To our knowledge there has never been another decision like this one here in the future because it has been -- the reconsideration decision recognized the correctness, the proper interpretation as set out by Mr. Ish.

...

M^e Arvay, c.r. : La meilleure réponse que je peux vous donner est la suivante. Après la décision du juge Edmond, une décision qui allait dans le sens contraire a été rendue à la suite d'un nouvel examen. Et, évidemment, l'exécution de cette décision a été suspendue lorsqu'elle a été portée en appel devant la Cour d'appel. À notre connaissance, il n'y a plus jamais eu d'autres décisions comme celle-ci par la suite parce que cette décision rendue à l'issue d'un nouvel examen reconnaissait le caractère approprié -- le bien-fondé de l'interprétation proposée par M. Ish.

Madam Justice Karakatsanis: So there aren't other claimants out there who have been denied for the same reason, the same interpretation, that you are aware of? . . .

La juge Karakatsanis : Alors, à votre connaissance, il n'y a pas d'autres demandeurs dont les demandes ont été refusées pour la même raison, sur le fondement de la même interprétation? . . .

Mr. Arvay, Q.C.: There are seven other [outstanding] claimants who fall within the category SL1.4. To our knowledge -- or to my knowledge anyway -- none of those involve in this particular issue.

M^e Arvay, c.r. : Il y a sept autres demandeurs qui entrent dans la catégorie SL1.4. [et dont le dossier est toujours en cours]. À notre connaissance -- du moins à ma connaissance --, aucun de ces dossiers ne porte sur cette question bien précise.

(transcript, at pp. 76-77)

(transcription, p. 76-77)

[157] I would also highlight the following exchange, in which the Chief Adjudicator agreed that there is no mechanism in the IRSSA that enables him to reopen a matter where he disagrees with the outcome:

Madam Justice Karakatsanis: I accept that, but the Chief Adjudicator, once something comes to the Chief Adjudicator's attention. And my question to you is, there is a responsibility under the schedule to try and ensure consistency, is there no recourse for the Chief Adjudicator? Can you not go to the committee and get an interpretation? Is there nothing the Chief Adjudicator can do to ensure that claimants who are entitled to compensation under the terms they agreed to get it?

Mr. Arvay, Q.C.: It's all future looking, Justice Karakatsanis.

...

Mr. Justice Moldaver: It's even more egregious, it seems to me, when you are sitting there conceding that this man's case should have been heard and now you are telling us they got no remedy.

Mr. Arvay, Q.C.: Right . . . That happens. In a scheme that allows for 38,000 adjudications, mistakes may be made for which there is no remedy.

(transcript, at pp. 83-87)

[158] The Chief Adjudicator also agreed that where the IRSSA contains no internal remedy, the courts may intervene to fill the gap:

Mr. Justice Moldaver: . . . If as a result of working [the interpretative problems] out [within the four corners of the agreement] we reach -- we have a hiatus, we have a gap, we have an inability to do justice in a particular case --

[157] Je tiens par ailleurs à reproduire l'échange suivant, au cours duquel l'adjudicateur en chef a convenu que la CRRPI ne prévoyait aucun mécanisme qui permettrait à l'adjudicateur en chef de rouvrir un dossier s'il n'est pas d'accord avec le résultat :

[TRADUCTION]

La juge Karakatsanis : Je reconnaissais cela, mais l'adjudicateur en chef, lorsque quelque chose est porté à l'attention de l'adjudicateur en chef. Ma question pour vous est la suivante : si l'annexe exige que les décisions rendues soient cohérentes entre elles, n'existe-t-il aucun recours pour l'adjudicateur en chef ? Ne pouvez-vous pas vous adresser au comité et obtenir une interprétation ? N'y a-t-il pas quelque chose que l'adjudicateur en chef puisse faire pour s'assurer que les demandeurs qui ont droit à une indemnité en vertu des modalités dont ils ont convenu reçoivent effectivement cette indemnité ?

M^e Arvay, c.r. : Tout ça ne vaut que pour les dossiers futurs, Madame la Juge.

...

Le juge Moldaver : La situation est encore plus flagrante, il me semble, étant donné que vous reconnaisez que le dossier de cette personne aurait dû être examiné et que vous nous apprenez maintenant qu'il n'y a aucune réparation possible.

M^e Arvay, c.r. : C'est vrai [. . .] Cela arrive. Dans un système qui permet jusqu'à 38 000 adjudications, il est possible que soient commises des erreurs qui ne peuvent être réparées.

(transcription, p. 84-87)

[158] L'adjudicateur en chef a également reconnu que, dans les cas où la CRRPI ne prévoit pas de recours interne, les tribunaux peuvent intervenir pour combler cette lacune :

[TRADUCTION]

Le juge Moldaver : Si, après avoir résolu [les problèmes d'interprétation] [en respectant les limites établies par la Convention], on constate qu'il y a un hiatus, une lacune, il est alors impossible de rendre justice dans ce cas particulier --

Mr. Arvay, Q.C.: Yes.

Mr. Justice Moldaver: -- then you should be able to go to the court to fill that gap.

Mr. Arvay, Q.C.: I agree.

(transcript, at p. 92; see also, R.F. (Chief Adjudicator), at para. 95)

[159] Given the Chief Adjudicator's role within the IAP scheme, I attach significant weight to these statements. As set out above, the Chief Adjudicator is tasked under the IRSSA with ensuring consistency among the decisions of adjudicators in the interpretation and application of the IAP Model by implementing training programs and administrative measures (Sch. D, art. III(m)). He can also propose instructions to the IAP Oversight Committee in order to better give effect to the provisions of the IAP (Sch. D, art. III(r)).

[160] In addition to these "future looking" mechanisms, the Chief Adjudicator ensures consistency in the application of the IAP through his role in the internal review process. As stated above, the final level of review (re-review) is conducted by the Chief Adjudicator or his designate. While in this case the re-review was conducted by a designate and not by the Chief Adjudicator himself, "designates" are identified in the scheme as being approved by the IAP Oversight Committee to exercise what the IAP refers to as "the Chief Adjudicator's review authority". It is evident that the scheme places the Chief Adjudicator at the apex of the review process and gives him the authority to ensure that adjudicators are properly applying the IAP Model.

[161] The Chief Adjudicator has conceded that the decisions of the adjudicators in this case were "aberrant" and did not reflect the direction provided by former Chief Adjudicator Ish. As my colleague Brown J. observes, the Chief Adjudicator did not go so far as to concede that there is a gap in this case

M^e Arvay, c.r. : Oui.

Le juge Moldaver : -- vous devriez alors pouvoir vous adresser à la cour pour combler cette lacune.

M^e Arvay, c.r. : Je suis d'accord.

(transcription, p. 92; voir également m.i. (adjudicateur en chef), par. 95)

[159] Compte tenu du rôle que joue l'adjudicateur en chef dans le cadre du PÉI, j'accorde beaucoup de poids à ces affirmations. Comme je l'ai déjà expliqué, l'adjudicateur en chef est chargé, sous le régime de la CRRPI, de mettre en œuvre des programmes de formation et des mesures administratives pour assurer la cohérence dans les décisions des adjudicateurs et dans leur interprétation et leur application du régime du PÉI (ann. D, art. III(m)). Il lui est également loisible de proposer des instructions au Comité de surveillance du PÉI pour faciliter l'application du PÉI (ann. D, art. III(r)).

[160] Outre ces mécanismes « qui valent pour les dossiers futurs », l'adjudicateur en chef assure également la cohérence dans l'application du PÉI grâce au rôle qu'il joue au sein du processus de révision interne. Comme je l'ai déjà mentionné, c'est l'adjudicateur en chef ou un adjudicateur en chef qu'il désigne qui intervient au dernier palier de révision, soit la deuxième révision. Bien qu'en l'espèce, la deuxième révision ait été effectuée non pas par l'adjudicateur en chef, mais par un adjudicateur en chef désigné, les « adjudicateurs en chef désignés » sont décrits par le régime comme ayant reçu l'approbation du Comité de surveillance du PÉI dans le but d'exercer ce que le PÉI appelle « le pouvoir de révision de l'adjudicateur en chef ». Il est évident que le processus place l'adjudicateur en chef au sommet du processus de révision et lui confie le pouvoir de s'assurer que les adjudicateurs appliquent correctement le régime du PÉI.

[161] L'adjudicateur en chef a admis que les décisions prises par les adjudicateurs en l'espèce étaient [TRADUCTION] « aberrantes » et qu'elles ne correspondaient pas aux orientations données par l'ancien adjudicateur en chef Ish. Comme mon collègue le juge Brown le fait observer, l'adjudicateur en chef

that would warrant intervention by the courts (Brown J. Reasons, at paras. 194-95). This is, however, not determinative of the appeal. In light of the Chief Adjudicator's role and responsibilities under the IAP scheme, his statement that the re-review resulted in an "aberrant" decision is a significant concession. It indicates that the scheme has broken down such that the Chief Adjudicator was not able to ensure that the terms of the IAP were properly applied in this case.

[162] Furthermore, the Chief Adjudicator is not actually a party to the IRSSA or the IAP, but is instead, as my colleague Brown J. observes, a creation of that scheme (para. 190). Therefore, while the Chief Adjudicator's concession that an IAP claim was wrongly decided has great significance, the Chief Adjudicator's opinion as to whether this results in a "gap" has no bearing on the Court's interpretation of the parties' intentions in this regard. As my colleague Abella J. points out, courts have a duty to ensure that the claimants receive the benefits they bargained for (Abella J. Reasons, at para. 30). In my view, the sequence of events in this case has exposed a gap in the IRSSA, and it is the role of this Court to step in to fill that gap.

[163] The "gap" in this case does not arise as a result of a finding by this Court that J.W. is entitled to compensation based on its own interpretation of the IAP. Rather, the gap arises as a result of the parties' intention that adjudicators decide which claimants receive compensation and that the Chief Adjudicator should represent the final level of review in order to ensure consistency across all IAP decisions. The precise unfairness which this Court must address stems from the fact that, despite the Chief Adjudicator's opinion that an error has been made on this final review, there is no mechanism for reopening a claim or otherwise providing relief to a claimant.

n'est pas allé jusqu'à admettre qu'il y avait en l'espèce une lacune qui justifierait l'intervention des tribunaux (motifs du juge Brown, par. 194-195). Cela n'est toutefois pas déterminant quant à l'issue du présent pourvoi. Compte tenu du rôle et des attributions que le PÉI confie à l'adjudicateur en chef, sa conclusion portant que la deuxième révision a donné lieu à une décision « aberrante » représente une importante concession. Elle révèle que le mécanisme s'est enrayé à un point tel que l'adjudicateur en chef n'a pas été en mesure de s'assurer que les modalités du PÉI étaient appliquées correctement en l'espèce.

[162] De plus, l'adjudicateur en chef n'est pas une des parties à la CRRPI ou au PÉI, mais, comme mon collègue le juge Brown le fait remarquer, il en est la créature (par. 190). Par conséquent, même si la concession de l'adjudicateur en chef suivant laquelle une demande présentée dans le cadre du PÉI a fait l'objet d'une décision mal fondée a une grande importance, la question de savoir si l'adjudicateur en chef estime qu'il en résulte ou non une « lacune » n'a aucune incidence sur l'interprétation que la Cour fait de l'intention des parties à cet égard. Ainsi que ma collègue la juge Abella le souligne, les tribunaux ont l'obligation de s'assurer que les demandeurs obtiennent les avantages qu'ils ont négociés (motifs de la juge Abella, par. 30). À mon avis, le fil des événements a, dans le cas qui nous occupe, fait ressortir l'existence d'une lacune dans la CRRPI et il incombe à la Cour d'intervenir pour la combler.

[163] En l'espèce, cette « lacune » ne découle pas de la conclusion de la Cour suivant laquelle J.W. a droit à une indemnité en raison de l'interprétation que la Cour fait elle-même des modalités du PÉI. Cette lacune découle plutôt de l'intention des parties, qui voulaient que ce soit les adjudicateurs qui décident quels demandeurs recevraient ou non une indemnité et que l'adjudicateur en chef incarne le dernier palier de révision afin d'assurer la cohérence entre toutes les décisions rendues dans le cadre du PÉI. L'iniquité précise que la Cour doit corriger découlant du fait que, même si l'adjudicateur en chef est d'avis qu'une erreur a été commise à l'étape de la révision finale, il n'existe aucun mécanisme permettant de rouvrir une demande ou d'accorder autrement réparation à un demandeur.

[164] Given that the IAP dictates that the Chief Adjudicator should have the final word under the review mechanism, the practical effect of this situation is that J.W. did not receive the benefits bargained for. As there is no remedy within the four corners of the agreement that is available to either J.W. or the Chief Adjudicator, the courts must step in to fill this gap. It is particularly appropriate that this Court intervene in light of the fact that the IRSSA is a settlement of a class action, and it can be assumed that all similarly situated individuals are entitled to the same treatment under the scheme. It is clearly consistent with the scheme to find that there is unfairness when the Chief Adjudicator concedes before this Court that a claimant was improperly denied a claim based on “aberrant” decisions or an isolated error by the adjudicators.

[165] This conclusion is not, as my colleague Brown J. would find, inconsistent with the provision stating that *stare decisis* does not apply to the IAP (Sch. D, App. X, s. 5; Brown J. Reasons, at para. 185). The initial hearing adjudicator in any claim is not prevented from declining to follow a prior decision and adopting his or her own interpretation of the IAP, and it is open to the Chief Adjudicator to agree or disagree with the adjudicator’s conclusion on re-review. In this way, the IAP scheme allows IAP adjudicators to come to an independent conclusion and see that justice is done in each case, while at the same time allowing the Chief Adjudicator to carry out his mandate to ensure consistency across all IAP decisions. The problem in this case stems not from the fact that the adjudicators did not follow precedent, but from the Chief Adjudicator’s admission that J.W. was wrongly denied compensation at the final level of review in what the Chief Adjudicator conceded was an “aberrant” decision.

[166] As was the case in *N.N.*, this gap in the IRSSA has caused significant prejudice to J.W. He was denied any compensation, despite the Chief

[164] Comme le PÉI exige que l’adjudicateur en chef ait le dernier mot dans le cadre du mécanisme de révision, l’effet concret de cette situation est que J.W. n’a pas obtenu les avantages qui ont été négociés et acceptés. Puisque la CRRPI ne prévoit aucun recours dont J.W. ou l’adjudicateur en chef puisse se prévaloir, les tribunaux doivent intervenir pour combler cette lacune. Il convient tout particulièrement que la Cour intervienne étant donné que la CRRPI représente le règlement d’un recours collectif et qu’il y a lieu de présumer que toutes les personnes se trouvant dans une situation semblable ont droit au même traitement dans le cadre du régime. Il est de toute évidence conforme au régime de conclure qu’une injustice est commise lorsque l’adjudicateur en chef admet devant la Cour qu’un demandeur a été injustement débouté de sa demande en raison de décisions « aberrantes » ou d’une erreur isolée commise par des adjudicateurs.

[165] Contrairement à ce que conclurait mon collègue le juge Brown, cette conclusion n’est pas incompatible avec la disposition de la CRRPI suivant laquelle le *stare decisis* ne s’applique pas au PÉI (ann. D, ann. X, art. 5; motifs du juge Brown, par. 185). Peu importe la demande dont il est saisi, il n’est jamais interdit à l’adjudicateur d’audition initial de refuser de suivre une décision antérieure et de décider de proposer sa propre interprétation du PÉI, et il est loisible à l’adjudicateur en chef de souscrire ou non à la conclusion tirée par l’adjudicateur de deuxième révision. Le régime du PÉI permet ainsi aux adjudicateurs du PÉI de tirer leurs propres conclusions et de veiller à ce que justice soit faite dans chaque cas, tout en permettant à l’adjudicateur en chef de s’acquitter du mandat qui lui est confié d’assurer la cohérence entre toutes les décisions rendues dans le cadre du PÉI. La difficulté en l’espèce ne découle pas du fait que les adjudicateurs n’ont pas suivi les précédents, mais bien du fait que, de l’aveu de l’adjudicateur en chef, J.W. s’est vu refuser à tort une indemnité au dernier palier de révision dans une décision dont l’adjudicateur en chef a reconnu le caractère aberrant.

[166] Tout comme dans l’affaire *N.N.*, cette lacune de la CRRPI a causé un grave préjudice à J.W., qui s’est vu refuser une indemnité malgré le fait que

Adjudicator's acknowledgment at the hearing before this Court that this result is inconsistent with the proper application of the IAP Model. I recognize that neither the supervising judge nor the Manitoba Court of Appeal had the benefit of the concessions made by the Chief Adjudicator in his oral submissions before this Court. It is unfortunate that this acknowledgment came about only at the hearing before this Court. Had the Chief Adjudicator expressed his disagreement with the Re-Review Adjudicator's decision on J.W.'s claim at an earlier stage of the proceedings and perhaps sought a remedy from the supervising judge, J.W. might have been spared the significant delay and the hardship associated with litigating this issue through multiple levels of court. However, to deny a remedy for J.W. in the face of these circumstances would result in a clear injustice, and this Court must therefore intervene.

[167] I would clarify that while I find that J.W.'s claim should be remitted for reconsideration, I would not do so on the basis on which the supervising judge made his order. Edmond J. erred in applying his own interpretation of the IAP Model.

VI. Remedy

[168] For the reasons stated above, I would reinstate the order made by Edmond J. on August 3, 2016 that J.W.'s claim be sent back to a first-level IAP adjudicator for reconsideration (A.R., vol. I, at pp. 48-51).

[169] Given that J.W.'s claim has already been reconsidered and that the Chief Adjudicator is satisfied that the Reconsideration Adjudicator properly applied the IAP Model, I would give effect to the Reconsideration Adjudicator's decision (A.R., vol. II, at pp. 143-61). The compensation award of \$12,720 is reinstated, with interest calculated from the date of the Reconsideration Adjudicator's decision. The appropriate interest rate is to be determined in accordance with the applicable provincial rules, which in this case are to be found in Part XIV of

l'adjudicateur en chef ait reconnu à l'audience devant notre Cour que ce résultat était incompatible avec l'application régulière du régime du PÉI. Je reconnais que ni le juge superviseur ni la Cour d'appel du Manitoba n'ont eu l'avantage de prendre connaissance des concessions faites par l'adjudicateur en chef dans les observations orales qu'il a formulées devant nous. Il est regrettable que ces admissions n'aient été faites qu'à l'audience devant notre Cour. Si l'adjudicateur en chef avait exprimé son désaccord avec la décision de l'adjudicatrice de deuxième révision sur la demande de J.W. à un stade antérieur des procédures et s'il avait sollicité une réparation au juge superviseur, J.W. aurait peut-être évité les délais importants et les difficultés associés au fait de devoir porter cette question devant plusieurs juridictions successives. Toutefois, refuser d'accorder une réparation à J.W. dans ces conditions causerait une injustice flagrante. La Cour se doit par conséquent d'intervenir.

[167] Je tiens à préciser que, même si je conclus que la demande de J.W. devrait être renvoyée pour réexamen, je ne fonde pas cette décision sur les mêmes motifs que ceux sur lesquels le juge superviseur a fondé son ordonnance. Le juge Edmond a commis une erreur en appliquant sa propre interprétation du régime du PÉI.

VI. Réparation

[168] Pour les motifs qui précèdent, je rétablirais l'ordonnance rendue le 3 août 2016 par le juge Edmond portant que la demande de J.W. soit renvoyée à un adjudicateur de premier palier du PÉI pour réexamen (d.a., vol. I, p. 48-51).

[169] Compte tenu du fait que la demande de J.W. a déjà fait l'objet d'un réexamen et que l'adjudicateur en chef s'est dit convaincu que l'adjudicatrice de réexamen avait bien appliqué le régime du PÉI, je donnerais effet à la décision de l'adjudicatrice de réexamen (d.a., vol II, p. 143-161). L'indemnité de 12 720 \$ alors accordée est rétablie, avec les intérêts calculés à compter de la date de la décision de l'adjudicatrice de réexamen. Le taux d'intérêt à appliquer est fixé selon les règles provinciales applicables, à savoir, en l'espèce, celles de la partie XIV de la

Manitoba's *Court of Queen's Bench Act*, C.C.S.M., c. C280.

VII. Costs

[170] I would award costs to J.W. per the usual rule. However, I note that J.W. seeks costs on a solicitor-client basis in this Court and in the courts below. He submits that this case raises issues of public interest relating to the implementation of the IRSSA. The Attorney General submits that costs should be awarded to the appellants but opposes the request for costs on a solicitor-client basis, arguing that the appellants have not established any reason to deviate from the normal rule as to party-party costs.

[171] In *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, this Court identified two considerations that can help guide the exercise of a judge's discretion on a motion for special costs in a case involving the public interest:

... First, the case must involve matters of public interest that are truly exceptional. It is not enough that the issues raised have not previously been resolved or that they transcend the individual interests of the successful litigant: they must also have a significant and widespread societal impact. Second, in addition to showing that they have no personal, proprietary or pecuniary interest in the litigation that would justify the proceedings on economic grounds, the plaintiffs must show that it would not have been possible to effectively pursue the litigation in question with private funding. In those rare cases, it will be contrary to the interests of justice to ask the individual litigants (or, more likely, pro bono counsel) to bear the majority of the financial burden associated with pursuing the claim. [Emphasis added; para. 140.]

[172] In my view, neither of these considerations supports the awarding of special costs to J.W. First, the issue raised in this appeal is not "truly exceptional". While the issues relating to the implementation of the IRSSA will have an impact on the parties to that agreement and the courts tasked with

Loi sur la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, C.P.L.M., c. C280.

VII. Dépens

[170] J'adjudgerais les dépens à J.W. selon la règle habituelle. Je tiens cependant à signaler que J.W. a sollicité l'adjudication des dépens sur une base avocat-client tant devant la présente Cour que devant les juridictions inférieures. Selon lui, la présente affaire soulève des questions d'intérêt public touchant la mise en œuvre de la CRRPI. Le procureur général affirme que les dépens devraient être adjugés aux appellants, mais s'oppose à l'adjudication des dépens sur une base avocat-client en faisant valoir que les appellants n'ont pas prouvé l'existence de motifs justifiant de s'écartier de la règle habituelle, qui prévoit que les dépens sont adjugés sur la base partie-partie.

[171] Dans l'arrêt *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, la Cour a relevé deux facteurs qui peuvent guider l'exercice du pouvoir discrétionnaire lorsque le tribunal est saisi d'une requête en dépens spéciaux dans une affaire concernant l'intérêt public :

... Premièrement, l'affaire doit porter sur des questions d'intérêt public véritablement exceptionnelles. Il ne suffit pas que les questions soulevées n'aient pas encore été tranchées ou qu'elles dépassent le cadre des intérêts du plaideur qui a gain de cause : elles doivent aussi avoir une incidence importante et généralisée sur la société. Deuxièmement, en plus de démontrer qu'ils n'ont dans le litige aucun intérêt personnel, propriétaire ou pécuniaire qui justifierait l'instance pour des raisons d'ordre économique, les demandeurs doivent démontrer qu'il n'aurait pas été possible de poursuivre l'instance en question avec une aide financière privée. Dans ces rares cas, il est contraire à l'intérêt de la justice de demander aux plaideurs individuels (ou, ce qui est plus probable, aux avocats bénévoles) de supporter la majeure partie du fardeau financier associé à la poursuite de la demande. [Je souligne; par. 140.]

[172] À mon avis, aucune de ces considérations ne justifie l'octroi de dépens spéciaux à J.W. D'abord, la question soulevée dans le présent pourvoi n'est pas « véritablement exceptionnelle ». Même si les questions relatives à la mise en œuvre de la CRRPI auront une incidence sur les parties à cette Convention et

supervising its implementation, they do not have a sufficiently significant and widespread societal impact to justify granting solicitor-client costs. Given the *sui generis* nature of the IRSSA, the guidance provided by this Court regarding the scope of judicial oversight of the IAP will have little impact outside of this narrow context. With respect to the second consideration, J.W. clearly has a “personal, proprietary or pecuniary interest in the litigation that would justify the proceedings on economic grounds”, as his entitlement to compensation under the IAP is at the core of these proceedings.

[173] I am therefore not persuaded that it would be appropriate to grant J.W.’s request for solicitor-client costs.

VIII. Conclusion

[174] For these reasons, I would allow the appeal and reinstate the Reconsideration Adjudicator’s award of \$12,270, with interest calculated in accordance with Part XIV of Manitoba’s *Court of Queen’s Bench Act*, and with costs to J.W. per the usual rule.

The reasons of Brown and Rowe JJ. were delivered by

[175] BROWN J. (dissenting) — I would dismiss the appeal. Paragraphs 56-138, 140 and 149-52 of the reasons of my colleague Côté J. correctly state the law for a majority of this Court with respect to the jurisdiction of the supervising courts. I therefore concur with my colleague on this point, and would find that Edmond J. erred in scrutinizing the interpretation of SL1.4 (*Indian Residential Schools Settlement Agreement* (2006) (“IRSSA”), Sch. D, art. II) undertaken by the Hearing Adjudicator and substituting his own (Côté J. Reasons, at para. 150). I do not, however, agree that any “gap” exists in the IRSSA to allow this Court to remit J.W.’s claim for reconsideration. While my colleague Côté J. has striven admirably to justify landing where she does, the parties to the IRSSA did not agree to a particular

sur les tribunaux chargés d’en superviser la mise en œuvre, elles n’ont pas une incidence suffisamment importante et généralisée sur la société pour justifier l’adjudication des dépens sur une base avocat-client. Compte tenu du caractère *sui generis* de la CRRPI, les indications données par la Cour sur la portée du rôle de supervision que jouent les tribunaux à l’égard du PÉI auront peu d’impact en dehors de ce cadre restreint. Ensuite, en ce qui concerne le deuxième facteur, J.W. a nettement un « intérêt personnel, propriétaire ou pécuniaire qui justifierait l’instance pour des raisons d’ordre économique », étant donné que son droit à une indemnisation dans le cadre du PÉI est au cœur de la présente instance.

[173] Je ne suis par conséquent pas convaincue qu’il serait opportun de faire droit à la demande de J.W. en ce qui concerne l’adjudication des dépens sur une base avocat-client.

VIII. Dispositif

[174] Pour ces motifs, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, de rétablir l’indemnité de 12 270 \$ accordée par l’adjudicatrice de réexamen, avec intérêts calculés conformément à la partie XIV de la *Loi sur la Cour du Banc de la Reine* du Manitoba, et d’adjuger les dépens à J.W. suivant la règle habituelle.

Version française des motifs des juges Brown et Rowe rendus par

[175] LE JUGE BROWN (dissident) — Je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Les paragraphes 56-138, 140 et 149-152 des motifs de ma collègue la juge Côté énoncent correctement l’état du droit au nom de la majorité de notre Cour en ce qui concerne la compétence des tribunaux de surveillance. Je partage donc l’avis de ma collègue sur ce point, et je conclurais que le juge Edmond a commis une erreur en analysant l’interprétation que l’adjudicatrice d’audition a faite de la catégorie SL1.4 (*Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* (2006) (« CRRPI »), ann. D, art. II) et en substituant son interprétation à la sienne (motifs de la juge Côté, par. 150). Je ne suis toutefois pas d’accord pour dire qu’il existe dans la CRRPI une « lacune » qui permet à notre Cour de renvoyer la demande de J.W. pour

interpretation of a contractual term, but to a particular *process*, which my colleague's reasons undermine by her disposition of this appeal.

[176] The IRSSA expressly precludes our intervention in the Independent Assessment Process (“IAP”), even where we might be of the view that it has been incorrectly interpreted and applied. It is “‘a complete code’ that limits access to the courts, preserves the finality of the IAP process and respects the expertise of IAP adjudicators” (*Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90 (“Spanish IRS C.A.”), at para. 53). Straining to find a “gap” in the IRSSA so as to pry open a little space for judicial recourse where the parties clearly intended to preclude it defeats the intentions of the parties and — I repeat — undermines the integrity of the process that they settled upon.

[177] To support having found this supposed gap, Côté J. points to the Chief Adjudicator’s concession that (1) J.W.’s claim was wrongly decided by the Hearing Adjudicator (“aberrant”) and wrongly confirmed by two review adjudicators, and (2) that he has no authority to reopen J.W.’s claim (para. 153). It follows, my colleague says, that courts may step in to furnish a remedy. As I explain below, however, the Chief Adjudicator’s concession does not expose any “gap” in the IRSSA, much less any basis for judicial intervention to fill it — such judicial intervention being contrary to the express intentions of the parties. My colleague simply has no basis for rewriting the terms of the IRSSA.

I. Rewriting the Terms of the IRSSA

[178] The IRSSA is a contract (*Canada (Attorney General) v. Fontaine*, 2017 SCC 47, [2017] 2 S.C.R.

nouvel examen. Bien que ma collègue la juge Côté se soit admirablement efforcée de justifier la conclusion à laquelle elle est arrivée, les parties à la CRRPI ne se sont pas mises d'accord sur une interprétation particulière d'une disposition contractuelle, mais bien sur un *processus* particulier, que compromettent les motifs de ma collègue par la manière dont elle tranche le présent pourvoi.

[176] La CRRPI nous interdit explicitement d'intervenir dans le Processus d'évaluation indépendant (« PÉI »), même lorsque nous pourrions être d'avis qu'il a été mal interprété et mal appliqué. Il s'agit d'un [TRADUCTION] « “code complet” qui limite l'accès aux tribunaux, protège le caractère définitif des décisions prises dans le cadre du PÉI et respecte l'expertise des adjudicateurs du PÉI » (*Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 26, 137 O.R. (3d) 90 (« PI de Spanish, CA »), par. 53). Chercher à tout prix à trouver une « lacune » dans la CRRPI pour y déceler un cas d'ouverture à un recours judiciaire alors que les parties entendaient manifestement exclure cette possibilité va à l'encontre de la volonté des parties et — je le répète — porte atteinte à l'intégrité du processus sur lequel elles se sont entendues.

[177] Pour appuyer sa conclusion que cette prétenue lacune existe, la juge Côté souligne la concession de l'adjudicateur en chef selon laquelle (1) l'adjudicatrice d'audition a mal statué ([TRADUCTION] « aberrante ») sur la demande de J.W., décision qu'ont confirmée à tort deux adjudicateurs de révision, et (2) il n'avait pas compétence pour rouvrir la demande de J.W. (par. 153). Il s'ensuit, d'après ma collègue, que les tribunaux peuvent intervenir pour accorder réparation. Toutefois, comme je l'expliquerai plus loin, la concession de l'adjudicateur en chef ne révèle aucune « lacune » dans la CRRPI, encore moins un motif d'intervention judiciaire permettant de la combler, cette intervention judiciaire étant contraire à l'intention expresse des parties. Ma collègue n'est tout simplement pas justifiée de récrire les modalités de la CRRPI.

I. Réécriture des modalités de la CRRPI

[178] La CRRPI est un contrat (*Canada (Procureur général) c. Fontaine*, 2017 CSC 47, [2017] 2 R.C.S.

205 (“*SCC Records Decision*”), at para. 35). Interpreting its terms therefore requires a court to discern the contracting parties’ intentions, and to enforce the bargain to which they committed (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3rd ed. 2016), at p. 174; *SCC Records Decision*, at para. 35).

[179] It is of course true that, where the parties have failed in their contract to address a particular situation arising in the course of their relationship, a court may imply a contractual term (*M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction* (1951) Ltd., [1999] 1 S.C.R. 619, at para. 27, citing *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711, at p. 775). This is not, however, an unlimited power. More to the point, it does not permit a court to rewrite a contract or to imply a term which is contrary to the clearly expressed intentions of the parties (Hall, at pp.180-83; *M.J.B. Enterprises*, at para. 29; and *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, at p. 1097).

[180] A degree of circumspection in implying a term permitting judicial recourse is particularly important here. Given the finality promised by the IAP, it is easy to appreciate why the parties might have seen prolonged litigation of IAP claims in the courts to be undesirable (see *Spanish IRS C.A.*, at paras. 51, 53 and 60; Côté J. Reasons, at para. 134). It is therefore worth scrutinizing where my colleague Côté J. sees her opening for prolonging this litigation: in the absence of any authority for the Chief Adjudicator under the terms of the IRSSA to reopen J.W.’s claim, despite his conclusion that J.W.’s claim resulted in an error which is “aberrant”. But merely because the IRSSA does not contain certain terms does not mean that there is a “gap” waiting to be filled by judges (see A. Swan, J. Adamski and A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4th ed. 2018), at p. 793). It depends on why the terms were not included. There is a difference between *failing* to grant authority that the parties would have granted (a true “gap”), and *deciding not* to grant such authority. And, in my respectful view, a review of the terms of the IRSSA reveals that the absence of a term authorizing the

205 (« *Décision de la CSC sur les documents* »), par. 35. L’interprétation de ses modalités oblige par conséquent le tribunal à discerner l’intention des parties et à faire exécuter le marché qu’elles ont conclu (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3^e éd. 2016), p. 174; *Décision de la CSC sur les documents*, par. 35).

[179] Certes, il est vrai que lorsque, dans leur contrat, les parties n’ont pas prévu une situation particulière survenant au cours de leurs rapports, le tribunal peut conclure à l’existence d’une disposition contractuelle implicite (*M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense* (1951) Ltée, [1999] 1 R.C.S. 619, par. 27, citant *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711, p. 775). Ce pouvoir n’est cependant pas illimité. Plus précisément, il ne permet pas au tribunal de récrire le contrat ou d’y insérer une condition implicite contraire à l’intention exprimée clairement par les parties (Hall, p.180-183; *M.J.B. Enterprises*, par. 29; et *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, p. 1097).

[180] Il est particulièrement important ici de faire preuve d’une certaine circonspection avant de conclure à l’existence implicite d’une modalité autorisant l’exercice d’un recours judiciaire. Compte tenu du caractère définitif garanti par le PÉI, il est facile de comprendre pourquoi les parties ont peut-être jugé indésirable de voir s’éterniser devant les tribunaux les litiges touchant les demandes présentées dans le cadre du PÉI (voir *PI de Spanish, CA*, par. 51, 53 et 60; motifs de la juge Côté, par. 134). Il vaut donc la peine de s’arrêter sur la raison pour laquelle ma collègue la juge Côté estime qu’il s’agit d’un cas dans lequel il est possible de prolonger le présent litige, en l’occurrence le fait que les modalités de la CRRPI ne donnent aucun pouvoir à l’adjudicateur en chef de rouvrir la demande de J.W., malgré sa conclusion que la demande de J.W. a entraîné une erreur « aberrante ». Mais le simple fait que l’on ne retrouve pas certains termes dans la CRRPI ne signifie pas pour autant que celle-ci comporte une « lacune » que les juges doivent s’empresser de combler (voir A. Swan, J. Adamski et A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4^e éd. 2018), p. 793). Tout dépend de

Chief Adjudicator to reopen claims clearly represents an instance of the latter.

[181] The IAP is intended to be a “closed adjudicative process, operating under the purview of independent adjudicators without any rights of appeal or judicial review” (Côté J. Reasons, at para. 65, citing *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2016 BCSC 2218, [2017] 1 C.N.L.R. 104, at para. 11 (emphasis added)). As a result, the adjudication of IAP claims is limited to one in-person hearing and two levels of internal review *without any judicial recourse* (Sch. D, art. III(l); Côté J. Reasons, at paras. 69 and 75). This can be contrasted with the Common Experience Payment review process, which clearly provides for judicial recourse where a claim has been denied (IRSSA, art. 5.09).

[182] Nor is the IRSSA silent on the circumstances in which recourse *can* be had to the courts under the IAP. It provides that the Chief Adjudicator may permit the claimant to access the courts where the value of the harm or loss exceeds the compensation limits, or where the evidence is overly complex (Sch. D, art. III(b)(iii); Côté J. Reasons, at paras. 73-74). The internal mechanisms of review in the IRSSA have clearly been designed to allow for judicial recourse in specific situations, which do not include incorrect interpretations of the IAP.

[183] That it was the parties’ intention that the Chief Adjudicator *not* have the authority to respond to incorrect interpretations of the IAP by reopening claims is also demonstrated by how the IRSSA *does* empower the Chief Adjudicator to respond to incorrect interpretations. Although the Chief Adjudicator cannot reopen claims where there has been an

la raison pour laquelle les termes en question n’y ont pas été insérés. Il y a une différence entre le fait de *ne pas* accorder un pouvoir que les parties auraient conféré (ce qui serait une véritable « lacune »), et le fait de *décider de ne pas* accorder ce pouvoir. De plus, à mon humble avis, l’examen des modalités de la CRRPI révèle que l’absence de stipulation autorisant l’adjudicateur en chef à rouvrir des demandes constitue clairement un exemple de cette dernière catégorie.

[181] Le PÉI se veut un « processus décisionnel fermé qui relève d’adjudicateurs indépendants et qui n'est pas assorti d'un droit d'appel ou d'un contrôle judiciaire » (motifs de la juge Côté, par. 65, citant *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2016 BCSC 2218, [2017] 1 C.N.L.R. 104, par. 11 (je souligne)). Par conséquent, le règlement des demandes présentées dans le cadre du PÉI se limite à une audience en personne et à deux paliers de révision interne *sans recours judiciaire* (ann. D, art. III(1); motifs de la juge Côté, par. 69 et 75), contrairement à la procédure de révision du paiement d’expérience commune, qui prévoit clairement la possibilité d’exercer un recours judiciaire en cas de rejet d’une demande (CRRPI, art. 5.09).

[182] La CRRPI n’est pas non plus muette en ce qui concerne les situations dans lesquelles il est *possible* de recourir aux tribunaux dans le cadre du PÉI. Elle indique que l’adjudicateur en chef peut permettre au demandeur de s’adresser aux tribunaux lorsque le préjudice ou la perte excède l’indemnité maximale permise ou que la preuve est trop complexe (ann. D, art. III(b)(iii); motifs de la juge Côté, par. 73-74). Le mécanisme de révision interne que l’on trouve dans la CRRPI a de toute évidence été conçu pour permettre le recours aux tribunaux dans certaines situations précises, lesquelles ne comprennent pas les cas d’interprétation inexacte du PÉI.

[183] L’intention des parties de *ne pas* conférer à l’adjudicateur en chef le pouvoir d’intervenir pour corriger les interprétations erronées du PÉI en rouvrant les demandes ressort également de la façon dont la CRRPI *habilite effectivement* l’adjudicateur en chef à réagir face à une interprétation erronée. Bien que ce dernier ne puisse rouvrir une demande

incorrect interpretation of the IAP, he (or his designate) does have, as Côté J. acknowledges, a right of final review of IAP decisions (Côté J. Reasons, at paras. 69-70 and 160). This final “review authority” empowers the Chief Adjudicator to correct an interpretative error in applying the IAP made by either the hearing or review adjudicator. As stated in Sch. D to the IRSSA:

... [A]ny party may ask the Chief Adjudicator or designate to determine whether an adjudicator's, or reviewing adjudicator's, decision properly applied the IAP Model to the facts as found by the adjudicator, and if not, to correct the decision, and the Chief Adjudicator or designate may do so. [Emphasis added; art. III(l)(i).]

[184] Further, and even where the Chief Adjudicator or his designate has (as here) failed to exercise his final review authority to correct an error in interpreting the IAP, he is empowered to remedy *on a prospective basis* such incorrect interpretations of the IAP as are brought to his attention. Specifically, he is authorized to prepare instructions for the IAP Oversight Committee’s consideration with the goal of assisting adjudicators in better giving effect to the provisions of the IRSSA (Sch. D, art. III(s)). While, as I say, this operates only prospectively in that any resulting instructions will bind only those participants who have had at least two weeks’ notice of the instructions before their hearing (Sch. D, art. III(r)(iii)), this power, coupled with the Chief Adjudicator’s final review authority, nonetheless affirms that the parties to the IRSSA had turned their minds to the powers of the Chief Adjudicator in respect of incorrect interpretations of the IAP. And, in so doing, they declined to confer those powers which my colleague Côté J. would now in effect bestow.

[185] Further, by providing that *stare decisis* does not apply to IAP decisions (Sch. D, App. X, item 5), the IRSSA clearly contemplates that the various IAP adjudicators will provide inconsistent and even incorrect interpretations of the IAP. As the Chief Adjudicator observed before this Court, the parties to the IRSSA did not bargain for an infallible scheme.

en cas d’interprétation erronée du PÉI, il (ou l’adjudicateur en chef désigné) détient, comme le reconnaît la juge Côté, un droit de révision finale des décisions rendues au terme du PÉI (motifs de la juge Côté, par. 69, 70 et 160). Ce « pouvoir de révision » finale permet à l’adjudicateur en chef de corriger une erreur d’interprétation commise dans l’application du PÉI par l’adjudicateur d’audition ou l’adjudicateur de révision. Comme l’indique l’annexe D de la CRRPI :

... [T]oute partie peut demander à l’adjudicateur en chef, ou à l’adjudicateur en chef désigné, de déterminer si la décision de l’adjudicateur au dossier ou de l’adjudicateur de révision applique correctement les critères du PÉI aux faits déterminés par l’adjudicateur et, s’il y a lieu, de corriger celle-ci pour qu’elle se conforme à ces critères. L’adjudicateur en chef ou l’adjudicateur en chef désigné peut faire une telle révision. [Je souligne; art. III(1)(i).]

[184] De plus, même si l’adjudicateur en chef ou l’adjudicateur en chef désigné n’a pas (comme en l’espèce) exercé son pouvoir de révision finale pour corriger une erreur dans l’interprétation du PÉI, il peut remédier *pour l’avenir* à cette interprétation erronée du PÉI qui est portée à son attention. Plus précisément, il est autorisé à soumettre au Comité de surveillance du PÉI des instructions dans le but d’aider les adjudicateurs à mieux donner effet aux dispositions de la CRRPI (ann. D, art. III(s)). Bien que, comme je l’affirme, ces dispositions ne vaillent que pour l’avenir, en ce sens que les instructions ne lient que les participants qui en ont été avisés au moins deux semaines avant leur audition (ann. D, art. III(r)(iii)), le pouvoir en question, conjugué au pouvoir de révision finale de l’adjudicateur en chef, confirme néanmoins que les parties à la CRRPI se sont penchées sur les pouvoirs de l’adjudicateur en chef relativement aux interprétations incorrectes du PÉI. Ce faisant, elles ont refusé de conférer ces pouvoirs comme le ferait ma collègue la juge Côté.

[185] De plus, en précisant que le principe de l’autorité de la chose jugée ne s’applique pas aux décisions rendues dans le cadre du PÉI (ann. D, ann. X, point 5), la CRRPI envisage nettement la possibilité que les divers adjudicateurs du PÉI donnent de celui-ci des interprétations contradictoires, voire erronées. Comme l’adjudicateur en chef l’a fait observer

With 38,000 adjudications and 80,000 applicants, “no one would have imagined that the scheme was going to result in error-free decisions” (transcript, at p. 83).

[186] Both my colleagues Abella J. (at paras. 26-27) and Côté J. (at paras. 139 and 141-48) point to the majority decision at the British Columbia Court of Appeal in *N.N. v. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335, at paras. 83-85, in support of the proposition that courts can intervene to fill in “gaps” where the IRSSA is silent. With great respect, and putting aside his use of the threshold of “exceptional circumstances” (in respect of which I agree with the reasons of Côté J., at para. 140), I prefer the dissenting reasons given in that appeal by Hunter J.A., who stated (at para. 227):

... [J]udicial intervention by a supervising judge may occur only in very exceptional circumstances when there has been a failure by the Chief Adjudicator or his designate to apply the terms of the IRSSA or the implementation orders. The purpose of such intervention is not to review the merits of the underlying decision, but rather to ensure that the dispute resolution process agreed upon by the parties is followed.

[187] My colleague Côté J. leans heavily (at paras. 144-46), as did the majority in *N.N.*, on the decision of Perell J. of the Ontario Superior Court of Justice in *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86, as suggesting that settled claims can be reopened on a “case-by-case” basis. But as Hunter J.A. points out (at para. 260 of *N.N.*), Perell J. later acknowledged, in *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 103, at paras. 51 and 170 (CanLII), that “much of what I said about reopening IAP claims was overruled three years later in [Spanish IRS C.A.]” and that “judicial recourse is available only where a decision of the Chief Adjudicator or his designate reflects a patent failure to apply the IAP Model.” More particularly, Perell J. acknowledged (at para. 170) that

devant notre Cour, les négociations des parties à la CRRPI ne visaient pas à instaurer un système infailible. Avec 38 000 dossiers à traiter et 80 000 demandeurs, [TRADUCTION] « personne n'a imaginé que ce système produirait des décisions à l'abri de toute erreur » (transcription, p. 83).

[186] Tant mes collègues la juge Abella (par. 26-27) que la juge Côté (par. 139 et 141-148) citent les motifs majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *N.N. c. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 105, 6 B.C.L.R. (6th) 335, par. 83-85, à l'appui de la proposition suivant laquelle les tribunaux peuvent intervenir pour corriger des « lacunes » lorsque la CRRPI est muette. En toute déférence, mis à part son application du critère préalable des « circonstances exceptionnelles » (à l'égard de laquelle je souscris aux motifs de la juge Côté au par. 140), je préfère les motifs dissidents énoncés dans cet appel par le juge Hunter, qui écrivait ce qui suit (par. 227) :

[TRADUCTION] ... Un juge surveillant ne peut intervenir que dans des circonstances très exceptionnelles lorsque l'adjudicateur en chef ou l'adjudicateur en chef désigné n'a pas appliqué les modalités de la CRRPI ou les ordonnances de mise en œuvre. Ce genre d'intervention judiciaire n'a pas pour objet de contrôler le bien-fondé de la décision à l'examen, mais bien de s'assurer que le processus de règlement des différends sur lequel les parties se sont entendues a été suivi.

[187] À l'instar de la majorité dans l'arrêt *N.N.*, la juge Côté table fortement (par. 144-146) sur la décision rendue par le juge Perell, de la Cour supérieure de l'Ontario, dans l'affaire *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86, pour affirmer qu'il est possible de rouvrir « au cas par cas » des réclamations réglées. Mais comme le juge d'appel Hunter le souligne (par. 260 de l'arrêt *N.N.*), le juge Perell a ultérieurement reconnu, dans *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 103, par. 51 et 170 (CanLII), [TRADUCTION] « qu'une grande partie de ce que j'ai dit au sujet de la réouverture des demandes présentées dans le cadre du PÉI a été infirmée trois ans plus tard dans l'arrêt [PI de Spanish, CA] » et qu'« il n'est possible d'exercer un recours judiciaire que si la décision de l'adjudicateur

“[s]upervising [j]udges do not have jurisdiction to perform an appellate or error correcting function in respect of IAP decisions.”

[188] It is therefore clear that, by imposing a process to which the parties did not agree (and which — going by what they *did* include in the IRSSA — they would have rejected), my colleague Côté J. is rewriting the IRSSA. Clear textual and contextual direction that she cannot do so is met with invocations of “natural justice” (para. 148) without explaining just how it is implicated here — except to say that denying a remedy to J.W. would result in “clear injustice” such that “this Court must . . . intervene” (para. 166). But I reject the premise that my colleague is remedying “injustice”. Remedyng injustice — that is, doing justice — does not mean arriving at the most palatable result. In this case, justice is served by respecting and enforcing the terms of a voluntary agreement between the parties, including the procedural and substantive rules and the jurisdictional boundaries upon which they agreed (*Spanish IRS C.A.*, at para. 63).

II. The Chief Adjudicator’s Concession

[189] I now turn to the concession which my colleague Côté J. seizes upon as grounds for rewriting the parties’ contract. In oral argument, counsel to the Chief Adjudicator noted that the Hearing Adjudicator and review adjudicators interpreted SL1.4 in a manner that contradicted a previous decision made by former Chief Adjudicator Ish. Counsel for the Chief Adjudicator stated that this was “aberrant” — that is, as an error that departed from an accepted interpretation of SL1.4. As I have already canvassed, this leads my colleague to her “gap”, since the Chief Adjudicator has no authority under the IRSSA to provide a remedy for claimants where he discovers an error in the final review (Côté J. Reasons, at para. 163).

en chef ou de l’adjudicateur en chef désigné révèle un défaut évident d’appliquer le modèle du PÉI ». Plus particulièrement, il a reconnu (par. 170) que « les juges surveillants ne peuvent connaître en appel des décisions rendues dans le cadre du PÉI ni corriger les erreurs qu’elles contiennent ».

[188] Il est donc évident qu’en imposant un processus dont les parties n’ont pas convenu (et qu’elles auraient rejeté si l’on se fie à ce qu’elles ont *effectivement* stipulé dans la CRRPI), ma collègue la juge Côté récrit la CRRPI. Malgré l’interdiction explicite et tacite qui lui est faite de récrire la CRRPI, elle invoque les principes de « justice naturelle » (par. 148), sans expliquer en quoi ces principes entrent en jeu dans le cas qui nous occupe, sauf pour affirmer que refuser d’accorder une réparation à J.W. causerait « une injustice flagrante » telle que « [I]la Cour se doit [...] d’intervenir » (par. 166). Je rejette toutefois la prémissse suivant laquelle ma collègue corrige une « injustice ». Corriger une injustice — autrement dit, rendre justice — ne signifie pas qu’il faut en arriver à la solution la plus acceptable. Dans le cas qui nous occupe, justice est rendue en respectant et en faisant exécuter les modalités d’une entente conclue de plein gré par les parties, y compris les règles de procédure et de fond et les limites de compétence sur lesquelles elles se sont entendues (*PI de Spanish, CA*, par. 63).

II. La concession de l’adjudicateur en chef

[189] Je passe maintenant à la concession à laquelle ma collègue la juge Côté s’accroche pour justifier la réécriture du contrat intervenu entre les parties. Lors de l’audition, l’avocat de l’adjudicateur en chef a fait observer que l’adjudicatrice d’audition et les adjudicateurs de révision avaient donné à la catégorie SL1.4 une interprétation qui contredisait une décision antérieure de l’ancien adjudicateur en chef Ish. L’avocat de l’adjudicateur en chef a dit que c’était une erreur « aberrante », c’est-à-dire une erreur qui s’écarte de l’interprétation acceptée de la catégorie SL1.4. Comme je l’ai déjà dit, il s’agit de la « lacune » que ma collègue a constatée en expliquant que la CRRPI ne permettait pas à l’adjudicateur en chef d’accorder une réparation au demandeur lorsqu’il découvre une erreur dans la révision finale (motifs de la juge Côté, par. 163).

[190] I observe, preliminarily, that the Chief Adjudicator is not a party to the IRSSA, but rather a creation of it (Sch. D, art. III(s)). Any concession on his part as to the scope of his authority is therefore of limited value to a judicial determination of what *the parties* intended that power to be.

[191] Further, and as I have already recounted, the Chief Adjudicator *does* have authority to respond to incorrect interpretations of the IAP by exercise of his final review authority. I grant that he did not catch the error here, because his designates failed to notice the Hearing Adjudicator's erroneous interpretation of SL1.4. What this signifies, however, is *not* that the denial of compensation to J.W. was the upshot of any "gap" or "break-down" in the agreement which required judicial recourse so as to reopen the claim (Côté J. Reasons, at paras. 161-62), but that it resulted from the Chief Adjudicator failing to properly discharge his final review obligations under the IRSSA.

[192] That this is so is made plain by the Chief Adjudicator's submission before this Court that the courts *could not* provide a remedy in this case, despite the aberrant interpretation of the IAP:

Mr. Arvay, Q.C.: . . . We reject that approach. We reject any approach that will allow a supervising court to set aside a decision of an adjudicator when the point of disagreement is on a matter of interpretation of a provision in the IAP. That doesn't constitute exceptional circumstances that warrants judicial recourse. And I agree with Justice Rowe that that is actually a rather question begging sort of statement.

But we [will] seize on the idea that this judicial recourse should be rare and it should really be limited to cases where, in the words of the Manitoba court of Appeal, there wasn't even a consideration of the terms. Not that there was a bad interpretation or an unreasonable interpretation, or so unreasonable interpretation, or patent

[190] Je tiens d'entrée de jeu à faire observer que l'adjudicateur en chef n'est pas une des parties à la CRRPI, mais qu'il en est une créature (ann. D, art. III(s)). Toute concession qu'il pourrait faire sur l'étendue de ses pouvoirs n'a donc qu'une valeur limitée lorsqu'un tribunal est appelé à se prononcer sur l'intention qu'avaient *les parties* relativement à ses pouvoirs.

[191] En outre, comme je l'ai déjà mentionné, l'adjudicateur en chef a compétence pour réagir à des interprétations erronées du PÉI en exerçant son pouvoir de révision finale. Je reconnaiss qu'il n'a pas relevé l'erreur ici, car les adjudicateurs qu'il avait désignés n'ont pas constaté l'interprétation erronée donnée par l'adjudicatrice d'audition à la catégorie SL1.4. Ce que cela signifie, toutefois, ce *n'est pas* que le refus d'indemniser J.W. découle d'une « lacune » ou « enrayment » dans la convention en raison de laquelle il était nécessaire de recourir aux tribunaux pour faire rouvrir la demande (motifs de la juge Côté, par. 161-162), mais qu'il résulte du défaut de l'adjudicateur en chef de s'acquitter correctement de ses obligations de révision finale prévues dans la CRRPI.

[192] C'est ce qui ressort de l'argument avancé par l'adjudicateur en chef devant notre Cour suivant lequel les tribunaux *ne pouvaient pas* accorder de réparation en l'espèce malgré l'interprétation aberrante du PÉI :

[TRADUCTION]

M^e Arvay, c.r. : . . . Nous rejetons cette approche. Nous rejetons toute approche qui permettrait à un tribunal de surveillance d'annuler la décision d'un adjudicateur lorsque le désaccord porte sur une question d'interprétation d'une disposition du PÉI. Cela ne constitue pas une des circonstances exceptionnelles justifiant un recours judiciaire. Et je suis d'accord avec le juge Rowe pour dire qu'il s'agit en fait d'une question qui mérite d'être posée.

Nous sommes également d'accord pour dire que ce type de recours judiciaire ne devrait être exercé que rarement et qu'il devrait en réalité être limité aux cas où, pour reprendre les propos de la Cour d'appel du Manitoba, on n'a même pas tenu compte des dispositions de la convention. Non pas qu'il y ait eu une mauvaise interprétation ou une

disregard interpretation, it's just that there was no consideration. . . [Emphasis added; pp. 80-81.]

[193] I recognize that, in response to questions from the hearing panel, the Chief Adjudicator went further. The exchange proceeded as follows:

Mr. Justice Moldaver: Why are you taking such a technical position on that when you say if it's fresh evidence, you know, we can go back to the court, even though the proceedings are complete. But if it's a fresh view and a right view of the interpretation that would have allowed this man to get his claim off the ground you can't do it.

Mr. Arvay, Q.C.: Okay.

Mr. Justice Moldaver: Really, with respect, that's an absurd position.

Mr. Arvay, Q.C.: Okay. So then maybe I'm wrong. Maybe I'm wrong. Maybe that would allow -- that might be allowed, I don't know. That hasn't been done.

...

Mr. Justice Moldaver: -- and now you are saying nothing can be done. You just backed off of that a little bit and said, "Well, maybe something can be done", which would be going back to the Supervising Judge to get an order, I suppose, to reopen this case.

Are you going to concede that that would be a reasonable solution to the problem?

Mr. Arvay, Q.C.: Well, you can tell I seem to be of mixed minds on it.

My first impression, my first reaction was that that just seems to bring back the reasonableness interpretation. I take your point, it might be different. It might be different.

...

interprétation déraisonnable, ni même une interprétation totalement déraisonnable ou une interprétation témoignant d'une négligence flagrante; on n'a tout simplement pas tenu compte des modalités de la convention. . . [Je souligne; p. 80-81.]

[193] Je constate qu'en réponse aux questions du tribunal, l'adjudicateur en chef est allé plus loin. Voici la teneur de cet échange :

[TRADUCTION]

Le juge Moldaver : Pourquoi adoptez-vous une position aussi technique à ce sujet quand vous dites que, s'il s'agit de nouveaux éléments de preuve, on peut revenir devant le tribunal, même si la procédure est terminée, alors que si c'est un point de vue nouveau et une vision juste de l'interprétation qui aurait permis à l'intéressé de faire valoir ses droits, on ne peut pas le faire.

M^e Arvay, c.r. : D'accord.

Le juge Moldaver : Vraiment, avec tout le respect que je vous dois, c'est une position absurde.

M^e Arvay, c.r. : D'accord. J'ai peut-être tort alors. Je me trompe peut-être. Peut-être que cela permettrait -- cela pourrait être permis, je ne sais pas. Cela n'a pas été fait.

...

Le juge Moldaver : -- et maintenant vous dites qu'on ne peut rien faire. Vous avez seulement fait un peu marche arrière et vous dites : « Eh bien, peut-être qu'on peut faire quelque chose », ce qui reviendrait à demander au juge surveillant de rendre une ordonnance, je suppose, pour rouvrir l'affaire.

Êtes-vous prêt à admettre que ce serait une solution raisonnable au problème?

M^e Arvay, c.r. : Eh bien, comme vous pouvez le voir, mon opinion est plutôt mitigée à ce sujet.

Ma première impression, ma première réaction était qu'on ramenait simplement l'interprétation du caractère raisonnable. Je vois ce que vous voulez dire, c'est peut-être différent. C'est peut-être autre chose.

...

Mr. Justice Moldaver: . . . If as a result of working [the interpretative problems] out [within the four corners of the agreement] we reach -- we have a hiatus, we have a gap, we have an inability to do justice in a particular case --

Mr. Arvay, Q.C.: Yes.

Mr. Justice Moldaver: -- then you should be able to go to the court to fill that gap.

Mr. Arvay, Q.C.: I agree. [Emphasis added; pp. 87-89 and 92.]

[194] In short, the Chief Adjudicator acknowledged that “maybe [he is] wrong”, and that he was “of mixed minds”. He also agreed that *where there is a “gap”*, a court might fill it. As to that last proposition, and subject to what I have said about doing so in accordance with the parties’ intentions, I agree. But the Chief Adjudicator did *not* clearly agree that such a gap existed *here*. And, when asked about whether a court could reopen J.W.’s claim to correct the Hearing Adjudicator’s interpretation of SL1.4, the Chief Adjudicator replied that, although such a result might be possible, he was unsure if it was allowed on the terms of the IRSSA.

[195] If this exchange could tenably be said to have left open the possibility of a gap, such possibility was closed immediately thereafter when the Chief Adjudicator appeared to *recoil* from that very suggestion in responding to the next line of questioning from the hearing panel:

Mr. Justice Rowe: . . . [T]he circumstances which we are now faced with in this case may constitute exceptional circumstances such that a supervising judge could deal with a highly problematic -- a fundamentally troubling application of the agreement that warrants reconsideration, but the only means to bring it back before an adjudicator is through the intervention of a supervising judge?

Le juge Moldaver : . . . Si, après avoir résolu [les problèmes d’interprétation] [en respectant les limites établies par la Convention], on constate qu’il y a un hiatus, une lacune, il est alors impossible de rendre justice dans ce cas particulier --

M^e Arvay, c.r. : Oui.

Le juge Moldaver : -- vous devriez alors pouvoir vous adresser au tribunal pour combler cette lacune.

M^e Arvay, c.r. : Je suis d’accord. [Je souligne; p. 87-89 et 92.]

[194] En résumé, l’adjudicateur en chef a admis qu’il avait [TRADUCTION] « peut-être tort » et que son « opinion [était] plutôt mitigée ». Il a également convenu que, *lorsqu'il y a une « lacune »*, le tribunal est peut-être en mesure de la combler. Sur ce dernier point, sous réserve de ce que j’ai déjà dit au sujet du respect de la volonté des parties, j’abonde dans son sens. Mais l’adjudicateur en chef *n'a pas* clairement convenu qu’une telle lacune existait *en l’espèce*. Lorsqu’on lui a demandé si un tribunal pouvait rouvrir la demande de J.W. pour rectifier l’interprétation que l’adjudicatrice d’audition avait donnée de la catégorie SL1.4, l’adjudicateur en chef a répondu que, même si ce résultat était envisageable, il n’était pas certain que les modalités de la CRRPI le permettaient.

[195] Si l’on peut défendre l’idée que cet échange n’exclut pas la possibilité qu’il existe une lacune, cette possibilité a été écartée immédiatement après, lorsque l’adjudicateur en chef a semblé *prendre ses distances* par rapport à cette suggestion en répondant à la série de questions suivantes de la Cour :

[TRADUCTION]

Le juge Rowe : . . . [L]es circonstances devant lesquelles nous nous trouvons en l’espèce peuvent constituer des circonstances exceptionnelles telles qu’un juge surveillant pourrait être confronté à une application très problématique -- une application fondamentalement troublante de la convention qui justifie un réexamen, mais demander l’intervention d’un juge surveillant est-elle le seul moyen de soumettre de nouveau la demande à un adjudicateur?

Mr. Arvay, Q.C.: But the difference between what I think you are positing is -- that's not what happened here, right. What I think you are positing is what Justice Moldaver is saying maybe should have happened, which is that there should have been an RFD brought by the Chief Adjudicator or somebody else bringing to the attention of the court that there was, you know, this . . .

So so I think that's not what happened. What Justice Edmond did, he just re-interpreted himself, he didn't rely on Mr. Ish's decision.

Mr. Justice Rowe: So therefore you disagree with his general approach, which is substituting his view, although you seem to be saying that it would be -- it would serve the ends of justice if this matter were to be sent back for re-adjudication.

Mr. Arvay, Q.C.: Well, I don't know if I would go that far. As Justice Sharpe says, you know, justice in this particular case is following the processes, the boundaries, the terms of this agreement.

Mr. Justice Brown: So we have to go back -- just to be clear, we are back to the bright line then?

Mr. Arvay, Q.C.: We are back to the bright line then. [Emphasis added; pp. 94-95.]

III. Conclusion

[196] My colleague Côté J. has simply gone too far, with too little. A concession by the Chief Adjudicator that J.W.'s claim was wrongly decided does not support a judicial rewrite of the terms of a complex settlement agreement reflecting the common intentions of the parties, particularly where his concession accompanies a submission that that the IRSSA does not allow for judicial recourse in such circumstances. I appreciate that the plainly incorrect interpretation of SL1.4 adopted by the Hearing Adjudicator and (somehow) affirmed by two review adjudicators is difficult to let pass, but that is the result compelled by law, even if it obliges us to avert our nostrils (*Spencer v. Continental Insurance Co.*, [1945] 4 D.L.R. 593, at p. 609, per Wilson J. (as he then was)).

M^e Arvay, c.r. : Mais la différence entre ce que je pense que vous postulez est -- ce n'est pas ce qui s'est passé ici, n'est-ce pas? Ce que je pense que vous postulez, c'est ce que le juge Moldaver dit qu'il aurait peut-être dû se produire, c'est-à-dire que l'adjudicateur en chef ou quelqu'un d'autre aurait dû soumettre une demande de directives au tribunal. . .

Je ne pense pas que c'est ce qui a été fait ici. Le juge Edmond s'est contenté de réinterpréter lui-même la convention; il ne s'est pas fondé sur la décision de M. Ish.

Le juge Rowe : Par conséquent, vous n'êtes pas d'accord avec son approche générale, qui consiste à proposer son interprétation à la place de celle de l'adjudicateur, même si vous semblez dire que ce serait -- cela servirait les fins de la justice si l'affaire était renvoyée pour nouvel examen.

M^e Arvay, c.r. : Je ne sais pas si j'irais aussi loin. Comme le juge Sharpe l'a dit, vous savez, dans ce cas particulier, la justice respecte le processus, les limites et les modalités de cette convention.

Le juge Brown : Il faut donc revenir -- juste pour être sûr qu'on se comprend bien, il faut donc respecter rigoureusement le processus établi?

M^e Arvay, c.r. : Oui, il faut respecter le processus qui a été établi. [Je souligne; p. 94-95.]

III. Conclusion

[196] Ma collègue la juge Côté est tout simplement allée trop loin, avec trop peu. La concession de l'adjudicateur en chef selon laquelle il a été mal statué sur la demande de J.W. ne justifie pas un tribunal de récrire les modalités d'une convention de règlement complexe qui exprimait l'intention commune des parties, surtout lorsque sa concession accompagne l'argument que la CRRPI n'autorise pas le recours aux tribunaux en pareilles circonstances. J'admetts qu'il est difficile de s'abstenir d'intervenir pour corriger l'interprétation manifestement erronée de la catégorie SL1.4 qu'a retenue l'adjudicatrice d'audition et qui a été — sans qu'on sache trop comment — confirmée par deux adjudicateurs de révision, mais c'est le résultat que la loi commande, même si nous sommes contraints de le faire à contrecœur (*Spencer c. Continental Insurance Co.*, [1945] 4 D.L.R. 593, p. 609, le juge Wilson (plus tard juge en chef de la Colombie-Britannique)).

APPENDIX

CEP	Common Experience Payment
IAP	Independent Assessment Process
IRS	Indian Residential School
IRSSA	Indian Residential Schools Settlement Agreement
NAC	National Administration Committee
RFD	Request for Direction
TRC	Truth and Reconciliation Commission

Appeal allowed with costs, BROWN and ROWE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Olschewski Davie, Winnipeg.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitors for the respondent the Chief Adjudicator of the Indian Residential Schools Adjudication Secretariat: Arvay Finlay, Vancouver; Susan E. Ross Law Corporation, Victoria.

Solicitor for the respondent the Assembly of First Nations: Assembly of First Nations, Ottawa.

Solicitors for the intervenor the Independent Counsel: Dionne Schulze, Montréal.

Solicitors for the intervener K.B.: Donovan & Company, Vancouver.

ANNEXE

CAN	Comité d'administration national
CRRPI	Convention de règlement relative aux pensionnats indiens
CVR	Commission de vérité et de réconciliation
PEC	Paiement d'expérience commune
PÉI	Processus d'évaluation indépendant
PI	Pensionnat indien

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges BROWN et ROWE sont dissidents.

Procureurs des appellants : Olschewski Davie, Winnipeg.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureurs de l'intimé l'Adjudicateur en chef, Secrétariat d'adjudication des pensionnats indiens : Arvay Finlay, Vancouver; Susan E. Ross Law Corporation, Victoria.

Procureur de l'intimée l'Assemblée des Premières Nations : Assemblée des Premières Nations, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Avocats indépendants : Dionne Schulze, Montréal.

Procureurs de l'intervenant K.B. : Donovan & Company, Vancouver.