

IN THE SUPREME COURT OF CANADA
(ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF ALBERTA)

B E T W E E N:

JESSICA ERNST

Appellant

-and-

ALBERTA ENERGY REGULATOR

Respondent

-and-

**ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA, ATTORNEY
GENERAL OF CANADA, ATTORNEY GENERAL FOR SASKATCHEWAN,
ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC, CANADIAN CIVIL LIBERTIES
ASSOCIATION, BRITISH COLUMBIA CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION, and
DAVID ASPER CENTRE FOR CONSTITUTIONAL RIGHTS**

Intervenors

**REPLY BOOK OF AUTHORITIES OF THE APPELLANT,
JESSICA ERNST**

(Pursuant to Rules 29(4) and 35(4) of the
Rules of the Supreme Court of Canada)

KLIPPENSTEINS
Barristers & Solicitors
160 John Street, Suite 300
Toronto, ON M5V 2E5
Tel: (416) 598-0288
Fax: (416) 598-9520

Murray Klippenstein
murray.klippenstein@klippensteins.ca
W. Cory Wanless
cory.wanless@klippensteins.ca

Lawyers for the Appellant Jessica Ernst

NELLIGAN O'BRIEN PAYNE
LLP
50 O'Connor Street, Suite 1500
Ottawa, ON K1P 6L2
Tel: (613) 231-8311
Fax: (613) 788-3667

Christopher Rootham
christopher.rootham@nelligan.ca

Ottawa agent for the Appellant Jessica Ernst

ORIGINAL TO:

THE REGISTRAR

Supreme Court of Canada
301 Wellington Street
Ottawa, ON K1A 0J1

COPIES TO:

**JENSEN SHAWA SOLOMON DUGUID
HAWKES LLP**

800, 304 –8 Avenue SW
Calgary, AB T2P 1C2
Tel: (403) 571-1520
Fax: (403) 571-1528

Glenn Solomon QC

gsolomon@jssbarristers.ca

Christy Elliott

elliottc@jssbarristers.ca

Lawyers for the Respondent Alberta
Energy Regulator

**MINISTRY OF THE ATTORNEY
GENERAL OF BRITISH COLUMBIA**

6th-1001 Douglas Street
Victoria, British Columbia V8W 9J7
Tel: (205) 952-0122
Fax: (205) 356-9154

Jonathan Penner

jonathan.penner@gov.bc.ca

Lawyer for the Intervener, the Attorney
General of British Columbia

DEPARTMENT OF JUSTICE CANADA

130 King Street West, Suite 3400, Box 36
Toronto, ON M5X 1K6
Tel: (416) 973-9704
Fax: (416) 973-0809

Michael H. Morris

**GOWLING LAFLEUR HENDERSON
LLP**

160 Elgin St., Suite 2600
Ottawa, ON K1P 1C3
Tel: (613) 786-0171
Fax: (613) 563-9869

Jeffrey W. Beedell

jeff.beedell@gowlings.com

Ottawa agent for the Respondent Alberta
Energy Regulator

BURKE-ROBERTSON LLP

441 MacLaren Street, Suite 200
Ottawa, ON K2P 2H3
Tel: (613) 236-9665
Fax: (613) 235-4430

Robert E. Houston, Q.C.

rhouston@burkerobertson.com

Ottawa agent for the Intervener, the Attorney
General of British Columbia

DEPARTMENT OF JUSTICE CANADA

William F. Penteny, Q.C.
Deputy Attorney General of Canada
50 O'Connor Street
Ottawa, ON K1A 0H8
Tel: (613) 670-6290
Fax: (613) 954-1920

michael.morris@justice.gc.ca

Lawyer for the Intervener, the Attorney General of Canada

Christopher Rupar

crupar@justice.gc.ca

Ottawa agent for the Intervener, the Attorney General of Canada

SASKATCHEWAN MINISTRY OF JUSTICE

Constitutional Law Branch
820 – 1874 Scarth Street
Regina, SK S4P 3V7
Tel: (306) 787-8385
Fax: (306) 787-9111

GOWLING LAFLEUR HENDERSON LLP

Barristers & Solicitors
160 Elgin Street, 26th Floor
Ottawa, ON K1P 1C3
Tel: (613) 786-8695
Fax: (613) 788-3509

Graeme G. Mitchell, Q.C.

graeme.mitchell@gov.sk.ca

Lawyer for the Intervener, Attorney General for Saskatchewan

D. Lynn Watt

lynne.watt@gowlings.com

Ottawa agent for the Intervener, the Attorney General for Saskatchewan

PROCUREURE GÉNÉRALE QUÉBEC

Direction du droit public
1200, route de l'Église, 2^e étage
Québec, QC G1V 4M1
Tél: (418) 643-1477
Téléc.: (418) 644-7030

NOËL & ASSOCIÉS s.e.n.c.r.l.

111, rue Champlain
Gatineau, QC J8X 3R1
Tél: (819) 771-7393
Téléc: (819) 771-5397

Robert Desroches

robert.desroches@justice.gouv.qc.ca

Carole Soucy

carole.soucy@justice.gouv.qc.ca

Procureurs de la Procureure générale Québec

Pierre Landry

p.landry@noelassocies.com

Correspondants pour les procureurs de la procureure générale du Québec

Chernos Flaherty Svonkin LLP

40 University Avenue, Suite 710
Toronto, ON M5J 1T1
Tel: (416) 855-0404
Fax: (647) 725-5440

Borden Ladner Gervais LLP

World Exchange Plaza
100 Queen Street, Suite 1300
Ottawa, ON K1P 1J9
Tel: (613) 787-3562
Fax: (613) 230-8842

Stuart Svokin

ssvonkin@cfscounsel.com

Nadia Effendi

Brendan Brammall
bbramall@cfscounsel.com
Michael Bookman
mbookman@cfscounsel.com

Counsel for the Intervener, Canadian Civil Liberties Association

Bull, Housser & Tupper LLP
510 West Georgia Street, Suite 1800
Vancouver, BC V6B 0M3
Tel: (604) 641-4881
Fax: (604) 646-2671

Ryan D.W. Dalziel
rdd@bht.com
Emily C. Lapper

Counsel for the Intervener, British Columbia Civil Liberties Association

WeirFoulds LLP
4100- 66 Wellington Street West
PO Box 35, Toronto-Dominion Centre
Toronto, ON M5K 1B7
Tel: (416) 947-5091
Fax: (416) 365-1876

Raj Anand
ranand@weirfoulds.com

University of Toronto Faculty of Law
39 Queen's Park Cres. East
Toronto, ON M5S 2C3
Tel: 416-978-0092
Fax: 416-978-8894

Cheryl Milne
cheryl.milne@utoronto.ca

Counsel for the Intervener, David Asper Centre for Constitutional Rights

neffendi@blg.com

Ottawa agent for the Intervener, Canadian Civil Liberties Association

Power Law
130 Albert Street, Suite 1103
Ottawa, ON K1P 5G4
Tel: (613) 702-5563
Fax: (613) 702-5563

David P. Taylor
dtaylor@powerlaw.ca

Ottawa agent for the Intervener, British Columbia Civil Liberties Association

Norton Rose Fulbright Canada LLP
54 O'Connor Street, Suite 1500
Ottawa, ON K1P 1A4
Tel: (613) 780-8604
Fax: (613) 230-5459

Sally A. Gomery
sally.gomery@nortonrosefulbright.com

Ottawa agent for the Intervener, David Asper Centre for Constitutional Rights

Table of Contents

- 1 *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada* [1991] 1 S.C.R. 139
<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/723/index.do>
- 2 *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959
<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/657/index.do>
- 3 *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927
<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/443/index.do>
- 4 *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45
<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/7957/index.do>
- 5 *Ross v. New Brunswick School District No 15*, [1996] 1 S.C.R. 825
<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1367/index.do>

Tab 1

The relevant portion of the *Government Airport Concession Operations Regulations* reads as follows:

7. Subject to section 8, except as authorized in writing by the Minister, no person shall

(a) conduct any business or undertaking, commercial or otherwise, at an airport;

(b) advertise or solicit at an airport on his own behalf or on behalf of any person; or

(c) fix, install or place anything at an airport for the purpose of any business or undertaking.

Section 8 refers to "Permitted Operations", such as transportation to and from the airport, and does not concern us in this appeal.

The applicable sections of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in this case are ss. 1 and 2(b):

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication; ...

I propose to explore the scope of the right before gauging whether any prospective attenuation may be legitimated through the use of s. 1. The particular facts of this case also raise the issue of "public forum"—what it means, and how it applies to this situation.

Freedom of Expression—An Overview

The debate over the scope of freedom of expression probably began a few short seconds after the dawn of expression itself. The means of expression as well as the polemics surrounding them have taken on many forms. While some have defended freedom of expression as an end in and of itself, most justify free

Les dispositions pertinentes du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement* se lisent ainsi:

7. Sous réserve de l'article 8, à moins d'une autorisation écrite du Ministre, nul ne peut

a) se livrer à une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre, à un aéroport;

b) faire, à un aéroport, de la publicité ou de la sollicitation pour son propre compte ou pour celui d'autrui; ou

c) fixer, installer ou placer quoi que ce soit dans un aéroport aux fins d'une activité ou entreprise.

L'article 8 porte sur les «activités permises», comme le transport des passagers vers l'aéroport et depuis ce dernier, et ne nous concerne pas ici.

Les dispositions applicables de la *Charte canadienne des droits et libertés* sont l'article premier et l'al. 2b):

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

Je me propose d'explorer la portée du droit à la liberté d'expression avant de déterminer si son atteinte peut être justifiée par l'article premier. Les faits particuliers à la présente instance soulèvent également la question du «forum public»—sa signification et son application en l'espèce.

La liberté d'expression—vue d'ensemble

Le débat qu'a suscité la portée de la liberté d'expression a probablement commencé quelques secondes après la naissance de l'expression elle-même. Les moyens d'expression ainsi que les polémiques auxquelles ils ont donné lieu ont revêtu bien des formes. Bien que certains aient défendu la

expression as a means to other ends. However, the two notions are largely interrelated—especially when the form of the expression is political in nature, as in the present case.

Freedom of expression cannot be jettisoned in any system which values self-government—political participation is valuable in part because it enhances personal growth and self-realization. Rand J. for this Court in *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 306, described freedom of expression as “little less vital to man’s mind and spirit than breathing is to his physical existence”. Cardozo J., for the United States Supreme Court in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), at p. 327, proclaimed freedom of expression to be “the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom”.

The importance of the freedoms in s. 2 of the *Charter* has been articulated from the earliest *Charter* cases. I would point to *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, in which Dickson J., referring to the American experience, made these remarks albeit in the context of the freedom of conscience and religion in s. 2(a) (at p. 346):

It is because of the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience both to basic beliefs about human worth and dignity and to a free and democratic political system that American jurisprudence has emphasized the primacy or “firstness” of the First Amendment. It is this same centrality that in my view underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as “fundamental”. They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.

The profound role of the freedom of expression, as one of the fundamental freedoms in s. 2, was underlined by this Court in several ensuing *Charter* cases. For instance, Cory J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, stated that it would be “difficult to imagine a guaranteed right

liberté d’expression comme une fin en soi, la plupart justifient la libre expression comme un moyen de parvenir à d’autres fins. Cependant, les deux notions sont en grande partie liées entre elles—surtout lorsque l’expression est de nature politique comme en l’espèce.

Les systèmes qui valorisent l’autonomie politique ne peuvent écarter la liberté d’expression—la participation politique est importante notamment parce qu’elle favorise le développement et l’épanouissement personnel. Le juge Rand, au nom de notre Cour dans l’arrêt *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306, a affirmé que [TRADUCTION] «la liberté n’est pas moins essentielle à l’intelligence et à l’esprit de l’homme que la respiration ne l’est à son existence physique». Le juge Cardozo, au nom de la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), à la p. 327, a décrit la liberté d’expression comme [TRADUCTION] «le fondement, la condition essentielle de presque toutes les autres formes de liberté».

L’importance des libertés garanties par l’art. 2 de la *Charte* a été évoquée dès les premières décisions en la matière, notamment dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, où le juge Dickson, se référant à l’expérience américaine, faisait les remarques suivantes, quoique dans le contexte de la liberté de conscience et de religion prévue à l’al. 2a) (à la p. 346):

C’est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l’être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c’est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés «fondamentales». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s’insère la *Charte*.

Le rôle crucial de la liberté d’expression, l’une des libertés fondamentales garanties à l’art. 2, a été souligné à maintes reprises par notre Cour dans des décisions subséquentes portant sur la *Charte*. Dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, par exemple, le juge Cory a

more important to a democratic society than freedom of expression" (p. 1336). This has been reemphasized in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, by Dickson C.J. at pp. 726-27.

As this Court has discussed on several prior occasions, notably in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, and *Keegstra*, *supra*, many different theories have been advanced for promoting freedom of expression. Emerson, "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877, at pp. 878-79, is often cited for delineating the basic rationales for judiciously preserving freedom of expression:

The values sought by society in protecting the right to freedom of expression may be grouped into four broad categories. Maintenance of a system of free expression is necessary (1) as assuring individual self-fulfillment, (2) as a means of attaining the truth, (3) as a method of securing participation by the members of the society in social, including political, decision-making, and (4) as maintaining the balance between stability and change in the society.

However, it is evident that many of the distinctions are artificial. As well, reliance on any rationale in isolation is fraught with difficulty. (On this point, see Cory J., *Freedom of Expression Under the Charter: the Difficulties of Adjudicating*, paper delivered at the University of Alberta Centre for Constitutional Studies, on April 21, 1990.) Laurence Tribe in *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988) (hereinafter "Tribe") states at p. 789:

No satisfactory jurisprudence of free speech can be built upon such partial or compromised notions of the bases for expressional protection or the boundaries of the conduct to be protected. However tempting it may be to resist governmental claims for restricting speech by retreating to an artificially narrowed zone and then defending it without limit, any such course is likely in the end to sacrifice too much to strategic maneuver: the claims for suppression will persist, and the defense will be no stronger for having withdrawn to arbitrarily constricted territory. Any adequate conception of freedom of speech must instead draw upon several strands of the-

affirmé qu'il serait «difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique» (p. 1336). C'est ce qu'a repris le juge en chef Dickson dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, aux pp. 726 et 727.

Comme notre Cour l'a mentionné à plusieurs occasions, notamment dans les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et *Keegstra*, précité, plusieurs théories différentes ont été avancées comme justification de la liberté d'expression. Emerson, «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877, aux pp. 878 et 879, est souvent cité pour avoir esquissé les raisons d'être fondamentales de la protection judiciaire de la liberté d'expression:

[TRADUCTION] Les valeurs que la société vise à promouvoir par la protection du droit à la liberté d'expression peuvent se grouper en quatre grandes catégories. Le maintien d'un régime de libre expression est nécessaire (1) pour permettre l'épanouissement personnel des individus, (2) pour faciliter la recherche de la vérité, (3) pour obtenir la participation des membres de la société à la prise de décisions d'intérêt social, y compris dans le domaine politique, et (4) pour maintenir un équilibre entre la stabilité et le changement dans la société.

Il est évident, toutefois, que plusieurs de ces distinctions sont artificielles. En outre, se reposer sur quelque fondement que ce soit isolément comporte nombre de difficultés. (À ce sujet, voir le juge Cory, *Freedom of Expression Under the Charter: the Difficulties of Adjudicating*, exposé fait au Centre for Constitutional Studies de l'Université de l'Alberta, le 21 avril 1990.) Laurence Tribe, dans *American Constitutional Law* (2^e éd. 1988), (ci-après «Tribe») affirme, à la p. 789:

[TRADUCTION] On ne peut établir de jurisprudence convaincante en matière de liberté d'expression à partir de notions aussi partielles ou mitigées de ce que sont les fondements de la protection de la liberté d'expression ou les paramètres de la conduite à protéger. Bien qu'il soit tentant de s'opposer aux revendications du gouvernement pour restreindre la liberté d'opinion en se retranchant dans une zone artificiellement étroite pour ensuite la défendre de manière absolue, cette démarche risque à la fin de faire perdre de vue l'objectif visé au nom des manœuvres stratégiques: les demandes de suppression de la liberté d'expression existeront toujours et la

ory in order to protect a rich variety of expressional modes.

Frederick Schauer on the other hand, in *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982) focuses on the negative consequences of governmental regulation of expression. At pages 81-86 he remarks:

Freedom of speech is based in large part on a distrust of the ability of government . . . determinations of truth and falsity, an appreciation of the fallibility of political leaders, and a somewhat deeper distrust of governmental power in a more general sense

I might summarize the foregoing . . . by saying that the most persuasive argument for a Free Speech Principle is what may be characterized as the argument from governmental incompetence.

Schauer also avoids ascribing differential value to expression based on its form, thus heeding the warning of Professor Tribe. Any grounds, perhaps otherwise legitimate, put forward for restricting freedom of expression are least compelling when advanced in the political context.

Here the various theories merge to ensure that political participation is concretized through our ability to pronounce upon issues that define the political process governing our lives. Expression is in large part characterized by reference to its purpose. The liberty to comment on and criticize existing institutions and structures is an indispensable component of a "free and democratic society". It is imperative for such societies to benefit from a multiplicity of viewpoints which can find fertile sustenance through various media of communication.

The alternatives are particularly frightening. History is replete with examples of entrenched groups which have sought to maintain their elevated station by suppressing emerging and challenging new thoughts and ideas. Stifling opponents by revoking

défense ne sera pas plus forte après son retrait dans une zone restreinte arbitrairement. Toute conception adéquate de la liberté de parole doit plutôt s'appuyer sur plusieurs éléments théoriques pour protéger une riche variété de modes d'expression.

D'autre part, Frederick Schauer, dans *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982), met l'accent sur les conséquences négatives de la réglementation de l'expression par le gouvernement. Aux pages 81 à 86, il fait remarquer:

[TRADUCTION] La liberté de parole est fondée en grande partie sur une méfiance quant à la capacité du gouvernement [...] de déterminer ce qui est vrai et ce qui est faux, une évaluation de la faillibilité des dirigeants politiques et une méfiance en quelque sorte plus profonde du pouvoir gouvernemental dans un sens plus général . . .

Je pourrais résumer ce qui précède [...] en disant que l'argument le plus convaincant en faveur d'un principe de la liberté de parole se fonde sur ce que l'on pourrait appeler l'incompétence du gouvernement.

Schauer évite également d'accorder une valeur différente à l'expression selon sa forme, tenant ainsi compte du *caveat* du professeur Tribe. Les raisons invoquées pour restreindre la liberté d'expression, raisons qui peuvent par ailleurs être légitimes, sont encore moins convaincantes lorsqu'elles sont avancées dans un contexte politique.

Ici, les diverses théories convergent pour veiller à ce que la participation politique se concrétise par notre capacité à nous exprimer sur des questions qui définissent le processus politique régissant nos vies. L'expression est, en grande partie, qualifiée par rapport à son objet. La liberté de faire des commentaires sur les institutions et structures existantes et de les critiquer est un élément indispensable d'une «société libre et démocratique». Il est impératif que de telles sociétés bénéficient d'une multitude d'opinions qui peuvent trouver des appuis solides grâce à divers moyens de communication.

L'alternative est particulièrement inquiétante. L'histoire foisonne d'exemples de groupes privilégiés qui ont tenté de conserver leur position supérieure en supprimant les pensées et idées nouvelles et stimulantes. La répression des opposants, par la révocation

their right to express dissent and disenchantment may have produced desired results in the short run, but ultimately all such attempts led to insurrection and rebellion. As Brandeis J. proclaimed in *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), at pp. 375-76, such oppressive endeavours are incompatible with the democratic vision which inspired the United States Constitution and the rights enunciated therein:

Those who won our independence believed that the final end of the State was to make men free to develop their faculties They valued liberty both as an end and as a means. They believed liberty to be the secret of happiness and courage to be the secret of liberty Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence coerced by law—the argument of force in its worst form. Recognizing the occasional tyrannies of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assembly should be guaranteed.

The United States Supreme Court has long recognized:

. . . a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials.

(*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), at p. 270.)

Free debate has often been perceived as the optimal means to discover “truth”—through the “market-place of ideas” in which truth will ultimately prevail. A well-known judicial formulation is found in Holmes J.’s dissent in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), at p. 630:

. . . the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market

Furthermore the process will proliferate an abundance of varied perceptions which will expose the weaknesses of certain ideas and the strengths of others. However, as John Stuart Mill argued in *On*

de leur droit d’exprimer leur dissidence et leur désapprobation, a pu produire les résultats souhaités à court terme, mais, en dernier ressort, ces tentatives ont toutes conduit à des insurrections et à des rébellions. Comme le juge Brandeis l’a affirmé dans l’arrêt *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), aux pp. 375 et 376, ces efforts d’oppression sont incompatibles avec la vision démocratique à l’origine de la Constitution des États-Unis et des droits qui y sont consacrés:

[TRADUCTION] Ceux qui ont acquis notre indépendance croyaient que le but ultime de l’État était de permettre aux hommes de s’épanouir [. . .] Ils privilégiaient la liberté à la fois comme une fin et comme un moyen. Ils croyaient que la liberté était le secret du bonheur et le courage, le secret de la liberté [. . .] Parce qu’ils croyaient au pouvoir de la raison dans les discussions publiques, ils refusaient le silence imposé par la loi—la pire forme d’exercice de la force. Reconnaisant les tyrannies occasionnelles de la majorité au pouvoir, ils ont modifié la Constitution pour garantir la liberté de parole et de réunion.

Il y a longtemps que la Cour suprême des États-Unis reconnaît:

[TRADUCTION] . . . un engagement national profond à l’égard du principe portant que les débats sur les questions publiques devraient être illimités, solides et ouverts, et qu’ils peuvent comprendre des attaques violentes, caustiques et parfois désagréablement cinglantes envers le gouvernement et les fonctionnaires.

(*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), à la p. 270.)

On a souvent cru que le débat public était le meilleur moyen de parvenir à la «vérité»—par le [TRADUCTION] «marché des idées» qui permet à la vérité de triompher en dernier ressort. Une formulation judiciaire bien connue est celle du juge Holmes, dissident, dans l’arrêt *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), à la p. 630:

[TRADUCTION] . . . le meilleur test de la vérité est le pouvoir de la pensée de se faire accepter dans la compétition du marché

En outre, le processus donnera lieu à une multitude de perceptions diverses qui feront ressortir les faiblesses de certaines idées et les forces des autres. Cependant, comme John Stuart Mill l’a souligné dans

Liberty and Considerations on Representative Government (1946), at p. 16:

Yet it is as evident in itself, as any amount of argument can make it, that ages are no more infallible than individuals; every age having held many opinions which subsequent ages have deemed not only false but absurd; and it is as certain that many opinions now general will be rejected by future ages, as it is that many, once general, are rejected by the present.

The argument is appealing in that it acknowledges that one generation's truth is another generation's fallacy—and there is an underlying optimism in the evolution of ideas. However, especially in the realm of political debate, it is the idea itself that must be encouraged, regardless of its apparent veracity. In fact, there can be no “political truth”—assertions to the contrary may be welcome in the context of campaign literature, but not as a basis for repression of political challengers.

Freedom of expression, like freedom of religion, serves to anchor the very essence of our democratic political and societal structure. As expressed by Jackson J., in *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), at p. 642, “[i]f there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion or force citizens to confess by word or act their faith therein”. Robert J. Sharpe explains the futility of basing this axiom merely upon some yearning for ultimate truth, in “Commercial Expression and the Charter” (1987), 37 *U.T.L.J.* 229, at p. 236:

The essence of the market-place of ideas argument is that control and regulation of expression is intolerable because we can trust no government to know the truth. Those who purport to legislate the truth invariably turn out to be tyrants. The market-place of ideas argument

On Liberty and Considerations on Representative Government (1946), à la p. 16:

[TRADUCTION] Il est toutefois évident en soi, autant qu'après de longues discussions, qu'une époque n'est pas plus infallible que des individus, car chaque époque a été caractérisée par un grand nombre d'opinions qui, à des époques subséquentes, ont été considérées non seulement comme fausses mais comme absurdes; et il est tout autant certain que beaucoup d'opinions généralement acceptées maintenant seront un jour rejetées de la même manière que le sont à présent un bon nombre d'opinions jadis courantes.

L'argument est attrayant parce qu'il reconnaît que ce qui est vrai pour une génération est faux pour l'autre—et il existe un optimisme sous-jacent à l'évolution des idées. Cependant, surtout dans le domaine du débat politique, c'est l'idée elle-même qui doit être encouragée, sans égard à son exactitude apparente. Dans les faits, il ne peut y avoir de [TRADUCTION] «vérité politique»—des affirmations contraires peuvent être bienvenues dans la propagande écrite distribuée dans le cadre d'une campagne, mais non servir de fondement à la répression des contestataires politiques.

La liberté d'expression, comme la liberté de religion, sert à ancrer l'essence même de la structure politique et sociale de notre démocratie. A l'instar du juge Jackson dans l'arrêt *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), à la p. 642 [TRADUCTION] «[s]’il existe chez nous un principe constitutionnel intangible c’est celui-ci: nul fonctionnaire, peu importe son rang, ne peut prescrire l’orthodoxie en matière de politique, de nationalisme ou de religion ou dans d’autres affaires d’opinion, ni forcer les citoyens à avouer par des paroles ou par des gestes leur croyance à cette orthodoxie.» Le professeur Robert J. Sharpe explique la futilité de fonder cet axiome sur le seul désir de parvenir en dernier ressort à la vérité dans «Commercial Expression and the Charter» (1987), 37 *U.T.L.J.* 229, à la p. 236:

[TRADUCTION] L'essence de l'argument du marché des idées est que le contrôle et la réglementation de l'expression sont intolérables parce qu'on ne saurait avoir confiance qu'un gouvernement puisse savoir la vérité. Ceux qui prétendent faire des lois sur la vérité s'avèrent invariablement des tyrans. L'argument du marché des idées fait appel à un processus ouvert justement parce

prescribes an open process precisely because we cannot agree on what is the truth. [Emphasis added.]

que nous ne pouvons nous entendre sur ce qu'est la vérité. [Je souligne.]

Hence the justification for the widest freedom of political speech stems not only from some abstract search for truth, but also from the tangible goal of preserving democracy. As this Court stated in *Reference Re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at pp. 145-46, where Cannon J. held that freedom of expression was beyond provincial competence since expression is necessary to the functioning of a democracy:

De là se justifie la forme la plus étendue de liberté d'opinion politique qui découle non pas d'une recherche abstraite de la vérité, mais plutôt de l'objectif concret de protection de la démocratie. Dans *Reference Re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, aux pp. 145 et 146, le juge Cannon a conclu que la liberté d'expression ne relevait pas de la compétence provinciale puisque l'expression est nécessaire au fonctionnement d'une démocratie:

Freedom of discussion is essential to enlighten public opinion in a democratic State; it cannot be curtailed without affecting the right of the people to be informed through sources independent of the government concerning matters of public interest. There must be an untrammelled publication of the news and political opinions of the political parties contending for ascendancy . . . Democracy cannot be maintained without its foundation: free public opinion and free discussion throughout the nation of all matters affecting the State within the limits set by the criminal code and the common law.

[TRADUCTION] La liberté de discussion est essentielle, dans un État démocratique, pour éclairer l'opinion publique; on ne peut la restreindre sans toucher au droit du peuple d'être informé, en ce qui concerne des matières d'intérêt public, grâce à des sources indépendantes du gouvernement. Les nouvelles, ainsi que les opinions politiques des partis politiques qui luttent pour le pouvoir, doivent être publiées sans entraves [. . .] La démocratie ne peut se maintenir sans son fondement: une opinion publique libre et la libre discussion, de par toute la nation et dans les limites que fixent le Code criminel et la common law, de toutes les affaires qui intéressent l'État.

And Duff C.J. stated, at p. 133, that "it is axiomatic that the practice of this right of free public discussion of public affairs, notwithstanding its incidental mischiefs, is the breath of life for parliamentary institutions".

Le juge en chef Duff, pour sa part, écrivait, à la p. 133, [TRADUCTION] «qu'il est évident que l'usage de ce droit de libre discussion des affaires publiques, malgré les difficultés qu'il peut causer à l'occasion, est au cœur même de nos institutions parlementaires.»

In *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, the Court restricted the scope of the crime of sedition, holding that nothing short of an intention to incite the people to violence, public disorder, or unlawful conduct against the government suffices to support a conviction. Rand J. held, at p. 288:

Dans l'arrêt *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265, la Cour a restreint la portée du crime de sédition, affirmant que rien de moins qu'une intention d'inciter le peuple à la violence, au désordre public ou à la conduite illégale contre le gouvernement ne saurait justifier une déclaration de culpabilité. Le juge Rand affirme, à la p. 288:

Freedom in thought and speech and disagreement in ideas and beliefs, on every conceivable subject, are of the essence of our life. The clash of critical discussion on political, social and religious subjects has too deeply become the stuff of daily experience to suggest that mere ill-will as a product of controversy can strike down the latter with illegality . . . Controversial fury is aroused constantly by differences in abstract conceptions; heresy in some fields is again a mortal sin; there can be fanatical puritanism in ideas as well as in morals;

[TRADUCTION] La liberté d'opinion et de parole et les divergences d'opinions en matière d'idées et de croyances sur tous les sujets concevables sont l'essence de notre vie. Le choc des discussions critiques sur des sujets politiques, sociaux et religieux est tellement ancré dans l'expérience quotidienne qu'on ne peut incriminer les controverses pour le seul motif qu'elles font naître des inimitiés [. . .] Des divergences d'opinions sur des conceptions abstraites soulèvent continuellement de vives controverses; dans certains domaines l'hérésie

but our compact of free society accepts and absorbs these differences and they are exercised at large within the framework of freedom and order on broader and deeper uniformities as bases of social stability.

In *Switzman v. Elbling*, *supra*, the Court reviewed the Quebec "padlock law", which made it illegal for any owner or tenant to use or allow the use of premises "to propagate communism or bolshevism by any means whatsoever". It was also an offence to print, publish, or distribute any materials tending to have the same effect. Striking down the law, Rand J., at pp. 304-5, again advocated an extensive scope for expression:

That the scene of study, discussion or dissemination of views or opinions on any matter has ever been brought under legal sanction in terms of nuisance is not suggested. For the past century and a half in both the United Kingdom and Canada, there has been a steady removal of restraints on this freedom, stopping only at perimeters where the foundation of the freedom itself is threatened. Apart from sedition, obscene writings and criminal libels, the public law leaves the literary, discursive and polemic use of language, in the broadest sense, free.

Since the advent of the *Charter*, this Court has discussed the values and principles underlying the freedom of expression. These were admirably reviewed by Dickson C.J. in *Keegstra*, *supra*, where he stated (at pp. 727-28), referring to a passage from *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712:

As is evident from the quotation just given, the reach of s. 2(b) is potentially very wide, expression being deserving of constitutional protection if "it serves individual and societal values in a free and democratic society". In subsequent cases, the Court has not lost sight of this broad view of the values underlying the freedom of expression, though the majority decision in *Irwin Toy* perhaps goes further towards stressing as primary the "democratic commitment" said to delineate the protected sphere of liberty (p. 971). Moreover, the Court has attempted to articulate more precisely some of the

tient encore du péché mortel; les idées au même titre que les êtres humains peuvent porter l'empreinte d'un puritanisme fanatique; mais notre société libre accepte et assimile ces différences et, reposant sur une uniformité plus profonde et plus étendue qui constitue le fondement de la stabilité sociale, elles se manifestent dans le cadre général de la liberté et de l'ordre.

Dans l'arrêt *Switzman v. Elbling*, précité, la Cour a examiné la «loi du cadenas» du Québec. Celle-ci prévoyait qu'il était illégal pour toute personne qui possédait ou occupait une maison de l'utiliser ou de permettre qu'elle soit utilisée pour [TRADUCTION] «propager le communisme ou le bolchevisme par quelque moyen que ce soit». Il était également illégal d'imprimer, de publier ou de distribuer des documents de même tendance. En déclarant la loi illégale, le juge Rand a de nouveau plaidé en faveur d'une portée étendue de l'expression, aux pp. 304 et 305:

[TRADUCTION] On ne suggère pas que le théâtre d'études, de discussions ou de propagation d'opinions sur n'importe quel sujet ait jamais été soumis à des sanctions légales au titre des nuisances. Depuis un siècle et demi, tant au Royaume-Uni qu'au Canada, il y a eu un constant recul des contraintes imposées à cette liberté, recul qui ne s'est arrêté que là où les fondements mêmes de cette liberté étaient menacés. La sédition, la littérature obscène et le libelle criminel mis à part, le droit public permet librement l'utilisation littéraire, philosophique et polémique du langage, conçu dans son sens le plus large.

Depuis l'avènement de la *Charte*, notre Cour a discuté des valeurs et des principes sous-jacents à la liberté d'expression. Ceux-ci ont été admirablement analysés par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*, précité, où il affirme (aux pp. 727 et 728), au sujet d'un passage de l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712:

Il se dégage nettement de l'extrait précité que la portée de l'al. 2b) peut être très large puisque l'expression mérite une protection constitutionnelle si elle sert à «promouvoir certaines valeurs individuelles et collectives dans une société libre et démocratique». Dans ses arrêts subséquents, la Cour n'a pas perdu de vue cette conception large des valeurs sous-tendant la liberté d'expression, quoique la décision de la majorité dans l'affaire *Irwin Toy* insiste peut-être plus fortement sur le caractère primordial de «l'engagement démocratique» qui délimite la sphère de liberté protégée (p. 971). De

convictions fueling the freedom of expression, these being summarized in *Irwin Toy* (at p. 976) as follows: (1) seeking and attaining truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in a tolerant and welcoming environment for the sake of both those who convey a meaning and those to whom the meaning is conveyed.

Before embarking on an analysis of our *Charter* provisions and their application to the present case, I wish to stress at this point that the above discussion is not designed to carve out "political expression" as a distinct category to be analysed apart from freedom of expression considerations generally. Rather, the political nature of the speech at issue merely focuses on the competing interests that must be balanced on the constitutional scales. The characterization of the particular speech at issue, as political, commercial or otherwise, will merely be among the many factors to be taken into account. These concerns will be explored in greater detail when assessing the constitutionality of the provision itself.

Section 2(b) of the *Charter*

When reviewing the ambit of protected expression this Court has often referred to American decisions. The United States Supreme Court has long been grappling with the formulation of an appropriate test, and in the process it has created a whole series of standards that have been applied somewhat unpredictably over the years. We must recognize the differences in approach which result from our distinctive constitutional documents. In *Keegstra*, *supra*, Dickson C.J. addressed this at p. 740:

Canada and the United States are not alike in every way, nor have the documents entrenching human rights in our two countries arisen in the same context. It is only common sense to recognize that, just as similarities will justify borrowing from the American experience, differences may require that Canada's constitutional vision depart from that endorsed in the United States.

plus, la Cour a tenté d'arriver à une formulation plus exacte de certaines convictions dont procède la liberté d'expression, résumées ainsi dans l'arrêt *Irwin Toy* (à la p. 976): (1) la recherche et la découverte de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est tolérante et accueillante, tant à l'égard de ceux qui transmettent un message qu'à l'égard de ceux à qui il est destiné.

Avant d'entreprendre un examen des dispositions de notre *Charte* et de leur application en l'espèce, je veux souligner immédiatement que la discussion qui précède ne vise pas à identifier «l'expression politique» comme catégorie distincte qu'on doit analyser indépendamment des considérations générales sur la liberté d'expression. Au contraire, la nature politique de l'expression, ici en cause, ne fait que mettre l'accent sur les intérêts divergents qui doivent être soupesés selon les normes constitutionnelles. La qualification d'un discours particulier de politique, commercial ou autrement, n'est qu'un facteur parmi tous ceux dont on doit tenir compte. Ces questions seront examinées plus en détail lorsqu'il s'agira de déterminer la constitutionnalité de la disposition elle-même.

L'alinéa 2b) de la *Charte*

Lorsqu'elle a eu à examiner la portée de l'expression protégée, notre Cour s'est souvent référée aux décisions américaines. La Cour suprême des États-Unis a longtemps eu de la difficulté à formuler un test approprié et, ce faisant, elle a créé toute une série de normes qui ont été appliquées de façon plutôt imprévisible au fil des ans. Nous devons reconnaître que nous avons une approche différente qui découle de nos documents constitutionnels distincts. Dans l'arrêt *Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson a traité de cette question à la p. 740:

Le Canada et les États-Unis ne sont pas en tous points pareils et les documents consacrant les droits de la personne dans nos deux pays n'ont pas pris naissance dans des contextes identiques. Le simple bon sens nous oblige à reconnaître que, de même que les similitudes justifieront des emprunts à l'expérience américaine, de même les différences pourront exiger que la vision constitutionnelle canadienne s'écarte de la vision américaine.

Notwithstanding our differences, it may be helpful here to look at the American experience, not with a view to applying their decisions blindly but rather to learn from the process through which they were derived.

The First Amendment reads as follows:

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

The fundamental nature of this set of guarantees is underscored by its primacy—this is the first amendment. However, the different structures of our two constitutional documents require that the balancing tests be undertaken at different stages of the analysis. In the United States any limitations on the First Amendment, to the extent that any limitations exist, must be internal to the provision itself. The U.S. Constitution does not contain a s. 1. For these and other reasons A. Wayne MacKay cautions, in “Freedom of Expression: Is it All Just Talk?” (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 713, at p. 719, that:

What if anything should Canadian courts do with these various rationales evolved in the United States? As a first preliminary matter, account should be taken of the significant political and social differences between the two countries and how this has been reflected in their historical approaches to freedom of expression and the press. As a second preliminary matter, the linguistic differences between the respective guarantees of freedom of expression should be considered, and in particular the European roots of the Canadian provision—section 2(b) of the Charter.

On a more substantive basis the American rationales should only be used to the extent that they are useful for advancing the purposes and values of the Canadian document. [Emphasis added.]

And, as Professor MacKay points out at p. 730:

While the Americans must do their balancing in the context of the definition of the right, Canadians can take

En dépit de nos différences, il peut être utile de se pencher sur l'expérience américaine, non pas en vue d'appliquer aveuglément leurs décisions, mais plutôt pour tirer profit du processus dont elles sont le fruit.

Le Premier amendement est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] Le Congrès ne fera aucune loi relative-
ment à l'établissement d'une religion ou en interdisant le libre exercice; ou restreignant la liberté de parole ou de la presse; ou le droit du peuple de s'assembler paisiblement, et d'adresser des pétitions au gouvernement pour une réparation de ses torts.

Le caractère fondamental de cette série de garanties est souligné par sa prépondérance: il s'agit du premier amendement. Cependant, les structures différentes de nos deux documents constitutionnels font que l'évaluation des intérêts en jeu doit être entreprise à un stade différent de l'analyse. Aux États-Unis, les restrictions au Premier amendement, dans la mesure où il en existe, doivent être prévues à l'intérieur même de la disposition. La Constitution américaine n'a pas de disposition équivalente à notre article premier. Pour ces raisons ainsi que pour d'autres, A. Wayne MacKay met en garde dans «Freedom of Expression: Is it All Just Talk?» (1989), 68 *R. du B. can.* 713, à la p. 719:

[TRADUCTION] Le cas échéant, que devraient faire les tribunaux canadiens de ces diverses décisions rendues aux États-Unis? En premier lieu, de façon préliminaire, il faudrait tenir compte des différences importantes d'ordre politique et social qui séparent les deux pays et de la façon dont elles ont teinté leur point de vue traditionnel de la liberté d'expression et de la liberté de la presse. En second lieu, toujours de façon préliminaire, les différences linguistiques entre les garanties respectives de la liberté d'expression doivent être étudiées et notamment, l'origine européenne de la disposition canadienne—l'al. 2(b) de la Charte.

Quant au fond, les décisions américaines ne devraient être employées que dans la mesure où elles peuvent servir à la promotion des valeurs et des objectifs du document canadien. [Je souligne.]

Et, comme le professeur MacKay le souligne, à la p. 730:

[TRADUCTION] Tandis que les Américains doivent faire leur évaluation dans le contexte de la définition du droit,

advantage of the existence of section 1. *A priori* exclusions of whole categories of free expression are not necessary in Canada.

Hence we should be particularly vigilant to formulate a "made in Canada" standard, that is sensitive to the legal, sociological, and political characteristics which inspired the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and its subsequent development.

The pre-*Charter* decisions appreciated that rights are not absolute. See *e.g. Reference Re Alberta Statutes, supra*; *Boucher v. The King, supra*; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; and *Switzman v. Elbling, supra*. Another example of this recognition can be found in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, the last pre-*Charter* case on freedom of expression, where Dickson C.J. wrote, at pp. 467-68:

... our democratic system is deeply rooted in, and thrives on, free and robust public discussion of public issues. As a general rule, all members of society should be permitted, indeed encouraged, to participate in that discussion.

On the other side, however, it is equally obvious that free speech or expression is not an absolute, unqualified value. Other values must be weighed with it. Sometimes these other values supplement, and build on, the value of speech. But in other situations there is a collision. When that happens the value of speech may be cut back if the competing value is a powerful one. Thus, for example, we have laws dealing with libel and slander, sedition and blasphemy. We also have laws imposing restrictions on the press in the interests of, for example, ensuring a fair trial or protecting the privacy of minors or victims of sexual assaults.

The parameters of freedom of expression have been explored more expansively since the promulgation of the *Charter*, and these decisions have shed fresh light on venerable principles as well as illumi-

les Canadiens bénéficient de l'existence de l'article premier. Au Canada, l'exclusion *a priori* d'entières catégories de libre expression n'est pas nécessaire.

Nous devrions donc veiller particulièrement à formuler une norme purement canadienne, qui soit sensible aux caractéristiques juridiques, sociologiques et politiques qui ont inspiré la *Charte canadienne des droits et libertés* et son évolution subséquente.

Les arrêts rendus avant l'adoption de la *Charte* reconnaissaient que les droits ne sont pas absolus. Voir notamment *Reference Re Alberta Statutes*, précité, *Boucher v. The King*, précité, *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, et *Switzman v. Elbling*, précité. Dans un autre exemple de cette reconnaissance, *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, la dernière décision rendue au sujet de la liberté d'expression avant la proclamation de la *Charte*, le juge en chef Dickson écrivait, aux pp. 467 et 468:

... notre système démocratique est profondément ancré sur une discussion libre et franche des questions d'intérêt public et profite de cette discussion. En règle générale, tous les membres de la société devraient être autorisés à participer à cette discussion et même encouragés à le faire.

Toutefois, il est par ailleurs également évident que la liberté de parole ou d'expression n'est pas une valeur absolue et inconditionnelle. Il faut tenir compte de certaines autres valeurs. Quelquefois ces autres valeurs viennent compléter la liberté de parole et ajouter à celle-ci. Toutefois, dans d'autres situations elles sont en conflit. Lorsque cela se produit, la liberté de parole peut être réduite si la valeur qui est en conflit avec elle est puissante. Ainsi, par exemple, nous avons des lois qui traitent de la diffamation écrite et verbale, des propos séditeux et du blasphème. Nous avons également des lois qui imposent des restrictions à la presse afin, par exemple, d'assurer un procès équitable ou de protéger la vie privée des mineurs ou des victimes d'agressions sexuelles.

Les paramètres de la liberté d'expression ont été examinés plus en profondeur depuis l'adoption de la *Charte* et ces décisions donnent un nouvel éclairage à des principes vénérables et tracent une voie nouvelle

nating a new path for the development of this fundamental liberty.

A threshold question which must first be addressed is whether or not the *Charter* created new rights or whether it codified pre-existing rights. This debate has focused on the *Canadian Bill of Rights*, under which the scope of an invoked freedom was often limited by government property rights. However, the difference in approach has been eloquently presented by Judge Rosalie Abella in "The Social and Legal Paradigms of Equality" (1989), 1 *W.R.L.S.I.* 5, at p. 6, where she explores the background of equality provisions and its entrenchment in the *Charter*:

Most of the *Charter's* rights, including equality, had been substantially included in the *Charter's* statutory ancestor, the *Bill of Rights*. But that statute lacked the stature of constitutional entrenchment, and it tended to suffer from juridical emaciation, starved as it was by a judiciary anxious to keep the *Bill of Rights* on a policy-free diet. [Emphasis added.]

Some courts, such as the British Columbia Court of Appeal in *Cromer v. B.C. Teachers' Federation*, [1986] 5 W.W.R. 638, have resisted the cultivation of broader rights under the *Charter*, finding instead that the *Charter* merely enshrined, and essentially froze, existing rights. In *Cromer*, a teachers' federation brought disciplinary charges against Cromer, who was alleged to have breached the Code of Ethics by publicly criticising a fellow teacher. Lambert J.A., for the court, held that the *Charter* contained no new rights, and instead the courts should look to pre-*Charter* jurisprudence. He framed the question to be resolved as follows, at p. 647:

To adopt Rand J.'s language, the question in this case becomes: whether the phrase "freedom of expression" in s. 2 of the *Charter* is describing the whole original freedom or the residue within the periphery of countervailing rights. Does it describe an absolute freedom, to be restricted only under s. 1, or does it describe the bundle of civil rights that arise as protection against infringements of free speech?

et éclatante pour l'évolution de cette liberté fondamentale.

Dès le départ, la première question qui se pose est de déterminer si la *Charte* a créé de nouveaux droits ou si elle n'a fait que codifier des droits existants. Ce débat a mis en parallèle la *Déclaration canadienne des droits*, en vertu de laquelle la portée d'une liberté donnée était souvent restreinte par les droits de propriété du gouvernement. Le juge Rosalie Abella a cependant exposé de façon éloquente les différences d'approche dans «The Social and Legal Paradigms of Equality» (1989), 1 *W.R.L.S.I.* 5, à la p. 6. Elle fait l'historique des dispositions relatives à l'égalité et de leur inclusion dans la *Charte*:

[TRADUCTION] La plupart des droits garantis par la *Charte*, y compris le droit à l'égalité, étaient essentiellement prévus dans le document précédant la *Charte*, la *Déclaration des droits*. Mais cette loi n'avait pas le statut d'un document constitutionnel et elle souffrait souvent d'anorexie juridique, affamée par des tribunaux anxieux de faire suivre à la *Déclaration des droits* une diète dépourvue de toute question d'ordre politique. [Je souligne.]

Certains tribunaux, comme la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Cromer v. B.C. Teachers' Federation*, [1986] 5 W.W.R. 638, ont hésité à reconnaître des droits plus généreux dans la *Charte*, concluant plutôt que celle-ci n'a fait que consacrer et essentiellement cristalliser les droits existants. Dans *Cromer*, une association de professeurs avait porté des accusations d'ordre disciplinaire contre Cromer, lui reprochant d'avoir contrevenu à un code de déontologie en critiquant publiquement un collègue de travail. Le juge Lambert a conclu, au nom de la cour, que la *Charte* ne formulait aucun droit nouveau et que les tribunaux devraient s'en tenir à la jurisprudence existante avant l'adoption de la *Charte*. Il a formulé ainsi la question à résoudre, à la p. 647:

[TRADUCTION] Selon les termes utilisés par le juge Rand, la question posée en l'espèce est la suivante: la «liberté d'expression» prévue à l'art. 2 de la *Charte* décrit-elle toute la liberté garantie au départ ou ce qu'il en reste dans le contexte des autres droits qui servent de contrepoids? S'agit-il d'une liberté absolue, restreinte uniquement par l'application de l'article premier ou s'agit-il de l'ensemble des droits civils qui servent de protection contre les violations de la liberté de parole?

Lambert J.A. answered, at pp. 652 and 657, that:

... the content and scope of the substantive rights and freedoms is to be found in the description of the rights and freedoms themselves ...

The Charter does not purport to confer new freedoms. It gives a constitutional guarantee to the old freedoms and, in so doing, it protects them. But, in my opinion, it did not transform them. Section 1 merely places limits on the extent of the constitutional guarantee. The freedom of expression itself remains the same freedom as existed before the adoption of the Charter, and it remains subject to the same balancing process against other important and often compelling values.

However, it is now incontrovertible that the *Charter*, in order to be capable of adapting to the social conditions and problems of the present and the future, must be given a purposive and expansive interpretation. As Dickson J. articulated in *R. v. Big M Drug Mart, supra*, at pp. 342-44:

The basis of the majority's interpretation in *Robertson and Rosetanni, supra*, is the fact that the language of the *Canadian Bill of Rights* is merely declaratory: by s. 1 of the *Canadian Bill of Rights*, certain existing freedoms are "recognized and declared", including freedom of religion. For Ritchie J. this language dramatically narrowed the possible interpretation of the rights and freedoms enunciated by the *Canadian Bill of Rights*:

I agree with the submission of the respondent that the *Charter* is intended to set a standard upon which present as well as future legislation is to be tested. Therefore the meaning of the concept of freedom of conscience and religion is not to be determined solely by the degree to which that right was enjoyed by Canadians prior to the proclamation of the *Charter*. [Emphasis added.]

Cory J.A., now of this Court, offered a resonating endorsement of freedom of expression in *R. v. Kopyto* (1987), 24 O.A.C. 81. Mr. Kopyto was convicted of scandalizing the court for suggesting that the police and the courts were not independent of one

Le juge Lambert a répondu en ces termes, aux pp. 652 et 657:

[TRADUCTION] ... le contenu et la portée des droits et libertés se trouvent dans la description de ces droits et libertés ...

La Charte n'a pas pour but de conférer de nouvelles libertés. Elle assure une garantie constitutionnelle des anciennes libertés et les protège par le fait même. J'estime cependant qu'elle ne les a pas transformées. L'article premier a simplement apporté des restrictions à la portée de la garantie constitutionnelle. La liberté d'expression demeure la même liberté qui existait avant l'adoption de la Charte, et elle demeure assujettie au même processus d'évaluation en fonction d'autres valeurs importantes et souvent impérieuses.

Il est maintenant toutefois indéniable que la *Charte* doit recevoir une interprétation large et libérale, capable de s'adapter aux conditions et aux problèmes sociaux actuels et futurs. Comme l'affirmait le juge Dickson dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, aux pp. 342 à 344:

L'interprétation de la Cour à la majorité dans l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, se fonde sur le fait que le langage utilisé dans la *Déclaration canadienne des droits* est purement déclaratoire: à l'article 1 de la *Déclaration canadienne des droits*, il est «reconnu et déclaré» que certaines libertés déjà existantes, notamment la liberté de religion, continuent d'exister. Selon le juge Ritchie, ce langage restreint sensiblement la façon dont il est possible d'interpréter les droits et libertés énoncés dans la *Déclaration canadienne des droits*:

Je suis d'accord avec l'intimée que la *Charte* vise à établir une norme en fonction de laquelle les lois actuelles et futures seront appréciées. Donc, le sens du concept de la liberté de conscience et de religion ne doit pas être déterminé uniquement en fonction de la mesure dans laquelle les Canadiens jouissaient de ce droit avant la proclamation de la *Charte*. [Je souligne]

Le juge Cory, alors juge à la Cour d'appel, a endossé avec ferveur cette conception de la liberté d'expression dans *R. v. Kopyto* (1987), 24 O.A.C. 81. Monsieur Kopyto a été reconnu coupable d'avoir scandalisé la cour en suggérant que la police et les

another. Cory J.A. announced that "the rights granted by the **Charter** were not frozen at the moment of its enactment; the **Charter** does more than recognize and declare pre-existing rights" (p. 89). The critical role of free speech in the political context was specifically underscored (at pp. 90-91):

... it is difficult to imagine a more important guarantee of freedom to a democratic society than that of freedom of expression. A democracy cannot exist without the freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. These opinions may be critical of existing practices in public institutions and of the institutions themselves. However, change for the better is dependent upon constructive criticism. Nor can it be expected that criticism will always be muted by restraint. Frustration with outmoded practices will often lead to vigorous and unpropitious complaints. Hyperbole and colourful, perhaps even disrespectful language, may be the necessary touchstone to fire the interest and imagination of the public, to the need for reform, and to suggest the manner in which that reform may be achieved.

The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies. Caustic and biting debate is, for example, often the hallmark of election campaigns, parliamentary debates and campaigns for the establishment of new public institutions or the reform of existing practices and institutions. The exchange of ideas on important issues is often framed in colourful and vitriolic language. So long as comments made on matters of public interest are neither obscene nor contrary to the laws of criminal libel, citizens of a democratic state should not have to worry unduly about the framing of their expression of ideas. The very lifeblood of democracy is the free exchange of ideas and opinions. If these exchanges are stifled, democratic government itself is threatened.

History has repeatedly demonstrated that the first step taken by totalitarian regimes is to muzzle the media and then the individual in order to prevent the dissemination of views and opinions that may be contrary to those of the government. The vital importance of freedom of expression cannot be overemphasized. It is important in this context to note that s. 2(b) of the **Charter** is framed in absolute terms, which distinguishes it, for example, from s. 8 of the **Charter**, which guarantees the qualified

tribunaux n'étaient pas indépendants les uns des autres. Le juge Cory a statué que [TRADUCTION] «les droits conférés par la **Charte** n'ont pas été figés au moment de l'adoption de celle-ci; la **Charte** fait bien plus que reconnaître et déclarer les droits déjà existants» (p. 89). L'importance du rôle que joue la liberté de parole dans un contexte politique y est soulignée de façon particulière (aux pp. 90 et 91):

[TRADUCTION] ... il est difficile d'imaginer une garantie de liberté qui soit plus importante dans une société démocratique que la liberté d'expression. Aucune démocratie ne peut exister sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et de proposer des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. Ces opinions peuvent critiquer les pratiques existantes dans les institutions publiques et les institutions elles-mêmes. Cependant, il n'y a pas d'amélioration sans critique constructive. Et il ne faudrait pas non plus croire que la contrainte contribuera toujours à atténuer la critique. La frustration qu'entraînent les méthodes dépassées donnera souvent lieu à des plaintes vigoureuses et inappropriées. Un discours hyperbolique et coloré, parfois même irrespectueux, peut être la pierre de touche nécessaire pour stimuler l'intérêt et l'imagination du public à l'endroit du besoin de réforme, et pour suggérer la façon dont il est possible de procéder à la réforme.

La notion de liberté de parole illimitée pénètre toute société vraiment démocratique. Les débats mordants et acerbes sont souvent, par exemple, l'apanage des campagnes électorales, des débats parlementaires et des campagnes en faveur de la création de nouvelles institutions publiques ou de la réforme d'institutions ou de méthodes déjà en place. Tant que les commentaires formulés sur des questions d'ordre public ne sont ni obscènes ni contraires aux règles régissant le libellé diffamatoire, les citoyens d'un État démocratique ne devraient pas s'inquiéter indûment au sujet du cadre de l'expression de leurs idées. L'âme même de la démocratie repose sur le libre échange d'idées et d'opinions. Si ces échanges sont réprimés, le gouvernement démocratique même est menacé.

L'histoire en a fait la preuve à maintes reprises: le premier geste des régimes totalitaires est de museler les médias d'information puis les citoyens afin d'empêcher la dissémination d'opinions qui pourraient être contraires à celles du gouvernement. On ne saurait trop insister sur l'importance vitale de la liberté d'expression. Dans ce contexte, il importe de souligner que l'al. 2b) de la **Charte** est rédigé en des termes absolus, ce qui le distingue notamment de l'art. 8 de la **Charte** qui

right to be secure from unreasonable search. The rights entrenched in s. 2(b) should therefore only be restricted in the clearest of circumstances.

Cory J.A.'s comments also address another controversy regarding the interpretation of s. 2(b): should it be construed narrowly, thus avoiding the need to resort to s. 1 as fewer *Charter* violations will be established; or should it be read broadly, thus requiring that most limitations must be anchored within s. 1, with the burden of proof resting upon the government? I prefer the latter approach. As Professor MacKay writes in "Freedom of Expression: Is it All Just Talk?", *op. cit.*, at p. 730:

Because the burden is on the state rather than on the applicant under section 1, a decision to balance interests there, rather than in the right itself, would be one in favour of expanding freedom of expression.

While I may not go as far as MacGuigan J. at the Court of Appeal, who found that the lack of internal modifiers renders the s. 2(b) guarantee "absolute", I do believe that it should be given a large and liberal application. This appears to be consistent with the approach embraced by this Court in its prior interpretations of the provision.

In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, the Court examined the issue of secondary picketing. On the issue of freedom of expression, McIntyre J. stressed the continuity with pre-*Charter* principles, at p. 583:

Freedom of expression is not, however, a creature of the *Charter*. It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the political, social and educational institutions of western society. Representative democracy, as we know it today, which is in great part the product of free expression and discussion of varying ideas, depends upon its maintenance and protection. [Emphasis added.]

garantit le droit relatif à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives. Les droits consacrés à l'al. 2b) ne devraient donc être restreints que dans les circonstances les plus claires.

Les commentaires du juge Cory touchent également à un autre aspect controversé de l'interprétation de l'al. 2b): cet alinéa devrait-il être interprété restrictivement, évitant ainsi de recourir à l'article premier puisque moins de violations de la *Charte* seraient établies ou devrait-il recevoir une interprétation large et libérale de sorte que la plupart des restrictions devront être fondées sur l'article premier, le fardeau de la preuve en incombant au gouvernement? Je préfère cette dernière approche. Comme l'écrit le professeur MacKay dans «Freedom of Expression: Is it All Just Talk?», *loc. cit.*, à la p. 730:

[TRADUCTION] Puisqu'en vertu de l'article premier, le fardeau incombe à l'État plutôt qu'au requérant, la décision d'apprécier les intérêts à cette étape-là plutôt qu'au niveau du droit lui-même, aurait pour effet d'élargir la liberté d'expression.

Même si je ne puis aller aussi loin que le juge MacGuigan, de la Cour d'appel fédérale, qui a conclu que l'absence de qualificatifs internes rendait «absolue» la garantie conférée par l'al. 2b), je crois tout de même qu'elle devrait recevoir une interprétation large et libérale. Cela semble compatible avec la position adoptée par notre Cour jusqu'ici lorsqu'il s'est agi d'interpréter ces dispositions.

Dans *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, la Cour a examiné la question du piquetage secondaire. Au sujet de la liberté d'expression, le juge McIntyre a insisté sur la continuité par rapport aux principes en vigueur avant la proclamation de la *Charte*, à la p. 583:

La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté. [Je souligne.]

In *Ford v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, this Court held that a ban on commercial signs in languages other than French infringed s. 2(b) and was not justified under s. 1. The decision made it clear that commercial expression fell within the rubric of s. 2(b). After addressing several philosophical justifications for protecting freedom of expression, the Court, at pp. 765-66, acknowledged the value of these contributions, yet stressed the importance of developing a "made in Canada" test, sensitive to the nuances and subtleties of our *Charter* and the rights secured therein:

While these attempts to identify and define the values which justify the constitutional protection of freedom of expression are helpful in emphasizing the most important of them, they tend to be formulated in a philosophical context which fuses the separate questions of whether a particular form or act of expression is within the ambit of the interests protected by the value of freedom of expression and the question whether that form or act of expression, in the final analysis, deserves protection from interference under the structure of the Canadian *Charter* . . .

Perhaps the most extensive examination of the freedom of expression guarantee was undertaken in *Irwin Toy*. There the Court reviewed a ban on advertising directed at children. Though ultimately upheld under s. 1, the ban was found to constitute an infringement of s. 2(b). At pages 968-69, the majority set out the proper approach in freedom of expression issues:

[T]he first step to be taken in an inquiry of this kind is to discover whether the activity which the plaintiff wishes to pursue may properly be characterized as falling within "freedom of expression".

"Expression" has both a content and a form, and the two can be inextricably connected. Activity is expressive if it attempts to convey meaning. That meaning is its content. Freedom of expression was entrenched in our Constitution . . . so as to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream. Such protection is, in the words of both the Canadian and Quebec Charters, "fun-

Dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, précité, notre Cour a conclu que l'interdiction des affiches commerciales écrites en d'autres langues que le français était contraire à l'al. 2b) et n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. Cette décision porte clairement que l'expression commerciale est visée par l'al. 2b). Après avoir examiné plusieurs raisons d'ordre philosophique motivant la protection de la liberté d'expression, la Cour, tout en reconnaissant, aux pp. 765 et 766, la valeur de ces apports, a souligné l'importance de critères purement canadiens, sensibles aux nuances et aux subtilités de notre *Charte* et aux droits qui y sont garantis:

Ces tentatives de définition des valeurs qui justifient la protection constitutionnelle de la liberté d'expression ont leur utilité pour mettre en relief les plus importantes d'entre elles. Toutefois, elles sont, d'une manière générale, formulées dans un contexte philosophique qui soude la question de savoir si tel mode ou telle forme d'expression fait partie des intérêts protégés par la valeur qu'est la liberté d'expression, à celle de savoir si, en dernière analyse, ce mode ou cette forme d'expression mérite, sous le régime de la *Charte* canadienne [. . .] une protection . . .

L'arrêt *Irwin Toy* a peut-être entrepris l'étude la plus complète de la garantie de la liberté d'expression. La Cour y a examiné l'interdiction de la publicité destinée aux enfants. Même si, en dernier ressort, l'interdiction a été maintenue en vertu de l'article premier, elle a été reconnue comme une violation de l'al. 2b). La majorité a énoncé la méthode appropriée d'aborder les questions de liberté d'expression, aux pp. 968 et 969:

[D]ans ce genre d'examen, la première étape consiste à déterminer si l'on peut dire que l'activité que souhaite poursuivre la demanderesse relève de la «liberté d'expression».

L'«expression» possède à la fois un contenu et une forme et ces deux éléments peuvent être inextricablement liés. L'activité est expressive si elle tente de transmettre une signification. Le message est son contenu. La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution [. . .] pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protec-

damental" because in a free, pluralistic and democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and to the individual.

We cannot, then, exclude human activity from the scope of guaranteed free expression on the basis of the content or meaning being conveyed. Indeed, if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee . . .

Since *Irwin Toy*, this Court has had several opportunities to examine the *Charter* right of freedom of expression and apply the *Irwin Toy* approach. See for example *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (the "*Prostitution Reference*"), in *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, and in *Keegstra*, *supra*. It should be noted that in *Keegstra*, Dickson C.J. emphasized that the content of expression should not be a relevant consideration in the interpretation of s. 2(b) of the *Charter*. Any activity which conveys or attempts to convey a meaning has expressive content, and whether the meaning expressed is "invidious and obnoxious is beside the point" (p. 730).

Application to the Present Case

At the outset, I should point out that it seems to me obvious that s. 32 of the *Charter* applies to Regulation 7 inasmuch as it emanates from government and that such regulation does qualify as law for the purpose of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Moreover, I do not believe that there is any dispute that airport administrators constitute government officials. These officials also admitted that they had an enduring and intransigent policy prohibiting all forms of solicitation and advertising except perhaps for the sale of poppies by veterans in November. Furthermore, government personnel did forbid the respondents from exercising their activities on government premises, constituting government action. Therefore the refusal of the airport authorities in this case to allow the respondents to distribute publications to

tion est, selon les Chartes canadienne et québécoise, «fondamentale» parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu.

Nous ne pouvons donc écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification. En effet, si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie.

Depuis l'arrêt *Irwin Toy*, notre Cour a, à maintes reprises, eu l'occasion d'examiner le droit à la liberté d'expression reconnu par la *Charte* et d'appliquer l'approche proposée par cet arrêt. Voir, par exemple, le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (le «*Renvoi sur la prostitution*»), *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, et *Keegstra*, précité. À noter que, dans *Keegstra*, le juge en chef Dickson a souligné que le contenu de l'expression ne devrait pas être un facteur pertinent pour interpréter l'al. 2b) de la *Charte*. Toute activité qui transmet ou tente de transmettre un message a un contenu expressif, et «il est dès lors sans intérêt que» le message y exprimé «soit odieu[x] ou désobligeant [...]» (p. 730).

Application aux faits de l'instance

Dès le départ, il me semble évident que l'art. 32 de la *Charte* s'applique à l'art. 7 du Règlement dans la mesure où celui-ci émane du gouvernement et que ce genre de règlement constitue une règle de droit aux fins de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En outre, je ne crois pas que le fait que les administrateurs d'aéroports soient des fonctionnaires fasse l'objet d'un débat. Ces fonctionnaires ont également admis qu'ils avaient, depuis longtemps, une politique intransigeante interdisant toute forme de sollicitation et de publicité, à l'exception peut-être de la vente de coquelicots par les anciens combattants, en novembre. De plus, des employés du gouvernement ont bel et bien empêché les intimés d'exercer leurs activités dans les locaux du gouvernement, ce qui constitue une activité du gouvernement. Par conséquent, le

Tab 2

personal injury and claimed that by conspiring to suppress information the defendants had created a foreseeable risk of causing him the harm which he in fact suffered. It was not possible at this stage in the proceedings to determine that the damage was not sufficiently direct to be able to support an action rooted in the tort of conspiracy. Esson J.A. specifically declined to embark upon a detailed consideration of the law of conspiracy, noting:

It has not generally been part of our tradition and, given the complexity and novelty of some of the issues raised in this case, it would I think be particularly undesirable to render such decisions [*sic*], as it were, in a vacuum. For those reasons, as well as the reasons given by Mr. Justice Anderson, I agree in allowing the appeal.

3. The Issues

The issues that arise in this appeal are:

1. In what circumstances may a statement of claim (or portions of it) be struck out?
2. Should Mr. Hunt's allegations based on the tort of conspiracy be struck out?

4. Analysis

- (1) *In What Circumstances May a Statement of Claim be Struck Out?*

Carey Canada's motion to have the action dismissed was made pursuant to Rule 19(24)(a) of the British Columbia *Rules of Court*. This rule stipulates that a court may strike out any part of a statement of claim that "discloses no reasonable claim". The rules of practice with respect to striking out a statement of claim are similar in other provinces. In Ontario, for example, Rule 21.01 of the *Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84, states:

21.01 (1) A party may move before a judge,

dant, dans le cas de M. Hunt, le contexte était très différent. Monsieur Hunt avait subi un préjudice personnel et prétendait que le complot des défenderesses pour supprimer des renseignements avait créé un risque prévisible de causer le préjudice dont il avait réellement souffert. Il était impossible à cette étape de la procédure de déterminer que le dommage n'était pas suffisamment direct pour justifier une action fondée sur le délit civil de complot. Le juge Esson a explicitement refusé de s'engager dans un examen détaillé du droit relatif au complot, soulignant:

[TRADUCTION] Il ne fait généralement pas partie de notre tradition et, compte tenu de la complexité et de la nouveauté de certaines des questions soulevées en l'espèce, j'estime qu'il ne serait particulièrement pas souhaitable de rendre une telle décision en l'absence de contexte. Pour ces motifs, ainsi que pour ceux qu'a exposés le juge Anderson, je suis d'avis d'accueillir l'appel.

3. Les questions

Les questions que soulève ce pourvoi sont les suivantes:

1. Dans quelles circonstances une déclaration (ou des parties de celle-ci) peut-elle être radiée?
2. Les allégations de M. Hunt fondées sur le délit civil de complot devraient-elles être radiées?

4. L'analyse

- (1) *Dans quelles circonstances une déclaration peut-elle être radiée?*

La requête de Carey Canada visant à obtenir le rejet de l'action a été présentée conformément à la règle 19(24)a) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique. Cette règle prévoit qu'un tribunal peut radier en totalité ou en partie une déclaration qui ne [TRADUCTION] «révèle [...] aucune demande [...] raisonnable». Les règles de pratique en matière de radiation des déclarations sont semblables dans les autres provinces. Par exemple, en Ontario, la règle 21.01 des *Règles de procédure civile*, Règl. de l'Ont. 560/84, prévoit:

21.01 (1) Une partie peut demander à un juge, par voie de motion:

(a) for the determination, before trial, of a question of law raised by a pleading in an action where the determination of the question may dispose of all or part of the action, substantially shorten the trial or result in a substantial saving of costs; or

(b) to strike out a pleading on the ground that it discloses no reasonable cause of action or defence,

and the judge may make an order or grant judgment accordingly.

(2) No evidence is admissible on a motion,

(a) under clause (1)(a), except with leave of a judge or on consent of the parties;

(b) under clause (1)(b). [Emphasis added.]

Rule 19(24) of the British Columbia *Rules of Court* and analogous provisions in other provinces are the result of a "codification" of the court's power under its inherent jurisdiction to stay actions that are an abuse of process or that disclose no reasonable cause of action: see McLachlin and Taylor, *British Columbia Practice* (2nd ed. 1979), vol. 1, p. 19-71. This process of codification first took place in England shortly after the *Supreme Court of Judicature Act, 1873*, (Eng.) 36 & 37 Vict., c. 66, was enacted. It is therefore of some interest to review the interpretation the courts in England have given to their rules relating to the striking out of a statement of claim.

(a) England:

In *Metropolitan Bank, Ltd. v. Pooley*, [1881-85] All E.R. 949 (H.L.), the Lord Chancellor explained at p. 951 that before the *Supreme Court of Judicature Act, 1873*, courts were prepared to stay a "manifestly vexatious suit which was plainly an abuse of the authority of the court" even although there was no written rule stating that courts could do so. The Lord Chancellor noted, at p. 951, that "The power seemed to be inherent in the jurisdiction of every court of justice to protect itself from the abuse of its procedure". That is, it was open to courts to ensure that their process was

a) soit, qu'une question de droit soulevée par un acte de procédure dans une action soit décidée avant l'instruction, si la décision de la question est susceptible de régler la totalité ou une partie de l'action, d'abréger considérablement l'instruction ou de réduire considérablement les dépens;

b) soit, qu'un acte de procédure soit radié parce qu'il ne révèle aucune cause d'action ou de défense fondée.

b Le juge peut rendre une ordonnance ou un jugement en conséquence.

(2) Aucune preuve n'est admissible à l'appui d'une motion:

a) présentée en application de l'alinéa (1)a), sans l'autorisation d'un juge ou le consentement des parties;

b) présentée en application de l'alinéa (1)b). [Je souligne.]

d La règle 19(24) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique et les dispositions semblables des autres provinces résultent d'une [TRADUCTION] «codification» du pouvoir d'un tribunal en vertu de sa compétence inhérente de suspendre des actions qui constituent un abus de procédure ou qui ne révèlent aucune cause d'action raisonnable: voir McLachlin et Taylor, *British Columbia Practice* (2^e éd. 1979), vol. 1, p. 19-71. Ce processus de codification a d'abord eu lieu en Angleterre peu de temps après l'adoption de la *Supreme Court of Judicature Act, 1873*, (Angl.) 36 & 37 Vict., ch. 66. Il peut donc être intéressant d'examiner l'interprétation que les tribunaux d'Angleterre ont donnée à leurs règles en matière de radiation d'une déclaration.

a) L'Angleterre:

h Dans l'arrêt *Metropolitan Bank, Ltd. v. Pooley*, [1881-85] All E.R. 949 (H.L.), à la p. 951, le lord chancelier a expliqué qu'avant l'adoption de la *Supreme Court of Judicature Act, 1873*, les tribunaux étaient prêts à suspendre une [TRADUCTION] «poursuite manifestement vexatoire qui constituait clairement un recours abusif au tribunal» même s'il n'existait aucune règle écrite permettant aux tribunaux d'agir ainsi. Le lord chancelier a souligné, à la p. 951, que [TRADUCTION] «Ce pouvoir semblait inhérent à la compétence qu'a chaque cour de justice pour se protéger elle-même contre

not used simply to harass parties through the initiation of actions that were obviously without merit.

Before the advent of the *Supreme Court of Judicature Act, 1873* and the new *Rules of the Supreme Court* (enacted in 1883) it had been open to parties to use a "demurrer" to challenge a statement of claim. That is, it had been open to a defendant to admit all the facts that the plaintiff's pleadings alleged and to assert that these facts were not sufficient in law to sustain the plaintiff's case. When a demurrer was pleaded the question of law that was thereby raised was immediately set down for argument and decision: see *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1981), vol. 36, para. 2, n. 7 and para. 35, n. 5; Milsom, *Historical Foundations of the Common Law* (2nd ed. 1981), at p. 72; and Baker, *An Introduction to English Legal History* (2nd ed. 1979), at p. 69. But a formal and technical practice eventually grew up around demurrer and judges were notoriously reluctant to provide definitive answers to the points of law that were thereby raised. As the Lord Chancellor explained in *Pooley*, it was eventually thought best to replace demurrers with an easier summary process for getting rid of an action that was on its face manifestly groundless. It was with this objective in mind that O. 25, r. 4 of the 1883 *Rules of the Supreme Court* came into force:

4. The court or a judge may order any pleading to be struck out, on the ground that it discloses no reasonable cause of action or answer, and in any such case or in case of the action or defence being shown by the pleadings to be frivolous or vexatious, the court or a judge may order the action to be stayed or dismissed, or judgment to be entered accordingly, as may be just.

Commenting on the relative merits of demurrers and the new rule, Chitty J. observed in *Republic of Peru v. Peruvian Guano Co.* (1887), 36 Ch. D. 489, at p. 496:

le recours abusif à ses procédures». Ce qui veut dire que les tribunaux pouvaient veiller à ce qu'on ne recoure pas à leurs procédures simplement pour harceler les parties en intentant des actions qui étaient manifestement non fondées.

Avant l'adoption de la *Supreme Court of Judicature Act, 1873*, et des nouvelles *Rules of the Supreme Court* (adoptées en 1883), les parties pouvaient faire valoir un [TRADUCTION] «moyen d'irrecevabilité» («demurrer») pour contester une déclaration. Ce qui veut dire qu'un défendeur pouvait reconnaître tous les faits invoqués dans les actes de procédure du demandeur et affirmer que ces faits ne suffisaient pas en droit pour justifier l'action du demandeur. Lorsqu'un moyen d'irrecevabilité était invoqué, la question de droit ainsi soulevée faisait immédiatement l'objet d'un débat et d'une décision: voir *Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 1981), vol. 36, par. 2, n. 7 et par. 35, n. 5, Milsom, *Historical Foundations of the Common Law* (2^e éd. 1981), à la p. 72, et Baker, *An Introduction to English Legal History* (2^e éd. 1979), à la p. 69. Mais le moyen d'irrecevabilité a éventuellement fait l'objet d'une pratique formelle et technique et il était notoire que les juges hésitaient à apporter des réponses définitives aux questions de droit qui étaient ainsi soulevées. Comme le lord chancelier l'explique dans l'arrêt *Pooley*, on en est finalement venu à croire qu'il était préférable de remplacer les moyens d'irrecevabilité par une procédure sommaire plus simple pour écarter les actions qui, à première vue, étaient manifestement non fondées. C'est avec cet objectif à l'esprit qu'on a adopté la règle 4 de l'ordonnance 25 des *Rules of the Supreme Court* de 1883:

[TRADUCTION] 4. La cour ou le juge peut ordonner la radiation de tout acte de procédure pour le motif qu'il ne révèle aucune cause d'action ou défense raisonnable et, dans un tel cas ou lorsque l'acte de procédure révèle que la cause d'action ou la défense est frivole ou vexatoire, la cour ou le juge peut ordonner que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit rendu en conséquence, selon ce qui peut se révéler juste de faire.

Le juge Chitty, dans ses remarques sur les mérites relatifs des moyens d'irrecevabilité et de la nouvelle règle, a souligné dans l'arrêt *Republic of Peru v. Peruvian Guano Co.* (1887), 36 Ch. D. 489, à la p. 496:

Having regard to the terms of rule 4, and to the decisions on it, I think that this rule is more favourable to the pleading objected to than the old procedure by demurrer. Under the new rule the pleading will not be struck out unless it is demurrable and something worse than demurrable. If, notwithstanding defects in the pleading, which would have been fatal on a demurrer, the Court sees that a substantial case is presented the Court should, I think, decline to strike out that pleading; but when the pleading discloses a case which the Court is satisfied will not succeed, then it should strike it out and put a summary end to the litigation.

One of the most important points advanced in the early decisions dealing with O. 25, r. 4 was the proposition that the rule was derived from the courts' power to ensure both that they remained a forum in which genuine legal issues were addressed and that they did not become a vehicle for "vexatious" actions without legal merit designed solely to harass another party. In *Pooley*, *supra*, at p. 954, Lord Blackburn asserted that the new rule "considerably extends the power of the court to act in such a manner as I have stated, and enables it to stay an action on further grounds than those on which it could have been stayed at common law." Nonetheless, as Chitty J. subsequently observed in *Peruvian Guano Co.*, the rule was not intended to prevent a "substantial case" from coming forward. Its summary procedures were only to be used where it was apparent that allowing the case to go forward would amount to an abuse of the court's process.

In one of the better-known decisions concerning the circumstances in which resort should be had to the rule Lindley M.R. stated:

The second and more summary procedure is only appropriate to cases which are plain and obvious, so that any master or judge can say at once that the statement of claim as it stands is insufficient, even if proved, to entitle the plaintiff to what he asks. The use of the expression "reasonable cause of action" in rule 4 shews that the summary procedure there introduced is only intended to

[TRADUCTION] Compte tenu de la formulation de la règle 4 et des décisions rendues en vertu de celle-ci, j'estime que cette règle est plus favorable quant à l'acte de procédure auquel on s'oppose que l'ancienne procédure du moyen d'irrecevabilité (*demurrer*). En vertu de la nouvelle règle, l'acte de procédure ne sera pas radié à moins de pouvoir faire l'objet d'un moyen d'irrecevabilité ou pis encore. Si, malgré des vices à l'acte de procédure qui auraient été fatals en vertu de la procédure d'irrecevabilité, la cour croit que des questions de fond lui sont présentées, j'estime qu'elle devrait refuser de radier cet acte de procédure; mais lorsque l'acte de procédure révèle une cause d'action à l'égard de laquelle la cour est convaincue qu'elle n'a aucune chance de succès, elle devrait alors le radier et mettre sommairement fin au litige.

L'un des arguments les plus importants à avoir été invoqué dans les premières décisions portant sur la règle 4 de l'ordonnance 25 était que la règle découlait du pouvoir des cours de justice de veiller à ce qu'elles demeurent une tribune où de véritables questions de droit sont abordées et qu'on ne s'en serve pas pour présenter des actions «vexatoires» dépourvues de fondement juridique et destinées seulement à harceler une autre partie. Dans l'arrêt *Pooley*, précité, à la p. 954, lord Blackburn a affirmé que la nouvelle règle [TRADUCTION] «étend considérablement le pouvoir du tribunal d'intervenir de la manière que j'ai décrite, et lui permet de suspendre une action pour d'autres motifs que ceux pour lesquels elle aurait pu être suspendue en common law.» Néanmoins, comme l'a souligné ultérieurement le juge Chitty dans l'arrêt *Peruvian Guano Co.*, la règle n'avait pas pour but d'empêcher que des [TRADUCTION] «questions de fond» soient présentées. Ses procédures sommaires ne devaient être utilisées que s'il était manifeste que permettre la poursuite de l'instance constituerait un recours abusif au tribunal.

Dans une des décisions les plus connues au sujet des circonstances dans lesquelles il faut recourir à la règle, le maître des rôles Lindley a affirmé:

[TRADUCTION] La seconde procédure plus sommaire n'est appropriée que dans les cas évidents et manifestes, de sorte que tout maître ou juge puisse immédiatement affirmer que la déclaration, telle qu'elle se présente, est insuffisante même si on en fait la preuve pour accorder gain de cause au demandeur. L'emploi de l'expression «cause d'action [...] raisonnable» à la règle 4 indique

be had recourse to in plain and obvious cases. [Emphasis added.]

[See: *Hubbuck & Sons, Ltd. v. Wilkinson, Heywood & Clark, Ltd.*, [1899] 1 Q.B. 86 (C.A.), at p. 91.]

Lindley M.R.'s observations made clear that even if the rule expanded the court's power to stay actions, courts were to use the rule only in those exceptional instances where it was "plain and obvious" that, even if one accepted the version of the facts put forward in the statement of claim, the plaintiff's case did not disclose a reasonable cause of action. The question was not whether the plaintiff could succeed since this was a matter properly left for determination at trial. The question was simply whether the plaintiff was advancing a "reasonable" argument that could properly form the subject matter of a trial.

The Master of the Rolls had made this very point some six years earlier:

Then the Vice-Chancellor says: "The questions raised upon this application are of such importance and such difficulty that I cannot say that this pleading discloses no reasonable cause of action, or that there is anything frivolous or vexatious; therefore, I should let the parties plead in the usual way". It appears to me that this is perfectly right. To what extent is the Court to go on inquiring into difficult questions of fact or law in the exercise of the power which is given it under Order XXV., rule 4? It appears to me that the object of the rule is to stop cases which ought not to be launched—cases which are obviously frivolous or vexatious, or obviously unsustainable; and if it will take a long time, as is suggested, to satisfy the Court by historical research or otherwise that the County Palatine has no jurisdiction, I am clearly of opinion that such a motion as this ought not to be made. There may be an application in Chambers to get rid of vexatious actions; but to apply the rule to a case like this appears to me to misapply it altogether. [Emphasis added.]

[See: *Attorney-General of the Duchy of Lancaster v. London and North Western Railway Co.*, [1892] 3 Ch. 274 (C.A.), at pp. 276-77.]

qu'on ne peut avoir recours à la procédure sommaire qu'elle prévoit que dans les cas évidents et manifestes. [Je souligne.]

[Voir: *Hubbuck & Sons, Ltd. v. Wilkinson, Heywood & Clark, Ltd.*, [1899] 1 Q.B. 86 (C.A.), à la p. 91.]

Dans ses remarques, le maître des rôles Lindley a expliqué clairement que même si la règle étendait le pouvoir de la cour de suspendre des actions, les tribunaux ne devaient employer la règle que dans les cas exceptionnels où il était [TRADUCTION] «évident et manifeste» que, même si on acceptait la version des faits présentée dans la déclaration, l'action du demandeur ne révélait pas une cause d'action raisonnable. La question n'était pas de savoir si le demandeur pouvait avoir gain de cause puisqu'il s'agissait d'une question qui devait à bon droit être tranchée à l'audience. La question était simplement de savoir si le demandeur faisait valoir un argument «raisonnable» qui pouvait légitimement constituer matière à procès.

Le maître des rôles avait justement affirmé la même chose quelque six années auparavant:

[TRADUCTION] Le vice-chancelier affirme ensuite: «Les questions que soulève cette demande sont d'une telle importance et d'une telle difficulté que je ne puis affirmer que cet acte de procédure ne révèle aucune cause d'action raisonnable ou qu'il y a quelque chose de frivole ou de vexatoire; par conséquent, je vais laisser les parties plaider régulièrement». Cela me semble tout à fait juste. Dans quelle mesure est-ce que la cour doit examiner les questions de fait ou de droit difficiles dans l'exercice du pouvoir qui lui est conféré en vertu de la règle 4 de l'ordonnance XXV? Il me semble que l'objet de la règle est d'écarter les actions qui ne doivent pas être instituées—les actions qui sont manifestement frivoles ou vexatoires, ou manifestement non fondées; et si, comme on le laisse entendre, un délai important est nécessaire pour convaincre la cour par des recherches historiques ou autrement que le comté palatin n'a aucune compétence, je suis clairement d'avis qu'une telle requête ne doit pas être présentée. On peut demander au juge en chambre d'écarter les actions vexatoires; mais j'estime qu'appliquer la règle dans un cas comme celui-ci revient à mal l'appliquer. [Je souligne.]

[Voir: *Attorney-General of the Duchy of Lancaster v. London and North Western Railway Co.*, [1892] 3 Ch. 274 (C.A.), aux pp. 276 et 277.]

Thus, the fact that the plaintiff's case was a complicated one could not justify striking out the statement of claim. Complex matters that disclosed substantive questions of law were most appropriately addressed at trial where evidence concerning the facts could be led and where arguments about the merits of a plaintiff's case could be made.

The requirement that it be "plain and obvious" that some or all of the statement of claim discloses no reasonable cause of action before it can be struck out, as well as the proposition that it is singularly inappropriate to use the rule's summary procedure to prevent a party from proceeding to trial on the grounds that the action raises difficult questions, has been affirmed repeatedly in the last century: see *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.); *Evans v. Barclays Bank and Galloway*, [1924] W.N. 97 (C.A.); *Kemsley v. Foot*, [1951] 1 T.L.R. 197 (C.A.); and *Nagle v. Feilden*, [1966] 2 Q.B. 633 (C.A.). Lord Justice Fletcher Moulton's observations in *Dyson, supra*, at pp. 418-19, are particularly instructive:

Now it is unquestionable that, both under the inherent power of the Court and also under a specific rule to that effect made under the Judicature Act, the Court has a right to stop an action at this stage if it is wantonly brought without the shadow of an excuse, so that to permit the action to go through its ordinary stages up to trial would be to allow the defendant to be vexed under the form of legal process when there could not at any stage be any doubt that the action was baseless. But from this to the summary dismissal of actions because the judge in chambers does not think they will be successful in the end lies a wide region, and the Courts have properly considered that this power of arresting an action and deciding it without trial is one to be very sparingly used, and rarely, if ever, excepting in cases where the action is an abuse of legal procedure. They have laid down again and again that this process is not intended to take the place of the old demurrer by which the defendant challenged the validity of the plaintiff's claim as a matter of law. Differences of law, just as differences of fact, are normally to be decided by trial after hearing in Court, and not to be refused a hearing in Court by an order of the judge in chambers. Nothing more clearly indicates this to be the intention of the rule than the fact that the plaintiff has no appeal as of right from the decision of the judge at chambers in the case of

Ainsi, le fait que l'action du demandeur soit complexe ne pouvait justifier la radiation de la déclaration. Les affaires complexes qui révélaient des questions juridiques de fond étaient tranchées de la façon la plus appropriée au procès où la preuve relative aux faits pouvait être présentée ainsi que des arguments sur le bien-fondé de l'action du demandeur.

L'exigence qu'il soit «évident et manifeste» que la totalité ou une partie de la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable pour qu'elle puisse être radiée ainsi que l'affirmation qu'il ne convient particulièrement pas d'utiliser la procédure sommaire de la règle pour empêcher une partie d'ester en justice parce que l'action soulève des questions difficiles a été confirmée à maintes reprises au cours du dernier siècle: voir *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.), *Evans v. Barclays Bank and Galloway*, [1924] W.N. 97 (C.A.), *Kemsley v. Foot*, [1951] 1 T.L.R. 197 (C.A.), et *Nagle v. Feilden*, [1966] 2 Q.B. 633 (C.A.). Les observations du lord juge Fletcher Moulton dans l'arrêt *Dyson*, précité, aux pp. 418 et 419, sont particulièrement révélatrices:

[TRADUCTION] Il est incontestable, tant en vertu du pouvoir inhérent de la cour qu'en vertu d'une règle précise édictée en ce sens en vertu de la Judicature Act, que la cour a le droit de mettre fin à une action à cette étape si elle est présentée de façon injustifiée et sans apparence de fondement de sorte que permettre qu'elle franchisse les étapes ordinaires jusqu'au procès reviendrait à assujettir le défendeur à des vexations au moyen du processus judiciaire lorsqu'à quelque étape que ce soit il ne pouvait faire aucun doute que l'action était non fondée. Mais il y a toute une distinction entre cette décision et le rejet sommaire des actions parce que le juge en chambre ne croit pas qu'elle pourra réussir en fin de compte, et les cours ont considéré à juste titre que ce pouvoir de mettre fin à une action et de la trancher sans audition doit être utilisé très modérément et rarement, si jamais, sauf dans les cas où l'action constitue un recours abusif à la procédure judiciaire. On a répété à maintes reprises que cette procédure n'a pas pour but de remplacer l'ancien moyen d'irrecevabilité par lequel le défendeur contestait la validité en droit de l'action du demandeur. Les divergences quant au droit, tout comme les divergences quant aux faits, doivent normalement faire l'objet d'une décision au procès à la suite d'une audience devant le tribunal et non se voir privées d'une audition devant le tribunal par une ordonnance d'un

such an order as this. So far as the rules are concerned an action may be stopped by this procedure without the question of its justifiability ever being brought before a Court. To my mind it is evident that our judicial system would never permit a plaintiff to be "driven from the judgment seat" in this way without any Court having considered his right to be heard, excepting in cases where the cause of action was obviously and almost incontestably bad. [Emphasis added.]

A more recent and no less instructive discussion of these principles may be found in Lord Pearson's reasons in *Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094 (C.A.). I note that in *Drummond-Jackson* the Court of Appeal dealt with the *Rules of the Supreme Court*, O. 18, r. 19 (the provision that replaced R.S.C. O. 25, r. 4 in 1962), a provision very similar to the rules that now govern the striking out of pleadings in Canada:

19. —(1) The Court may at any stage of the proceedings order to be struck out or amended any pleading or the indorsement of any writ in the action, or anything in any pleading or in the indorsement, on the ground that—

- (a) it discloses no reasonable cause of action or defence, as the case may be; or
- (b) it is scandalous, frivolous or vexatious; or
- (c) it may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action; or
- (d) it is otherwise an abuse of the process of the court;

and may order the action to be stayed or dismissed or judgment to be entered accordingly, as the case may be.

(2) No evidence shall be admissible on an application under paragraph (1)(a).

Responding to Lord Denning's suggestion that the potential length and complexity of a trial should be taken into account when considering whether to strike out a statement of claim, Lord Pearson (with whom Sir Gordon Willmer concurred in separate reasons) reaffirmed the proposition that Lord Justice Lindley had advanced some

juge en chambre. La preuve on ne peut plus claire de l'objet de la règle est que le demandeur ne peut interjeter appel de plein droit de la décision du juge en chambre dans le cas d'une telle ordonnance. En ce qui concerne ces règles, cette procédure permet de mettre fin à une action sans même que soit soumise à un tribunal la question de son bien-fondé. À mon avis, il est évident que notre système judiciaire ne permettrait jamais qu'un demandeur soit ainsi privé d'un jugement sans qu'une cour ait examiné son droit d'être entendu, sauf dans les cas où la cause d'action est manifestement et presque incontestablement mal fondée. [Je souligne.]

Dans les motifs qu'il a rédigés dans l'affaire *Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094 (C.A.), lord Pearson nous fournit une analyse plus récente et tout aussi révélatrice de ces principes. Je note que, dans l'arrêt *Drummond-Jackson*, la Cour d'appel a examiné la règle 19 de l'ordonnance 18 des *Rules of the Supreme Court* (qui a remplacé la règle 4 de l'ordonnance 25 des R.S.C. en 1962), une disposition très semblable aux règles qui régissent maintenant la radiation des actes de procédure au Canada:

[TRADUCTION] 19. —(1) La cour peut, à toute étape d'une instance, ordonner que soient radiés ou modifiés tout acte de procédure ou l'inscription sur un bref dans l'action ou quoi que ce soit dans tout acte de procédure ou l'inscription pour le motif—

- a) qu'ils ne révèlent aucune cause d'action ou défense raisonnable, selon le cas;
- b) qu'ils sont scandaleux, frivoles ou vexatoires;
- c) qu'ils peuvent nuire à l'instruction équitable de l'action, ou encore la gêner ou la retarder; ou
- d) qu'ils constituent par ailleurs un recours abusif au tribunal;

et peut ordonner que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit rendu en conséquence, selon le cas.

(2) Aucune preuve n'est admissible à l'appui d'une requête présentée en application de l'alinéa (1)a).

Répondant à l'idée exprimée par lord Denning que la longueur et la complexité potentielles d'une instance devrait être prise en compte pour déterminer si une déclaration doit être radiée, lord Pearson (aux motifs duquel sir Gordon Willmer a souscrit dans une opinion distincte) a réaffirmé la proposition que le lord juge Lindley avait avancée

eighty years earlier in *Attorney-General of the Duchy of Lancaster*: length and complexity were not appropriate factors to consider when deciding whether a statement of claim should be struck out. Lord Pearson said at pp. 1101-02:

Over a long period of years it has been firmly established by many authorities that the power to strike out a statement of claim as disclosing no reasonable cause of action is a summary power which should be exercised only in plain and obvious cases.

In my opinion the traditional and hitherto accepted view—that the power should only be used in plain and obvious cases—is correct according to the evident intention of the rule for several reasons. First, there is in r 19 (1) (a) the expression ‘reasonable cause of action’ to which Sir Nathaniel Lindley MR called attention in *Hubbuck & Sons Ltd v. Wilkinson, Heywood and Clark Ltd*. No exact paraphrase can be given, but I think ‘reasonable cause of action’ means a cause of action with some chance of success, when (as required by r 19 (2)) only the allegations in the pleading are considered. If when those allegations are examined it is found that the alleged cause of action is certain to fail, the statement of claim should be struck out. In *Nagle v Feilden* Danckwerts LJ said:

‘The summary remedy which has been applied to this action is one which is only to be applied in plain and obvious cases, when the action is one which cannot succeed or is in some way an abuse of the process of the court’.

Salmon LJ said:

‘It is well settled that a statement of claim should not be struck out and the plaintiff driven from the judgment seat unless the case is unarguable’.

Secondly, r 19 (1) (a) takes some colour from its context in r 19 (1) (b)—‘scandalous, frivolous and vexatious’—r 19 (1) (c)—‘prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action’—and r. 19 (1) (d)—‘otherwise an abuse of the process of the court’. The defect referred to in r 19 (1) (a) is a radical defect ranking with those referred to in the other paragraphs. Thirdly, an application for the statement of claim to be struck out under this rule is made at a very early stage of the action when there is only the statement of claim without any other pleadings and without any evidence at all. The plaintiff should not

quelque quatre-vingts ans plus tôt dans l’arrêt *Attorney-General of the Duchy of Lancaster*: la longueur et la complexité ne sont pas des facteurs qu’il convient de prendre en considération pour décider si une déclaration doit être radiée. Lord Pearson a affirmé, aux pp. 1101 et 1102:

[TRADUCTION] Depuis plusieurs années, bon nombre de précédents ont fermement établi que le pouvoir de radier une déclaration parce qu’elle ne révèle aucune cause d’action raisonnable est un pouvoir sommaire qui ne doit être exercé que dans des cas évidents et manifestes.

À mon avis, l’opinion traditionnelle suivie jusqu’à présent—que le pouvoir ne devrait être exercé que dans des cas évidents et manifestes—est juste pour plusieurs raisons compte tenu de l’objet évident de la règle. Premièrement, on relève dans la règle 19(1)a) l’expression «cause d’action ... raisonnable» sur laquelle le maître des rôles Nathaniel Lindley a attiré notre attention dans l’arrêt *Hubbuck & Sons Ltd. v. Wilkinson, Heywood and Clark Ltd*. On ne peut fournir de paraphrase exacte, mais je pense que l’expression «cause d’action ... raisonnable» signifie une cause d’action qui a quelque chance de succès lorsque (comme l’exige la règle 19(2)) on ne considère que les allégations contenues dans les actes de procédure. Si l’examen de ces allégations révèle que la cause d’action invoquée est vouée à l’échec, la déclaration devrait être radiée. Dans l’arrêt *Nagle v. Feilden*, le lord juge Danckwerts affirme:

«Le recours sommaire entériné dans cette action ne devrait être employé que dans les cas évidents et manifestes lorsque l’action n’a aucune chance de succès ou constitue en quelque sorte un recours abusif à la cour».

Le lord juge Salmon a affirmé:

«Il est bien établi qu’une déclaration ne devrait pas être radiée et qu’un demandeur ne devrait pas être privé d’un jugement à moins que la cause ne puisse faire l’objet d’un débat».

Deuxièmement, la règle 19(1)a) acquiert un certain sens du contexte de la règle 19(1)b)—«scandaleux, frivoles et vexatoires»—de la règle 19(1)c)—«nuire à l’instruction équitable de l’action, ou encore la gêner ou la retarder»—et de la règle 19(1)d)—constituent par ailleurs un recours abusif au tribunal». Le vice dont il est question à la règle 19(1)a) est fondamental et se range parmi ceux qui sont mentionnés dans les autres alinéas. Troisièmement, une demande de radiation de la déclaration en vertu de cette règle est présentée à l’une des toutes premières étapes de l’action lorsqu’il n’existe que la

be 'driven from the judgment seat' at this very early stage unless it is quite plain that his alleged cause of action has no chance of success. [Emphasis added.]

Lord Pearson concluded at p. 1102:

That is the basis of the rule and practice on which one has to approach the question whether the plaintiff's statement of claim in the present case discloses any reasonable cause of action. It is not permissible to anticipate the defence or defences—possibly some very strong ones—which the defendants may plead and be able to prove at the trial, nor anything which the plaintiff may plead in reply and seek to rely on at the trial. [Emphasis added.]

In England, then, the test that governs an application under R.S.C. O. 18, r. 19 has always been and remains a simple one: assuming that the facts as stated in the statement of claim can be proved, is it "plain and obvious" that the plaintiff's statement of claim discloses no reasonable cause of action? Is there a defect in the statement of claim that can properly be characterized as a "radical defect" ranking with the others listed in O. 18, r. 19? If it is plain and obvious that the action is certain to fail because it contains some such radical defect, then the relevant portions of the statement of claim may properly be struck out. To allow such an action to proceed, even although it was certain to fail, would be to permit the defendant to be "vexed" and would therefore amount to the very kind of abuse of the court's process that the rule was meant to prevent. But if there is a chance that the plaintiff might succeed, then that plaintiff should not be "driven from the judgment seat". Neither the length and complexity of the issues of law and fact that might have to be addressed nor the potential for the defendant to present a strong defence should prevent a plaintiff from proceeding with his or her case. Provided that the plaintiff can present a "substantive" case, that case should be heard.

déclaration sans autre acte de procédure et sans aucun élément de preuve. Le demandeur ne devrait pas être privé d'un jugement à cette toute première étape à moins qu'il ne soit très clair que la cause d'action qu'il invoque n'a aucune chance de succès. [Je souligne.]

Lord Pearson conclut, à la p. 1102:

b [TRADUCTION] C'est là le fondement de la règle et de la pratique qui doivent servir à déterminer si la déclaration du demandeur en l'espèce révèle une cause d'action raisonnable. Il n'est pas permis d'anticiper la défense ou les défenses—il peut en exister de très bien fondées—*c* que les défendeurs peuvent faire valoir et être en mesure d'établir au procès, ni quoi que ce soit que le demandeur peut invoquer en réponse et chercher à faire valoir au procès. [Je souligne.]

d

Ainsi, en Angleterre, le critère qui régit une requête présentée en vertu de la règle 19 de l'ordonnance 18 des R.S.C. a toujours été simple et le demeure: en supposant que les faits exposés dans la déclaration peuvent être prouvés, est-il «évident et manifeste» que la déclaration du demandeur ne révèle aucune cause d'action raisonnable? La déclaration est-elle entachée d'un vice que l'on peut correctement qualifier de [TRADUCTION] «vice fondamental» qui se range parmi les autres énumérés à la règle 19 de l'ordonnance 18? S'il est évident et manifeste que l'action est vouée à l'échec parce qu'elle contient un tel vice fondamental, il convient alors de radier les parties pertinentes de la déclaration. Permettre que cette action suive son cours, même si elle est vouée à l'échec, l'échec, reviendrait à assujettir le défendeur à des «vexations» et constituerait dès lors un recours abusif au tribunal du genre même de celui que la règle visait à prévenir. Mais si le demandeur a une chance de réussir, il ne devrait pas alors être [TRADUCTION] «privé d'un jugement». Ni la longueur ni la complexité des questions de droit et de fait qu'il pourrait être nécessaire d'examiner, ni la possibilité que le défendeur présente une défense bien fondée ne devrait empêcher un demandeur de poursuivre son action. Pourvu que le demandeur puisse présenter des questions «de fond», cette affaire devrait être entendue.

(b) Canada(i) *Ontario and British Columbia Courts of Appeal*

In Canada, provincial courts of appeal have long had to grapple with the very same issues concerning the rules with respect to statements of claim that courts in England have dealt with for over a century. As noted earlier, the rules of practice in this country are to a large extent modelled on England's rules of practice. It comes as no surprise, therefore, that the test Canadian courts of appeal have adopted is in essence the same one that the courts in England favour.

Ontario

In Ontario, for example, the Court of Appeal dealt with Rule 124 (the predecessor to Rule 21.01) in *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1920), 47 O.L.R. 308 (C.A.). The rule followed closely the wording of England's R.S.C. 1883, O. 25, r. 4 and read as follows:

124. A judge may order any pleading to be struck out on the ground that it discloses no reasonable cause of action or answer, and in any such case, or in case of the action or defence being shown to be frivolous or vexatious, may order the action to be stayed or dismissed, or judgment to be entered accordingly.

In *Ross*, Magee J.A. embraced the "plain and obvious" test developed in England, stating at p. 316:

That inherent jurisdiction is partly embodied in our Rule 124, which allows pleadings to be struck out if disclosing no reasonable cause of action or defence, and thereby, in such case, or if the action or defence is shewn to be vexatious or frivolous, the action may be stayed or dismissed or judgment be entered accordingly. The Rule has only been acted upon in plain and obvious cases, and it should only be so when the Court is satisfied that the case is one beyond doubt, and that there is no reasonable cause of action or defence. [Emphasis added.]

Magee J.A. went on to note at p. 317:

To justify the use of Rule 124, a statement of claim should not be merely demurrable, but it should be

(b) Le Canada(i) *Les cours d'appel de l'Ontario et de la Colombie-Britannique*

Au Canada, les cours d'appel provinciales ont eu à débattre pendant longtemps les mêmes questions concernant les règles applicables aux déclarations, dont ont été saisis les tribunaux d'Angleterre pendant plus d'un siècle. Comme je l'ai déjà souligné, les règles de pratique de notre pays s'inspirent en grande partie des règles de pratique de l'Angleterre. Il n'y a donc rien de surprenant à ce que le critère adopté par les cours d'appel canadiennes soit essentiellement le même que celui favorisé par les tribunaux anglais.

L'Ontario

Par exemple, en Ontario, la Cour d'appel a examiné la règle 124 (qui a précédé la règle 21.01) dans l'arrêt *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1920), 47 O.L.R. 308 (C.A.). La règle suivait de près la formulation de la règle 4 de l'ordonnance 25 des R.S.C. de 1883 de l'Angleterre et se lisait comme suit:

[TRADUCTION] 124. Un juge peut ordonner la radiation de tout acte de procédure pour le motif qu'il ne révèle aucune cause d'action ou défense raisonnable et, dans un tel cas ou lorsqu'il se révèle que la cause d'action ou la défense est frivole ou vexatoire, il peut ordonner que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit rendu en conséquence.

Dans l'arrêt *Ross*, le juge Magee a fait sien le critère de «évident et manifeste» élaboré en Angleterre, affirmant à la p. 316:

[TRADUCTION] Cette compétence inhérente se retrouve en partie dans notre règle 124 qui permet la radiation d'un acte de procédure qui ne révèle aucune cause d'action ou défense raisonnable et qui permet donc, dans un tel cas, ou lorsqu'il se révèle que la cause d'action ou la défense est vexatoire ou frivole, que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit rendu en conséquence. La règle n'a été utilisée que dans les cas évidents et manifestes, et il ne devrait en être ainsi que lorsque la cour est convaincue qu'il s'agit d'un cas qui ne soulève aucun doute et qu'il n'y a aucune cause d'action ou défense raisonnable. [Je souligne.]

Le juge Magee a poursuivi, à la p. 317:

[TRADUCTION] Pour justifier le recours à la règle 124, une déclaration ne devrait pas simplement pouvoir faire

manifest that it is something worse, so that it will not be curable by amendment: *Dadswell v. Jacobs* (1887), 34 Ch. D. 278, 281; *Republic of Peru v. Peruvian Guano Co.* (1887), 36 Ch. D. 489; and it is not sufficient that the plaintiff is not likely to succeed at the trial: *Boaler v. Holder* (1886), 54 L.T.R. 298.

At an early date, then, the Ontario Court of Appeal had modelled its approach to Rule 124 on the approach that had been consistently favoured in England. And over time the Ontario Court of Appeal has gone on to show the same concern that statements of claim not be struck out in anything other than the clearest of cases. As Laidlaw J.A. put it in *Rex ex rel. Tolfree v. Clark*, [1943] O.R. 501 (C.A.), at p. 515:

The power to strike out proceedings should be exercised with great care and reluctance. Proceedings should not be arrested and a claim for relief determined without trial, except in cases where the Court is well satisfied that a continuation of them would be an abuse of procedure: *Evans v. Barclay's Bank et al.*, [1924] W.N. 97. But if it be made clear to the Court that an action is frivolous or vexatious, or that no reasonable cause of action is disclosed, it would be improper to permit the proceedings to be maintained.

More recently, in *Gilbert Surgical Supply Co. v. F. W. Horner Ltd.*, [1960] O.W.N. 289 (C.A.), at pp. 289-90, Aylesworth J.A. observed that the fact that an action might be novel was no justification for striking out a statement of claim. The court would still have to conclude that "the plaintiff's action could not possibly succeed or that clearly and beyond all doubt, no reasonable cause of action had been shown".

Thus, the Ontario Court of Appeal has firmly embraced the "plain and obvious" test and has made clear that it too is of the view that the test is rooted in the need for courts to ensure that their process is not abused. The fact that the case the plaintiff wishes to present may involve complex issues of fact and law or may raise a novel legal proposition should not prevent a plaintiff from proceeding with his action.

l'objet d'un moyen d'irrecevabilité, mais il devrait être manifeste que la situation est pire au point de ne pouvoir être corrigée par une modification: *Dadswell v. Jacobs* (1887), 34 Ch. D. 278, p. 281, *Republic of Peru v. Peruvian Guano Co.* (1887), 36 Ch. D. 489; et il ne suffit pas que l'action du demandeur n'ait vraisemblablement aucune chance de réussir: *Boaler v. Holder* (1886), 54 L.T.R. 298.

Ainsi, très tôt, la Cour d'appel de l'Ontario a fondé son interprétation de la règle 124 sur celle que les tribunaux avaient toujours favorisée en Angleterre. Avec le temps, la Cour d'appel de l'Ontario a manifesté le même souci que les déclarations ne soient radiées que dans les cas les plus clairs. Comme le juge Laidlaw l'explique dans l'arrêt *Rex ex rel. Tolfree v. Clark*, [1943] O.R. 501 (C.A.), à la p. 515:

[TRADUCTION] C'est avec beaucoup de prudence et d'hésitation que le pouvoir de radier des procédures devrait être exercé. Les procédures ne devraient pas être arrêtées et les demandes de redressement décidées sans procès, sauf dans les cas où la cour est convaincue que leur poursuite constituerait un abus de procédure: *Evans v. Barclay's Bank et al.*, [1924] W.N. 97. Mais si l'on démontre clairement à la cour qu'une action est frivole ou vexatoire, ou qu'elle ne révèle aucune cause d'action raisonnable, il ne conviendrait pas de permettre que les procédures se poursuivent.

Plus récemment, dans l'arrêt *Gilbert Surgical Supply Co. v. F. W. Horner Ltd.*, [1960] O.W.N. 289 (C.A.), aux pp. 289 et 290, le juge Aylesworth a fait remarquer que le fait qu'une action puisse être inédite ne justifie pas la radiation d'une déclaration. La cour devrait quand même conclure que [TRADUCTION] «l'action de la demanderesse n'avait aucune chance d'être accueillie ou qu'il était manifeste et hors de tout doute qu'aucune cause d'action raisonnable n'avait été établie».

Ainsi, la Cour d'appel de l'Ontario a fermement retenu le critère des cas «évidents et manifestes» et affirmé clairement qu'elle aussi est d'avis que le critère découle de la nécessité pour les tribunaux de veiller à ce qu'on ne recoure pas à eux de façon abusive. Le fait que la preuve que le demandeur veut présenter puisse comporter des questions complexes de fait et de droit ou qu'elle puisse soulever une nouvelle formulation du droit ne devrait pas l'empêcher de poursuivre son action.

British Columbia

In British Columbia the Court of Appeal has approached the matter in a similar way. The predecessor to the rule that Carey Canada invokes in this appeal was worded in exactly the same way as England's R.S.C. 1883, O. 25, r. 4. Not surprisingly the British Columbia Court of Appeal's treatment of that rule has been similar to that taken in England and Ontario. For example, in *Minnes v. Minnes* (1962), 39 W.W.R. 112 (B.C.C.A.), Tysoe J.A. observed at p. 122:

In my respectful view it is only in plain and obvious cases that recourse should be had to the summary process under O. 25, R. 4, and the power given by the Rule should be exercised only where the case is absolutely beyond doubt. So long as the statement of claim, as it stands or as it may be amended, discloses some question fit to be tried by a judge or jury, the mere fact that the case is weak or not likely to succeed is no ground for striking it out. If the action involves investigation of serious questions of law or questions of general importance, or if facts are to be known before rights are definitely decided, the Rule ought not to be applied. [Emphasis added.]

For his part Norris J.A. noted at p. 116 (agreeing with Tysoe J.A.):

I might add that upon the motion, with respect, it was not for the learned trial judge as it is not for this court to consider the issues between the parties as they would be considered on trial. All that was required of the plaintiff on the motion was that she should show that on the statement of claim, accepting the allegations therein made as true, there was disclosed from that pleading with such amendments as might reasonably be made, a proper case to be tried. [Emphasis added.]

The law as stated in *Minnes v. Minnes* was recently reaffirmed in *McNaughton and McNaughton v. Baker* (1988), 25 B.C.L.R. (2d) 17 (C.A.), at p. 23, *per* McLachlin J.A. Similarly, Anderson and Esson J.J.A. relied on *Minnes v. Minnes* in this appeal.

Once again then the "plain and obvious" test has been firmly embraced. The British Columbia

La Colombie-Britannique

En Colombie-Britannique, la Cour d'appel a abordé la question d'une façon similaire. La règle qui a précédé celle qu'invoque Carey Canada en l'espèce était formulée exactement de la même façon que la règle 4 de l'ordonnance 25 des R.S.C. de 1883 de l'Angleterre. Il n'est pas étonnant que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ait interprété cette règle de la même façon que l'Angleterre et l'Ontario. Par exemple, dans l'arrêt *Minnes v. Minnes* (1962), 39 W.W.R. 112 (C.A.C.-B.), le juge Tysoe fait remarquer, à la p. 122:

[TRADUCTION] À mon avis, ce n'est que dans les cas évidents et manifestes que l'on devrait recourir à la procédure sommaire de la règle 4 de l'ordonnance 25 et le pouvoir conféré par la règle ne devrait être exercé que si le cas est absolument au-delà de tout doute. Dans la mesure où la déclaration, telle qu'elle existe ou telle qu'elle peut être modifiée, révèle l'existence d'une question susceptible d'instruction par un juge ou un jury, le simple fait que la cause soit faible ou ait peu de chance de réussir ne justifie pas de la radier. Si l'action comporte l'examen de questions de droit sérieuses ou de questions d'importance générale, ou si les faits doivent être connus avant de se prononcer définitivement sur les droits, la règle ne doit pas être appliquée. [Je souligne.]

De son côté, le juge Norris souligne, à la p. 116 (partageant l'opinion du juge Tysoe):

[TRADUCTION] En toute déférence, je pourrais ajouter que, suite à la requête, il n'appartenait pas au juge de première instance, comme il ne nous appartient pas de le faire, d'examiner les questions que soulèvent les parties comme elles le seraient au procès. À l'étape de la requête, il suffisait que la demanderesse établisse que la déclaration, en tenant pour avérées les allégations qu'elle contenait, révélait, avec les modifications que l'on pourrait raisonnablement apporter, une véritable question à trancher. [Je souligne.]

Le juge McLachlin de la Cour d'appel a récemment confirmé dans l'arrêt *McNaughton and McNaughton v. Baker* (1988), 25 B.C.L.R. (2d) 17 (C.A.), à la p. 23, la règle de droit formulée dans l'arrêt *Minnes v. Minnes*. De même, les juges Anderson et Esson se sont appuyés sur l'arrêt *Minnes v. Minnes* dans le présent pourvoi.

Encore une fois, le critère des cas «évidents et manifestes» a clairement été retenu. La Cour d'appel

Court of Appeal has confirmed that the summary proceedings available under the rule in question do not afford an appropriate forum in which to engage in a detailed examination of the strengths and weaknesses of the plaintiff's case. The sole question is whether, assuming that all the facts the plaintiff alleges are true, the plaintiff can present a question "fit to be tried". The complexity or novelty of the question that the plaintiff wishes to bring to trial should not act as a bar to that trial taking place.

(ii) *Supreme Court of Canada*

While this Court has had a somewhat limited opportunity to consider how the rules regarding the striking out of a statement of claim are to be applied, it has nonetheless consistently upheld the "plain and obvious" test. Justice Estey, speaking for the Court in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, stated at p. 740:

As I have said, all the facts pleaded in the statement of claim must be deemed to have been proven. On a motion such as this a court should, of course, dismiss the action or strike out any claim made by the plaintiff only in plain and obvious cases and where the court is satisfied that "the case is beyond doubt": *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.*

I had occasion to affirm this proposition in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441. At pages 486-87 I provided the following summary of the law in this area (with which the rest of the Court concurred):

The law then would appear to be clear. The facts pleaded are to be taken as proved. When so taken, the question is do they disclose a reasonable cause of action, i.e. a cause of action "with some chance of success" (*Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094) or, as Le Dain J. put it in *Dowson v. Government of Canada* (1981), 37 N.R. 127 (F.C.A.), at p. 138, is it "plain and obvious that the action cannot succeed?"

And at p. 477 I observed:

It would seem then that as a general principle the Courts will be hesitant to strike out a statement of claim as disclosing no reasonable cause of action. The fact that

pel de la Colombie-Britannique a confirmé que la procédure sommaire à laquelle il est possible de recourir en vertu de la règle en question n'établit pas une tribune où il convient d'examiner en détail les points forts et les points faibles de l'action du demandeur. La seule question est de savoir si, en tenant pour avérés tous les faits allégués par le demandeur, celui-ci peut présenter une question «susceptible d'instruction». La complexité ou la nouveauté de la question que le demandeur veut faire trancher au procès ne devrait pas constituer un empêchement à la tenue du procès.

(ii) *La Cour suprême du Canada*

Bien que notre Cour n'ait eu que peu d'occasions d'examiner l'application des règles concernant la radiation d'une déclaration, elle a toutefois toujours confirmé le critère des cas «évidents et manifestes». Le juge Estey, s'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, affirme, à la p. 740:

Comme je l'ai dit, il faut tenir tous les faits allégués dans la déclaration pour avérés. Sur une requête comme celle-ci, un tribunal doit rejeter l'action ou radier une déclaration du demandeur seulement dans les cas évidents et lorsqu'il est convaincu qu'il s'agit d'un cas «au-delà de tout doute»: *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.*

J'ai eu l'occasion de confirmer cette affirmation dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441. Aux pages 486 et 487, j'ai présenté le résumé suivant du droit dans ce domaine (auquel les autres membres de la Cour ont souscrit):

Le droit donc paraît clair. Les faits articulés doivent être considérés comme démontrés. Alors, la question est de savoir s'ils révèlent une cause raisonnable d'action, c.-à-d. une cause d'action «qui a quelques chances de succès» (*Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094) ou, comme dit le juge Le Dain dans l'arrêt *Dowson c. Gouvernement du Canada* (1981), 37 N.R. 127 (C.A.F.), à la p. 138, est-il «évident et manifeste que l'action ne saurait aboutir»?

Et, à la p. 477, j'ai fait remarquer:

Il semble donc qu'en règle générale les tribunaux hésitent à radier une déclaration pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action. La nécessité

reaching a conclusion on this preliminary issue requires lengthy argument will not be determinative of the matter nor will the novelty of the cause of action militate against the plaintiffs. [Emphasis added.]

Most recently, in *Dumont v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 S.C.R. 279, I made clear at p. 280 that it was my view that the test set out in *Inuit Tapirisat* was the correct test. The test remained whether the outcome of the case was "plain and obvious" or "beyond reasonable doubt".

Thus, the test in Canada governing the application of provisions like Rule 19(24)(a) of the British Columbia *Rules of Court* is the same as the one that governs an application under R.S.C. O. 18, r. 19: assuming that the facts as stated in the statement of claim can be proved, is it "plain and obvious" that the plaintiff's statement of claim discloses no reasonable cause of action? As in England, if there is a chance that the plaintiff might succeed, then the plaintiff should not be "driven from the judgment seat". Neither the length and complexity of the issues, the novelty of the cause of action, nor the potential for the defendant to present a strong defence should prevent the plaintiff from proceeding with his or her case. Only if the action is certain to fail because it contains a radical defect ranking with the others listed in Rule 19(24) of the British Columbia Rules of Court should the relevant portions of a plaintiff's statement of claim be struck out under Rule 19(24)(a).

The question therefore to which we must now turn in this appeal is whether it is "plain and obvious" that the plaintiff's claims in the tort of conspiracy disclose no reasonable cause of action or whether the plaintiff has presented a case that is "fit to be tried", even although it may call for a complex or novel application of the tort of conspiracy.

(2) *Should Mr. Hunt's Allegations Based on the Tort of Conspiracy Be Struck From his Statement of Claim?*

In the last decade the tort of conspiracy has received a considerable amount of attention. In

d'un débat pour arriver à une conclusion sur ce point préliminaire n'est pas un élément décisif et la nouveauté de la cause d'action ne joue pas contre les demandeurs. [Je souligne.]

Plus récemment, dans l'arrêt *Dumont c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 R.C.S. 279, j'ai expliqué clairement, à la p. 280, que j'estimais que le critère formulé dans l'arrêt *Inuit Tapirisat* était le bon critère. Le critère est toujours de savoir si l'issue de l'affaire est «évidente et manifeste» ou «au-delà de tout doute raisonnable».

Ainsi, au Canada, le critère régissant l'application de dispositions comme la règle 19(24)a des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique est le même que celui régissant une requête présentée en vertu de la règle 19 de l'ordonnance 18 des R.S.C.: dans l'hypothèse où les faits mentionnés dans la déclaration peuvent être prouvés, est-il «évident et manifeste» que la déclaration du demandeur ne révèle aucune cause d'action raisonnable? Comme en Angleterre, s'il y a une chance que le demandeur ait gain de cause, alors il ne devrait pas être «privé d'un jugement». La longueur et la complexité des questions, la nouveauté de la cause d'action ou la possibilité que les défendeurs présentent une défense solide ne devraient pas empêcher le demandeur d'intenter son action. Ce n'est que si l'action est vouée à l'échec parce qu'elle contient un vice fondamental qui se range parmi les autres énumérés à la règle 19(24) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique que les parties pertinentes de la déclaration du demandeur devraient être radiées en application de la règle 19(24)a).

La question qu'il nous faut maintenant trancher en l'espèce est de savoir s'il est «évident et manifeste» que les prétentions du demandeur en ce qui concerne le délit civil de complot ne révèlent aucune cause d'action raisonnable ou si le demandeur a présenté une question «susceptible d'instruction», même si elle peut exiger une application complexe ou nouvelle du délit civil de complot.

(2) *Les allégations de M. Hunt fondées sur le délit civil de complot devraient-elles être radiées de sa déclaration?*

Au cours de la dernière décennie, le délit civil de complot a fait l'objet de plusieurs décisions. Par

Tab 3

ected freedom." Thus, while choice of language was the principal matter in those appeals, the commercial element to the expression in issue raised an ancillary question. As the Court made clear at the end of its discussion concerning freedom of expression (at p. 767):

Although the expression in this case has a commercial element, it should be noted that the focus here is on choice of language and on a law which prohibits the use of a language. We are not asked in this case to deal with the distinct issue of the permissible scope of regulation of advertising (for example to protect consumers) where different governmental interests come into play, particularly when assessing the reasonableness of limits on such commercial expression pursuant to s. 1 of the Canadian Charter or to s. 9.1 of the Quebec Charter.

The instant case concerns the regulation of advertising aimed at children and thus raises squarely the issues which were not treated in *Ford*. Whereas it was sufficient in *Ford* to reject the submission that the guarantee of freedom of expression does not extend to signs having a commercial message, this case requires a determination whether regulations aimed solely at commercial advertising limit that guarantee. This, in turn, requires an elaboration of the conclusion already reached in *Ford* that there is no sound basis on which to exclude commercial expression, as a category of expression, from the sphere of activity protected by s. 2(b) of the Canadian Charter and s. 3 of the Quebec Charter.

B. The First Step: Was the Plaintiff's Activity Within the Sphere of Conduct Protected by Freedom of Expression?

Does advertising aimed at children fall within the scope of freedom of expression? This question must be put even before deciding whether there has been a limitation of the guarantee. Clearly, not all activity is protected by freedom of expression, and governmental action restricting this form of advertising only limits the guarantee if the activity in issue was protected in the first place. Thus, for example, in *Reference Re Public Service*

d'application de la liberté garantie». Ainsi, bien que le choix de la langue ait constitué le point principal de ces pourvois, l'aspect commercial de l'expression considérée soulevait une question accessoire. Comme la Cour l'a dit clairement à la fin de son analyse de la liberté d'expression (à la p. 767):

Bien que l'expression considérée ait un aspect commercial, il faut souligner que l'accent est mis, en l'espèce, sur le choix de la langue et sur une loi qui interdit l'emploi d'une langue. On ne nous demande pas de traiter ici de la question distincte de savoir quelle portée acceptable pourrait avoir la réglementation de la publicité (pour protéger les consommateurs, par exemple) quand divers intérêts gouvernementaux entrent en jeu, surtout lorsqu'il s'agit d'évaluer le caractère raisonnable des restrictions apportées à une telle expression commerciale, selon l'article premier de la Charte canadienne et l'art. 9.1 de la Charte québécoise.

La présente espèce porte sur la réglementation de la publicité destinée aux enfants et soulève donc directement les questions qui n'ont pas été traitées dans l'arrêt *Ford*. Alors qu'il suffisait dans l'arrêt *Ford* de rejeter la prétention que la garantie de la liberté d'expression ne s'étendait pas à l'affichage comportant un message commercial, nous devons décider dans cette affaire si les règlements qui visent seulement la publicité commerciale restreignent cette garantie. Cette question, à son tour, exige que la Cour traite plus en détail de la conclusion déjà tirée dans l'arrêt *Ford* qu'il n'y a pas de raison valable d'écarter l'expression commerciale, comme catégorie d'expression, de la sphère des activités protégées par l'al. 2b) de la Charte canadienne et l'art. 3 de la Charte québécoise.

B. La première étape: l'activité de la demanderesse fait-elle partie de la sphère des activités protégées par la liberté d'expression?

La liberté d'expression vise-t-elle la publicité destinée aux enfants? Il faut poser cette question avant même de décider si la garantie a été restreinte. Il est clair que toute activité ne sera pas protégée par la liberté d'expression et que des mesures gouvernementales qui restreignent cette forme de publicité ne restreignent la garantie que si l'activité visée est elle-même protégée. Ainsi, par exemple, dans les arrêts *Renvoi relatif à la Public*

Employee Relations Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460, the majority of the Court found that freedom of association did not include the right to strike. The activity itself was not within the sphere protected by s. 2(d); therefore the government action in restricting it was not contrary to the *Charter*. The same procedure must be followed with respect to an analysis of freedom of expression; the first step to be taken in an inquiry of this kind is to discover whether the activity which the plaintiff wishes to pursue may properly be characterized as falling within "freedom of expression". If the activity is not within s. 2(b), the government action obviously cannot be challenged under that section.

The necessity of this first step has been described, with reference to the narrower concept of "freedom of speech", by Frederick Schauer in his work entitled *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982) at p. 91:

We are attempting to identify those things that one is free (or at least more free) to do when a Free Speech Principle is accepted. What activities justify an appeal to the concept of freedom of speech? These activities are clearly something less than the totality of human conduct and . . . something more than merely moving one's tongue, mouth and vocal chords to make linguistic noises.

"Expression" has both a content and a form, and the two can be inextricably connected. Activity is expressive if it attempts to convey meaning. That meaning is its content. Freedom of expression was entrenched in our Constitution and is guaranteed in the Quebec *Charter* so as to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream. Such protection is, in the words of both the Canadian and Quebec Charters, "fundamental" because in a free, pluralistic and democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and to the individual. Free expression was for Cardozo J. of the United States Supreme Court "the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom" (*Palko v.*

Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313, *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460, cette Cour, à la majorité, a conclu que la liberté d'association ne comprenait pas le droit de grève. L'activité elle-même ne relevait pas du champ protégé par l'al. 2d); par conséquent, le gouvernement n'enfreignait pas la *Charte* en la restreignant. Il faut faire le même cheminement pour l'analyse de la liberté d'expression; dans ce genre d'examen, la première étape consiste à déterminer si l'on peut dire que l'activité que souhaite poursuivre la demanderesse relève de la «liberté d'expression». Si l'activité ne relève pas de l'al. 2b), l'action gouvernementale ne peut évidemment pas être contestée en vertu de cet article.

Frederick Schauer, dans son ouvrage intitulé *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982), parle de la nécessité de cette première étape au sujet de la notion plus restreinte de «liberté de parole», à la p. 91:

[TRADUCTION] Nous tentons d'identifier les choses qu'une personne est libre (ou du moins plus libre) de faire lorsque le principe de la liberté de parole est accepté. Quelles sont les activités qui font appel à la liberté de parole? Ces activités n'englobent évidemment pas la totalité de l'activité humaine mais [...] ne se limitent pas au seul mouvement de la langue, des mâchoires et des cordes vocales pour produire des sons linguistiques.

L'«expression» possède à la fois un contenu et une forme et ces deux éléments peuvent être inextricablement liés. L'activité est expressive si elle tente de transmettre une signification. Le message est son contenu. La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution et est garantie dans la *Charte* québécoise pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection est, selon les Chartes canadienne et québécoise, «fondamentale» parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu. Pour le juge Cardozo de la Cour suprême des États-Unis, la liberté d'expression

Connecticut, 302 U.S. 319 (1937), at p. 327); for Rand J. of the Supreme Court of Canada, it was "little less vital to man's mind and spirit than breathing is to his physical existence" (*Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 306). And as the European Court stated in the *Handyside* case, Eur. Court H. R., decision of 29 April 1976, Series A No. 24, at p. 23, freedom of expression:

... is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society".

We cannot, then, exclude human activity from the scope of guaranteed free expression on the basis of the content or meaning being conveyed. Indeed, if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee. Of course, while most human activity combines expressive and physical elements, some human activity is purely physical and does not convey or attempt to convey meaning. It might be difficult to characterize certain day-to-day tasks, like parking a car, as having expressive content. To bring such activity within the protected sphere, the plaintiff would have to show that it was performed to convey a meaning. For example, an unmarried person might, as part of a public protest, park in a zone reserved for spouses of government employees in order to express dissatisfaction or outrage at the chosen method of allocating a limited resource. If that person could demonstrate that his activity did in fact have expressive content, he would, at this stage, be within the protected sphere and the s. 2(b) challenge would proceed.

The content of expression can be conveyed through an infinite variety of forms of expression:

était [TRADUCTION] «la matrice, l'élément essentiel de presque toute autre forme de liberté» (*Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937) à la p. 327); pour le juge Rand de la Cour suprême du Canada, elle était [TRADUCTION] «tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu» (*Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306). Et comme la Cour européenne l'affirmait dans l'affaire *Handyside*, Cour Eur. D. H., décision du 29 avril 1976, série A n° 24, à la p. 23, la liberté d'expression:

... vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique».

Nous ne pouvons donc écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification. En effet, si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie. Évidemment, bien que la plupart des activités humaines comportent à la fois des éléments d'expression et des éléments physiques, certaines activités humaines sont purement physiques et ne transmettent ni ne tentent de transmettre une signification. Il peut être difficile de dire de certaines activités quotidiennes, comme stationner une voiture, qu'elles ont un contenu expressif. Pour les faire entrer dans la sphère des activités protégées, le demandeur devrait établir qu'elles avaient pour but de transmettre un message. Par exemple, une personne célibataire pourrait, en signe de protestation publique, garer sa voiture dans une zone réservée aux conjoints des employés du gouvernement pour manifester son désaccord ou son indignation quant au moyen choisi pour répartir des ressources limitées. Si cette personne pouvait démontrer que son geste avait un contenu d'expression, elle serait, à cette étape-ci, à l'intérieur du champ d'activité protégé et on pourrait poursuivre l'examen de la contestation fondée sur l'al. 2b).

Le contenu de l'expression peut être transmis par une variété infinie de formes d'expression: par

for example, the written or spoken word, the arts, and even physical gestures or acts. While the guarantee of free expression protects all content of expression, certainly violence as a form of expression receives no such protection. It is not necessary here to delineate precisely when and on what basis a form of expression chosen to convey a meaning falls outside the sphere of the guarantee. But it is clear, for example, that a murderer or rapist cannot invoke freedom of expression in justification of the form of expression he has chosen. As McIntyre J., writing for the majority in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, observed in the course of discussing whether picketing fell within the scope of s. 2(b), at p. 588:

Action on the part of the picketers will, of course, always accompany the expression, but not every action on the part of the picketers will be such as to alter the nature of the whole transaction and remove it from *Charter* protection for freedom of expression. That freedom, of course, would not extend to protect threats of violence or acts of violence.

Indeed, freedom of expression ensures that we can convey our thoughts and feelings in non-violent ways without fear of censure.

The broad, inclusive approach to the protected sphere of free expression here outlined is consonant with that suggested by some leading theorists. Thomas Emerson, in his article entitled "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877, notes (at p. 886) that:

... the theory of freedom of expression involves more than a technique for arriving at better social judgments through democratic procedures. It comprehends a vision of society, a faith and a whole way of life. The theory grew out of an age that was awakened and invigorated by the idea of a new society in which man's mind was free, his fate determined by his own powers of reason, and his prospects of creating a rational and enlightened civilization virtually unlimited. It is put forward as a prescription for attaining a creative, progressive, exciting and intellectually robust community. It contemplates a mode of life that, through encouraging toleration, skepticism, reason and initiative, will allow man to realize his full potentialities. It spurns the alternative of

exemple, l'écrit et le discours, les arts et même les gestes et les actes. Quoique la garantie de la liberté d'expression protège tout contenu d'une expression, il est évident que la violence comme forme d'expression ne reçoit pas cette protection. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de définir précisément dans quel cas ou pour quelle raison une forme d'expression choisie pour transmettre un message sort du champ de la garantie. Toutefois il est parfaitement clair que, par exemple, l'auteur d'un meurtre ou d'un viol ne peut invoquer la liberté d'expression pour justifier le mode d'expression qu'il a choisi. Comme le faisait observer le juge McIntyre, au nom de la majorité, dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, lorsqu'il avait à décider si le piquetage relevait de la portée de l'al. 2b) (à la p. 588):

Cette forme d'expression sera évidemment toujours accompagnée d'actes de la part des piqueteurs, mais ce ne sont pas tous leurs actes qui auront pour effet de changer la nature de l'ensemble de l'opération et de la soustraire à la protection accordée à la liberté d'expression par la *Charte*. Bien sûr, cette liberté ne jouerait pas dans le cas de menaces ou d'actes de violence.

En fait, la liberté d'expression est la garantie que nous pouvons communiquer nos pensées et nos sentiments, de façon non violente, sans crainte de la censure.

Cette large interprétation du champ de la liberté d'expression est conforme à celle de certains théoriciens connus. Thomas Emerson dans son article «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877, souligne (à la p. 886) que:

[TRADUCTION] ... la théorie de la liberté d'expression est plus qu'une méthode pour parvenir à de meilleurs jugements sociaux par des procédures démocratiques. Elle englobe une vision de la société, une foi et tout un mode de vie. La théorie vient d'une époque qui a trouvé son éveil et sa vigueur dans l'idée d'une nouvelle société dans laquelle la pensée était libre, le sort de l'homme était déterminé par le pouvoir de la raison et la possibilité de créer une civilisation rationnelle et éclairée était presque illimitée. Elle est présentée comme le moyen de parvenir à une société créatrice, progressiste, stimulante et intellectuellement solide. Elle envisage un mode de vie qui permettra à l'homme d'exploiter tout son potentiel en favorisant la tolérance, le scepticisme, la raison et

a society that is tyrannical, conformist, irrational and stagnant.

D. F. B. Tucker in his book *Law, Liberalism and Free Speech* (1985) describes what he calls a "deontological approach" to freedom of expression as one in which "the protected sphere of liberty is delineated by interpreting an understanding of the democratic commitment" (p. 35). It is upon precisely this enterprise that we have embarked.

Thus, the first question remains: Does the advertising aimed at children fall within the scope of freedom of expression? Surely it aims to convey a meaning, and cannot be excluded as having no expressive content. Nor is there any basis for excluding the form of expression chosen from the sphere of protected activity. As we stated in *Ford*, *supra*, at pp. 766-67:

Given the earlier pronouncements of this Court to the effect that the rights and freedoms guaranteed in the Canadian *Charter* should be given a large and liberal interpretation, there is no sound basis on which commercial expression can be excluded from the protection of s. 2(b) of the *Charter*.

Consequently, we must proceed to the second step of the inquiry and ask whether the purpose or effect of the government action in question was to restrict freedom of expression.

It bears repeating that in *Ford*, the discussion of commercial expression ended at this first stage. The Court had already found that the aim of ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* was to prohibit the use of one's language of choice. The centrality of choice of language to freedom of expression transcends any significance that the context in which the expression is intended to be used might have. It was therefore unnecessary in that case to inquire further whether the restriction of commercial expression limited freedom of expression.

C. The Second Step: Was the Purpose or Effect of the Government Action to Restrict Freedom of Expression?

Having found that the plaintiff's activity does fall within the scope of guaranteed free expression,

l'initiative. Elle écarte l'idée d'une société tyrannique, conformiste, irrationnelle et stagnante.

D. F. B. Tucker, dans son ouvrage *Law, Liberalism and Free Speech* (1985), aborde la liberté d'expression selon une approche qu'il qualifie de «déontologique» où [TRADUCTION] «la sphère de liberté protégée est délimitée par l'interprétation d'une vision de l'engagement démocratique» (p. 35). C'est précisément dans cette voie que nous sommes engagés.

La première question demeure: La publicité destinée aux enfants entre-t-elle dans le champ de la liberté d'expression? Il est certain qu'elle vise à transmettre une signification et qu'elle ne peut être écartée pour n'avoir pas de contenu expressif. Il n'y a aucune raison non plus d'exclure la forme d'expression choisie du champ des activités protégées. Comme nous le disions dans *Ford*, précité, aux pp. 766 et 767:

Étant donné que cette Cour a déjà affirmé à plusieurs reprises que les droits et libertés garantis par la *Charte* canadienne doivent recevoir une interprétation large et libérale, il n'y a aucune raison valable d'exclure l'expression commerciale de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*.

Par conséquent, il nous faut passer à la deuxième étape de l'examen et nous demander si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale visée était de restreindre la liberté d'expression.

Il faut répéter que, dans l'arrêt *Ford*, l'analyse de l'expression commerciale a pris fin à cette première étape. La Cour avait déjà conclu que les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* visaient à interdire l'usage de la langue de son choix. L'importance primordiale du choix de la langue pour la liberté d'expression transcende l'importance que pourrait avoir le contexte dans lequel on veut utiliser l'expression. Il était donc inutile dans *Ford*, de pousser l'analyse pour décider si la restriction de l'expression commerciale limitait la liberté d'expression.

C. La deuxième étape: l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale était-il de restreindre la liberté d'expression?

Ayant décidé que l'activité de la demanderesse relève du champ d'application de la garantie de la

it must next be determined whether the purpose or effect of the impugned governmental action was to control attempts to convey meaning through that activity. The importance of focussing at this stage on the purpose and effect of the legislation is nowhere more clearly stated than in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 331-32 where Dickson J. (as he then was), speaking for the majority, observed:

In my view, both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation. All legislation is animated by an object the legislature intends to achieve. This object is realized through the impact produced by the operation and application of the legislation. Purpose and effect respectively, in the sense of the legislation's object and its ultimate impact, are clearly linked, if not indivisible. Intended and actual effects have often been looked to for guidance in assessing the legislation's object and thus, its validity.

Moreover, consideration of the object of legislation is vital if rights are to be fully protected. The assessment by the courts of legislative purpose focuses scrutiny upon the aims and objectives of the legislature and ensures they are consonant with the guarantees enshrined in the *Charter*. The declaration that certain objects lie outside the legislature's power checks governmental action at the first stage of unconstitutional conduct. Further, it will provide more ready and more vigorous protection of constitutional rights by obviating the individual litigant's need to prove effects violative of *Charter* rights. It will also allow courts to dispose of cases where the object is clearly improper, without inquiring into the legislation's actual impact.

Dickson J. went on to specify how this inquiry into purpose and effects should be carried out (at p. 334):

In short, I agree with the respondent that the legislation's purpose is the initial test of constitutional validity and its effects are to be considered when the law under review has passed or, at least, has purportedly passed the purpose test. If the legislation fails the purpose test, there is no need to consider further its effects, since it has already been demonstrated to be invalid. Thus, if a law with a valid purpose interferes by its impact, with rights or freedoms, a litigant could still argue the effects of the legislation as a means to defeat its applicability

liberté d'expression, il faut maintenant décider si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale contestée était de contrôler la transmission d'une signification par cette activité. Nulle part l'importance, à cette étape, d'une analyse de l'objet et de l'effet de la loi n'est affirmée plus clairement que dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pp. 331 et 332, où le juge Dickson (maintenant Juge en chef), s'exprimant au nom de la majorité, a fait remarquer:

À mon avis, l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité: un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre rendre une loi invalide. Toute loi est animée par un but que le législateur compte réaliser. Ce but se réalise par les répercussions résultant de l'opération et de l'application de la loi. L'objet et l'effet respectivement, au sens du but de la loi et de ses répercussions ultimes, sont nettement liés, voire inséparables. On s'est souvent référé aux effets projetés et aux effets réels pour évaluer l'objet de la loi et ainsi sa validité.

De plus, il est essentiel d'examiner le but de la loi si l'on veut que des droits soient pleinement protégés. L'évaluation par les tribunaux de l'objet d'une loi est axée sur les objectifs poursuivis par le législateur et vise à assurer leur compatibilité avec les garanties enchâssées dans la *Charte*. La déclaration que certains buts outrepassent la compétence du législateur a pour effet d'arrêter l'action du gouvernement à la première étape d'une conduite inconstitutionnelle. En outre, cela permet d'assurer une protection plus prompte et plus énergique des droits garantis par la Constitution en évitant au plaideur d'avoir à prouver l'existence d'effets qui violent des droits garantis par la *Charte*. Cela permet également aux tribunaux de statuer sur des cas où le but d'une loi est nettement abusif, sans avoir à examiner les répercussions réelles de cette loi.

Le juge Dickson a poursuivi en précisant comment cet examen de l'objet et de l'effet devrait se faire (à la p. 334):

Bref, je partage l'avis de l'intimée que le premier critère à appliquer dans la détermination de la constitutionnalité est celui de l'objet de la loi en cause et que ses effets doivent être pris en considération lorsque la loi examinée satisfait ou, à tout le moins, est censée satisfaire à ce premier critère. Si elle ne satisfait pas au critère de l'objet, il n'est pas nécessaire d'étudier davantage ses effets parce que son invalidité est dès lors prouvée. Donc, si, de par ses répercussions, une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés, il

and possibly its validity. In short, the effects test will only be necessary to defeat legislation with a valid purpose; effects can never be relied upon to save legislation with an invalid purpose.

If the government's purpose, then, was to restrict attempts to convey a meaning, there has been a limitation by law of s. 2(b) and a s. 1 analysis is required to determine whether the law is inconsistent with the provisions of the Constitution. If, however, this was not the government's purpose, the court must move on to an analysis of the effects of the government action.

a. Purpose

When applying the purpose test to the guarantee of free expression, one must beware of drifting to either of two extremes. On the one hand, the greatest part of human activity has an expressive element and so one might find, on an objective test, that an aspect of the government's purpose is virtually always to restrict expression. On the other hand, the government can almost always claim that its subjective purpose was to address some real or purported social need, not to restrict expression. To avoid both extremes, the government's purpose must be assessed from the standpoint of the guarantee in question. Just as the division of powers jurisprudence of this Court measures the purpose of government action against the ambit of the heads of power established under the *Constitution Act, 1867*, so too, in cases involving the rights and freedoms guaranteed by the *Canadian Charter*, the purpose of government action must be measured against the ambit of the relevant guarantee. It is important, of course, to heed Dickson J.'s warning against a "theory of shifting purpose" (*Big M Drug Mart, supra*, at p. 335): "Purpose is a function of the intent of those who drafted and enacted the legislation at the time, and not of any shifting variable." This is not to say that the degree to which a purpose remains or becomes pressing and substantial cannot change over time. In *Big M Drug Mart*, Dickson J.'s principal concern was to avoid characterizing purposes in a way that shifted over time. But it is equally true that the government cannot have had

serait encore possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide. Bref, le critère des effets n'est nécessaire que pour invalider une loi qui a un objet valable; les effets ne peuvent jamais être invoqués pour sauver une loi dont l'objet n'est pas valable.

Donc, si l'objet du gouvernement était de restreindre la transmission d'une signification, la loi a apporté une restriction à l'al. 2b) et il faut déterminer en vertu de l'article premier si la loi est incompatible avec les dispositions de la Constitution. Cependant, si là n'était pas l'objet du gouvernement, la Cour doit poursuivre l'analyse et examiner l'effet de l'action gouvernementale.

a. L'objet

Dans l'application du critère de l'objet à la garantie de la liberté d'expression, il faut se garder de dériver vers l'un ou l'autre de deux extrêmes. D'un côté, la plus grande part de l'activité humaine comporte un élément d'expression et l'on pourrait conclure, selon un critère objectif, que l'un des aspects de l'objet poursuivi par le gouvernement est presque toujours de restreindre l'expression. D'un autre côté, le gouvernement peut presque toujours prétendre que le but poursuivi, d'un point de vue subjectif, correspondait à un besoin social véritable ou perçu, et non de restreindre l'expression. Pour éviter ces deux extrêmes, l'objet doit être évalué du point de vue de la garantie elle-même. Tout comme la jurisprudence de cette Cour sur le partage des pouvoirs évalue l'objet de l'action gouvernementale en regard de la portée des pouvoirs établis en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de même, dans les cas relatifs aux droits et aux libertés garantis par la *Charte canadienne*, il faut évaluer l'objet de l'action du gouvernement en regard de la portée de la garantie pertinente. Évidemment, il est important de tenir compte de la mise en garde du juge Dickson contre la «théorie de l'objet changeant» (*Big M Drug Mart*, précité, à la p. 335): «L'objet d'une loi est fonction de l'intention de ceux qui l'ont rédigée et adoptée à l'époque, et non pas d'un facteur variable quelconque». Cela ne veut pas dire que la mesure dans laquelle un objet est ou devient urgent et réel ne peut changer avec le temps. Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, le juge Dickson voulait

one purpose as concerns the division of powers, a different purpose as concerns the guaranteed right or freedom, and a different purpose again as concerns reasonable and justified limits to that guarantee. Nevertheless, the same purpose can be assessed from different standpoints when interpreting the division of powers, limitation of a guarantee, or reasonable limits to that guarantee.

If the government's purpose is to restrict the content of expression by singling out particular meanings that are not to be conveyed, it necessarily limits the guarantee of free expression. If the government's purpose is to restrict a form of expression in order to control access by others to the meaning being conveyed or to control the ability of the one conveying the meaning to do so, it also limits the guarantee. On the other hand, where the government aims to control only the physical consequences of certain human activity, regardless of the meaning being conveyed, its purpose is not to control expression. Archibald Cox has described the distinction as follows (*Freedom of Expression* (1981), at pp. 59-60):

The bold line ... between restrictions upon publication and regulation of the time, place or manner of expression tied to content, on the one hand, and regulation of time, place, or manner of expression regardless of content, on the other hand, reflects the difference between the state's usually impermissible effort to suppress "harmful" information, ideas, or emotions and the state's often justifiable desire to secure other interests against interference from the noise and the physical intrusions that accompany speech, regardless of the information, ideas, or emotions expressed.

Thus, for example, a rule against handing out pamphlets is a restriction on a manner of expression and is "tied to content", even if that restriction purports to control litter. The rule aims to control access by others to a meaning being conveyed as well as to control the ability of the pamphleteer to convey a meaning. To restrict this form of expression, handing out pamphlets, entails

principalement éviter de qualifier l'objet visé d'une façon qui changerait avec le temps. Mais il est tout aussi vrai que le gouvernement n'a pu viser un objet donné dans le contexte du partage des pouvoirs, un objet différent dans le contexte du droit ou de la liberté garantie et un autre objet encore dans le contexte des limites raisonnables et justifiées à cette garantie. Par contre, le même objet peut être évalué de différents points de vue lorsqu'on interprète le partage des pouvoirs, les restrictions apportées à une garantie ou les limites raisonnables.

Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre le contenu de l'expression en écartant des messages précis qui ne doivent pas être transmis, il restreint nécessairement la garantie de la liberté d'expression. Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre une forme d'expression en vue de contrôler l'accès au message transmis ou de contrôler la possibilité pour quelqu'un de transmettre le message, il restreint également la garantie. En revanche, lorsque le gouvernement vise seulement à contrôler les conséquences matérielles de certaines activités humaines, indépendamment du message transmis, l'objet qu'il poursuit n'est pas de contrôler l'expression. Voici comment Archibald Cox fait cette distinction (*Freedom of Expression* (1981), aux pp. 59 et 60):

[TRADUCTION] La ligne de démarcation [...] entre les restrictions apportées à la publication et la réglementation quant au temps, au lieu et au mode d'expression liés au contenu, d'une part, et la réglementation du temps, du lieu ou du mode d'expression sans égard au contenu d'autre part, illustre la différence entre l'effort généralement injustifié de l'État de supprimer des informations, des idées ou des émotions «nuisibles» et le désir souvent justifié de l'État de protéger d'autres intérêts contre les effets du bruit et des intrusions physiques qui accompagnent la parole, sans égard aux informations, aux idées ou aux émotions exprimées.

Ainsi, par exemple, une règle qui interdit la distribution de tracts restreint un mode d'expression et est «liée au contenu», même si cette restriction a pour but de préserver la propreté d'un lieu public. La règle vise à contrôler l'accès à un message transmis ainsi qu'à contrôler la possibilité pour l'auteur du tract de transmettre un message. Restreindre le mode d'expression, c'est-à-dire la distri-

restricting its content. By contrast, a rule against littering is not a restriction "tied to content". It aims to control the physical consequences of certain conduct regardless of whether that conduct attempts to convey meaning. To restrict littering as a "manner of expression" need not lead inexorably to restricting a content. Of course, rules can be framed to appear neutral as to content even if their true purpose is to control attempts to convey a meaning. For example, in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, a municipal by-law forbidding distribution of pamphlets without prior authorization from the Chief of Police was a colourable attempt to restrict expression.

If the government is to assert successfully that its purpose was to control a harmful consequence of the particular conduct in question, it must not have aimed to avoid, in Thomas Scanlon's words ("A Theory of Freedom of Expression", in Dworkin, ed., *The Philosophy of Law* (1977), at p. 161):

a) harms to certain individuals which consist in their coming to have false beliefs as a result of those acts of expression; b) harmful consequences of acts performed as a result of those acts of expression, where the connection between the acts of expression and the subsequent harmful acts consists merely in the fact that the act of expression led the agents to believe (or increased their tendency to believe) these acts to be worth performing.

In each of Scanlon's two categories, the government's purpose is to regulate thoughts, opinions, beliefs or particular meanings. That is the mischief in view. On the other hand, where the harm caused by the expression in issue is direct, without the intervening element of thought, opinion, belief, or a particular meaning, the regulation does aim at a harmful physical consequence, not the content or form of expression.

In sum, the characterization of government purpose must proceed from the standpoint of the

bution de tracts, emporte une restriction sur son contenu. Par contre, une règle qui interdit de jeter des déchets dans la rue n'est pas une restriction «liée au contenu». Elle vise à régir les conséquences matérielles d'une activité que cette activité vise ou non à transmettre une signification. Restreindre les déchets dans les rues, en tant que «mode d'expression», ne revient pas toujours à restreindre un contenu. Il va de soi que les règlements peuvent être rédigés de façon à paraître neutres quant au contenu même si leur véritable objet est de contrôler la transmission d'un message. Par exemple, dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, on a décidé qu'un règlement municipal qui interdisait la distribution de tracts sans l'obtention préalable de l'autorisation du chef de police constituait une tentative déguisée de restreindre l'expression.

Pour que le gouvernement puisse démontrer que son but était de prévenir une conséquence préjudiciable de la conduite visée, il faut que son but n'ait pas été d'éviter, pour reprendre les propos de Thomas Scanlon («A Theory of Freedom of Expression», dans Dworkin, éd., *The Philosophy of Law* (1977), à la p. 161):

[TRADUCTION] a) que certains individus subissent un préjudice qui serait l'adoption de croyances erronées par suite de ces actes d'expression; b) que des conséquences préjudiciables se produisent par suite d'actes exécutés en raison de ces actes d'expression si le lien entre les actes d'expression et les actes préjudiciables qui s'ensuivent tient uniquement au fait que l'acte d'expression a incité les agents à croire (ou a favorisé leur tendance à croire) que ces actes valaient d'être exécutés.

Dans chacune des deux catégories établies par Scanlon, l'objet que poursuit le gouvernement est de réglementer des pensées, des opinions, des croyances ou des significations particulières. C'est le méfait visé. En revanche, lorsque le préjudice causé par l'expression en cause est direct, sans qu'aucun élément particulier de pensée, d'opinion, de croyance ou de signification n'intervienne, le règlement vise une conséquence matérielle préjudiciable et non le contenu ou la forme de l'expression.

En résumé, la qualification de l'objet du gouvernement doit se faire du point de vue de la garantie

guarantee in issue. With regard to freedom of expression, if the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee. Where, on the other hand, it aims only to control the physical consequences of particular conduct, its purpose does not trench upon the guarantee. In determining whether the government's purpose aims simply at harmful physical consequences, the question becomes: does the mischief consist in the meaning of the activity or the purported influence that meaning has on the behaviour of others, or does it consist, rather, only in the direct physical result of the activity.

b. Effects

Even if the government's purpose was not to control or restrict attempts to convey a meaning, the Court must still decide whether the effect of the government action was to restrict the plaintiff's free expression. Here, the burden is on the plaintiff to demonstrate that such an effect occurred. In order so to demonstrate, a plaintiff must state her claim with reference to the principles and values underlying the freedom.

We have already discussed the nature of the principles and values underlying the vigilant protection of free expression in a society such as ours. They were also discussed by the Court in *Ford* (at pp. 765-67), and can be summarized as follows: (1) seeking and attaining the truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) the diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment not only for the sake of those who convey a meaning, but also for the sake of those to whom it is conveyed. In showing that the effect of the government's action was to restrict her free expression, a plaintiff must demonstrate that her activity promotes at least one of these principles. It is not enough that shouting, for example, has an expressive element. If the plaintiff challenges the effect of government action

en cause. Pour ce qui concerne la liberté d'expression, si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'un message soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie. D'autre part, s'il vise seulement à prévenir les conséquences matérielles d'une conduite particulière, son objet ne porte pas atteinte à la garantie. Pour décider si l'objet du gouvernement est simplement de prévenir des conséquences matérielles préjudiciables, il faut se demander si le méfait est dans le message de l'activité ou dans l'influence qu'il est susceptible d'avoir sur le comportement des autres, ou encore si le méfait est uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité.

b. Les effets

Même si le but poursuivi par le gouvernement n'était pas de contrôler ou restreindre la transmission d'une signification, la Cour doit encore décider si l'action du gouvernement a eu pour effet de restreindre la liberté d'expression de la demanderesse. À cette étape-ci, il appartient à la demanderesse d'établir que cet effet s'est produit. Pour ce faire, elle doit formuler sa thèse en tenant compte des principes et des valeurs qui sous-tendent la liberté garantie.

Nous avons déjà parlé de la nature des principes et des valeurs qui sous-tendent la protection vigilante de la liberté d'expression dans une société comme la nôtre. Cette Cour les a également examinés dans l'arrêt *Ford* (aux pp. 765 à 767) et ils peuvent se résumer ainsi: (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destiné. Pour démontrer que l'action du gouvernement a eu pour effet de restreindre sa liberté d'expression, la demanderesse doit établir que son activité favorise au moins un de ces principes. Par exemple, il ne suffirait pas de dire que des cris comportent un élément d'expres-

to control noise, presuming that action to have a purpose neutral as to expression, she must show that her aim was to convey a meaning reflective of the principles underlying freedom of expression. The precise and complete articulation of what kinds of activity promote these principles is, of course, a matter for judicial appreciation to be developed on a case by case basis. But the plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing.

c. Sections 248 and 249

There is no question but that the purpose of ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* was to restrict both a particular range of content and certain forms of expression in the name of protecting children. Section 248 prohibits, subject to regulation, attempts to communicate a commercial message to persons under thirteen years of age. Section 249 identifies factors to be considered in deciding whether the commercial message in fact has that prohibited content. At first blush, the regulations exempting certain advertisements transform the prohibition into a "time, place or manner" restriction aiming only at the form of expression. According to ss. 88 to 90 of the *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act*, an advertisement can be aimed at children if: (1) it appears in certain magazines or inserts directed at children; (2) it announces a programme or show directed at children; or (3) it appears in or on a store window, display, container, wrapping, or label. Yet, even if all advertising aimed at children were permitted to appear in the manner specified, the restriction would be tied to content because it aims to restrict access to the particular message being conveyed. However, the regulations in question do more than just restrict the manner in which a particular content must be expressed. They also restrict content directly. Section 91 provides that even where advertisements directed at children are permitted, such advertisements must not, for example "use a superlative to describe the characteristics of goods or services" or

sion. Si la demanderesse conteste l'effet d'une action gouvernementale qui vise à réglementer le bruit, dans l'hypothèse que le but de cette action est neutre quant à l'expression, elle doit démontrer que son but est de transmettre un message qui reflète les principes qui sous-tendent la liberté d'expression. La délimitation complète et précise des types d'activités qui favorisent ces principes relève évidemment d'un examen judiciaire qui doit être fait dans chaque cas. Mais la demanderesse doit au moins décrire le message transmis et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

c. Les articles 248 et 249

Il ne fait pas de doute que l'objet des art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* était de restreindre à la fois un type particulier de signification et certaines formes d'expression au nom de la protection des enfants. Sous réserve de ce qui est prévu par règlement, l'art. 248 interdit la transmission d'un message commercial à des enfants de moins de treize ans. L'article 249 énonce les facteurs dont il faut tenir compte pour décider si le message commercial a réellement le contenu que la loi interdit. À première vue, le règlement qui exempt certains messages publicitaires transforme l'interdiction en une restriction quant «au moment, à l'endroit ou à la manière» qui viserait seulement la forme de l'expression. Selon les art. 88 à 90 du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, un message publicitaire peut être destiné aux enfants: (1) s'il paraît dans certaines revues ou certains encarts destinés aux enfants; (2) s'il annonce une émission ou un spectacle destinés aux enfants; ou (3) s'il est constitué par une vitrine, un étalage, un contenant, un emballage ou une étiquette. Pourtant, même si toute publicité destinée aux enfants était autorisée à condition d'être faite de la manière prescrite, la restriction serait liée au contenu parce qu'elle vise à limiter l'accès au message particulier qui est transmis. Cependant, le règlement en question fait plus que restreindre la manière dont un contenu particulier doit être exprimé. Il restreint le contenu directement. L'article 91 prévoit que, même lorsque les messages publicitaires destinés aux enfants

“directly incite a child to buy or to urge another person to buy goods or services or to seek information about it”. Furthermore, it is clear from the substantial body of material submitted by the Attorney General of Quebec as well as by the intervener, Gilles Moreau, president of the Office de la protection du consommateur, that the purported mischief at which the Act and regulations were directed was the harm caused by the message itself. In combination, therefore, the Act and the regulations prohibit particular content of expression. Such a prohibition can only be justified if it meets the test under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

D. Summary and Conclusion

When faced with an alleged violation of the guarantee of freedom of expression, the first step in the analysis is to determine whether the plaintiff's activity falls within the sphere of conduct protected by the guarantee. Activity which (1) does not convey or attempt to convey a meaning, and thus has no content of expression or (2) which conveys a meaning but through a violent form of expression, is not within the protected sphere of conduct. If the activity falls within the protected sphere of conduct, the second step in the analysis is to determine whether the purpose or effect of the government action in issue was to restrict freedom of expression. If the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee. Where, on the other hand, it aims only to control the physical consequences of particular conduct, its purpose does not trench upon the guarantee. In determining whether the government's purpose aims simply at harmful physical consequences, the question becomes: does the mischief consist in the meaning of the activity or the purported influence that meaning has on the behaviour of others, or does it consist, rather, only in the direct physical result of the activity. If the government's purpose was not to restrict free expression, the plaintiff can still

sont permis, ces messages ne doivent pas, par exemple, «employer un superlatif pour décrire les caractéristiques d'un bien ou d'un service» ou «inciter directement un enfant à acheter ou à inviter une autre personne à acheter un bien ou un service ou à s'informer à leur sujet». En outre, il ressort clairement de la masse imposante de documents soumis par le procureur général du Québec ainsi que par l'intervenant Gilles Moreau, président de l'Office de la protection du consommateur, que le prétendu méfait que la Loi et le règlement visaient était le tort causé par le message lui-même. Par conséquent, l'effet combiné de la loi et du règlement est d'interdire un message particulier. Une telle restriction ne peut être justifiée que si elle passe l'épreuve de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

a D. Résumé et conclusion

Lorsqu'on allègue la violation de la garantie de la liberté d'expression, la première étape de l'analyse consiste à déterminer si l'activité du demandeur relève du champ des activités protégées par la garantie. Une activité qui (1) ne transmet pas ni ne tente de transmettre une signification et qui est donc expression sans contenu, ou (2) qui transmet une signification par une forme d'expression violente, ne relève pas du champ des activités protégées. Si l'activité fait partie du champ des activités protégées, la deuxième étape de l'analyse consiste à déterminer si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale en cause était de restreindre la liberté d'expression. Si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'une signification soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie. Par ailleurs, si le gouvernement veut seulement prévenir les conséquences matérielles d'une conduite donnée, son objet ne porte pas atteinte à la garantie. Pour déterminer si l'objet que poursuit le gouvernement vise simplement des conséquences matérielles préjudiciables, il faut se demander si le méfait est dans le message de l'activité ou dans l'influence qu'il est susceptible d'avoir sur le comportement des autres, ou si le méfait se trouve uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité. Si le gouvernement n'avait pas pour

claim that the effect of the government's action was to restrict her expression. To make this claim, the plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing.

objet de restreindre la liberté d'expression, le demandeur peut encore prétendre que l'effet de l'action du gouvernement était de restreindre son expression. Pour établir cette prétention, le demandeur doit au moins décrire la signification transmise et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

In the instant case, the plaintiff's activity is not excluded from the sphere of conduct protected by freedom of expression. The government's purpose in enacting ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* and in promulgating ss. 87 to 91 of the *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act* was to prohibit particular content of expression in the name of protecting children. These provisions therefore constitute limitations to s. 2(b) of the *Canadian Charter* and s. 3 of the *Quebec Charter*. They fall to be justified under s. 1 of the *Canadian Charter* and s. 9.1 of the *Quebec Charter*.

En l'espèce, l'activité de la demanderesse relève bien du champ des activités protégées par la liberté d'expression. En adoptant les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* et les art. 87 à 91 du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, l'objet que poursuivait le gouvernement était d'interdire un contenu particulier d'une expression au nom de la protection des enfants. Ces dispositions apportent donc des restrictions à l'al. 2b) de la *Charte canadienne* et à l'art. 3 de la *Charte québécoise*. Elles doivent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne* et de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*.

VII—Whether the Limit on Freedom of Expression Imposed by ss. 248 and 249 Is Justified Under s. 9.1 of the Quebec Charter or s. 1 of the Canadian Charter

VII—La restriction que les art. 248 et 249 apportent à la liberté d'expression est-elle justifiée en vertu de l'art. 9.1 de la Charte québécoise ou de l'article premier de la Charte canadienne?

The issues raised in this part are as follows: (a) whether the meaning, role and effect of s. 9.1 of the *Quebec Charter* are essentially different from that of s. 1 of the *Canadian Charter*; (b) whether the scheme put into place by ss. 248 and 249 is so vague as not to constitute a "limit prescribed by law"; (c) whether the materials (hereinafter referred to as the s. 1 and s. 9.1 materials) relied on by the Attorney General of Quebec are relevant to justifying ss. 248 and 249 as a reasonable limit upon freedom of expression; and (d) whether the s. 1 and s. 9.1 materials justify banning commercial advertising directed at persons under thirteen years of age.

Les questions traitées dans ce chapitre sont les suivantes: a) le sens, le rôle et l'effet de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise* sont-ils essentiellement différents de ceux de l'article premier de la *Charte canadienne*? b) le régime mis en place par les art. 248 et 249 est-il à ce point vague qu'il ne constitue pas une restriction prescrite «par une règle de droit»? c) les documents (ci-après appelés les documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1) sur lesquels s'appuie le procureur général du Québec sont-ils pertinents pour démontrer que les art. 248 et 249 apportent une limite raisonnable à la liberté d'expression? et d) les documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1 justifient-ils l'interdiction de la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans?

Tab 4

- | | |
|--|---|
| <p>4. Should the tobacco companies' claims of failure to warn be struck out?</p> <p>5. Should the tobacco companies' claims of negligent design be struck out?</p> <p>6. Should the tobacco companies' claim in the <i>Costs Recovery</i> case that Canada could qualify as a "manufacturer" under the <i>CRA</i> be struck out?</p> <p>7. Should Imperial's claim in the <i>Knight</i> case that Canada could qualify as a "supplier" under the <i>TPA</i> and the <i>BPCPA</i> be struck out?</p> <p>8. Should the tobacco companies' claims of equitable indemnity be struck out?</p> <p>9. If Canada is not liable to the tobacco companies under any of the third-party claims, are the tobacco companies nonetheless entitled to declaratory relief against Canada so that it will remain a party to both actions and be subject to discovery procedures under the <i>Supreme Court Rules</i>?</p> | <p>4. Les demandes des compagnies de tabac relatives au défaut de mise en garde doivent-elles être radiées?</p> <p>5. Les demandes des compagnies de tabac relatives à la conception négligente doivent-elles être radiées?</p> <p>6. Dans l'<i>Affaire du recouvrement des coûts</i>, la demande des compagnies de tabac de reconnaître au Canada la qualité de [TRADUCTION] « fabricant » au sens de la <i>CRA</i> doit-elle être radiée?</p> <p>7. Dans l'<i>Affaire Knight</i>, la demande d'Imperial de reconnaître au Canada la qualité de [TRADUCTION] « fournisseur » au sens de la <i>TPA</i> et de la <i>BPCPA</i> doit-elle être radiée?</p> <p>8. Les demandes des compagnies de tabac relatives à l'indemnisation en equity doivent-elles être radiées?</p> <p>9. Si la responsabilité du Canada envers les compagnies de tabac n'est retenue à l'égard d'aucune des demandes de mise en cause, les compagnies de tabac ont-elles quand même le droit d'obtenir contre lui un jugement le déclarant partie aux deux litiges, ce qui le soumettra aux obligations de communication préalable de la preuve prévues aux <i>Supreme Court Rules</i>?</p> |
|--|---|

IV. Analysis

A. *The Test for Striking Out Claims*

[17] The parties agree on the test applicable on a motion to strike for not disclosing a reasonable cause of action under r. 19(24)(a) of the B.C. *Supreme Court Rules*. This Court has reiterated the test on many occasions. A claim will only be struck if it is plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the pleading discloses no reasonable cause of action: *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, at para. 15; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980. Another way of putting the test is that the claim has no reasonable prospect of

IV. Analyse

A. *Le critère applicable à la radiation d'une demande*

[17] Les parties conviennent du critère applicable à la radiation d'une demande pour absence de cause d'action raisonnable en vertu de l'al. 19(24)(a) des *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique. La Cour a réitéré ce critère à maintes reprises : l'action ne sera rejetée que s'il est évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable : *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 15; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980. Autrement dit, la demande doit n'avoir

success. Where a reasonable prospect of success exists, the matter should be allowed to proceed to trial: see, generally, *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83; *Odhavji Estate*; *Hunt*; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735.

[18] Although all agree on the test, the arguments before us revealed different conceptions about how it should be applied. It may therefore be useful to review the purpose of the test and its application.

[19] The power to strike out claims that have no reasonable prospect of success is a valuable house-keeping measure essential to effective and fair litigation. It unclutters the proceedings, weeding out the hopeless claims and ensuring that those that have some chance of success go on to trial.

[20] This promotes two goods — efficiency in the conduct of the litigation and correct results. Striking out claims that have no reasonable prospect of success promotes litigation efficiency, reducing time and cost. The litigants can focus on serious claims, without devoting days and sometimes weeks of evidence and argument to claims that are in any event hopeless. The same applies to judges and juries, whose attention is focused where it should be — on claims that have a reasonable chance of success. The efficiency gained by weeding out unmeritorious claims in turn contributes to better justice. The more the evidence and arguments are trained on the real issues, the more likely it is that the trial process will successfully come to grips with the parties' respective positions on those issues and the merits of the case.

[21] Valuable as it is, the motion to strike is a tool that must be used with care. The law is not static and unchanging. Actions that yesterday were deemed hopeless may tomorrow succeed. Before *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.) introduced a general duty of care to one's neighbour premised

aucune possibilité raisonnable d'être accueillie. Sinon, il faut lui laisser suivre son cours : voir généralement *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83; *Succession Odhavji*; *Hunt*; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.

[18] Bien que les parties acceptent d'emblée ce critère, il ressort des arguments qui nous ont été présentés que toutes ne voient pas du même œil son application aux faits. Il peut donc se révéler utile de revoir l'objet du critère et son application.

[19] Le pouvoir de radier les demandes ne présentant aucune possibilité raisonnable de succès constitue une importante mesure de gouverne judiciaire essentielle à l'efficacité et à l'équité des procès. Il permet d'élaguer les litiges en écartant les demandes vaines et en assurant l'instruction des demandes susceptibles d'être accueillies.

[20] Ce faisant, il favorise deux conséquences positives, soit l'instruction efficace des litiges et le bien-fondé des décisions sur ces demandes. La radiation des demandes n'ayant aucune possibilité raisonnable de succès favorise l'efficacité et fait épargner temps et argent. Les plaideurs peuvent se concentrer sur les demandes importantes et n'ont pas à consacrer des jours — parfois même des semaines — à la preuve et aux arguments de demandes vouées de toute façon à l'échec. Il en va de même pour les juges et les jurés, dont l'attention est portée là où il le faut, soit sur les demandes présentant une possibilité raisonnable de succès. Les gains d'efficacité découlant de cet élagage contribuent à leur tour à l'amélioration de l'administration de la justice. Plus la preuve et les arguments sont axés sur les vraies questions, mieux les thèses des parties à l'égard de ces questions et le bien-fondé de l'affaire se dégageront de l'instruction du procès.

[21] Quoique très utile, la requête en radiation ne saurait être accueillie à la légère. Le droit n'est pas immuable. Des actions qui semblaient hier encore vouées à l'échec pourraient être accueillies demain. Avant qu'une obligation générale de diligence envers son prochain reposant sur la prévisibilité

on foreseeability, few would have predicted that, absent a contractual relationship, a bottling company could be held liable for physical injury and emotional trauma resulting from a snail in a bottle of ginger beer. Before *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners, Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.), a tort action for negligent misstatement would have been regarded as incapable of success. The history of our law reveals that often new developments in the law first surface on motions to strike or similar preliminary motions, like the one at issue in *Donoghue v. Stevenson*. Therefore, on a motion to strike, it is not determinative that the law has not yet recognized the particular claim. The court must rather ask whether, assuming the facts pleaded are true, there is a reasonable prospect that the claim will succeed. The approach must be generous and err on the side of permitting a novel but arguable claim to proceed to trial.

soit reconnue dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), peu de gens auraient pu prévoir qu'une entreprise d'embouteillage puisse être tenue responsable, en l'absence de tout lien contractuel, du préjudice corporel et du traumatisme émotionnel causé par la découverte d'un escargot dans une bouteille de bière de gingembre. Avant l'arrêt *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners, Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.), l'action en responsabilité délictuelle pour déclarations inexactes faites par négligence aurait paru vouée à l'échec. L'histoire de notre droit nous apprend que souvent, des requêtes en radiation ou des requêtes préliminaires semblables, à l'instar de celle présentée dans *Donoghue c. Stevenson*, amorcent une évolution du droit. Par conséquent, le fait qu'une action en particulier n'a pas encore été reconnue en droit n'est pas déterminant pour la requête en radiation. Le tribunal doit plutôt se demander si, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, il est raisonnablement possible que l'action soit accueillie. L'approche doit être généreuse et permettre, dans la mesure du possible, l'instruction de toute demande inédite, mais soutenable.

[22] A motion to strike for failure to disclose a reasonable cause of action proceeds on the basis that the facts pleaded are true, unless they are manifestly incapable of being proven: *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 455. No evidence is admissible on such a motion: r. 19(27) of the *Supreme Court Rules* (now r. 9-5(2) of the *Supreme Court Civil Rules*). It is incumbent on the claimant to clearly plead the facts upon which it relies in making its claim. A claimant is not entitled to rely on the possibility that new facts may turn up as the case progresses. The claimant may not be in a position to prove the facts pleaded at the time of the motion. It may only hope to be able to prove them. But plead them it must. The facts pleaded are the firm basis upon which the possibility of success of the claim must be evaluated. If they are not pleaded, the exercise cannot be properly conducted.

[22] Une requête en radiation pour absence de cause d'action raisonnable repose sur le principe que les faits allégués sont vrais, sauf s'ils ne peuvent manifestement pas être prouvés : *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 455. Aucune preuve n'est admissible à l'égard d'une telle requête : par. 19(27) des *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique (maintenant le par. 9-5(2) des *Supreme Court Civil Rules*). Il incombe au demandeur de plaider clairement les faits sur lesquels il fonde sa demande. Un demandeur ne peut compter sur la possibilité que de nouveaux faits apparaissent au fur et à mesure que l'instruction progresse. Il peut arriver que le demandeur ne soit pas en mesure de prouver les faits plaidés au moment de la requête. Il peut seulement espérer qu'il sera en mesure de les prouver. Il doit cependant les plaider. Les faits allégués sont le fondement solide en fonction duquel doit être évaluée la possibilité que la demande soit accueillie. S'ils ne sont pas allégués, l'exercice ne peut pas être exécuté adéquatement.

[23] Before us, Imperial and the other tobacco companies argued that the motion to strike should take into account, not only the facts pleaded, but the possibility that as the case progressed, the evidence would reveal more about Canada's conduct and role in promoting the use of low-tar cigarettes. This fundamentally misunderstands what a motion to strike is about. It is not about evidence, but the pleadings. The facts pleaded are taken as true. Whether the evidence substantiates the pleaded facts, now or at some future date, is irrelevant to the motion to strike. The judge on the motion to strike cannot consider what evidence adduced in the future might or might not show. To require the judge to do so would be to gut the motion to strike of its logic and ultimately render it useless.

[24] This is not unfair to the claimant. The presumption that the facts pleaded are true operates in the claimant's favour. The claimant chooses what facts to plead, with a view to the cause of action it is asserting. If new developments raise new possibilities — as they sometimes do — the remedy is to amend the pleadings to plead new facts at that time.

[25] Related to the issue of whether the motion should be refused because of the possibility of unknown evidence appearing at a future date is the issue of speculation. The judge on a motion to strike asks if the claim has any reasonable prospect of success. In the world of abstract speculation, there is a mathematical chance that any number of things might happen. That is not what the test on a motion to strike seeks to determine. Rather, it operates on the assumption that the claim will proceed through the court system in the usual way — in an adversarial system where judges are under a duty to apply the law as set out in (and as it may develop from) statutes and precedent. The question is whether, considered in *the context of the*

[23] Dans notre Cour, Imperial et les autres compagnies de tabac ont prétendu que la requête en radiation devrait prendre en compte non seulement les faits plaidés, mais la possibilité que, au fur et à mesure que l'instruction progresse, la preuve en révélerait davantage quant au comportement du Canada et au rôle qu'il a joué dans la promotion de la consommation de cigarettes à teneur réduite en goudron. Cette position dénote une compréhension fondamentalement erronée de ce que vise une requête en radiation. Elle n'a rien à voir avec la preuve. Elle porte sur les actes de procédure. Les faits allégués sont réputés véridiques. La question de savoir si la preuve corrobore ou corrobore les faits allégués n'a aucune pertinence quant à la requête en radiation. Le juge saisi de la requête en radiation ne peut pas anticiper ce que la preuve qui sera produite permettra d'établir. Si l'on exigeait cela du juge, la requête en radiation perdrait sa logique et deviendrait en fin de compte inutile.

[24] Cela n'a rien d'inéquitable pour le demandeur. La présomption selon laquelle les faits allégués sont vrais joue en sa faveur. Le demandeur choisit les faits qu'il allègue en fonction de la cause d'action qu'il fait valoir. Si des faits nouveaux soulèvent de nouvelles possibilités — comme c'est parfois le cas —, la solution consiste à modifier les actes de procédure afin d'alléguer les faits nouveaux à ce moment-là.

[25] La question de la conjecture est liée à la question de savoir si la requête devrait être rejetée en raison de la possibilité qu'une nouvelle preuve apparaisse éventuellement. Le juge saisi d'une requête en radiation se demande s'il existe une possibilité raisonnable que la demande soit accueillie. Dans le monde de la conjecture abstraite, il existe une probabilité mathématique qu'un certain nombre d'événements se produisent. Ce n'est pas ce que le critère applicable aux requêtes en radiation cherche à déterminer. Il suppose plutôt que la demande sera traitée de la manière habituelle dans le système judiciaire — un système fondé sur le débat contradictoire dans lequel les juges sont tenus d'appliquer le droit (et son évolution) énoncé dans les

law and the litigation process, the claim has no reasonable chance of succeeding.

[26] With this framework in mind, I proceed to consider the tobacco companies' claims.

B. *Canada's Alleged Duties of Care to Smokers in the Costs Recovery Case*

[27] In the *Costs Recovery* case, Canada argues that all the claims for contribution based on its alleged duties of care to smokers must be struck. Under the *Negligence Act*, Canada submits, contribution may only be awarded if the third party would be liable to the plaintiff directly. It argues that even if Canada breached duties to smokers, such breaches cannot ground the tobacco companies' claims for contribution if they are found liable to British Columbia, the sole plaintiff in the *Costs Recovery* case. This argument was successful in the Court of Appeal.

[28] The tobacco companies argue that direct liability to the plaintiff is not a requirement for being held liable in contribution. They argue that contribution in the *Negligence Act* turns on fault, not liability. The object of the *Negligence Act* is to allow defendants to recover from other parties that were also at fault for the damage that resulted to the plaintiff, and barring a claim against Canada would defeat this purpose, they argue.

[29] I agree with Canada and the Court of Appeal that a third party may only be liable for contribution under the *Negligence Act* if it is directly liable to the plaintiff. In *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346, dealing

lois et la jurisprudence. Il s'agit de savoir si, dans le contexte du droit et du processus judiciaire, la demande n'a aucune possibilité raisonnable d'être accueillie.

[26] C'est en tenant compte de ce cadre que j'entame l'examen des demandes des compagnies de tabac.

B. *Les prétendues obligations de diligence du Canada envers les fumeurs dans l'Affaire du recouvrement des coûts*

[27] Dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*, le Canada plaide que toutes les demandes de contribution fondées sur ses prétendues obligations de diligence envers les fumeurs doivent être radiées. Le Canada prétend que, aux termes de la *Negligence Act*, une contribution ne peut être accordée si le tiers n'est pas directement responsable envers le plaignant. Il prétend que même s'il a manqué à ses obligations envers les fumeurs, ce manquement ne peut pas servir de fondement aux demandes de contribution des compagnies de tabac si elles sont tenues responsables envers la Colombie-Britannique, l'unique demanderesse dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*. La Cour d'appel a accepté cet argument.

[28] Les compagnies de tabac prétendent qu'il n'est pas nécessaire qu'une personne soit directement responsable envers le demandeur pour être tenue de verser une contribution. Elles prétendent que la contribution dont parle la *Negligence Act* repose sur la faute et non pas sur la responsabilité. Elles affirment que la *Negligence Act* vise à permettre aux défendeurs d'être indemnisés par d'autres parties qui sont également responsables du dommage causé au plaignant, et qu'interdire un droit d'action contre le Canada ferait échec à cet objectif.

[29] Je souscris à l'opinion du Canada et de la Cour d'appel selon laquelle un tiers ne peut être tenu de verser une contribution en vertu de la *Negligence Act* que s'il est directement responsable envers le plaignant. Dans l'arrêt *Giffels Associates*

Tab 5

acceptance of the respondent's views and of a discriminatory learning environment. The finding of discrimination against the School Board is supported by the evidence and I accordingly see no error in this finding of the Board of Inquiry.

A finding of discrimination does not end the analysis, however. The respondent also raises the issue of the validity of the order. As I have previously stated, the important question in relation to the validity of the order is whether it is constitutionally sound. The respondent submits that his freedom of expression and freedom of religion have been infringed. I turn now to these constitutional issues.

C. Freedom of Expression

Section 2(b) of the *Charter* provides:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

The appellants, with the exception of the Canadian Jewish Congress, concede that the respondent's freedom of expression was infringed by the Board's order. They were right to concede this point. The order does infringe the respondent's freedom of expression, a conclusion that is supported by the discourse surrounding s. 2(b) of the *Charter*.

The expression in question in this appeal concerns the respondent's writings, publications and statements. The Board of Inquiry considered the four books set forth in the order, as well as the letter to the editor in *The Miramichi Leader*, and the television interview in 1989, as the most important. The gist of the respondent's message is that Jews are heading a "conspiracy" or a "great Satanic movement" against Christians with a view to destroying the Christian faith and civilization. The respondent attributes many of the "evils in our land" to the fact that Christians have permitted

laisser croire qu'il acceptait les idées de ce dernier et l'existence d'un milieu d'apprentissage discriminatoire. Cette conclusion à l'existence de discrimination de la part du conseil scolaire est étayée par la preuve et je n'y vois donc aucune erreur de la part de la commission d'enquête.

Cependant, une conclusion à l'existence de discrimination ne met pas fin à l'analyse. L'intimé a également soulevé la question de la validité de l'ordonnance. Comme je l'ai dit antérieurement, la question importante à cet égard est de savoir si l'ordonnance est valide sur le plan constitutionnel. L'intimé fait valoir qu'il y a eu atteinte à sa liberté d'expression et à sa liberté de religion. Je vais maintenant examiner ces questions constitutionnelles.

C. La liberté d'expression

L'alinéa 2b) de la *Charte* se lit ainsi:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

Les appelants, à l'exception du Congrès juif canadien, reconnaissent, à juste titre d'ailleurs, que l'ordonnance de la commission d'enquête a porté atteinte à la liberté d'expression de l'intimé. L'ordonnance porte effectivement atteinte à la liberté d'expression de l'intimé, conclusion qui est étayée par le discours entourant l'al. 2b) de la *Charte*.

L'expression en cause dans le présent pourvoi consiste dans les écrits, publications et déclarations de l'intimé. La commission d'enquête a examiné ceux qu'elle a jugés les plus importants, soit les quatre livres mentionnés dans l'ordonnance, la lettre à la rédaction du journal *The Miramichi Leader* ainsi que l'entrevue accordée à la télévision en 1989. L'essentiel du message de l'intimé est que les Juifs sont à la tête d'un [TRADUCTION] «complot» ou d'un «grand mouvement satanique» contre les chrétiens visant à détruire la foi et la civilisation chrétiennes. L'intimé attribue de nombreux

55

56

57

58

“those ‘who hate the Lord’ to rule over (them)”. The Board referred to the contents of the letter and found within it encouragement to others to condemn all Jews and to throw off the “yoke of Jewish domination”. With this description of the expression in issue, I turn to the jurisprudence surrounding s. 2(b).

[TRADUCTION] «maux de notre pays» au fait que les chrétiens ont permis à «ceux «qui haïssent le Seigneur» de régner sur [eux]». Quant à la lettre, la commission d'enquête y a vu un encouragement à condamner tous les Juifs et à se soustraire au [TRADUCTION] «joug de la domination juive». Après avoir donné cette description de l'expression en cause, je vais examiner la jurisprudence entourant l'al. 2b)

59

Section 2(b) must be given a broad, purposive interpretation; see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. The purpose of the guarantee is to permit free expression in order to promote truth, political and social participation, and self-fulfilment; see *Zundel, supra*. As Cory J. put it in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336, “[i]t is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society”; as such, freedom of expression should only be restricted in the clearest of circumstances.

Il faut donner à l'al. 2b) une interprétation large et fondée sur l'objet visé; voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. La garantie vise à permettre la libre expression afin de promouvoir la vérité, la participation politique et sociale, ainsi que l'accomplissement de soi; voir l'arrêt *Zundel*, précité. Comme l'affirme le juge Cory dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1336, «[i]l est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante [...] dans une société démocratique»; c'est pourquoi la liberté d'expression ne devrait être restreinte que dans les cas les plus clairs.

60

Apart from those rare cases where expression is communicated in a physically violent manner, this Court has held that so long as an activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee of freedom of expression; see *Irwin Toy, supra*, at p. 969. The scope of constitutional protection of expression is, therefore, very broad. It is not restricted to views shared or accepted by the majority, nor to truthful opinions. Rather, freedom of expression serves to protect the right of the minority to express its view, however unpopular such views may be; see *Zundel, supra*, at p. 753. The wide ambit of s. 2(b) is underscored by the following passage from McLachlin J.'s reasons in that case, at pp. 752-53:

Sauf en ce qui concerne les rares cas où on a recours à la violence physique pour s'exprimer, notre Cour a statué que dans la mesure où une activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie; voir l'arrêt *Irwin Toy*, précité, à la p. 969. La protection constitutionnelle de l'expression a donc une portée très large. Elle n'est restreinte ni aux opinions partagées ou acceptées par la majorité, ni aux opinions conformes à la vérité. La liberté d'expression sert au contraire à protéger le droit de la minorité d'exprimer son opinion, quelque impopulaire qu'elle puisse être; voir l'arrêt *Zundel*, précité, à la p. 753. Aux pages 752 et 753 de cet arrêt, le juge McLachlin souligne en ces termes la portée large de l'al. 2b):

The purpose of the guarantee is to permit free expression to the end of promoting truth, political or social participation, and self-fulfilment. That purpose extends to the protection of minority beliefs which the majority regard as wrong or false: *Irwin Toy, supra*, at p. 968. Tests of free expression frequently involve a contest

La garantie vise à permettre la liberté d'expression dans le but de promouvoir la vérité, la participation politique ou sociale et l'accomplissement de soi. Cet objet s'étend à la protection des croyances minoritaires que la majorité des gens considèrent comme erronées ou fausses: *Irwin Toy*, précité, à la p. 968. Les critères de la

between the majoritarian view of what is true or right and an unpopular minority view. As Holmes J. stated over sixty years ago, the fact that the particular content of a person's speech might "excite popular prejudice" is no reason to deny it protection for "if there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought — not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate": *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929), at pp. 654-55.

In *Irwin Toy*, *supra*, and more recently in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, this Court has adopted a two-step enquiry to determine whether an individual's freedom of expression is infringed. The first step involves determining whether the individual's activity falls within the freedom of expression protected by the *Charter*. The second step is to determine whether the purpose or effect of the impugned government action is to restrict that freedom.

There can be no doubt that the first step is satisfied. The writings, publications and statements of Malcolm Ross constitute expression within the meaning of s. 2(b). They clearly convey meaning. The truth or falsehood of their contents is not a matter to be considered in the context of determining whether they fall within the guarantee of freedom of expression; nor is the unpopularity of the views espoused within them.

Further support for this position may be found in this Court's decision in *Keegstra*, *supra*, where the factual similarity of the content of the expression in that case with that of the respondent is striking. There the content of the expression in issue was as follows, at p. 714:

Mr. Keegstra's teachings attributed various evil qualities to Jews He taught his classes that Jewish people seek to destroy Christianity and are responsible for depressions, anarchy, chaos, wars and revolution. According to Mr. Keegstra, Jews "created the Holocaust to gain sympathy" and, in contrast to the open and

liberté d'expression mettent souvent en jeu une opposition entre l'opinion majoritaire au sujet de ce qui est vrai ou correct et une opinion minoritaire impopulaire. Comme l'a dit le juge Holmes, il y a plus de soixante ans, le fait que la teneur particulière du message d'une personne puisse [TRADUCTION] «inciter à l'intolérance» n'est pas une raison pour lui refuser la protection car [TRADUCTION] «s'il existe un principe de la Constitution qui exige de façon plus impérative le respect que tout autre c'est le principe de la liberté de pensée — pas la liberté de pensée pour ceux qui sont d'accord avec nous mais la liberté pour les pensées que nous haïssons»: *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929), aux pp. 654 et 655.

Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, et plus récemment dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, notre Cour a adopté une analyse en deux étapes pour déterminer s'il y a eu violation de la liberté d'expression d'un particulier. La première étape consiste à déterminer si l'activité du particulier est visée par la liberté d'expression protégée par la *Charte*. La seconde étape consiste à déterminer si l'action gouvernementale attaquée a pour objet ou pour effet de restreindre cette liberté.

En ce qui concerne la première étape de l'analyse, la réponse ne fait aucun doute. Les écrits, publications et déclarations de Malcolm Ross constituent de l'expression au sens de l'al. 2b). Ils transmettent manifestement une signification. Pour déterminer s'ils sont visés par la garantie de la liberté d'expression, il n'y a pas lieu d'en examiner la véracité ou la fausseté, pas plus que l'impopularité des opinions qui y sont adoptées.

Ce point de vue est renforcé par l'arrêt de notre Cour *Keegstra*, précité, où le contenu de l'expression en cause dans cette affaire présente une similitude factuelle frappante avec celui de l'expression de l'intimé. Dans cette affaire, le contenu de l'expression en cause est décrit ainsi, à la p. 714:

Dans ses enseignements, M. Keegstra prêtait aux juifs diverses tares [...] Il enseignait à ses classes que les juifs cherchaient à détruire la chrétienté et qu'ils étaient responsables des crises économiques, de l'anarchie, du chaos, des guerres et des révolutions. D'après M. Keegstra, les juifs [TRADUCTION] «avaient inventé l'Holocauste pour s'attirer de la sympathie» et, affirmait-il, contrairement aux chrétiens francs et honnêtes,

honest Christians, were said to be deceptive, secretive and inherently evil.

The "hate propaganda" in that case was held to be protected by s. 2(b). Dickson C.J. rejected the argument that hate propaganda was analogous to violence and found that its repugnance stemmed from its content and not from its form. It was, therefore, expression within the meaning of the provision, as is the expression in this appeal.

les juifs sont sournois, dissimulateurs et foncièrement mauvais.

On a jugé que la «propagande haineuse», dans cette affaire, était protégée par l'al. 2b). Rejetant l'argument voulant que la propagande haineuse soit analogue à la violence, le juge en chef Dickson a conclu que son caractère offensant tenait à son contenu et non à sa forme. Il s'agissait donc d'une expression au sens de la disposition, comme c'est le cas de l'expression dans le présent pourvoi.

64

This brings me to the second step of the test, determining whether the purpose or effect of the impugned government action is to restrict the individual's freedom of expression. In this case, it is the order, rather than its constituent legislation, that is called in question. Consequently, it is the purpose of the order that must be considered.

Cela m'amène au second volet du critère, qui consiste à déterminer si l'action gouvernementale attaquée a pour objet ou pour effet de restreindre la liberté d'expression d'un particulier. Ce qui est en cause en l'espèce, c'est l'ordonnance et non la loi en vertu de laquelle elle a été rendue. C'est donc l'objet de l'ordonnance qu'il faut examiner.

65

Turning to this question, then, this Court has adopted an approach which examines the "facial" purpose of the legislative means chosen by Parliament to achieve its ends. In *Zundel, supra*, the constitutionality of the "false news" provisions of the *Criminal Code*, in particular s. 181, was in issue. The intervener, Canadian Jewish Congress, argued that the purpose of the provisions was to prevent the harmful consequences of publications, there too anti-Semitic publications. McLachlin J. held that the intervener's argument missed the point noting that this Court has examined the "facial" purpose of a legislative technique adopted to achieve a particular end. She stated, at p. 759:

À ce sujet, notre Cour a adopté une méthode consistant à examiner l'objet «manifeste» des moyens que le législateur a choisis pour réaliser ses fins. Dans l'arrêt *Zundel*, précité, la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* interdisant la diffusion de «fausses nouvelles», en particulier l'art. 181, était en cause. L'intervenant, le Congrès juif canadien, a fait valoir que ces dispositions avaient pour objet d'empêcher les conséquences préjudiciables de publications, là encore des publications antisémites. Le juge McLachlin a décidé que cet argument passait à côté de la question, soulignant que notre Cour avait examiné l'objet «manifeste» d'une technique législative adoptée par le législateur pour réaliser une fin particulière. Elle affirme, à la p. 759:

First, this Court has never focused upon a particular consequence of a proscribed act in assessing the legislation's purpose; the Court examines what might be called the 'facial' purpose of the legislative technique adopted by Parliament to achieve its ends: see, for example, *Irwin Toy, supra*, at pp. 973-76. Second, a legislative provision may have many effects. One demonstrated effect of s. 181 in the case at bar is to subject Mr. Zundel to criminal conviction and potential imprisonment because of words he published. In the face of this reality, it is undeniable that s. 181, whatever its purpose, has the effect of restricting freedom of expression.

Premièrement, notre Cour n'a jamais insisté sur une conséquence particulière d'un acte interdit en évaluant l'objet de la loi; la Cour examine ce qu'on pourrait appeler l'objet «manifeste» de la technique législative adoptée par le législateur pour réaliser ses fins: voir, par exemple, *Irwin Toy*, précité, aux pp. 973 à 976. Deuxièmement, une disposition législative peut avoir de nombreux effets. L'un des effets démontrés de l'art. 181 en l'espèce est d'exposer M. Zundel à une condamnation criminelle et à l'emprisonnement à cause de mots qu'ils a publiés. Compte tenu de cette réalité, il est indéniable que l'art. 181, quel que soit son objet, a pour effet de restreindre la liberté d'expression.

In the present case, the purpose of the Board's order, while intended to remedy the discrimination with respect to services available to the public, is to prevent the respondent from publicly espousing his views while he is employed as a public school teacher. On its face, the purpose of the order is to restrict the respondent's expression; it has a direct effect on the respondent's freedom of expression, and so violates s. 2(b) of the *Charter*.

D. *Freedom of Religion*

The respondent's expression in this case is of a religious nature. He, therefore, submits that his freedom of religion has also been infringed. I turn, then, to this contention.

Section 2(a) of the *Charter* provides:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:
(a) freedom of conscience and religion;

The appellant Human Rights Commission concedes that the Board's order infringes the respondent's freedom of religion, as embodied in s. 2(a) of the *Charter*, and the appellant Attis does not raise the issue. The appellant Canadian Jewish Congress, however, submits that the order does not infringe the respondent's s. 2(a) freedoms.

In arguing that the order does infringe his freedom of religion, the respondent submits that the Act is being used as a sword to punish individuals for expressing their discriminating religious beliefs. He maintains that "[a]ll of the invective and hyperbole about anti-Semitism is really a smoke screen for imposing an officially sanctioned religious belief on society as a whole which is not the function of courts or Human Rights Tribunals in a free society". In this case, the respondent's freedom of religion is manifested in his writings, statements and publications. These, he argues, constitute "thoroughly honest religious statement[s]", and adds that it is not the role of this Court to decide what any particular religion believes.

Dans le présent pourvoi, tout en visant à remédier à la discrimination dans les services offerts au public, l'ordonnance de la commission d'enquête a pour objet d'empêcher l'intimé d'exprimer publiquement ses opinions pendant qu'il enseigne dans une école publique. À première vue, l'ordonnance a pour objet de restreindre l'expression de l'intimé; elle a un effet direct sur sa liberté d'expression et viole donc l'al. 2b) de la *Charte*.

D. *La liberté de religion*

En l'espèce, l'expression de l'intimé est de nature religieuse. Il soutient donc que sa liberté de religion a aussi été violée. Examinons ce moyen.

L'alinéa 2a) de la *Charte* se lit ainsi:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:
a) liberté de conscience et de religion;

L'appelante la Commission des droits de la personne reconnaît que l'ordonnance de la commission d'enquête viole la liberté de religion garantie à l'intimé par l'al. 2a) de la *Charte*, mais l'appellant Attis ne soulève pas ce point. L'appellant le Congrès juif canadien soutient toutefois que l'ordonnance ne viole pas les libertés garanties à l'intimé par l'al. 2a).

En faisant valoir que l'ordonnance viole sa liberté de religion, l'intimé prétend que la Loi sert d'épée pour punir les particuliers qui expriment des croyances religieuses discriminatoires. Il soutient que [TRADUCTION] «[t]outes les invectives et les exagérations dont fait l'objet l'antisémitisme ne sont, en réalité, qu'un écran de fumée qui occulte l'imposition de croyances religieuses approuvées officiellement à l'ensemble de la société, ce qui n'est pas le rôle des cours de justice ni des tribunaux des droits de la personne dans une société libre». Dans la présente affaire, l'intimé manifeste sa liberté de religion dans ses écrits, déclarations et publications. Ceux-ci, soutient-il, constituent [TRADUCTION] «[des] déclaration[s] religieuse[s] faite[s] en toute honnêteté», ajoutant qu'il n'appartient pas à notre Cour de décider quelle religion il faut professer.