

FILED / PRODUIT

Date: August 25, 2025

CT- 2024-010

Grainne Gannon Dubroy for / pour
REGISTRAR / REGISTRAIRE

PUBLIC

CT-2024-010

OTTAWA, ONT.

140

THE COMPETITION TRIBUNAL

IN THE MATTER OF the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34;

AND IN THE MATTER OF certain conduct of Google Canada Corporation and Google LLC relating to the supply of online advertising technology services in Canada;

AND IN THE MATTER OF an application by the Commissioner of Competition for one or more orders pursuant to section 79 of the *Competition Act*.

B E T W E E N:

COMMISSIONER OF COMPETITION

Applicant

and

GOOGLE CANADA CORPORATION AND GOOGLE LLC

Respondents

**BOOK OF AUTHORITIES OF GOOGLE CANADA CORPORATION
AND GOOGLE LLC
VOLUME 11 OF 20**

PUBLIC

-2-

August 22, 2025

DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG LLP
155 Wellington Street West
Toronto ON M5V 3J7

Kent E. Thomson (LSO# 24264J)
Tel: 416.863.5566
Email: kentthomson@dwpv.com

Elisa K. Kearney (LSO# 49342T)
Tel: 416.367.7450
Email: ekearney@dwpv.com

Chantelle T.M. Cseh (LSO# 60620Q)
Tel: 416.367.7552
Email: ccseh@dwpv.com

Chanakya A. Sethi (LSO# 63492T)
Tel: 416.863.5516
Email: csethi@dwpv.com

Chenyang Li (LSO# 73249C)
Tel: 416.367.7623
Email: cli@dwpv.com

Tel: 416.863.0900
Fax: 416.863.0871

Lawyers for the Respondents, Google
Canada Corporation and Google LLC

PUBLIC

-3-

TO: **ATTORNEY GENERAL OF CANADA**
Department of Justice Canada
Competition Bureau Legal Services
Place du Portage, Phase I
50 Victoria Street, 22nd Floor
Gatineau, QC K1A 0C9

Alexander M. Gay

Email: alexander.gay@cb-bc.gc.ca

Donald Houston

Email: donald.houston@cb-bc.gc.ca

John Syme

Email: john.syme@cb-bc.gc.ca

Derek Leschinsky

Email: derek.leschinsky@cb-bq.ca

Katherine Rydel

Email: katherine.rydel@cb-bc.gc.ca

Sanjay Kumbhare

Email: sanjay.kumbhare@cb-bc.gc.ca

Tel: 613.296.4470

Fax: 819.953.9267

Lawyers for the Applicant, the Commissioner of Competition

AND TO: THE REGISTRAR OF THE COMPETITION TRIBUNAL
Thomas D'Arcy McGee Building
90 Sparks Street, Suite 600
Ottawa, ON K1P 5B4

Email: Tribunal@ct-tc.gc.ca

PUBLIC

INDEX

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
SECONDARY SOURCES		
VOLUME 1		
1)	Blackstone, <i>Commentaries on the Laws of England</i> 343 (1769)	1
2)	<i>Canadian Oxford Dictionary</i> , 2nd ed. (Don Mills: Oxford University Press, 2004), p. 6 (“Abuse”) and p. 1529 (“Stigma”)	5
3)	<i>Collins English Dictionary</i> , 3 ed. (Glasgow: HarperCollins, 1992), p. 7 (“Abuse”)	9
4)	Deschamps, “Cineplex ordered to pay \$38.9-million by Competition Tribunal in ticket fee case”, <i>The Globe and Mail</i> (23 Sept. 2024)	12
5)	European Commission, “Procedures in Article 102 Investigations”, online: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/procedures/article-102-investigations_en	14
6)	European Union, “Guidelines for setting fines” (2020), online: https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/guidelines-for-setting-fines.html	18
7)	Forsyth, <i>History of Trial by Jury</i> (London: John W Parker and Son, 1852), pp. 8-9	21
8)	Goldman, “The Impact of the Competition Act of 1986” in R.S. Khemani and W.T. Stanbury, eds., <i>Canadian Competition Law and Policy at the Centenary</i> (Halifax: The Institute for Research on Public Policy, 1991)	26
9)	Goldman & Joneja, “The Institutional Design of Canadian Competition Law: The Evolving Role of the Commissioner” (2010) 41:3 Loy. U. Chi. L.J. 535	28
10)	Hogg & Wright, <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. (Toronto: Thomson Reuters Canada, 2020+), §47.15, §48:18, §48:21, §51.3	66
11)	Johnston, <i>The People’s Champion: Trial by Jury</i> (Toronto: LexisNexis Canada, 2024) §2.05.	90

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
12)	Jordan, “An Examination of the Proposed Amendments to the Canadian Competition Law: Bill C-91” (1986) 10:2 Suffolk Transnat’l. L.J. 473	97
13)	McGuinness, <i>The Encyclopedic Dictionary of Canadian Law</i> (Toronto: Lexis-Nexis, 2021), Vol. 3, p. S-317 (“Stigma”)	111
14)	McLeod, “Facing the Consequences: Should the Charter Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties?” 30 Nat’l. J. Const. L. 59	114
15)	<i>Paperback Oxford English Dictionary</i> (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 4 (“Abuse”)	140
16)	<i>Public Prosecution Service of Canada Deskbook</i> (Ottawa: Public Prosecution Service of Canada, 2014-2020), 4.2	143
17)	Rankin, “The Origins, Evolution and Puzzling Irrelevance of Jury Recommendations in Second Degree Murder Sentencing” (2015) 40:2 Queen’s L.J. 531	148
18)	Robertson, “Canada Bread’s \$50-million fine sends ‘strong message’ against price fixing, Competition Commissioner says”, <i>The Globe and Mail</i> (22 June 2023)	178
19)	Sullivan, <i>The Construction of Statutes</i> , 7th ed. (Toronto: LexisNexis Canada, 2022) §25.07	181
20)	<i>The Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 7th ed (Oxford: Oxford University Press, 1986), p. 5 (“Abuse”)	198
21)	<i>The Shorter Oxford English Dictionary</i> , 3rd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1959), Vol. I, p. 9 (“Abuse”), and Vol. II, pp. 2019-2020 (“Stigma”)	201
JUDICIAL AUTHORITIES		
VOLUME 2		
22)	3510395 <i>Canada Inc. v. Canada</i> , 2020 FCA 103 , leave refused, 2021 CanLII 15598 (SCC)	206
23)	<i>Air Canada c. Canada</i> , 2003 CarswellQue 14915 (CA)	337

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
24)	Anonymous Case, <i>Lib. Assisarum</i> , 41, 11 (1367), Translated and reprinted in Pound, <i>Readings on the History and System of the Common Law</i> , 2d ed. (Boston: Boston Book Company 1913)	371
25)	<i>Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association</i> , 2003 SCC 36	379
26)	<i>Canada v. Canada Pipe Company Ltd.</i> , 2006 FCA 233 , leave refused, 2007 CanLII 16765 (SCC)	407
VOLUME 3		
27)	<i>Canada v. Chatr Wireless Inc.</i> , 2013 ONSC 5315	461
28)	<i>Canada v. Federation of Law Societies</i> , 2015 SCC 7	542
29)	<i>Canada v. Harkat</i> , 2014 SCC 37	614
30)	<i>Canada v. Lalonde</i> , 2016 ONCA 923	685
31)	<i>Canada v. Pharmaceutical Society (Nova Scotia)</i> , 1992 CarswellNS 15 (SCC)	703
VOLUME 4		
32)	<i>Canada v. Power</i> , 2024 SCC 26	755
33)	<i>Canadian National Transportation Ltd. v. Canada</i> , 1983 CarswellAlta 167 (SCC)	973
VOLUME 5		
34)	<i>Canadian Western Bank v. Alberta</i> , 2007 SCC 22	1027
35)	<i>Charkaoui v. Canada</i> , 2007 SCC 9	1110
36)	<i>Cheatle v. The Queen</i> , [1993] HCA 44	1189
37)	<i>Commissioner of Competition v. Direct Energy Marketing Limited</i> , CT-2012-003 (Consent Agreement, October 30, 2015)	1214
38)	<i>Commissioner of Competition v. Reliance Comfort Limited Partnership</i> , CT-2012-002 (Consent Agreement, November 5, 2014)	1221

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
VOLUME 6		
39)	<i>Commissioner of Competition v. Toronto Real Estate Board</i> , 2016 CACT 7 , affirmed, 2017 FCA 236 , leave refused, 2018 CanLII 78753 (SCC)	1235
VOLUME 7		
40)	<i>Commissioner of Competition v. Vancouver Airport Authority</i> , 2019 CACT 6	1410
VOLUME 8		
41)	<i>Commissioner of Competition v. X</i> , 2018 ONSC 3374	1591
42)	<i>Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario</i> , 1991 CarswellOnt 3004 (SCC)	1610
43)	<i>Dywidag Systems International Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.</i> , 1990 CarswellNS 60 (SCC)	1625
44)	<i>F.H. v. McDougall</i> , 2008 SCC 53	1630
45)	<i>Goodwin v. British Columbia</i> , 2015 SCC 46	1668
46)	<i>Guindon v. Canada</i> , 2015 SCC 41	1718
47)	<i>Halifax Herald Ltd. v. Nova Scotia</i> , 2008 NSSC 369	1784
VOLUME 9		
48)	<i>John Howard Society v. Saskatchewan</i> , 2025 SCC 6	1826
49)	<i>Kligman v. M.N.R.</i> , 2004 FCA 152	1979
50)	<i>MacBain v. Lederman</i> , 1985 CarswellNat 628 (FCA)	2042
51)	<i>Martineau v. MNR</i> , 2004 SCC 81	2075
52)	<i>New Brunswick Broadcasting Co. v. Canadian Radio-Television & Telecommunications Commission</i> , 1984 CarswellNat 66 (FCA)	2098
VOLUME 10		
53)	<i>Northwest Territories v. P.S.A.C.</i> , 2001 FCA 162	2118

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
54)	<i>Ontario v. G</i> , 2020 SCC 38	2157
55)	<i>Pearlman v. Law Society (Manitoba)</i> , 1991 CarswellMan 201 (SCC)	2308
VOLUME 11		
56)	<i>RJR-MacDonald Inc. v. Canada</i> , 1995 CanLII 64 (SCC)	2329
57)	<i>R. v. Albashir</i> , 2021 SCC 48	2497
58)	<i>R. v. Alexander</i> , 2003 BCCA 386	2556
59)	<i>R. v. Appulonappa</i> , 2015 SCC 59	2572
VOLUME 12		
60)	<i>R. v. Archambault</i> , 2024 SCC 35	2619
61)	<i>R. c. Assoc. quebecoise des pharmaciens propriétaires</i> , 1995 CarswellQue 2219 (CS)	2799
62)	<i>R. v. Babos</i> , 2014 SCC 16	2813
63)	<i>R. v. BASF Aktiengesellschaft</i> , 1999 CarswellNat 6381 (FC)	2845
64)	<i>R. v. Big M Drug Mart Ltd.</i> , 1985 CarswellAlta 316 (SCC)	2880
VOLUME 13		
65)	<i>R. v. Bissonnette</i> , 2022 SCC 23	2933
66)	<i>R. v. Brown</i> , 2022 SCC 18	3004
67)	<i>R. v. Brunelle</i> , 2024 SCC 3	3090
68)	<i>R. v. Canada Bread Company Limited</i> , 2023 ONSC 3790	3163
69)	<i>R. v. Cathay Pacific Airways Ltd.</i> , 2013 CarswellOnt 18740 (SCC)	3169
VOLUME 14		
70)	<i>R. v. Chouhan</i> , 2021 SCC 26	3177
71)	<i>R. v. Conway</i> , 2010 SCC 22	3331

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
72)	<i>R. v. Cross</i> , 2006 NSCA 30 , <i>leave refused</i> , 2006 CanLII 29077 (SCC)	3381
73)	<i>R. v. Domfoam Inc.</i> , 2012 CarswellOnt 17498 (SC)	3414
74)	<i>R. v. Eddy Match Co.</i> , 1953 CarswellQue 16 (CA)	3430
75)	<i>R. v. Elliott</i> , [1905] O.J. No. 162 [starting at ¶38] (C.A.)	3450
VOLUME 15		
76)	<i>R. v. Ferguson</i> , 2008 SCC 6	3463
77)	<i>R. v. Furukawa Electric Co.</i> , 2013 CarswellOnt 18744 (SC)	3498
78)	<i>R. v. G. (R.M.)</i> , 1996 CanLII 176 (SCC)	3504
79)	<i>R. v. Grant</i> , 1993 CarswellBC 1168 (SCC)	3547
80)	<i>R v. Grant</i> , 2009 SCC 32	3576
81)	<i>R. v. Jarvis</i> , 2002 SCC 73	3683
VOLUME 16		
82)	<i>R. v. K.R.J.</i> , 2016 SCC 31	3740
83)	<i>R v. Kokopenace</i> , 2015 SCC 28	3817
84)	<i>R. v. Kum</i> , 2015 ONCA 36	3941
VOLUME 17		
85)	<i>R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine</i> , 2003 SCC 74	3973
86)	<i>R. v. McKinlay Transport Ltd.</i> , 1990 CarswellOnt 992 (SCC)	4137
87)	<i>R v. McKnight</i> , [1999] O.J. No. 1321 (C.A.)	4157
88)	<i>R. v. Morgentaler</i> , 1993 CarswellNS 19 (SCC)	4187
89)	<i>R. v. Nestlé Canada Inc.</i> , 2015 ONSC 810	4226

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
VOLUME 18		
90)	<i>R. v. Nur</i> , 2015 SCC 15	4247
91)	<i>R. v. Oakes</i> , 1986 CarswellOnt 95 (SCC)	4333
92)	<i>R. v. Osolin</i> , 1993 CarswellBC 512 (SCC)	4366
93)	<i>R. v. Samji</i> , 2017 BCCA 415 , leave refused, 2018 CanLII 48394 (SCC)	4435
94)	<i>R. v. Shoker</i> , 2006 SCC 44	4491
95)	<i>R. v. Stinchcombe</i> , 1991 CarswellAlta 192 (SCC)	4520
96)	<i>R. v. Swietlinski</i> , 1994 CarswellOnt 102 (SCC)	4536
VOLUME 19		
97)	<i>R. v. Trebilcock</i> (1858), 169 ER 1079	4559
98)	<i>R. v. Veranski</i> , 2011 BCSC 1322	4563
99)	<i>R. v. Volkswagen AG</i> , 2020 ONCJ 398	4627
100)	<i>R. v. Wigglesworth</i> , 1987 CarswellSask 385 (SCC)	4644
101)	<i>Re B.C. Motor Vehicle Act</i> , 1985 CarswellBC 398 (SCC)	4668
102)	<i>Reference re Firearms Act</i> , 2000 SCC 31	4709
103)	<i>Rémillard v. Canada</i> , 2022 FCA 63	4762
104)	<i>Round v. MacDonald, Dettwiler and Associates Ltd.</i> , 2012 BCCA 456	4800
105)	<i>Schachter v. Canada</i> , 1992 CarswellNat 1006 (SCC)	4817
VOLUME 20		
106)	<i>Singh v. Canada</i> , 985 CarswellNat 152 (SCC)	4847
107)	<i>Slaight Communications Inc. v. Davidson</i> , 1989 CarswellNat 695 (SCC)	4940

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
108A)	<i>Southam Inc. v. Canada</i> , 1983 ABCA 32 , affirmed, 1984 CarswellAlta 121 (SCC) [<i>sub nom.</i> , <i>Hunter v. Southam Inc.</i>]	4974
108B)	<i>Canada (Director of Investigation & Research, Combines Investigation Branch) v. Southam Inc.</i> , 1984 CarswellAlta 121 (SCC)	4991
109)	<i>United States Steel Corporation v. Canada</i> , 2011 FCA 176	5017

RJR-MacDonald Inc. *Appellant*

v.

**The Attorney General of
Canada** *Respondent*

and

Imperial Tobacco Ltd. *Appellant*

v.

**The Attorney General of
Canada** *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec *Mis-en-
cause*

and

**The Attorney General for Ontario, the
Heart and Stroke Foundation of Canada,
the Canadian Cancer Society, the Canadian
Council on Smoking and Health, the
Canadian Medical Association, and the
Canadian Lung Association** *Intervenants*INDEXED AS: **RJR-MACDONALD INC. v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL)**

File Nos.: 23460, 23490.

1994: November 29, 30; 1995: September 21.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory, **McLachlin**, Iacobucci and
Major J.J.ON APPEAL
QUEBEC**As she then was, in concurring
reasons***Constitutional law — Division of powers — Charter
of Rights — Freedom of expression — Commercial
advertising — Cigarette advertising banned — Whether
or not legislation validly enacted under criminal law***Please see in particular para. 160 (in
the concurring reasons of Justice
McLachlin, as she then was)****Le procureur général du Canada** *Intimé*

et

Imperial Tobacco Ltd. *Appelante*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Le procureur général du Québec *Mis en
cause*

et

**Le procureur général de l'Ontario, la
Fondation des maladies du cœur du
Canada, la Société canadienne du cancer,
le Conseil canadien sur le tabagisme et
la santé, l'Association médicale canadienne
et l'Association pulmonaire du
Canada** *Intervenants*RÉPERTOIRÉ: **RJR-MACDONALD INC. c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Nos du greffe: 23460, 23490.

1994: 29, 30 novembre; 1995: 21 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, **McLachlin**,
Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit constitutionnel — Partage des compétences —
Charte des droits — Liberté d'expression — Publicité
commerciale — Publicité de la cigarette interdite — Les
dispositions législatives ont-elles été valablement adop-*

power or under peace, order and good government clause — If so, whether or not Act's provisions infringing s. 2(b) Charter right to freedom of expression — If so, whether or not infringements justifiable under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Constitution Act, 1867, Preamble, s. 91(27) — Tobacco Products Control Act, S.C. 1988, c. 20, ss. 4, 5, 6, 8, 9.

The *Tobacco Products Control Act* (the "Act") broadly prohibited (with specified exceptions) all advertising and promotion of tobacco products and the sale of a tobacco product unless its package includes prescribed unattributed health warnings and a list of toxic constituents. The legislative scheme targeted three distinct categories of commercial activity: advertising, promotion and labelling. The Act, except for a prohibition on the distribution of free samples of tobacco products, did not proscribe the sale, distribution or use of tobacco products.

These proceedings began with two separate motions for declaratory judgments before the Quebec Superior Court. The appellant RJR-MacDonald Inc. sought a declaration that the Act was wholly *ultra vires* Parliament and invalid as an unjustified infringement of freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant Imperial Tobacco Ltd. sought the same order, but only in respect of ss. 4 and 5 (advertisement of tobacco products), and ss. 6 and 8 (promotion of tobacco products). The two motions were heard together in the Quebec Superior Court which declared the whole of the Act *ultra vires* the Parliament of Canada and as well found it to be of no force or effect as an unjustified infringement of s. 2(b) of the *Charter*. The Quebec Court of Appeal reversed this judgment. The constitutional questions considered by this Court queried: (1) whether Parliament had legislative competence to enact the Act under either the peace, order and good government of Canada clause or the criminal law power, and (2) whether the Act infringed the right to freedom of expression protected by s. 2(b) of the *Charter* and, if so, whether it was saved under s. 1.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. dissenting): The appeals should be allowed. The first constitutional question dealing with the legisla-

tées dans le cadre de la compétence en matière de droit criminel ou en vertu de la disposition relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement? — Dans l'affirmative, les dispositions de la Loi violent-elles la liberté d'expression garantie à l'art. 2b) de la Charte? — Dans l'affirmative, les violations sont-elles justifiables en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 91(27) — Loi réglementant les produits du tabac, L.C. 1988, ch. 20, art. 4, 5, 6, 8, 9.

La *Loi réglementant les produits du tabac* (la «Loi») comporte une interdiction générale (sous réserve d'exceptions précises) de toute publicité et promotion en faveur des produits du tabac et de la vente de ces produits à moins que leur emballage ne comporte les mises en garde non attribuées prévues et une liste de leurs substances toxiques. Le régime législatif vise trois catégories distinctes d'activité commerciale: la publicité, la promotion et l'étiquetage. Sauf pour ce qui est de l'interdiction de distribuer des échantillons gratuits, la Loi n'interdit pas la vente, la distribution ou l'usage des produits du tabac.

Les présents litiges ont commencé par deux requêtes distinctes visant à obtenir des jugements déclaratoires devant la Cour supérieure du Québec. L'appelante RJR-MacDonald Inc. a demandé que la Loi soit déclarée complètement *ultra vires* du Parlement du Canada et non valide du fait qu'elle constitue une violation injustifiée de la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelante Imperial Tobacco Ltd. a demandé la même ordonnance, mais seulement relativement aux art. 4 et 5 (publicité en faveur des produits du tabac) et aux art. 6 et 8 (promotion des produits du tabac). Les deux requêtes ont été entendues en même temps par la Cour supérieure du Québec, qui a déclaré l'ensemble de la Loi *ultra vires* du Parlement du Canada et a affirmé que la Loi était inopérante du fait qu'elle constituait une violation injustifiée de l'al. 2b) de la *Charte*. La Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision. Notre Cour a examiné les questions constitutionnelles visant à déterminer: (1) si le Parlement avait la compétence nécessaire pour adopter la Loi soit pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, soit dans le cadre de sa compétence en matière de droit criminel, et (2) si la Loi porte atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si elle est sauvegardée par l'article premier.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory sont dissidents): Les pourvois sont accueillis. La première question constitutionnelle traitant de la compé-

tive competence of Parliament to enact the legislation under the criminal law power or for the peace, order and good government of Canada should be answered in the positive. With respect to the second constitutional question, ss. 4 (re advertising), 8 (re trade mark use) and 9 (re unattributed health warnings) of the Act are inconsistent with the right of freedom of expression as set out in 2(b) of the *Charter* and do not constitute a reasonable limit on that right as can be demonstrably justified pursuant to s. 1 thereof. La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. would find that they constitute a reasonable limit. Given that ss. 5 (re retail displays) and 6 (re sponsorships) could not be cleanly severed from ss. 4, 8 and 9, all are of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Division of Powers

(i) Criminal Law Power

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. (Sopinka and Major JJ. dissenting): The legislation was validly enacted under the criminal law power.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The legislation was validly enacted under the criminal law power, and it was accordingly unnecessary to consider whether it fell under the peace, order and good government clause. The criminal law power is plenary in nature, defined broadly, and not frozen in time or confined to a fixed domain of activity. The legislation must not, however, be colourable; some legitimate public purpose must underlie the prohibition.

The *Tobacco Products Control Act* is, in pith and substance, criminal law. Parliament's purpose was to prohibit three categories of acts: advertisement of tobacco products (ss. 4 and 5), promotion of tobacco products (ss. 6 to 8) and sale of tobacco products without printed health warnings (s. 9). The penal sanctions accompanying these prohibitions created a *prima facie* indication that the Act was criminal law. The Act also has an underlying criminal public purpose directed at some injurious effect upon the public — the detrimental health effects caused by tobacco consumption which were clearly demonstrated by the attorney general at trial.

tence du Parlement de légiférer en matière de droit criminel ou pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada reçoit une réponse positive. Pour ce qui est de la seconde question constitutionnelle, les art. 4 (la publicité), 8 (les marques) et 9 (les messages non attribués relatifs à la santé) de la Loi sont incompatibles avec le droit à la liberté d'expression garanti à l'al. 2b) de la *Charte* et n'apportent pas une limite raisonnable à l'exercice de ce droit, dont la justification puisse se démontrer au sens de l'article premier. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory sont d'avis qu'ils apportent une limite raisonnable. Vu que les art. 5 (commerce au détail) et 6 (parrainage) ne peuvent pas nettement être distingués des art. 4, 8 et 9, ils sont tous inopérants aux termes de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Partage des compétences

(i) Compétence en matière de droit criminel

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci (les juges Sopinka et Major sont dissidents): La loi a été validement adoptée en vertu de la compétence en matière de droit criminel.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: La Loi constitue un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel, et il était inutile d'examiner si elle relève de la compétence de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement. La compétence en matière de droit criminel est de nature plénière, sa portée est définie largement et sa définition n'est pas gelée à une époque déterminée ni restreinte à un domaine d'activité fixe. La loi ne doit pas être spécieuse; l'interdiction doit se fonder sur un objectif public légitime.

La *Loi réglementant les produits du tabac* est, de par son caractère véritable, une loi en matière de droit criminel. L'objectif du Parlement était d'interdire trois catégories d'actes: la publicité en faveur des produits du tabac (art. 4 et 5), la promotion des produits du tabac (art. 6 à 8) et la vente des produits du tabac dont l'emballage ne comporterait pas de messages relatifs à la santé (art. 9). Les sanctions pénales dont ces interdictions sont assorties créent une indication à première vue que la Loi est de droit criminel. La Loi a également un objectif public sous-jacent du droit criminel dirigé contre un effet nuisible pour le public — les effets nocifs de l'usage du tabac sur la santé, que le procureur général a clairement établis en première instance.

“Health” is not an enumerated head under the *Constitution Act, 1867*, and may be dealt with by valid federal or provincial legislation depending on the circumstances and nature and scope of the problem in question. The protection of health is one of the ordinary ends of the federal criminal law power. The scope of that power includes, for example, the right to legislate with respect to dangerous goods, including health warnings on dangerous goods. This legislation was not colourable. Its purpose is to protect Canadians against the serious health hazards that flow from the consumption of tobacco. Parliament’s decision to criminalize tobacco advertisement and promotion is a valid exercise of the criminal law power. The Act has the requisite “criminal public purpose” even though Parliament has not criminalized the “evil” ultimately aimed at but rather an activity ancillary to the “evil”. A prohibition upon the sale or consumption of tobacco is not now a practical policy option, given the addictive nature of tobacco products, and the large number of Canadians who smoke. It would be absurd to limit Parliament’s power to legislate in this emerging area of public concern simply because it cannot as a practical matter impose a prohibition more specifically aimed at the evil. The constitutionality of such legislation has recently been upheld in other cases.

The legislation, while not serving a “public purpose commonly recognized as being criminal in nature”, is nevertheless a valid exercise of the criminal law power. The definition of the criminal law is not “frozen as of some particular time” and the criminal law power includes the power to create new crimes. The existence of exemptions within the legislation does not transform it from criminal to regulatory legislation. Broad status-based exemptions to criminal legislation do not detract from the legislation’s criminal nature; they help define the crime by clarifying its contours.

Per McLachlin J.: Parliament may impose advertising bans and require health warnings on tobacco products under its criminal law power.

Per Sopinka and Major JJ.: Section 9 of the *Tobacco Products Control Act* falls within Parliament’s power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, but ss. 4, 5, 6, and 8 which prohibit all advertising and promotion

La «santé» n’est pas un chef de compétence énuméré dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, et la compétence en cette matière peut valablement être exercée dans le cadre de lois fédérales ou provinciales, selon les circonstances et selon la nature et la portée du problème en question. La protection de la santé constitue un des buts habituels de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Cette compétence comprend, par exemple, le droit de légiférer à l’égard des marchandises dangereuses, notamment à l’égard des mises en garde relatives à la santé. La loi en cause n’était pas spécieuse. Elle a pour objet de protéger les Canadiens contre les graves dangers de l’usage du tabac. La décision du Parlement de criminaliser la publicité et la promotion du tabac constitue un exercice valide de sa compétence en matière de droit criminel. La Loi vise un «objectif public du droit criminel» même si le Parlement n’a pas criminalisé le «mal» visé mais plutôt un aspect secondaire du «mal». Une interdiction de vente ou d’usage du tabac ne constitue pas une option politique pratique pour le moment, étant donné la dépendance que suscitent les produits du tabac et le grand nombre de Canadiens qui fument. Il serait absurde de restreindre la compétence du Parlement de légiférer dans ce nouveau domaine d’intérêt public simplement parce qu’il ne peut pas, d’un point de vue pratique, imposer une interdiction visant plus précisément le mal. La constitutionnalité de lois de ce genre a récemment été maintenue.

Bien qu’elle ne serve pas «une fin publique communément reconnue comme étant de nature criminelle» la Loi constitue néanmoins un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel. La définition du droit criminel n’est pas «gelée» à une époque déterminée, et la compétence de légiférer en matière de droit criminel comprend celle de définir de nouveaux crimes. Le fait qu’il existe des exemptions dans une loi n’en fait pas un texte réglementaire plutôt qu’un texte relevant du droit criminel. La création d’une exemption générale, fondée sur le statut, à l’application d’une loi en matière criminelle n’a pas pour effet d’enlever à la loi son caractère de droit criminel, elle contribue plutôt à définir l’infraction en clarifiant les particularités.

Le juge McLachlin: En vertu de sa compétence en matière de droit criminel, le Parlement peut imposer des interdictions sur la publicité et exiger l’apposition de mises en garde relatives à la santé sur les produits du tabac.

Les juges Sopinka et Major: L’article 9 de la *Loi réglementant les produits du tabac* relève de la compétence du Parlement en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais les art. 4, 5, 6 et 8, qui

of tobacco products and restrict the use of tobacco trademarks, do not. The criminal law power encompasses the right to legislate against dangerous foods and drugs, including tobacco products. Manufacturers of tobacco products are under a duty to disclose and warn of the dangers inherent in the consumption of tobacco products and failure to do so can validly constitute a crime.

The prohibition of conduct which interferes with the proper functioning of society or which undermines the safety and security of society as a whole lies at the heart of the criminal law. Matters posing a significant and serious risk of harm or causing significant and serious harm to public health, safety or security can be proscribed by Parliament as criminal. Lesser threats to society and its functioning are addressed through non-criminal regulation.

Care must be taken not to overstate the objective because its importance may be exaggerated and the analysis compromised. The objective of the advertising ban and trade mark usage restrictions is to prevent Canadians from being persuaded by advertising and promotion to use tobacco products.

The undesirability of this form of expression does not pose such a grave and serious danger to public health as to make it criminal. The Act lacked a typically criminal public purpose and is too far removed from the injurious or undesirable effects of tobacco use to constitute a valid exercise of the criminal law power. Those areas where ancillary activities have been criminalized, rather than the core activity itself, concern matters which have traditionally been subject to criminal sanctions and pose significant and serious dangers in and of themselves. Parliament could have criminalized tobacco use but chose not to.

Broad-based exemptions are a factor which may lead a court to conclude that the proscribed conduct is not truly criminal. The prohibitions on advertising cannot be upheld as a valid exercise of the criminal law power given the broad-based exemptions allowing for tobacco advertising in imported publications and given that the Act does not engage a typically criminal public purpose.

interdisent toute publicité et promotion en faveur des produits du tabac et restreignent l'utilisation des marques de tabac, n'en relèvent pas. La compétence en matière de droit criminel comprend le droit de légiférer contre les produits dangereux et les drogues, y compris les produits du tabac. Les fabricants de produits du tabac ont l'obligation de mettre en garde contre les dangers inhérents à la consommation du tabac, et l'omission de le faire peut valablement constituer un crime

L'interdiction de tout comportement qui entrave le bon fonctionnement de la société ou qui compromet la sécurité de la société dans son ensemble est au cœur du droit criminel. Tout ce qui pose un risque de préjudice grave et important ou qui entraîne pour la sécurité et la santé du public un préjudice grave ou important peut être interdit par le Parlement comme relevant du droit criminel. Les menaces moins graves pour la société et son fonctionnement sont ciblées dans les régimes de réglementation qui ne relèvent pas du droit criminel.

Il faut veiller à ne pas surestimer l'objectif parce qu'on risque d'en exagérer l'importance et d'en compromettre l'analyse. L'objectif de l'interdiction de publicité et des restrictions à l'usage des marques est d'empêcher la population canadienne de se laisser convaincre par la publicité et la promotion de faire usage du tabac.

Le fait que cette forme d'expression soit indésirable ne présente pas un risque grave et important pour la santé publique au point de la rendre criminelle. La Loi est dénuée d'un objectif public habituellement reconnu du droit criminel et est trop éloignée des effets nocifs ou indésirables de l'utilisation du tabac pour constituer un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel. Les domaines où les activités secondaires ont été criminalisées, plutôt que l'activité principale même, portent sur des sujets qui ont toujours fait l'objet de sanctions pénales et comportent en soi des dangers graves et importants. Le Parlement aurait pu criminaliser l'usage du tabac, mais il a choisi de ne pas le faire.

L'existence d'exemptions générales est un facteur qui peut mener un tribunal à conclure que le comportement interdit n'est pas véritablement criminel. L'interdiction de publicité ne peut pas être maintenue à titre d'exercice valide de la compétence en matière de droit criminel compte tenu des exemptions générales qui permettent la publicité en faveur du tabac dans les publications importées et du fait que la Loi ne relève pas d'un objectif public habituellement reconnu du droit criminel.

Charter Issues**(i) Infringement**

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The impugned sections infringed freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of the Charter.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: The prohibition on advertising and promotion under the Act infringed appellants' right to freedom of expression under s. 2(b) of the Charter.

Per Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The prohibition on advertising and promotion of tobacco products violated the right to free expression. Since freedom of expression necessarily entails the right to say nothing or the right not to say certain things, the requirement that tobacco manufacturers place an unattributed health warning on tobacco packages combined with the prohibition against displaying any writing on their packaging other than the name, brand name, trade mark, and other information required by legislation too infringed this right. Section 7, which prohibits the free distribution of any tobacco product in any form, is closely connected to the law's objective and should stand.

(ii) Section 1 Analysis

Per Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The impugned sections were not justified under s. 1 of the Charter. La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. would have found the impugned sections justified and therefore saved under s. 1.

Per Sopinka, McLachlin and Major JJ.: The appropriate test in a s. 1 analysis is that found in s. 1 itself: whether the infringement is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. No conflict exists between the words of s. 1 and the jurisprudence founded upon Oakes. The word "demonstrably" in s. 1 is critical: the process is neither one of mere intuition nor of deference to Parliament's choice. While remaining sensitive to the social and political context of the impugned law and allowing for difficulties of proof inherent in that context, the courts must nevertheless insist that, before the state can override constitutional rights, there be a reasoned demonstration of the good

Questions relatives à la Charte**(i) Violation**

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Les dispositions contestées violent la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la Charte.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory: L'interdiction de publicité et de promotion imposée par la Loi viole le droit des appelantes à la liberté d'expression garanti à l'al. 2b) de la Charte.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major: L'interdiction imposée sur la publicité et la promotion des produits du tabac constitue une violation du droit à la liberté d'expression. Comme la liberté d'expression comporte nécessairement le droit de ne rien dire ou encore le droit de ne pas dire certaines choses, l'obligation imposée aux fabricants de tabac d'inscrire sur les emballages des produits du tabac des messages non attribués relatifs à la santé, conjuguée à l'interdiction d'apposer sur l'emballage d'un produit des mentions autres que la désignation, le nom, la marque et les renseignements prévus par une loi, constitue une violation de ce droit. L'article 7, qui interdit la distribution gratuite des produits du tabac, sous quelque forme que ce soit, se rattache étroitement à l'objectif de la loi et devrait être déclaré valide.

(ii) Analyse relative à l'article premier

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major: Les dispositions contestées ne sont pas justifiées en vertu de l'article premier de la Charte. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory auraient conclu que les dispositions contestées étaient justifiées et qu'elles étaient par conséquent sauvegardées par l'article premier.

Les juges Sopinka, McLachlin et Major: Le critère approprié applicable à une analyse fondée sur l'article premier se trouve dans la disposition même et consiste à déterminer si la violation est raisonnable et peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il n'existe pas d'incompatibilité entre le libellé de l'article premier et la jurisprudence fondée sur l'arrêt Oakes. Les mots «puisse se démontrer» sont importants. En effet, il ne s'agit pas de procéder par simple intuition ou d'affirmer qu'il faut avoir de l'égard pour le choix du Parlement. Bien qu'ils doivent demeurer conscients du contexte socio-politique de la loi attaquée et reconnaître les difficultés qui y sont propres en matière de preuve, les

which the law may achieve in relation to the seriousness of the infringement.

Context, deference and a flexible and realistic standard of proof are essential aspects of the s. 1 analysis. The *Oakes* test must be applied flexibly, having regard to the factual and social context of each case. This contextual approach does not reduce the obligation on the state to demonstrate that the limitation on rights imposed by the law is reasonable and justified. The deference accorded to Parliament may vary with the social context but must not be carried to the point of relieving the government of its *Charter*-based burden of demonstrating the limits it has imposed on guaranteed rights to be reasonable and justifiable. To do so would diminish the role of the courts in the constitutional process and weaken the structure of rights. The civil standard of proof on a balance of probabilities at all stages of the proportionality analysis is more appropriate.

Courts of appeal, as a general rule, decline to interfere with findings of fact by a trial judge unless they are unsupported by the evidence or based on clear error. In the context of the s. 1 analysis, more deference may be required where findings are based on evidence of a purely factual nature whereas a lesser degree of deference may be required where the trial judge has considered social science and other policy-oriented evidence. Appellate courts generally are not as constrained by the trial judge's findings in the context of the s. 1 analysis as they are in the course of non-constitutional litigation because the impact of the infringement on constitutional rights must often be assessed by reference to a broad review of social, economic and political factors in addition to scientific facts.

The objective should not be overstated. The objective relevant to the s. 1 analysis is that of the infringing measure, since only the infringing measure must be justified. If the objective is stated too broadly, its importance may be exaggerated and the analysis compromised. The objective of the impugned measures, however, is somewhat narrower than the objectives of the wider legisla-

tribunaux doivent néanmoins insister pour que, avant qu'il ne supprime un droit protégé par la Constitution, l'État fasse une démonstration raisonnée du bien visé par la loi par rapport à la gravité de la violation.

Les concepts de contexte, de respect et d'application d'une norme de preuve souple et réaliste sont des aspects essentiels de l'analyse fondée sur l'article premier. Le critère formulé dans *Oakes* doit être appliqué avec souplesse, compte tenu du contexte factuel et social de chaque cas particulier. Cette analyse contextuelle n'a pas pour effet de diminuer l'obligation qu'a l'État de démontrer que la restriction des droits est raisonnable et justifiée. Le respect accordé au Parlement peut varier en fonction du contexte social, mais il ne doit pas aller jusqu'au point de libérer le gouvernement de l'obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu'il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables. Agir ainsi reviendrait à diminuer le rôle des tribunaux à l'intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits. La norme de preuve qui convient, à toutes les étapes de l'analyse de la proportionnalité, est celle qui s'applique en matière civile, c'est-à-dire la preuve selon la prépondérance des probabilités.

En règle générale, une cour d'appel refuse de modifier les conclusions de fait du juge de première instance, sauf si ces conclusions ne s'appuient pas sur la preuve ou sont fondées sur une erreur manifeste. Dans le contexte de l'analyse fondée sur l'article premier, il pourrait bien être nécessaire de faire preuve d'une plus grande retenue à l'égard de conclusions fondées sur une preuve de nature purement factuelle, qu'à l'égard de conclusions que le juge de première instance aurait tirées après l'examen de la preuve en matière de sciences humaines et d'autres questions de principe. En règle générale, dans le contexte d'une analyse fondée sur l'article premier, une cour d'appel n'est pas liée par les conclusions du juge de première instance au même degré qu'elle l'est dans le cadre d'un litige de nature non constitutionnelle, puisque l'incidence de la violation sur les droits constitutionnels doit souvent être évaluée dans le cadre d'un vaste examen de facteurs sociaux, économiques et politiques, qui vient s'ajouter à celui de faits scientifiques.

Il faut veiller à ne pas surestimer l'objectif. Aux fins d'une analyse fondée sur l'article premier, l'objectif pertinent est celui de la mesure attentatoire puisque c'est cette dernière que l'on cherche à justifier. Si l'on formule l'objectif d'une façon trop large, on risque d'exagérer l'importance et d'en compromettre l'analyse. Cependant, l'objectif des mesures contestées est un peu

tive and policy scheme in which the Act is found. The advertising ban and trade mark usage restrictions are to prevent people in Canada from being persuaded by advertising and promotion to use tobacco products. The mandatory package warning is to discourage people who see the package from tobacco use. Both constitute important objectives. The critical question, however, is not the evil tobacco works generally in our society, but the evil which the legislation addresses.

The extent to which this Court should defer to the trial judge's findings depends on whether the findings relate to purely factual matters or whether they relate to complex social science evidence from which it is difficult to draw firm factual and scientific conclusions. Less deference should be accorded to the trial judge's finding that the complete ban on advertising was not rationally connected to the aim of reducing advertising-induced consumption. Much of the evidence adduced on this point was social science evidence predictive of human behaviour from which it was difficult to draw firm factual conclusions.

The impugned provisions mandating a complete ban and unattributed package warnings do not minimally impair the right to free expression. Under the minimal impairment analysis, the trial judge did not rely on problematic social science data, but on the fact that the government had adduced no evidence to show that less intrusive regulation would not achieve its goals as effectively as an outright ban. Nor had the government adduced evidence to show that attributed health warnings would not be as effective as unattributed warnings on tobacco packaging.

The causal relationship between the infringement of rights and the benefit sought may sometimes be proved by scientific evidence showing that as a matter of repeated observation, one affects the other. Where, however, legislation is directed at changing human behaviour, as in the case of the *Tobacco Products Control Act*, the causal relationship may not be scientifically

plus restreint que les objectifs plus vastes du régime complexe dans lequel s'inscrit la Loi sur le plan législatif et sur celui des principes. L'interdiction de publicité et les restrictions à l'usage des marques visent à empêcher la population canadienne de se laisser convaincre par la publicité et la promotion de faire usage du tabac. L'objectif de la mise en garde obligatoire est de dissuader les gens qui voient l'emballage de faire usage du tabac. Dans les deux cas, il s'agit d'objectifs importants. La question cruciale, toutefois, n'est pas le mal que le tabac cause dans l'ensemble de notre société, mais bien le mal auquel s'attaque la loi.

La mesure dans laquelle notre Cour devrait faire preuve de retenue à l'égard des conclusions du juge de première instance dépend de la réponse à la question de savoir si les conclusions se rapportent à des questions purement factuelles ou à des éléments de preuve complexes en matière de sciences humaines à partir desquels il est difficile de tirer de solides conclusions factuelles et scientifiques. Il y a lieu de faire preuve d'une moins grande retenue à l'égard de la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'interdiction totale de publicité n'avait pas de lien rationnel avec l'objectif de diminution de la consommation provoquée par la publicité. La majeure partie de la preuve présentée sur ce point consistait en des données en matière de sciences humaines concernant le comportement humain prévisible, à partir desquelles il était difficile de tirer de solides conclusions factuelles.

Les dispositions attaquées, qui interdisent toute publicité et exigent l'apposition de mises en garde non attribuées sur les emballages, ne constituent pas une atteinte minimale à la liberté d'expression. Dans le cadre de l'analyse de l'atteinte minimale, le juge de première instance ne s'est pas fié à des données problématiques en matière de sciences humaines mais plutôt au fait que le gouvernement n'avait pas présenté d'éléments de preuve établissant qu'un règlement moins attentatoire n'atteindrait pas ses objectifs aussi efficacement qu'une interdiction totale. Le gouvernement n'avait pas non plus présenté d'éléments de preuve pour établir que des mises en garde attribuées sur les emballages des produits du tabac ne seraient pas aussi efficaces que des mises en garde non attribuées.

Le lien causal entre l'atteinte aux droits et l'avantage recherché peut parfois être établi par une preuve scientifique démontrant, à la suite d'une observation répétée, que l'un influe sur l'autre. Par contre, dans les cas où une loi vise une modification du comportement humain, comme dans le cas de la *Loi réglementant les produits du tabac*, le lien causal pourrait bien ne pas être mesura-

measurable. In such cases, this Court has been prepared to find a causal connection between the infringement and benefit sought on the basis of reason or logic, without insisting on direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective. Here, no direct evidence of a scientific nature showed a causal link between advertising bans and decrease in tobacco consumption. A link, established on a balance of probabilities and based on reason, existed between certain forms of advertising, warnings and tobacco consumption. No causal connection existed however, whether based on direct evidence or logic and reason, between the objective of decreasing tobacco consumption and s. 8's absolute prohibition on the use of a tobacco trade mark on articles other than tobacco products. Section 8 failed the rational connection test.

A complete ban on a form of expression is more difficult to justify than a partial ban. The government must show that only a full prohibition will enable it to achieve its objective. Where, as here, no evidence is adduced to show that a partial ban would be less effective than a total ban, the justification required by s. 1 to save the violation of free speech is not established.

As a matter of reason and logic, lifestyle advertising is designed to increase consumption. Purely informational or brand preference advertising, however, has not been shown to have this effect. Several less intrusive alternative measures would be a reasonable impairment of the right to free expression, given the important objective and the legislative context.

Allowing Parliament to choose such measures as it sees fit by contrasting the importance of Parliament's objective with the low value of the expression at issue raises a number of concerns. First, to argue that the importance of the legislative objective justifies more deference to the government at the stage of evaluating minimal impairment, is to engage in the balancing between objective and deleterious effect contemplated by the third stage of the proportionality analysis in *Oakes*. Second, just as care must be taken not to overvalue the legislative objective beyond its actual parameters, so care must be taken not to undervalue the expression at issue. Third, a great deal of reliance is placed on the fact that the appellants are motivated by profit. Motivation to profit is irrelevant to the determination of

ble du point de vue scientifique. Dans ces cas, notre Cour s'est montrée disposée à reconnaître l'existence d'un lien causal entre la violation et l'avantage recherché sur le fondement de la raison ou de la logique, sans insister sur la nécessité d'une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l'objectif législatif. En l'espèce, il n'existait aucune preuve directe de nature scientifique de l'existence d'un lien causal entre une interdiction de publicité et la diminution de l'usage du tabac. On a établi, suivant la prépondérance des probabilités, l'existence d'un lien fondé sur la raison entre certaines formes de publicité, les mises en garde et l'usage du tabac. Cependant, il n'existait pas de lien causal, fondé sur une preuve directe ou sur la logique ou la raison, entre l'objectif de diminution de l'usage du tabac et l'interdiction absolue, imposée par l'art. 8, quant à l'usage des marques sur des articles autres que les produits du tabac. L'article 8 ne satisfait pas au critère du lien rationnel.

Il est plus difficile de justifier l'interdiction totale d'une forme d'expression que son interdiction partielle. Le gouvernement doit établir que seule une interdiction totale lui permettra d'atteindre son objectif. Si, comme en l'espèce, aucune preuve n'a été présentée pour démontrer qu'une interdiction partielle serait moins efficace qu'une interdiction totale, on n'a pas établi la justification requise en vertu de l'article premier visant à sauvegarder la violation de la liberté d'expression.

D'un point de vue rationnel et logique, la publicité de style de vie vise à accroître la consommation, mais rien n'indique que la publicité purement informative ou de fidélité aux marques a cet effet. Plusieurs autres mesures, par ailleurs moins envahissantes, constitueraient une atteinte raisonnable au droit à la liberté d'expression, étant donné l'importance de l'objectif et du contexte législatif.

Permettre au Parlement de choisir les mesures qu'il juge appropriées en comparant l'importance de l'objectif qu'il vise et la faible valeur de l'expression en cause soulève certaines préoccupations. Premièrement, soutenir que l'importance de l'objectif législatif justifie un plus grand respect envers le gouvernement à l'étape de l'évaluation de l'atteinte minimale, c'est procéder à la pondération des effets objectifs et des effets préjudiciables, prévue à la troisième étape de l'analyse de la proportionnalité dans l'arrêt *Oakes*. Deuxièmement, tout comme il faut prendre soin de ne pas surestimer l'objectif législatif par rapport à ses véritables paramètres, il faut veiller à ne pas sous-estimer l'importance de l'expression en cause. Troisièmement, une grande importance est accordée au fait que les appelantes sont moti-

whether the government has established that the law is reasonable or justified as an infringement of freedom of expression.

The requirement that the warning be unattributed pursuant to s. 9 of the Act fails to meet the minimum impairment requirement of proportionality. The government is clearly justified in requiring the appellants to place warnings on tobacco packaging. For the reasons given with respect to the advertising ban, a lower level of constitutional scrutiny is not justified in deciding whether it was necessary to prohibit the appellants from attributing the message to the government and whether it was necessary to prevent the appellants from placing on their packaging any information other than that allowed by the regulations.

Per Lamer C.J. and Iacobucci J.: The *Tobacco Products Control Act* did not minimally impair the appellants' s. 2(b) *Charter* rights. An attenuated minimal impairment analysis could unduly dilute the s. 1 principles as originally cast in *Oakes* and related cases creating the risk that *Charter* violations would be too easily justified, with the result that *Charter* values would be too easily undercut.

The Act was rationally connected to its goal of protecting Canadians from the health risks associated with tobacco use. Rational connection is to be established, upon a civil standard, through reason, logic or common sense. The existence of scientific proof is simply of probative value in demonstrating this reason, logic or common sense but is by no means dispositive or determinative. The Act, however, was not "social engineering". Agreement was expressed with the approach described by La Forest J. relative to appellate court intervention on legislative or social facts found by a trial judge.

Minimal impairment analysis requires consideration of whether or not the legislature turned its mind to alternative and less rights-impairing means to promote its legislative goal. Here, evidence related to the options considered as alternatives to the total ban was withheld from the factual record. In cases like these involving wide public interest constitutional litigation, government should remain non-adversarial and make full dis-

vées par le profit. La volonté de faire un profit ne constitue pas une considération pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si le gouvernement a établi que la loi est raisonnable ou justifiée en tant qu'atteinte à la liberté d'expression.

L'exigence de la non-attribution des mises en garde, prévue à l'art. 9 de la Loi, ne satisfait pas à l'exigence de l'atteinte minimale de la proportionnalité. Le gouvernement est clairement justifié d'exiger des appelantes qu'elles apposent des mises en garde sur les emballages des produits du tabac. Pour les motifs exposés relativement à l'interdiction de publicité, il n'est pas justifié de procéder à une analyse constitutionnelle moins approfondie afin de décider s'il était nécessaire d'interdire aux appelantes d'attribuer le message au gouvernement et s'il était nécessaire de les empêcher d'apposer sur leur emballage des renseignements autres que ceux autorisés par règlement.

Le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci: La Loi réglementant les produits du tabac ne constitue pas une atteinte minimale aux droits garantis aux appelantes par l'al. 2b) de la Charte. Une analyse assouplie de l'atteinte minimale risque de trop diluer les principes d'application de l'article premier par rapport à leur formulation initiale dans l'arrêt Oakes et les arrêts connexes, créant ainsi un risque que les violations de la Charte ne soient trop facilement justifiées et, de ce fait, que les valeurs protégées par la Charte ne soient trop facilement contrecarrées.

La Loi a un lien rationnel avec son objectif de protéger les Canadiens contre les méfaits de l'usage du tabac sur la santé. Le lien rationnel doit être établi, selon la norme de preuve en matière civile, par la raison, la logique ou le simple bon sens. L'existence d'une preuve scientifique n'a une valeur probante que lorsqu'il s'agit d'établir la raison, la logique ou le bon sens, mais elle n'est en aucune façon déterminante. Toutefois, la Loi n'est pas une forme d'«ingénierie sociale». La méthode décrite par le juge La Forest relativement à l'intervention des cours d'appel en ce qui concerne les faits législatifs ou sociaux constatés par le juge de première instance est acceptée.

Dans l'analyse de l'atteinte minimale, il faut déterminer si le législateur a examiné d'autres mesures moins attentatoires pour atteindre l'objectif législatif en question. En l'espèce, des éléments de preuve concernant les options envisagées comme solutions de rechange à l'interdiction totale ont été supprimés du dossier de la preuve factuelle. Dans les cas où, comme en l'espèce, il s'agit d'un litige d'un grand intérêt public en matière

closure. The total prohibition on advertising (the full rights-impairing option) is only constitutionally acceptable if information is provided that such a total prohibition is necessary in order for the legislation to achieve a pressing and substantial goal. When the evidence is unclear whether a partial prohibition is as effective as a full prohibition, the *Charter* requires that the legislature enact the partial denial of the implicated *Charter* right. The tailoring required to meet minimal impairment was not significant and yet very necessary to the Act's being constitutional.

Section 9 of the Act, requiring the placing of unattributed health warnings, infringed s. 2(b) and was unjustifiable under s. 1 for the reasons of McLachlin J. Sections 4, 5, 6 and 8 should also be struck. Proof might exist for this total and absolute ban on advertising, but without it, there is no justifiable basis for this ban.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: The infringement was justifiable under s. 1. Protecting Canadians from the health risks associated with tobacco use, and informing them about these risks, is a pressing and substantial objective. It meets the two broad criteria set forth in *Oakes*. First, its objective is of sufficient importance to override a guaranteed right. Second, it meets the proportionality requirements established in *Oakes*. These requirements are not synonymous with nor have they been superseded by those set forth in s. 1 of the *Charter*. The appropriate "test" is that found in s. 1 itself. The courts are to determine whether an infringement is reasonable and can be demonstrably justified in a "free and democratic society" and must strike a delicate balance between individual rights and community needs. This balance cannot be achieved in the abstract, with reference solely to a formalistic "test" uniformly applicable in all circumstances. The section 1 inquiry is an unavoidably normative inquiry, requiring the courts to take into account both the nature of the infringed right and the specific values and principles upon which the state seeks to justify the infringement. An important "synergetic relation" exists between *Charter* rights and the context in which they are claimed. The *Oakes* requirements therefore must be applied flexibly, having regard to the specific factual and social context of each case. A rigid or formalistic approach should be

constitutionnelle, le gouvernement ne devrait pas s'en tenir à un débat contradictoire et devrait faire une pleine divulgation. L'interdiction totale de publicité (l'option pleinement attentatoire aux droits) n'est acceptable du point de vue constitutionnel que s'il existe des renseignements établissant qu'une telle interdiction est nécessaire pour qu'un objectif urgent et réel de la loi soit atteint. Si la preuve ne permet pas d'établir clairement si une interdiction partielle est aussi efficace qu'une interdiction totale, la *Charte* exige que le législateur opte pour la mesure qui constitue une atteinte partielle au droit qui y est garanti. Les adaptations qui s'imposent pour satisfaire au critère de l'atteinte minimale ne sont pas importantes, mais elles sont tout à fait nécessaires pour rendre la loi constitutionnelle.

L'article 9 de la Loi, qui exige l'apposition de messages non attribués, viole l'al. 2b) et n'est pas justifiable en vertu de l'article premier pour les motifs formulés par le juge McLachlin. Les articles 4, 5, 6 et 8 devraient aussi être annulés. Il existe peut-être une preuve appuyant cette interdiction totale et absolue de la publicité, mais sans cette preuve, l'interdiction n'est pas justifiable.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory: La violation était justifiable en vertu de l'article premier. Protéger les Canadiens contre les conséquences néfastes du tabac sur la santé et les sensibiliser à ces conséquences constitue un objectif urgent et réel. Cette mesure satisfait aux deux critères généraux énoncés dans *Oakes*. Premièrement, son objectif est suffisamment important pour l'emporter sur un droit garanti. Deuxièmement, cet objectif répond aux exigences de la proportionnalité formulées dans *Oakes*. Ces exigences ne sont pas comparables à celles applicables à l'article premier de la *Charte* ni ne les ont remplacées. Le «critère» approprié se trouve dans l'article premier même. Les tribunaux doivent déterminer si la limite est raisonnable et si elle peut se démontrer dans le cadre d'une «société libre et démocratique», et ils doivent établir un équilibre délicat entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Un tel équilibre ne peut être établi dans l'abstrait, à partir seulement d'un «critère» formaliste qui s'appliquerait de façon uniforme dans toutes les circonstances. L'examen fondé sur l'article premier est un examen inévitablement normatif qui exige des tribunaux qu'ils tiennent compte de la nature du droit violé ainsi que des valeurs et des principes spécifiques à partir desquels l'État tente de justifier la violation. Il existe un important «rapport synergique» entre les droits garantis par la *Charte* et le contexte de l'instance particulière. Les exigences formulées dans *Oakes* doivent donc être appliquées avec souplesse en tenant

avoided in order to overcome the risk of losing sight of this relation.

The evidentiary requirements under s. 1 vary substantially depending upon both the nature of the legislation and the nature of the right infringed. Here, both these contextual elements were highly relevant to a proper application of the s. 1 analysis. The application of a "rigorous" civil standard of proof below resulted in a failure to take into account the specific context in which the s. 1 balancing must take place.

The nature and scope of the health problems raised by tobacco consumption are highly relevant to the s. 1 analysis, both in determining the appropriate standard of justification and in weighing the relevant evidence. Despite the lack of definitive scientific explanations of the causes of tobacco addiction, clear evidence does exist of the detrimental social effects of tobacco consumption. Overwhelming evidence was introduced at trial that tobacco consumption is a principal cause of deadly cancers, heart disease and lung disease, and that tobacco is highly addictive. The most distressing aspect of the evidence is that tobacco consumption is most widespread among the most vulnerable, the young and the less educated, at whom much of the advertising is specifically directed.

The significant gap between an understanding of the health effects of tobacco consumption and of the root causes of tobacco consumption raises a fundamental institutional problem that must be taken into account in undertaking the s. 1 balancing. Strictly applying the proportionality analysis in cases of this nature would place an impossible onus on Parliament by requiring it to produce definitive social scientific evidence respecting the root causes of a pressing area of social concern whenever Parliament wished to address its effects. This would have the effect of virtually paralyzing the operation of government in the socio-economic sphere. To require Parliament to await definitive social science conclusions whenever it wishes to make social policy would impose an unjustifiable and unrealistic limit on legislative power.

compte du contexte factuel et social particulier de chaque cas. Il faut éviter d'utiliser une méthode rigide ou formaliste si l'on veut écarter le risque qu'il ne soit pas tenu compte de ce rapport.

Les exigences en matière de preuve sous le régime de l'article premier varient beaucoup en fonction de la nature de la loi et du caractère du droit atteint. En l'espèce, ces deux éléments contextuels sont fort pertinents pour une bonne application de l'analyse fondée sur l'article premier. L'application «rigoureuse» du fardeau de la preuve en matière civile par les instances inférieures a fait en sorte que l'on n'a pas tenu compte du contexte spécifique dans lequel doit se dérouler la pondération en vertu de l'article premier.

La nature et l'étendue des problèmes de santé reliés à l'usage du tabac sont tout à fait pertinents pour l'analyse fondée sur l'article premier, tant aux fins de la détermination du critère approprié de justification que dans l'appréciation de la preuve pertinente. Malgré l'absence d'explications scientifiques concluantes des causes de la dépendance au tabac, il existe des éléments de preuve clairs sur les effets sociaux préjudiciables de l'usage du tabac. On a présenté en première instance une preuve abondante établissant que l'usage du tabac est une cause principale de cancers, de maladies cardiaques et de maladies pulmonaires entraînant la mort, et que le tabac crée une forte dépendance. L'aspect le plus troublant de la preuve est que l'usage du tabac est plus répandu chez les personnes les plus vulnérables, soit les jeunes et les personnes moins instruites, vers qui une grande partie de la publicité est expressément dirigée.

L'écart important entre ce que nous comprenons des effets de l'usage du tabac sur la santé et des principales causes de cet usage soulève un problème institutionnel fondamental dont il faut tenir compte dans la pondération effectuée en application de l'article premier. Une application stricte de l'analyse de la proportionnalité dans les affaires de cette nature imposerait un fardeau impossible au Parlement puisqu'il serait alors tenu de produire des éléments de preuve socio-scientifiques concluants relativement aux causes fondamentales d'un problème urgent d'intérêt social chaque fois qu'il désire s'attaquer à ses effets. Cela aurait pour effet de pratiquement paralyser le fonctionnement de l'appareil gouvernemental dans la sphère socio-économique. Si l'on exigeait du Parlement qu'il attende les données concluantes des études dans le domaine des sciences humaines chaque fois qu'il désire adopter une politique sociale, on restreindrait la compétence législative de façon injustifiable et irréaliste.

The Court has recognized that the *Oakes* standard of justification should be attenuated when institutional constraints analogous to those in the present cases arise. Although courts are specialists in the protection of liberty and the interpretation of legislation and are, accordingly, well placed to subject criminal justice legislation to careful scrutiny — that is not so in the sphere of policy-making. Policy-making is a role properly assigned to elected parliamentarians who have the necessary institutional resources to enable them to compile and assess social science evidence, to mediate between competing social interests and to reach out and protect vulnerable groups. In according a greater degree of deference to social legislation than to ordinary criminal justice legislation, the courts recognize these important institutional differences. The Act in issue is the type of legislation generally accorded a high degree of deference and the considerations addressed in *Irwin Toy* and *McKinney* are applicable.

Expression, depending on its nature, is entitled to varying levels of constitutional protection and requires a contextual, as opposed to an abstract, approach. Although freedom of expression is a fundamental value, other fundamental values are also deserving of protection and consideration by the courts. When these values come into conflict, the courts must make choices based not upon abstract analysis, but upon a concrete weighing of the relative significance of each of the relevant values in our community in the specific context. Freedom of expression claims must be weighed in light of their relative connection to a set of even more fundamental or core values which include the search for political, artistic and scientific truth, the protection of individual autonomy and self-development, and the promotion of public participation in the democratic process. State action placing such values in jeopardy is subject to a searching degree of scrutiny. Where the expression in question is farther from the “core” of freedom of expression values, a lower standard of justification may be applied.

The harm engendered by tobacco and the profit motive underlying its promotion place this form of expression as far from the “core” of freedom of expression values as prostitution, hate-mongering and pornography. Its sole purpose is to promote the use of a product that is harmful and often fatal to the consumer by sophisticated advertising campaigns often specifically

La Cour a reconnu qu'il y aurait lieu d'assouplir le critère de justification formulé dans *Oakes* en présence de contraintes institutionnelles semblables à celles qui existent en l'espèce. Bien que les tribunaux soient des spécialistes de la protection de la liberté et de l'interprétation des lois et que, par conséquent, ils soient bien placés pour faire un examen approfondi des lois en matière de justice criminelle, ce n'est pas le cas dans le domaine de l'élaboration des politiques. Ce dernier rôle incombe aux parlementaires élus, qui disposent des ressources institutionnelles nécessaires pour recueillir et examiner la documentation en matière de sciences humaines, arbitrer entre des intérêts sociaux opposés et assurer la protection des groupes vulnérables. Lorsqu'ils font preuve d'une plus grande retenue à l'égard des lois à caractère social qu'à l'égard des lois ordinaires en matière de justice criminelle, les tribunaux reconnaissent ces différences institutionnelles importantes. La Loi est le type de loi envers laquelle on fait généralement preuve d'une grande retenue, et les considérations examinées dans les arrêts *Irwin Toy* et *McKinney* sont applicables.

L'expression, selon sa nature, pourra bénéficier de divers degrés de protection constitutionnelle et l'on doit recourir à une méthode contextuelle, et non abstraite. Bien que la liberté d'expression soit une valeur fondamentale, il en existe d'autres qui méritent aussi d'être protégées et examinées par les tribunaux. En cas de conflit entre ces valeurs, les tribunaux sont appelés à faire des choix fondés non pas sur une analyse abstraite, mais sur une appréciation concrète de l'importance relative de chacune des valeurs pertinentes dans notre collectivité dans le contexte en question. Les demandes touchant la liberté d'expression doivent être examinées en fonction du lien relatif qu'elles ont avec des valeurs encore plus fondamentales, dont la découverte de la vérité dans les affaires politiques et dans les entreprises scientifiques et artistiques, la protection de l'autonomie et de l'enrichissement personnels et la promotion de la participation du public au processus démocratique. Lorsque les mesures gouvernementales menacent ces valeurs, elles doivent être examinées rigoureusement. Lorsque l'expression en cause s'écarte beaucoup de l'«essence» des valeurs de la liberté d'expression, le critère de justification appliqué peut être moins rigide.

Les maux engendrés par le tabac et la volonté de faire des profits qui en sous-tend la promotion placent cette forme d'expression aussi loin du «cœur» des valeurs de la liberté d'expression que la prostitution, la fomentation de la haine ou la pornographie. Son seul but est de promouvoir, par des campagnes de publicité subtiles visant souvent expressément les jeunes et les plus vulnérables,

aimed at the young and most vulnerable. This form of expression must then be accorded a very low degree of protection under s. 1 and an attenuated level of justification is appropriate. The Attorney General need only demonstrate that Parliament had a rational basis for introducing the measures contained in this Act.

The reliance on the trial judge's finding need not be adopted. An appellate court generally may only interfere with the factual findings of a trial judge where the trial judge made a manifest error and where that error influenced the trial judge's final conclusion or overall appreciation of the evidence. The trial judge's factual findings in these cases, however, were not of the type that fall within the general rule of appellate "non-interference". The privileged position of the trial judge to appreciate and weigh adjudicative facts does not extend to the assessment of "social" or "legislative" facts that arise in the law-making process. The trial judge's factual findings concerning the connection between tobacco advertising and consumption were therefore entitled to minimal deference.

The legislative means chosen under the Act must be rationally connected to the objective of protecting public health by reducing tobacco consumption, not according to a civil standard of proof, but only to the extent that there was a reasonable basis for believing such connection. A rational connection obviously exists between a prohibition on the distribution of free samples of tobacco products under s. 7 and the protection of public health. One also exists between the prohibition on advertising and promotion of tobacco products under ss. 4, 5, 6, and 8 and the objective of reducing tobacco consumption. Notwithstanding the want of a definitive study connecting tobacco advertising and tobacco consumption, sufficient evidence was adduced at trial to conclude that the objective of reducing tobacco consumption is logically furthered by the prohibition on tobacco advertising and promotion under the Act. The large advertising budgets of the tobacco companies of themselves suggest that advertising not only helps to maintain brand loyalty but also to increase consumption and to induce smokers not to quit. The government's concern with the health effects of tobacco can quite reasonably extend to both potential smokers and current smokers who would prefer to quit but cannot. Three categories of evidence capable of substantiating this rational connection were disregarded at trial: internal tobacco marketing documents, expert reports, and international materials. The internal marketing documents

l'usage d'un produit qui est nocif, voire souvent fatal, pour le consommateur. Cette forme d'expression n'a alors droit qu'à une faible protection en vertu de l'article premier et l'on doit faire preuve de souplesse dans la justification au regard de l'article premier. Le procureur général n'a qu'à établir que le Parlement avait un motif rationnel de déposer les mesures contenues dans la Loi.

Il n'y a pas lieu d'adopter les conclusions du juge de première instance. En règle générale, une cour d'appel ne peut modifier les conclusions de fait d'un juge de première instance, sauf si celui-ci a commis une erreur manifeste qui a influencé sa conclusion définitive ou encore son appréciation globale de la preuve. Toutefois, en l'espèce, les conclusions de fait du juge de première instance n'étaient pas du type de celles qui seraient visées par la règle générale de «non-intervention» en appel. La situation privilégiée du juge de première instance lorsqu'il apprécie et pondère les faits en litige ne s'étend pas à l'évaluation des faits «sociaux» ou «législatifs» qui se rattachent au processus législatif. Les conclusions de fait du juge de première instance relativement au lien entre la publicité en faveur des produits du tabac et l'usage du tabac devaient donc faire l'objet d'une retenue minimale.

Les moyens législatifs choisis doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif de protéger la santé publique par la réduction de l'usage du tabac, qui n'a pas à être établi selon les règles de preuve en matière civile, mais seulement dans la mesure où il y a des motifs raisonnables de croire à l'existence d'un tel lien. Il existe manifestement un lien rationnel entre l'interdiction, en vertu de l'art. 7, de distribuer des échantillons gratuits de produits du tabac et la protection de la santé publique. Il en existe un également entre l'interdiction de publicité et de promotion en faveur des produits du tabac, en vertu des art. 4, 5, 6 et 8, et l'objectif de réduire la consommation du tabac. Malgré l'absence d'une étude concluante sur le lien entre la publicité des produits du tabac et leur usage, une preuve suffisante a été présentée au procès pour conclure que la Loi sert logiquement l'objectif de réduire l'usage des produits du tabac par la prohibition de la publicité et de la promotion. Les budgets de publicité considérables des compagnies de tabac démontrent en soi que la publicité aide non seulement à préserver la fidélité aux marques, mais aussi à accroître la consommation et à inciter les fumeurs à ne pas cesser de fumer. La préoccupation du gouvernement quant aux effets des produits du tabac sur la santé peut très raisonnablement s'étendre non seulement aux fumeurs potentiels, mais aussi aux fumeurs actuels qui voudraient cesser de fumer, mais qui ne le peuvent pas. Trois catégories d'éléments de preuve qui

introduced at trial strongly suggest that the tobacco companies perceive advertising to be a cornerstone of their strategy to reassure current smokers and expand the market by attracting new smokers, primarily among the young. The expert reports introduced at trial attest, at the very least, to the existence of a "body of opinion" supporting the existence of a causal connection between advertising and consumption. It is also significant that by 1990, over 40 countries had adopted measures to restrict or prohibit tobacco advertising.

For the reasons discussed throughout the s. 1 analysis, the legislative means chosen impair the right in question as little as possible, notwithstanding the fact that it imposes a complete prohibition on tobacco advertising and promotion rather than a partial one. The relevance of context is important in s. 1 balancing, particularly at the minimal impairment stage, because it does not require that the least intrusive measures be used but only that the measures employed were the least intrusive in light of both the legislative objective and the infringed right. The measures taken here to control tobacco products, given the legislative context and the fact that this profit-generated type of expression is far from the "core" of the freedom of expression, satisfied the *Oakes* minimal impairment requirement. While a complete prohibition on a type of expression is more difficult to justify than a partial prohibition, ample evidence was adduced at trial to demonstrate the government's decision that a full prohibition on advertising was justified and necessary. The measures were the product of an intensive 20-year period of experimenting with less intrusive measures with the cooperation of the provinces and expensive consultation with an array of national and international health groups. Over the course of this period the government adopted a variety of less intrusive measures before determining a full prohibition on advertising was necessary. Parallel developments in the international community have taken place. There has been overwhelming legislative and judicial acceptance of this type of prohibition by other democratic countries. Where governments have instituted partial prohibitions, tobacco companies have devised ingenious tactics to

auraient pu étayer l'existence de ce lien rationnel ont été écartées en première instance, savoir: les documents internes de commercialisation des produits du tabac, les rapports d'experts et les documents internationaux. Les documents de commercialisation internes déposés lors du procès donnent fortement à entendre que les compagnies de tabac perçoivent la publicité comme la pierre angulaire de leur stratégie visant à rassurer les fumeurs actuels et à étendre le marché en attirant de nouveaux fumeurs, principalement chez les jeunes. Les rapports d'experts attestent, à tout le moins, la présence d'un «corps d'opinions» appuyant l'existence d'un lien causal entre publicité et consommation. Il est également intéressant de constater qu'en 1990, plus de 40 pays avaient adopté des mesures visant à restreindre ou à interdire la publicité en faveur du tabac.

Pour les motifs exprimés tout au long de l'analyse fondée sur l'article premier, les moyens choisis par le législateur portent le moins possible atteinte au droit en question, malgré le fait qu'ils imposent une interdiction complète de la publicité et de la promotion des produits du tabac plutôt qu'une interdiction partielle. La pertinence du contexte dans une pondération en vertu de l'article premier est importante, particulièrement à l'étape du critère de l'atteinte minimale, car cette exigence n'oblige pas à prendre les mesures les moins attentatoires, mais seulement à ce que les mesures utilisées soient les moins attentatoires compte tenu tant de l'objectif législatif que du droit violé. Étant donné le contexte législatif et le fait que ce genre d'expression axé sur la réalisation de profits soit loin du «cœur» de la liberté d'expression, les mesures prises pour réglementer les produits du tabac satisfont à l'exigence de l'atteinte minimale énoncée dans *Oakes*. Bien qu'une interdiction totale d'un type d'expression soit plus difficile à justifier qu'une interdiction partielle, une preuve volumineuse a été déposée en première instance établissant que la décision du gouvernement d'établir une interdiction complète de la publicité était justifiable et nécessaire. Les mesures sont le résultat d'une période intensive de recherche sur des mesures moins attentatoires, qui s'est poursuivie pendant 20 ans, et a demandé la collaboration des provinces et de longues consultations auprès d'une multitude de groupes du domaine de la santé sur les plans tant national qu'international. Au cours de cette période, le gouvernement a adopté toute une gamme de mesures moins attentatoires avant de déterminer qu'il était nécessaire d'interdire complètement la publicité. Des développements parallèles sont survenus dans la communauté internationale. D'autres pays démocratiques ont donné une acceptation générale à ce type d'interdiction sur les plans tant législatifs que

circumvent them. International health organizations support this kind of prohibition.

A proportionality must exist between the deleterious and the salutary effects of the measures. The legislative objective of reducing the number of direct inducements for Canadians to consume these products outweighs the limitation on tobacco companies to advertise inherently dangerous products for profit.

While a legitimate concern was raised with respect to the effect of governmental claims to confidentiality in constitutional cases, the action of the government in these cases was not fatal. The evidence was overwhelming that the prohibition was a reasonable one.

Compelling the tobacco companies to place unattributed health messages on tobacco packages does not infringe their freedom of expression. These messages cannot be taken as being an opinion endorsed by the tobacco companies. They are rather a requirement imposed by government as a condition of participating in a legislated activity. Even if they may infringe a form of expression protected by s. 2(b), they were fully justifiable under s. 1. The warnings do nothing more than bring the dangerous nature of these products to the attention of the consumer. They have no political, social or religious content. Any concern arising from the tobacco companies' being prevented from printing on their packaging the opinion that tobacco products are not harmful, even if it is a technical infringement of their rights, was easily outweighed by the pressing health concerns raised by tobacco consumption, especially to children. The *Charter* does not require the elimination of "minuscule" constitutional burdens, and legislative action that increases the costs of exercising a right should not be invalidated if the burden is "trivial". Here, the only cost associated with the unattributed health warning requirement was a potential reduction in profits; manufacturers of dangerous products can reasonably be expected to bear this cost.

Disposition

Per Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.: Sections 4, 8 and 9, and ss. 5 and 6

judiciaires. Dans les pays où les gouvernements ont imposé des interdictions partielles, les compagnies de tabac ont trouvé d'ingénieuses tactiques pour les contourner. Les organismes internationaux de la santé appuient ce genre d'interdiction.

Il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques des mesures. L'objet législatif de réduire le nombre d'incitations directes faites aux Canadiens de consommer ces produits l'emporte sur la restriction imposée aux compagnies de tabac de faire de la publicité, à des fins de profit, en faveur de produits intrinsèquement dangereux.

Bien qu'une préoccupation légitime ait été soulevée relativement à l'effet des demandes gouvernementales en matière de confidentialité dans les affaires constitutionnelles, l'activité gouvernementale en l'espèce n'était pas fatale. Il y a une preuve abondante que l'interdiction était raisonnable.

Forcer les compagnies de tabac à placer sur les emballages de produits du tabac des mises en garde non attribuées ne constitue pas une violation de leur liberté d'expression. Ces messages ne peuvent être considérés comme une opinion à laquelle souscrivent les compagnies de tabac. Il s'agit plutôt d'une exigence imposée par le gouvernement comme condition de la participation à une activité réglementée. Même s'ils peuvent porter atteinte à une forme d'expression protégée par l'al. 2b), ils étaient tout à fait justifiables au regard de l'article premier. Les mises en garde ne font rien de plus que d'attirer l'attention des consommateurs sur la nature dangereuse de ces produits. Elles n'ont aucun contenu politique, social ou religieux. Toute inquiétude engendrée par l'interdiction imposée aux compagnies de tabac d'imprimer sur leurs emballages leur opinion selon laquelle les produits du tabac ne sont pas dangereux, même s'il s'agit d'une violation de pure forme de leurs droits, ne fait pas le poids devant les préoccupations pour la santé, surtout des enfants, que fait surgir la consommation du tabac. La *Charte* n'exige pas l'élimination des «infimes» inconvénients affectant des droits constitutionnels, et une loi qui accroît le coût de l'exercice d'un droit ne doit pas être invalidée si l'inconvénient est «négligeable». En l'espèce, le seul coût lié à l'exigence d'une mise en garde non attribuée est une possible réduction des bénéfices; on peut raisonnablement s'attendre à ce que ce coût soit supporté par les fabricants de produits dangereux.

Dispositif

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major: Les articles 4, 8 et 9, et

which are not severable from them, are of no force or effect under s. 52 of the Constitution Act, 1982. Iacobucci J., while declaring the impugned legislation inoperable, would have made a suspensive declaration of invalidity of one year and Cory J., had he found the impugned legislation inoperable, would have agreed with Iacobucci J. in this respect.

Per Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin and Major JJ.: Sections 4, 8 and 9 of the *Tobacco Products Control Act* constitute unjustified infringements on free expression and cannot be severed cleanly from other provisions dealing with promotion and trade mark usage, ss. 5 or 6. Sections 4, 5, 6, 8, and 9 are inconsistent with the *Charter* and hence are of no force or effect by reason of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Per Iacobucci J.: A suspensive declaration of invalidity of one year should be made. Immediately striking down the legislation would permit the tobacco companies the untrammelled ability to advertise until minimally impairing legislation is drafted; the suspensive veto would permit the government to design such legislation while the *status quo* remains in force.

Per Cory J.: If the impugned legislation were inoperable, agreement was expressed for the reasons of Iacobucci J. that a suspensive declaration of invalidity of one year be made.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Staffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084.

les art. 5 et 6 qui ne peuvent en être dissociés, sont inopérants en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle* de 1982. Bien qu'il déclare les dispositions contestées inopérantes, le juge Iacobucci, aurait rendu un jugement déclaratoire suspendant l'invalidité pour un an, et le juge Cory, s'il avait conclu que les dispositions contestées étaient inopérantes, aurait été d'accord avec le juge Iacobucci sur ce point.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin et Major: Les articles 4, 8 et 9 de la *Loi réglementant les produits du tabac* constituent des atteintes injustifiées à la liberté d'expression et ne peuvent être nettement dissociés des autres dispositions qui traitent de promotion et d'usage des marques, les art. 5 ou 6. Les articles 4, 5, 6, 8 et 9 sont incompatibles avec la *Charte* et sont, de ce fait, inopérants en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle* de 1982.

Le juge Iacobucci: Il y aurait lieu d'ordonner une suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité pour une période d'un an. L'annulation immédiate de la loi aurait pour effet de permettre aux compagnies de tabac de mener librement des campagnes publicitaires jusqu'à l'établissement d'une loi satisfaisant au critère de l'atteinte minimale; le veto suspensif permettrait au gouvernement de procéder à l'élaboration d'une telle loi et au statu quo de demeurer en vigueur.

Le juge Cory: Si les dispositions contestées étaient inopérantes, les motifs du juge Iacobucci concernant une suspension de l'effet de l'invalidité pour une période d'un an sont acceptés.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084.

By Iacobucci J.

Referred to: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

By Major J.

Referred to: *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89.

By La Forest J. (dissenting)

R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 S.C.R. 401; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Goodyear Tire and Rubber Co. v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303; *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Reference Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *Standard Sausage Co. v. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501, supplemented by addendum at [1934] 1 D.L.R. 706; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *R. v. Cosman's Furniture*

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés: *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés: *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89.

Citée par le juge La Forest (dissident)

R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 R.C.S. 401; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General for Ontario c. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Attorney-General for Ontario c. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Goodyear Tire and Rubber Co. c. The Queen*, [1956] R.C.S. 303; *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *Standard Sausage Co. c. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501, complété par des motifs additionnels publiés à [1934] 1 D.L.R. 706; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1

(1972) *Ltd.* (1976), 32 C.C.C. (2d) 345; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368; *Campbell v. The Queen*, [1965] S.C.R. vii; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Dorval v. Bouverier*, [1968] S.C.R. 288; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *Dunagin v. City of Oxford, Mississippi*, 718 F.2d 738 (5th Cir. 1983) (*en banc*), cert. denied, 467 U.S. 1259 (1984); *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980); *Oklahoma Telecasters Ass'n v. Crisp*, 699 F.2d 490 (1983), rev'd on other grounds *sub nom. Capital Cities Cable, Inc. v. Crisp*, 467 U.S. 691 (1984); *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 U.S. 490 (1981); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1992] 2 F.C. 130; *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425.

R.C.S. 914; *R. c. Cosman's Furniture (1972) Ltd.* (1976), 32 C.C.C. (2d) 345; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Attorney-General for British Columbia c. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368; *Campbell c. The Queen*, [1965] R.C.S. vii; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Dorval c. Bouverier*, [1968] R.C.S. 288; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *Dunagin c. City of Oxford, Mississippi*, 718 F.2d 738 (5th Cir. 1983) (*en banc*), cert. refusé, 467 U.S. 1259 (1984); *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Central Hudson Gas & Electric Corp. c. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980); *Oklahoma Telecasters Ass'n c. Crisp*, 699 F.2d 490 (1983), inf. pour d'autres motifs *sub nom. Capital Cities Cable, Inc. c. Crisp*, 467 U.S. 691 (1984); *Metromedia, Inc. c. City of San Diego*, 453 U.S. 490 (1981); *Posadas de Puerto Rico Associates c. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*, [1992] 2 C.F. 130; *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

Statutes and Regulations Cited

- Act Respecting the Protection of Non-Smokers in Certain Public Places*, R.S.Q., c. P-38.01.
- Act to amend the Excise Act, the Customs Act and the Tobacco Sales to Young Persons Act*, S.C. 1994, c. 37.
- Act to Protect the Health of Non-smokers*, S.M. 1990, c. S125.
- Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b).
- Constitution Act, 1867*, Preamble, ss. 91(27), 92(13), (16).
- Hazardous Products Act*, R.S.C., 1985, c. H-3, ss. 2 [rep. & sub., c. 24 (3rd. Supp.), s. 1], 4 [idem], 5 [idem], 15 [idem].
- Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, c. 281.
- Minors Tobacco Act*, R.S.S. 1965, c. 381.
- Non-smokers' Health Act*, S.C. 1988, c. 21.
- Tobacco Access Act*, S.N.S. 1993, c. 14.
- Tobacco Control Act*, S.N. 1993, c. T-4.1.
- Tobacco Control Act, 1994*, S.O. 1994, c. 10.
- Tobacco Product Act*, R.S.B.C. 1979, c. 403 [am. S.B.C. 1992, c. 81].
- Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20, ss. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 17, 18, 19.
- Tobacco Products Control Regulations, amendment*, SOR/93-389, s. 11.
- Tobacco Sales Act*, S.N.B. 1993, c. T-6.1.
- Tobacco Sales to Minors Act*, S.P.E.I. 1991, c. 44.
- Tobacco Sales to Young Persons Act*, S.C. 1993, c. 5.

Authors Cited

- Canada. Health and Welfare Canada. *Canadian Initiatives in Smoking and Health*. Ottawa: 1983.
- Canada. Health and Welfare Canada. Health Protection Branch. Bureau of Chronic Disease Epidemiology. Surveillance & Risk Assessment Division. Report by Donald T. Wigle. *Illness and Death in Canada by Smoking: An Epidemiological Perspective*. Ottawa: 1989.
- Canada. Health and Welfare Canada. National Program to Reduce Tobacco Use. "Directional paper of the national program to reduce tobacco use in Canada".

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b).
- Loi constitutionnelle de 1867*, préambule, art. 91(27), 92(13), (16).
- Loi de 1994 sur la réglementation de l'usage du tabac*, L.O. 1994, ch. 10.
- Loi modifiant la Loi sur l'accise, la Loi sur les douanes et la Loi sur la vente du tabac aux jeunes*, L.C. 1994, ch. 37.
- Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20, art. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 17, 18, 19.
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39.
- Loi sur la protection de la santé des non-fumeurs*, L.M. 1990, ch. S125.
- Loi sur la protection des non-fumeurs dans certains lieux publics*, L.R.Q., ch. P-38.01.
- Loi sur la santé des non-fumeurs*, L.C. 1988, ch. 21.
- Loi sur la vente du tabac aux jeunes*, L.C. 1993, ch. 5.
- Loi sur les produits dangereux*, L.R.C. (1985), ch. H-3, art. 2 [abr. & rempl., ch. 24 (3^e suppl.), art. 1], 4 [idem], 5 [idem], 15 [idem].
- Loi sur les ventes de tabac*, L.N.-B. 1993, ch. T-6.1.
- Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 281.
- Minors Tobacco Act*, R.S.S. 1965, ch. 381.
- Règlement sur les produits du tabac — Modification*, DORS/93-389, art. 11.
- Tobacco Access Act*, S.N.S. 1993, ch. 14.
- Tobacco Control Act*, S.N. 1993, ch. T-4.1.
- Tobacco Product Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 403 [mod. S.B.C. 1992, ch. 81].
- Tobacco Sales to Minors Act*, S.P.E.I. 1991, ch. 44.

Doctrine citée

- Assemblée mondiale de la santé. Résolution de l'Assemblée Mondiale de la Santé WHA39.14. Mai 1986. WHA39/1986/REC/1, 14.
- Assemblée mondiale de la santé. Résolution de l'Assemblée Mondiale de la Santé WHA43.16. Mai 1990. WHA43/1990, 16.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales. *Rapport du Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales sur l'usage du tabac et de la cigarette*. Présenté par M. Gaston Isa-

- Appendix in *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective*. Ottawa: 1987.
- Canada. Health and Welfare Canada. National Program to Reduce Tobacco Use. *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective*. Ottawa: 1987.
- Canada. Health and Welfare Canada. Tobacco Products Unit. Report by Roberta G. Ferrence. *Trends in Tobacco Consumption in Canada, 1900-1987*. Ottawa: 1989.
- Canada. *House of Commons Debates*, vol. IX, 2nd Sess., 33rd Parl., November 23rd, 1987, p. 11042.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs. *Report of the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs on Tobacco and Cigarette Smoking*. Presented by M. Gaston Isabelle, Chairman, Session 1969-70. Ottawa: Queen's Printer, 1969.
- Chapman, Simon and Bill Fitzgerald. "Brand Preference and Advertising Recall in Adolescent Smokers: Some Implications for Health Promotion" (1982), 72 *Am. J. Pub. Health* 491.
- Collinshaw, Neil E., Walter Tostowaryk and Donald T. Wigle. "Mortality Attributable to Tobacco Use in Canada" (1988), 79 *Can. J. Pub. Health* 166.
- European Commission. *Official Journal of the European Communities*. Preparatory Acts. Amended proposal for a Council Directive on the authorized advertising of tobacco products in the press and by means of bills and posters. (90/C 116/05).
- European Commission. *Official Journal of the European Communities*. Preparatory Acts. Amended proposal for a Council Directive on advertising of tobacco products. (91/C 167/03).
- European Commission. *Official Journal of the European Communities*. Preparatory Acts. Amended proposal for a Council Directive on the approximation of Member States' laws, regulations and administrative provisions on advertising for tobacco products. (92/C 129/04).
- European Council. *Official Journal of the European Communities*. Council Directive of 3 October 1989. (89/552/EEC).
- European Council. *Official Journal of the European Communities*. Council Directive of 13 November 1989. (89/622/EEC). Amended by Council Directive of 15 May 1992. (92/41/EEC).
- Gorn, Gerald J. and Renée Florsheim. "The Effects of Commercials for Adult Products on Children" (1985), 11 *J. Consumer Res.* 962.
- Hagan, John. "Can Social Science Save Us? The Problems and Prospects of Social Science Evidence
- belle, président, Session 1969-70. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 2^e sess., 33^e Lég., le 23 novembre 1987, p. 11042.
- Canada. Santé et Bien-être social Canada. Document d'orientation du programme national de lutte contre le tabagisme au Canada. Programme national de lutte contre le tabagisme. Annexe du *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective*. Ottawa: 1987.
- Canada. Santé et Bien-être social Canada. Direction générale de la protection de la santé. Bureau de l'épidémiologie des maladies chroniques. Division de la surveillance et de l'évaluation des risques. Rapport par Donald T. Wigle. *Illness and Death in Canada by Smoking: An Epidemiological Perspective*. Ottawa: 1989.
- Canada. Santé et Bien-être social Canada. *Initiatives canadiennes en matière de santé et de lutte contre l'usage du tabac*. Ottawa: 1983.
- Canada. Santé et Bien-être social Canada. National Program to Reduce Tobacco. *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective*. Ottawa: 1987.
- Canada. Santé et Bien-être social Canada. Tobacco Products Unit. Rapport par Roberta G. Ferrence. *Trends in Tobacco Consumption in Canada 1900-1987*. Ottawa: 1989.
- Chapman, Simon and Bill Fitzgerald. «Brand Preference and Advertising Recall in Adolescent Smokers: Some Implications for Health Promotion» (1982), 72 *Am. J. Pub. Health* 491.
- Collinshaw, Neil E., Walter Tostowaryk and Donald T. Wigle. «Mortality Attributable to Tobacco Use in Canada» (1988), 79 *Can. J. Pub. Health* 166.
- Commission européenne. *Journal officiel des Communautés européennes*. Actes préparatoires. Proposition modifiée de directive du Conseil en matière de publicité autorisée par voie de presse et d'affiches en faveur des produits du tabac. (90/C 116/05).
- Commission européenne. *Journal officiel des Communautés européennes*. Actes préparatoires. Amended proposal for a Council Directive on advertising of tobacco products. (91/C 167/03).
- Commission européenne. *Journal officiel des Communautés européennes*. Actes préparatoires. Amended proposal for a Council Directive on the approximation of Member States' laws, regulations and administrative provision on advertising for tobacco products. (92/C 129/04).
- Conseil européen. *Journal officiel des Communautés européennes*. Directive du Conseil le 3 octobre 1989. (89/552/CEE).

- in Constitutional Litigation". In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 213.
- Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Imasco Ltd. *Annual Report 1992*. Montreal: Imasco Ltd., 1992.
- Imperial Tobacco Ltd. *Project Viking*, vol. I: *A Behavioural Model of Smoking*. Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986.
- Imperial Tobacco Ltd. *Project Viking*, vol. II: *An Attitudinal Model of Smoking*. Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986.
- Imperial Tobacco Ltd. *Project Viking*, vol. III: *Product Issues*. Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986.
- Joossens, Luc. "Strategy of the Tobacco Industry Concerning Legislation on Tobacco Advertising in some Western European Countries". In *Proceedings of the 5th World Conference on Smoking and Health*. Winnipeg: Canadian Council on Smoking and Health, 1983, 549.
- Morgan, Brian G. "Proof of Facts in Charter Litigation". In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 159.
- New Zealand. Toxic Substances Board. *Health or Tobacco: An End to Tobacco Advertising and Promotion*. Wellington: Publications Division, Government Printing Office, 1989.
- Rothschild, Michael L. *Advertising: From Fundamentals to Strategies*. Toronto: D. C. Heath, 1987.
- United Nations. Economic and Social Council. Resolution 1993/79. "Multisectoral collaboration on tobacco or health". Geneva, September 7, 1993. *Official Records of the Economic and Social Council, 1993, Supplement No. 1*. (E/1993/93).
- United States of America. Department of Health and Human Services. *Reducing the Health Consequences of Smoking — 25 Years of Progress — A report of the Surgeon General*. U.S. Department of Health and Human Services, Public Health Service, Centers for Disease Control, Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion, Office on Smoking and Health. DHHS Publication No. (CDC) 89-8411, Pre-publication version, January 11, 1989.
- United States of America. Department of Health and Human Services. *The Health Consequences of Smoking — Nicotine Addiction — A report of the Surgeon General*. U.S. Department of Health and Human Services, Public Health Service, Centers for Disease Control, Center for Health Promotion and Education, Office on Smoking and Health. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1988.
- Woolhandler, Ann. "Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts" (1988), 41 *Vand. L. Rev.* 111.
- Conseil européen. *Journal officiel des Communautés européennes*. Directive du Conseil le 13 Novembre 1989. (89/622/CEE). Modifiée par la directive du Conseil le 15 mai 1992 (92/41/CEE).
- Gorn, Gerald J. and Renée Florsheim. «The Effects of Commercials for Adult Products on Children», (1985), 11 *J. Consumer Res.*, 962.
- Hagan, John. «Can Social Science Save Us? The Problems and Prospects of Social Science Evidence in Constitutional Litigation». In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 213.
- Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Imasco Ltd. *Rapport annuel 1992*. Montréal: Imasco, 1992.
- Imperial Tobacco Ltd. *Project Viking*, vol. I. *A Behavioural Model of Smoking*. Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986.
- Imperial Tobacco Ltd. *Project Viking*, vol. II. *An Attitudinal Model of Smoking*. Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986.
- Imperial Tobacco Ltd. *Project Viking*, vol. III. *Product Issues*. Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986.
- Joossens, Luc. «Strategy of the Tobacco Industry Concerning Legislation on Tobacco Advertising in some Western European Countries». In *Proceedings of the 5th World Conference on Smoking and Health*. Winnipeg: Canadian Council on Smoking and Health, 1983, 549.
- Morgan, Brian G. «Proof of Facts in Charter Litigation». In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 159.
- Nations Unies. Conseil économique et social. Résolution 1993/79. «Multisectoral collaboration on tobacco or health». Geneva, September 7, 1993. *Official Records of the Economic and Social Council, 1993, Supplement No. 1*. (E/1993/93).
- New Zealand. Toxic Substances Board. *Health or Tobacco: An End to Tobacco Advertising and Promotion*. Wellington: Publications Division, Government Printing Office, 1989.
- Rothschild, Michael L. *Advertising: From Fundamentals to Strategies*. Toronto: D. C. Heath, 1987.
- United States of America. Department of Health and Human Services. *Reducing the Health Consequences of Smoking — 25 Years of Progress — A report of the Surgeon General*. U.S. Department of Health and Human Services, Public Health Service, Centers for Disease Control, Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion, Office on Smoking and Health. DHHS Publication No. (CDC) 89-8411, Pre-publication version, January 11, 1989.

World Health Assembly. World Health Assembly Resolution WHA39.14. May 1986. WHA39/1986/REC/1, 14.

World Health Assembly. World Health Assembly Resolution WHA43.16. May 1990. WHA43/1990, 16.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1993), 102 D.L.R. (4th) 289, [1993] R.J.Q. 375, 53 Q.A.C. 79, 48 C.P.R. (3d) 417, allowing appeals from judgments of Chabot J. (1991), 82 D.L.R. (4th) 449, [1991] R.J.Q. 2260, 37 C.P.R. (3d) 193, granting motions for declaratory judgment. Appeals allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. dissenting. The first constitutional question dealing with the legislative competence of Parliament to enact the legislation under the criminal law power or for the peace, order and good government of Canada should be answered in the positive. With respect to the second constitutional question, ss. 4 (re advertising), 8 (re trade mark use) and 9 (re unattributed health warnings) of the Act are inconsistent with the right of freedom of expression as set out in 2(b) of the *Charter* and do not constitute a reasonable limit on that right as can be demonstrably justified pursuant to s. 1 thereof. La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. would find that they constitute a reasonable limit. Given that ss. 5 (re retail displays) and 6 (re sponsorships) could not be cleanly severed from ss. 4, 8 and 9, all are of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act*, 1982.

Colin K. Irving, Georges R. Thibault and Douglas Mitchell, for the appellant RJR-MacDonald Inc.

L. Yves Fortier, Q.C., Simon V. Potter, Lyndon A. J. Barnes and Gregory Bordan, for the appellant Imperial Tobacco Ltd.

Alain Gingras, for the mis-en-cause the Attorney General of Quebec.

United States of America. Department of Health and Human Services. *The Health Consequences of Smoking — Nicotine Addiction — A report of the Surgeon General*. U.S. Department of Health and Human Services, Public Health Service, Centers for Disease Control, Center for Health Promotion and Education, Office on Smoking and Health. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1988.

Woolhandler, Ann. «Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts» (1988), 41 *Vand. L. Rev.* 111.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 375, (1993), 102 D.L.R. (4th) 289, 53 Q.A.C. 79, 48 C.P.R. (3d) 417, qui a accueilli des appels contre des décisions du juge Chabot, [1991] R.J.Q. 2260, (1991), 82 D.L.R. (4th) 449, 37 C.P.R. (3d) 193, qui avait accordé des requêtes en jugement déclaratoire. Pourvois accueillis, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory sont dissidents. La première question constitutionnelle sur la compétence du Parlement de légiférer en matière de droit criminel ou pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada reçoit une réponse positive. Pour ce qui est de la seconde question constitutionnelle, les art. 4 (la publicité), 8 (les marques) et 9 (les messages non attribués relatifs à la santé) de la Loi sont incompatibles avec le droit à la liberté d'expression garanti à l'al. 2b) de la *Charte* et n'apportent pas une limite raisonnable à l'exercice de ce droit, dont la justification puisse se démontrer au sens de l'article premier. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory sont d'avis qu'ils apportent une limite raisonnable. Vu que les art. 5 (commerce au détail) et 6 (parrainage) ne peuvent pas nettement être distingués des art. 4, 8 et 9, ils sont tous inopérants aux termes de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Colin K. Irving, Georges R. Thibault et Douglas Mitchell, pour l'appelante RJR-MacDonald Inc.

L. Yves Fortier, c.r., Simon V. Potter, Lyndon A. J. Barnes et Gregory Bordan, pour l'appelante Imperial Tobacco Ltd.

Alain Gingras, pour le mis en cause le procureur général du Québec.

Claude Joyal, James Mabbutt, Q.C., Paul Évraire, Q.C., Yves Lebœuf and Johanne Poirier, for the respondent.

Tanya Lee, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Robert W. Cosman, Karl Delwaide and Richard B. Swan, for the interveners the Heart and Stroke Foundation of Canada, the Canadian Cancer Society, the Canadian Council on Smoking and Health, the Canadian Medical Association, and the Canadian Lung Association.

The following are the reasons delivered by

1 LAMER C.J. — I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues. I am in agreement with the reasons of my colleague, Justice Iacobucci, but agree with my colleague, Justice McLachlin, as to the disposition.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

2 LA FOREST J. (dissenting) — The issues in these appeals are whether the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20 (the "Act"), falls within the legislative competence of the Parliament of Canada under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, either as criminal law or under the peace, order and good government clause, and if so whether it constitutes an infringement of freedom of expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which is not justified under s. 1 of the *Charter*. In broad terms, the Act prohibits, subject to specified exceptions, all advertising and promotion of tobacco products, and prohibits the sale of a tobacco product unless the package containing it sets forth prescribed health warnings and a list of the toxic constituents of the product and of the smoke produced from its combustion.

3 These proceedings began with two separate motions for declaratory judgments before the Quebec Superior Court. The appellant RJR - MacDonald Inc. ("RJR") seeks a declaration that the Act is wholly *ultra vires* the Parliament of Canada and

Claude Joyal, James Mabbutt, c.r., Paul Évraire, c.r., Yves Lebœuf et Johanne Poirier, pour l'intimé.

Tanya Lee, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Robert W. Cosman, Karl Delwaide et Richard B. Swan, pour les intervenants la Fondation des maladies du cœur du Canada, la Société canadienne du cancer, le Conseil canadien sur le tabagisme et la santé, l'Association médicale canadienne et l'Association pulmonaire du Canada.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues. Je suis d'accord avec les motifs de mon collègue, le juge Iacobucci, mais je souscris au dispositif de ma collègue, le juge McLachlin.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident) — Les présents pourvois visent à déterminer si la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20 (la «Loi»), relève de la compétence du Parlement du Canada, conférée par l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de légiférer en matière de droit criminel ou pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement et, dans l'affirmative, si cette loi constitue une violation de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. En termes généraux, la Loi interdit, sous réserve de certaines exceptions, toute publicité et promotion en faveur des produits du tabac ainsi que la vente de ces produits, sauf si leur emballage porte les mises en garde réglementaires ainsi qu'une liste des substances toxiques que le produit contient et qui sont dégagées par sa combustion.

La présente instance a commencé par deux requêtes distinctes en jugement déclaratoire devant la Cour supérieure du Québec. L'appelante RJR-MacDonald Inc. («RJR») demande que la Loi soit déclarée complètement *ultra vires* du Parlement du

invalid as an unjustified infringement of freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. The appellant Imperial Tobacco Ltd. ("Imperial") seeks the same order, but only in respect of ss. 4, 5, 6 and 8 of the Act. The two motions were heard together before Chabot J. of the Quebec Superior Court who rejected the Attorney General of Canada's contention that the Act was valid either as criminal law or under the peace, order and good government clause, and declared the whole of the Act *ultra vires* the Parliament of Canada. He further held the Act was of no force or effect as an unjustified infringement of s. 2(b) of the *Charter*. The Quebec Court of Appeal reversed this judgment. While upholding the judge's conclusion regarding the criminal law power, it unanimously held that the Act was *intra vires* Parliament as falling within the peace, order and good government clause and, by majority, that the infringement of s. 2(b) of the *Charter* was justified by s. 1 of that instrument. The minority judge would have held ss. 4, 5, 6 and 8 invalid under s. 2(b) of the *Charter*.

The appellants sought and were granted leave to appeal to this Court.

The Legislative Scheme

The Act, the long title of which is *An Act to prohibit the advertising and promotion and respecting the labelling and monitoring of tobacco products*, received Royal Assent on June 28, 1988 and came into force on January 1, 1989. The purpose of the Act is set out in s. 3, which reads:

3. The purpose of this Act is to provide a legislative response to a national public health problem of substantial and pressing concern and, in particular,

(a) to protect the health of Canadians in the light of conclusive evidence implicating tobacco use in the incidence of numerous debilitating and fatal diseases;

(b) to protect young persons and others, to the extent that is reasonable in a free and democratic society,

Canada et non valide du fait qu'elle constitue une violation injustifiée de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. L'appelante Imperial Tobacco Ltd. («Imperial») demande la même ordonnance, mais seulement relativement aux art. 4, 5, 6 et 8 de la Loi. Les deux requêtes ont été entendues en même temps par le juge Chabot de la Cour supérieure du Québec, qui a rejeté la prétention du procureur général du Canada quant à la validité de la Loi, que ce soit sous le chef du droit criminel ou en vertu de la clause pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement, et a déclaré toute la Loi *ultra vires* du Parlement du Canada. Il a par ailleurs affirmé que la Loi était inopérante du fait qu'elle constituait une violation injustifiée de l'al. 2b) de la *Charte*. La Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision. Elle a confirmé la conclusion du juge de première instance quant à la compétence en matière de droit criminel, mais elle a conclu à l'unanimité que la Loi était *intra vires* du Parlement en tant que loi adoptée pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement et statué à la majorité que la violation de l'al. 2b) de la *Charte* pouvait se justifier en vertu de l'article premier. Le juge minoritaire aurait déclaré non valides les art. 4, 5, 6 et 8 au regard de l'al. 2b) de la *Charte*.

Les appelantes ont demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour.

Le régime législatif

La Loi, dont le titre intégral est *Loi interdisant la publicité en faveur des produits du tabac, réglementant leur étiquetage et prévoyant certaines mesures de contrôle*, a reçu la sanction royale le 28 juin 1988 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989. Son objet est formulé à l'art. 3:

3. La présente loi a pour objet de s'attaquer, sur le plan législatif, à un problème qui, dans le domaine de la santé publique, est grave, urgent et d'envergure nationale et, plus particulièrement:

a) de protéger la santé des Canadiennes et des Canadiens compte tenu des preuves établissant de façon indiscutable un lien entre l'usage du tabac et de nombreuses maladies débilitantes ou mortelles;

b) de préserver notamment les jeunes, autant que faire se peut dans une société libre et démocratique, des

from inducements to use tobacco products and consequent dependence on them; and

(c) to enhance public awareness of the hazards of tobacco use by ensuring the effective communication of pertinent information to consumers of tobacco products.

Section 3 thus states that Parliament's purpose in enacting the legislation is to address the "national public health problem of substantial and pressing concern" arising from the use of tobacco, by protecting young persons and others from inducements to use tobacco products, and by enhancing public awareness concerning the hazards of tobacco use. However, it is of significance to these appeals that, with the exception of a prohibition on the distribution of free samples of tobacco products under s. 7, the Act does not purport to proscribe the sale, distribution or use of tobacco products. Rather, as its long title indicates, the Act seeks to attain its purpose through the institution of a prohibition on the advertising and promotion of tobacco products offered for sale in Canada and through the institution of a requirement that manufacturers of tobacco products display health warnings on tobacco product packages.

incitations à la consommation du tabac et du tabagisme qui peut en résulter;

c) de mieux sensibiliser les Canadiennes et les Canadiens aux méfaits du tabac par la diffusion efficace de l'information utile aux consommateurs de celui-ci.

Ainsi, l'art. 3 affirme que le législateur vise par cette loi à s'attaquer «à un problème qui, dans le domaine de la santé publique, est grave, urgent et d'envergure nationale» et qui découle de la consommation du tabac, en préservant notamment les jeunes des incitations à la consommation du tabac et en sensibilisant davantage les Canadiennes et les Canadiens aux méfaits du tabac. Cependant, pour les fins des présents pourvois, il importe de signaler que la Loi, à l'exception de l'interdiction de distribuer des échantillons de produits du tabac prévue à l'art. 7, n'a pas pour but d'interdire la vente, la distribution ou la consommation des produits du tabac. Elle vise plutôt, comme son titre intégral l'indique, à atteindre son objectif en interdisant la publicité et la promotion en faveur des produits du tabac mis en vente au Canada et en exigeant que les fabricants de produits du tabac apposent des mises en garde sur leurs emballages.

1995 CanLII 64 (SCC)

6 In furtherance of the purpose set out in s. 3, Parliament has created a legislative scheme that targets three distinct categories of commercial activity: advertising, promotion and labelling. Sections 4 and 5 of the Act, which fall under the title "ADVERTISING", deal with the advertisement and display of tobacco products. Section 4 prohibits the advertisement, by publication, broadcast or otherwise, of tobacco products offered for sale in Canada. An exception to this prohibition is created by s. 4(3) and (4), which stipulate that the prohibition does not extend to foreign advertising in foreign publications imported into Canada or foreign broadcasts retransmitted in Canada, as long as those advertisements are not intended primarily for the purpose of promoting the sale of a tobacco product in Canada. Section 5 is directed to the retail display of tobacco products in retail establishments and vending machines. Section 5(1) stipulates that a retailer may expose tobacco products for sale and may post signs that indicate, other than by their brand names or trade marks, the

Pour atteindre l'objectif visé à l'art. 3, le législateur a créé un régime législatif qui vise trois catégories distinctes d'activité commerciale: la publicité, la promotion et l'étiquetage. Les articles 4 et 5 de la Loi, sous la rubrique «PUBLICITÉ», portent sur la publicité et la présentation des produits du tabac. En vertu de l'art. 4, il est interdit de diffuser, notamment par la presse ou la radio-télévision, de la publicité en faveur d'un produit du tabac mis en vente au Canada. Les paragraphes 4(3) et (4) créent une exception à cette interdiction et prévoient que l'interdiction ne s'applique pas à la publicité dans des publications étrangères importées au Canada ou à la retransmission d'émissions de l'étranger dans la mesure où cette publicité n'est pas faite dans le but, principalement, de promouvoir la vente d'un produit du tabac au Canada. L'article 5 porte sur la présentation des produits du tabac dans l'établissement du détaillant et dans les distributeurs automatiques. Le paragraphe 5(1) prévoit qu'un détaillant peut exposer des produits du tabac pour la vente et signaler

tobacco products offered for sale on the premises. Section 5(2) permits the operation of tobacco vending machines, and the identification of products and prices on the exterior of the machines.

Sections 6 to 8 of the Act fall under the title "PROMOTION", and deal with various direct and indirect promotional activities involving tobacco products. Section 6(1) stipulates that the full name of a tobacco manufacturer may be used in a representation to the public that promotes a cultural or sporting event, but prohibits the use of brand names in such representations unless the use of a brand name is required by a contract made before January 25, 1988. Section 6(2) stipulates that, where a contract requiring the use of a brand name was in place before January 25, 1988, the value of contributions under that contract are frozen at 1987 levels. Section 7 prohibits the free distribution of tobacco products in any form. Section 8 prohibits the use of a tobacco trade mark on any article other than a tobacco product, and also prohibits the use and distribution of tobacco trade marks in advertising for products other than tobacco products; however, a special exemption from the s. 8 prohibition is created under s. 8(3) for the "Dunhill" trade mark.

Section 9 falls under the title "LABELLING", and prohibits tobacco manufacturers from selling their products unless they display on the package containing the product unattributed messages describing the health effects of the product as well as a list of the product's toxic constituents and the quantities of those constituents present in it. Section 17(f) authorizes the Governor in Council to adopt regulations prescribing the content, position, configuration, size and prominence of the health messages. Under the *Tobacco Products Control Regulations, amendment*, SOR/93-389, s. 11 (July 21, 1993), every tobacco package must display one of the following messages:

par des affiches les produits du tabac qui y sont vendus, sans toutefois mentionner leur nom ou leur marque. Le paragraphe 5(2) permet à une personne d'exploiter un distributeur automatique de produits du tabac, et de les nommer et d'en indiquer les prix sur celui-ci.

Les articles 6 à 8 de la Loi figurent sous la rubrique «PROMOTION» et portent sur diverses activités promotionnelles directes et indirectes en faveur des produits du tabac. Le paragraphe 6(1) prévoit qu'il est possible d'utiliser le nom intégral du fabricant d'un produit du tabac dans toute mention au public qui vise à promouvoir une activité ou une manifestation culturelles ou sportives, mais interdit l'utilisation du nom du produit dans ces mentions, sauf si cette utilisation est exigée par un contrat conclu avant le 25 janvier 1988. Le paragraphe 6(2) prévoit que, dans le cas où un contrat conclu avant le 25 janvier 1988 exige l'utilisation du nom du produit, la valeur des concours financiers dans le cadre de ce contrat ne peut dépasser la valeur des concours apportés en 1987. L'article 7 interdit la distribution des produits du tabac à titre gratuit. L'article 8 interdit de faire usage des marques apposées sur les produits du tabac sur des articles autres que ces produits, de distribuer ces marques et d'en faire usage dans toute publicité en faveur d'autres articles que les produits du tabac; cependant, le par. 8(3) crée pour la marque «Dunhill» une exception à l'interdiction prévue à l'art. 8.

L'article 9, que l'on trouve sous la rubrique «ÉTIQUETAGE», interdit aux fabricants de vendre un produit du tabac qui ne comporte pas sur l'emballage les mises en garde non attribuées décrivant les effets du produit sur la santé ainsi que la liste et la quantité des substances toxiques que celui-ci contient. L'alinéa 17f) autorise le gouverneur en conseil à adopter des règlements pour fixer la teneur, la présentation, l'emplacement, les dimensions et la mise en évidence des messages relatifs à la santé. En vertu du *Règlement sur les produits du tabac — Modification*, DORS/93-389, art. 11 (21 juillet 1993), tout emballage contenant des produits du tabac doit porter l'un des messages suivants:

11. (1) . . .

(a) . . .

(i) "Cigarettes are addictive" . . .

(ii) "Tobacco smoke can harm your children" . . .

(iii) "Cigarettes cause fatal lung disease" . . .

(iv) "Cigarettes cause cancer" . . .

(v) "Cigarettes cause strokes and heart disease" . . .

(vi) "Smoking during pregnancy can harm your baby" . . .

(vii) "Smoking can kill you" . . .

(viii) "Tobacco smoke causes fatal lung disease in non-smokers" . . .

11. (1) . . .

a) . . .

(i) «La cigarette crée une dépendance» . . .

(ii) «La fumée du tabac peut nuire à vos enfants» . . .

(iii) «La cigarette cause des maladies pulmonaires mortelles» . . .

(iv) «La cigarette cause le cancer» . . .

(v) «La cigarette cause des maladies du cœur» . . .

(vi) «Fumer durant la grossesse peut nuire à votre bébé» . . .

(vii) «Fumer peut vous tuer» . . .

(viii) «La fumée du tabac cause chez les non-fumeurs des maladies pulmonaires mortelles» . . .

Section 17(g) also authorizes the Governor in Council to require leaflets providing health information to be placed inside packages of a tobacco product and to prescribe their content, form and manner of placement in those packages. Under s. 9(2), tobacco manufacturers are prohibited from displaying on their packages any writing other than the name, brand name, trade mark, and other information required by legislation.

De plus, l'al. 17g) autorise le gouverneur en conseil à exiger que des prospectus relatifs aux effets des produits du tabac soient placés à l'intérieur de l'emballage d'un produit du tabac et à en préciser la forme, la teneur et l'emplacement. En vertu du par. 9(2), il est interdit aux fabricants de produits du tabac d'apposer sur leurs emballages des mentions autres que la désignation, le nom et toute marque de celui-ci ainsi que les renseignements prévus par la loi.

One further provision of the Act is of relevance to these appeals. Section 17(a) gives the Governor in Council power to make regulations exempting a tobacco product from the application of ss. 4 and 7 where, in the opinion of the Governor in Council, that product is likely to be used as a substitute for other tobacco products and poses less risk to the health of users than those other products.

Une autre disposition de la Loi est également pertinente en l'espèce. En vertu de l'al. 17a), le gouverneur en conseil peut, par règlement, exempter de l'application des art. 4 et 7 tout produit du tabac qui, à son avis, sera probablement utilisé comme substitut aux autres produits du tabac et fait courir moins de risque à la santé des consommateurs que ces autres produits.

The enforcement provisions of the Act are found in ss. 11 to 16. These provisions confer upon the Minister the power to designate a "tobacco product inspector" with powers of inspection, search and seizure, analysis, detention of things seized, and forfeiture. The "offences and punishments" for contravention of the Act are set out in ss. 18 and 19. Section 18 stipulates that every person who contravenes ss. 4, 6(2), 7, 8, 9 or 10 is guilty of an offence punishable on summary conviction or an indictable offence. The penalties range in seriousness from a fine not exceeding two thousand dol-

Les dispositions relatives au contrôle d'application se trouvent aux art. 11 à 16. Ces dispositions confèrent au ministre le pouvoir de désigner un «inspecteur des produits du tabac» qui possède des pouvoirs de visite, de perquisition, de saisie, d'analyse, de détention d'objets et de confiscation. Les «infractions et peines» sont prévues aux art. 18 et 19. L'article 18 porte que quiconque contrevient aux art. 4, 6(2), 7, 8, 9 ou 10 commet une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou commet un acte criminel. La gravité des peines varie d'une amende maxi-

lars or six months' imprisonment, or both, for a first offence on summary conviction, to a fine not exceeding three hundred thousand dollars or two years' imprisonment, or both, for a second or subsequent offence pursued by way of indictment.

The Relevant Statutory Provisions

For ease of reference, I set out the relevant provisions of the Act as follows:

4. (1) No person shall advertise any tobacco product offered for sale in Canada.

(2) No person shall, for consideration, publish, broadcast or otherwise disseminate, on behalf of another person, an advertisement for any tobacco product offered for sale in Canada.

(3) For greater certainty, subsection (2) does not apply in respect of the distribution for sale of publications imported into Canada or the retransmission of radio or television broadcasts originating outside Canada.

(4) No person in Canada shall advertise a tobacco product by means of a publication published outside Canada or a radio or television broadcast originating outside Canada primarily for the purpose of promoting the sale in Canada of a tobacco product.

(5) Notwithstanding subsections (1) and (2), the manufacturer or importer of a tobacco product may advertise the product by means of signs at any time before January 1, 1991, if

(a) the amount, determined in accordance with the regulations, expended by the manufacturer or importer on the preparation in 1989 of materials for use in signs and on the presentation of signs in that year does not exceed two thirds of the expenses of the manufacturer or importer, determined in accordance with the regulations, incurred during its last financial year ending before January 1, 1988 for such preparation and presentation;

(b) the amount, determined in accordance with the regulations, expended by the manufacturer or importer on such preparation and presentation in 1990 does not exceed one third of the expenses of the manufacturer or importer, so determined, incurred there-

male de deux mille dollars et d'un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines, pour une première infraction punissable par voie de procédure sommaire, jusqu'à une amende maximale de trois cent mille dollars et un emprisonnement maximal de deux ans, ou l'une de ces peines, s'il s'agit d'un récidiviste poursuivi par acte d'accusation.

Les dispositions législatives pertinentes

Par souci de commodité, je reproduis les dispositions pertinentes de la Loi:

4. (1) La publicité en faveur des produits du tabac mis en vente au Canada est interdite.

(2) Il est interdit, à titre onéreux et pour le compte d'une autre personne, de diffuser, notamment par la presse ou la radio-télévision, la publicité en faveur d'un produit du tabac mis en vente au Canada.

(3) Il est entendu que le paragraphe (2) ne s'applique pas à la distribution en vue de la vente de publications importées au Canada ou à la retransmission d'émissions de radio ou de télévision de l'étranger.

(4) Il est interdit à toute personne se trouvant au Canada de faire de la publicité en faveur d'un produit du tabac dans une publication étrangère ou une émission radiodiffusée de l'étranger dans le but, principalement, de promouvoir la vente d'un produit du tabac au Canada.

(5) Malgré les paragraphes (1) et (2) le fabricant ou l'importateur d'un produit du tabac peut, jusqu'au 1^{er} janvier 1991, exclusivement, faire de la publicité en faveur du produit par des affiches à condition que:

a) le montant qu'il dépense pour la préparation, en 1989, de la publicité relative à ces affiches et pour la présentation de ces affiches au public au cours de la même année ne dépasse pas les deux tiers des dépenses engagées pour la préparation et la présentation d'affiches au cours de son dernier exercice clos avant le 1^{er} janvier 1988;

b) le montant qu'il dépense pour la préparation et la présentation d'affiches en 1990 ne dépasse pas le tiers

for during the financial year referred to in paragraph (a); and

(c) a health warning is provided in accordance with the regulations on any sign put in place after the coming into force of this Act.

(6) In subsection (5), "sign" does not include

(a) a sign displayed at the place of business of a retailer; or

(b) a representation described in paragraph 6(1)(a) or (b).

5. (1) Notwithstanding section 4, a retailer may

(a) expose tobacco products for sale at the retailer's place of business;

(b) post in that place, in the prescribed form, manner and quantity, signs that indicate, otherwise than by their brand names or trade marks, the tobacco products offered for sale and their prices;

(c) where the retailer's name or trade name contains any word or expression signifying that tobacco products are sold by the retailer, employ that name or trade name, otherwise than in association with a tobacco product, for the purpose of advertising the retailer's business, except by means of a radio or television transmission; and

(d) display at the retailer's place of business, at any time before January 1, 1993, an advertisement or portion thereof

(i) that was displayed in that place before January 25, 1988, or

(ii) that the retailer is obliged to display under the terms of a contract entered into before January 25, 1988, other than a term allowing for the extension or renewal of the contract after that day.

(2) Notwithstanding section 4, a person who operates a vending machine that dispenses tobacco products may identify or depict those products and their prices on the exterior of the vending machine in the prescribed form and manner.

6. (1) Notwithstanding section 4 and subsection 8(1) but subject to subsection (2) of this section, the full name of a manufacturer or importer of tobacco products

des dépenses engagées au cours de l'exercice visé à l'alinéa a);

c) les affiches installées après l'entrée en vigueur de la présente loi comportent une mise en garde réglementaire.

Les montants et dépenses visés au présent paragraphe se calculent conformément aux règlements.

(6) Pour l'application du paragraphe (5), «affiche» ne vise pas:

a) les supports publicitaires se trouvant à l'intérieur ou aux abords de l'établissement d'un détaillant;

b) les mentions visées aux alinéas 6(1)a) ou b).

5. (1) Malgré l'article 4, le détaillant peut:

a) exposer des produits du tabac pour la vente dans son établissement;

b) signaler dans ce lieu, par des affiches réglementaires quant à leur forme, leur teneur et leur quantité, les produits du tabac qui y sont vendus ainsi que leur prix, sans toutefois mentionner leur nom ou leur marque;

c) faire usage, ailleurs qu'à la radio-télévision, de sa dénomination ou de sa raison sociale à des fins publicitaires — même quand l'un de ses éléments indique qu'il vend des produits du tabac — sans toutefois y associer un produit du tabac;

d) jusqu'au 1^{er} janvier 1993, exclusivement, conserver, à l'intérieur ou aux abords de son établissement, les supports publicitaires — ou parties de ceux-ci:

(i) soit dont il avait déjà fait usage avant le 25 janvier 1988,

(ii) soit dont il est tenu de faire usage conformément aux stipulations d'un contrat conclu avant le 25 janvier 1988, à l'exclusion de toute stipulation autorisant le renouvellement ou la prorogation du contrat après cette date.

(2) Malgré l'article 4, l'exploitant d'un distributeur automatique de produits du tabac peut les représenter ou les nommer et en indiquer les prix sur celui-ci selon les modalités réglementaires.

6. (1) Sous réserve du paragraphe (2), il est possible, malgré l'article 4 et le paragraphe 8(1), d'utiliser le nom intégral du fabricant ou de l'importateur d'un produit du

and, where required by the terms of a contract entered into before January 25, 1988, the brand name of a tobacco product, may be used, otherwise than in association with a tobacco product, in a representation to the public

(a) that promotes a cultural or sporting activity or event; or

(b) that acknowledges financial or other contributions made by the manufacturer or importer of the tobacco product toward such an activity or event.

(2) Where, in any calendar year, a manufacturer or importer of tobacco products makes financial or other contributions toward cultural or sporting activities or events in respect of which brand names of those products are used, the value of such contributions, determined in accordance with the regulations, shall not exceed the value, so determined, of the contributions made by the manufacturer or importer toward cultural or sporting activities and events in 1987.

7. (1) No distributor shall distribute tobacco products in the absence of consideration therefor, or furnish tobacco products to any person for the purpose of their subsequent distribution without consideration.

(2) No person shall offer any gift or cash rebate or the right to participate in any contest, lottery or game to the purchaser of a tobacco product in consideration of the purchase thereof, or to any person in consideration of the furnishing of evidence of such a purchase.

8. (1) No manufacturer or importer of tobacco products who is entitled to use any trade mark in association with those products, and no person acting with the concurrence or acquiescence of such a manufacturer or importer, shall

(a) apply the trade mark, in any form in which it appears on packages of the product that are sold in Canada, to any article other than a tobacco product or a package or container in which a tobacco product is sold or shipped, or

(b) use the trade mark in any such form for the purpose of advertising any article other than a tobacco product or any service, activity or event,

notwithstanding that the manufacturer or importer is,

tabac et, dans les cas où l'exige un contrat conclu avant le 25 janvier 1988, le nom du produit, sans toutefois y associer un produit du tabac, dans toute mention au public:

a) qui vise à promouvoir une activité ou une manifestation culturelles ou sportives;

b) qui fait état des concours financiers ou autres apportés par le fabricant ou l'importateur à la réalisation de cette activité ou manifestation.

(2) La valeur, calculée conformément aux règlements, des concours financiers ou autres apportés par le fabricant ou l'importateur de produits du tabac à la réalisation d'activités ou manifestations culturelles ou sportives dans le cadre desquelles est mentionné le nom des produits ne peut dépasser, pour une année civile donnée, la valeur, ainsi calculée, des concours qu'il a apportés en 1987 à la réalisation de telles activités ou manifestations.

7. (1) Il est interdit aux négociants de distribuer des produits du tabac à titre gratuit ou d'en fournir à cette fin.

(2) Il est interdit d'offrir un cadeau ou une remise, ou la possibilité de participer à un concours, une loterie ou un jeu, en contrepartie de l'achat d'un produit du tabac ou de la production d'une preuve d'achat de celui-ci.

8. (1) Il est interdit aux fabricants et aux importateurs de produits du tabac:

a) d'apposer des marques qu'ils sont habilités à utiliser à l'égard de ces produits sur des articles, autres que les produits du tabac et les emballages servant à vendre ou expédier ceux-ci, sous une forme reprenant celle qui figure sur les emballages de ces produits alors vendus au Canada;

b) de faire usage de ces marques et sous cette forme dans toute publicité en faveur d'autres articles que les produits du tabac ou de services, manifestations ou activités.

La présente interdiction s'applique même si les fabricants ou les importateurs sont par ailleurs habilités à utiliser ces marques à l'égard de ces autres articles ou de ces services, manifestations ou activités et vise égale-

but for this Act, entitled to use the trade mark in association with that article, service, activity or event.

(2) No person shall distribute, sell, offer for sale or expose for sale any article, other than a tobacco product or a package or container in which a tobacco product is sold or shipped, that bears a trade mark of a tobacco product in any form in which it appears on packages of the tobacco product that are sold in Canada.

(3) Subsections (1) and (2) do not apply in respect of a trade mark if in 1986 tobacco products and other articles bearing that trade mark were sold at retail in Canada and the retail value of those other articles estimated in accordance with the regulations was greater than one-quarter of the retail value of those tobacco products so estimated.

(4) Subsection (2) does not apply in respect of the distribution or sale before January 1, 1993 of an article manufactured before April 30, 1987, or ordered before that date from the manufacturer or supplier of the article otherwise than by the placing of a standing order that requires confirmation or is subject to cancellation after that date.

9. (1) No distributor shall sell or offer for sale a tobacco product unless

(a) the package containing the product displays, in accordance with the regulations, messages pertaining to the health effects of the product and a list of toxic constituents of the product and, where applicable, of the smoke produced from its combustion indicating the quantities of those constituents present therein; and

(b) if and as required by the regulations, a leaflet furnishing information relative to the health effects of the product has been placed inside the package containing the product.

(2) No distributor shall sell or offer for sale a tobacco product if the package in which it is contained displays any writing other than the name, brand name and any trade marks of the tobacco product, the messages and list referred to in subsection (1), the label required by the *Consumer Packaging and Labelling Act* and the stamp and information required by sections 203 and 204 of the *Excise Act*.

(3) This section does not affect any obligation of a distributor, at common law or under any Act of Parliament or of a provincial legislature, to warn purchasers

ment quiconque agit avec le consentement, exprès ou tacite, de ces fabricants ou ces importateurs.

(2) Il est interdit de distribuer, de vendre, de mettre en vente ou d'exposer en vue de la vente des articles, autres que les produits du tabac et les emballages servant à vendre ou expédier ceux-ci, s'ils portent la marque d'un produit du tabac sous une forme reprenant celle qui figure sur les emballages de ce produit vendus au Canada.

(3) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas si, en 1986 et au Canada, la valeur estimative, calculée conformément aux règlements, des ventes au détail d'articles autres que les produits du tabac portant la marque en question était supérieure au quart de celle, ainsi calculée, des produits du tabac portant également cette marque.

(4) Le paragraphe (2) ne s'applique pas à la vente ou à la distribution, avant le 1^{er} janvier 1993, d'articles fabriqués avant le 30 avril 1987 ou commandés à leur fabricant ou fournisseur avant cette date, sauf s'il s'agit d'une commande permanente qui doit être confirmée ou peut prendre fin après cette date.

9. (1) Il est interdit aux négociants de vendre ou mettre en vente un produit du tabac qui ne comporte pas, sur ou dans l'emballage respectivement, les éléments suivants:

a) les messages soulignant, conformément aux règlements, les effets du produit sur la santé, ainsi que la liste et la quantité des substances toxiques, que celui-ci contient et, le cas échéant, qui sont dégagées par sa combustion;

b) s'il y a lieu, le prospectus réglementaire contenant l'information sur les effets du produit sur la santé.

(2) Les seules autres mentions que peut comporter l'emballage d'un produit du tabac sont la désignation, le nom et toute marque de celui-ci, ainsi que les indications exigées par la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation* et le timbre et les renseignements prévus aux articles 203 et 204 de la *Loi sur l'accise*.

(3) Le présent article n'a pas pour effet de libérer le négociant de toute obligation qu'il aurait, aux termes d'une loi fédérale ou provinciale ou en *common law*,

of tobacco products of the health effects of those products.

17. The Governor in Council may make regulations

(a) exempting a tobacco product from the application of sections 4 and 7 where, in the opinion of the Governor in Council, that product is likely to be used as a substitute for other tobacco products and poses less risk to the health of users than those other products;

(f) prescribing, in respect of any tobacco product, the content, position, configuration, size and prominence of the messages and list of toxic constituents referred to in paragraph 9(1)(a);

(g) requiring leaflets furnishing information referred to in paragraph 9(1)(b) to be placed inside packages of a tobacco product and prescribing their content, form and manner of placement in those packages;

18. (1) Every person who contravenes section 4, 7, 8, 9 or 10

(a) is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable

(i) for a first offence under any of those sections, to a fine not exceeding two thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months, or to both, and

(ii) where the person has previously been convicted of an offence under any of those sections, to a fine not exceeding five thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months, or to both; or

(b) is guilty of an indictable offence and liable

(i) for a first offence under any of those sections, to a fine not exceeding one hundred thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding one year, or to both, and

(ii) where the person has previously been convicted of an offence under any of those sections, to a fine not exceeding three hundred thousand dollars or to imprisonment for two years, or to both.

(2) Every person who contravenes subsection 6(2) is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable

d'avertir les acheteurs de produits du tabac des effets de ceux-ci sur la santé.

17. Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

a) exempter de l'application des articles 4 et 7 tout produit du tabac qui, à son avis, sera probablement utilisé comme substitut aux autres produits du tabac et fait courir moins de risque à la santé des consommateurs que ces autres produits;

f) fixer, pour tout produit du tabac, la teneur, la présentation, l'emplacement, les dimensions et la mise en évidence des mentions — messages et liste des substances toxiques — visées à l'alinéa 9(1)a);

g) exiger la présence, à l'intérieur de l'emballage d'un produit du tabac, du prospectus visé à l'alinéa 9(1)b) et préciser la forme de celui-ci, sa teneur ainsi que son emplacement;

18. (1) Quiconque contrevient aux articles 4, 7, 8, 9 ou 10:

a) soit commet une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et encourt:

(i) pour une première infraction, une amende maximale de deux mille dollars et un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines,

(ii) s'il a déjà été déclaré coupable de n'importe laquelle des infractions prévues à ces articles, une amende maximale de cinq mille dollars et un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines;

b) soit commet un acte criminel et encourt:

(i) pour une première infraction, une amende maximale de cent mille dollars et un emprisonnement maximal d'un an, ou l'une de ces peines,

(ii) s'il a déjà été déclaré coupable de n'importe laquelle des infractions prévues à ces articles, une amende maximale de trois cent mille dollars et un emprisonnement maximal de deux ans, ou l'une de ces peines.

(2) Quiconque contrevient au paragraphe 6(2) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire:

(a) for a first offence, to a fine not exceeding ten thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months, or to both; or

(b) for a second or subsequent offence, to a fine not exceeding fifty thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding one year, or to both.

(3) Every person who contravenes section 14 or any regulations made under paragraph 17(i) is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable to a fine not exceeding ten thousand dollars.

19. (1) A prosecution in respect of an offence under this Act, other than a prosecution under paragraph 18(1)(b), may not be instituted later than twelve months after the time when the subject-matter of the prosecution arose.

(2) A prosecution for an offence under this Act may be instituted, heard, tried and determined by a court in any territorial jurisdiction in which the accused carries on business regardless of where the subject-matter of the prosecution arose.

(3) No exception, exemption, excuse or qualification prescribed by law is required to be set out or negated, as the case may be, in an information or indictment for an offence under this Act or under section 421, 422 or 423 [now section 463, 464 or 465] of the *Criminal Code* in respect of an offence under this Act.

(4) In any prosecution for an offence referred to in subsection (3), the burden of proving that an exception, exemption, excuse or qualification prescribed by law operates in favour of the accused is on the accused and the prosecutor is not required, except by way of rebuttal, to prove that the exception, exemption, excuse or qualification does not operate in favour of the accused, whether or not it is set out in the information or indictment.

Judgments of the Courts Below

Quebec Superior Court (1991), 82 D.L.R. (4th) 449 (Chabot J.) (translation)

Chabot J. found the Act invalid in its entirety, both as being *ultra vires* the Parliament of Canada under the *Constitution Act, 1867* and as constitut-

a) s'il s'agit d'une première infraction, une amende maximale de dix mille dollars et un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines;

b) en cas de récidive, une amende maximale de cinquante mille dollars et un emprisonnement maximal d'un an, ou l'une de ces peines.

(3) Quiconque contrevient à l'article 14 et aux règlements d'application de l'alinéa 17*i*) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une amende maximale de dix mille dollars.

19. (1) Les poursuites, autres que celles prévues à l'alinéa 18(1)*b*), visant les infractions à la présente loi se prescrivent par un an à compter de la perpétration de celles-ci.

(2) Le tribunal dans le ressort duquel l'accusé exerce ses activités est compétent pour connaître de toute poursuite en matière d'infraction à la présente loi, indépendamment du lieu de perpétration.

(3) Dans les poursuites visant toute infraction à la présente loi, ou engagées sous le régime des articles 421, 422 ou 423 [maintenant les articles 463, 464 ou 465] du *Code criminel* et relatives à une telle infraction, il n'est pas nécessaire que soit énoncée ou niée, selon le cas, une exception, exemption, excuse ou réserve, prévue par le droit, dans la dénonciation ou l'acte d'accusation.

(4) Dans les poursuites visées au paragraphe (3), il incombe à l'accusé de prouver qu'une exception, exemption, excuse ou réserve, prévue par le droit, joue en sa faveur; quant au poursuivant, il n'est pas tenu, si ce n'est à titre de réfutation, de prouver que l'exception, l'exemption, l'excuse ou la réserve ne joue pas en faveur de l'accusé, qu'elle soit ou non énoncée dans la dénonciation ou l'acte d'accusation.

Les décisions des instances inférieures

La Cour supérieure du Québec, [1991] R.J.Q. 2260 (le juge Chabot)

Comme nous l'avons vu, le juge Chabot a déclaré la Loi non valide dans son intégralité, à la fois parce qu'elle était *ultra vires* du Parlement du

ing an unjustifiable infringement of s. 2(b) of the *Charter*.

In his analysis of the Act under the *Constitution Act, 1867*, Chabot J., at pp. 467-68, characterized it as legislation that is, in pith and substance, in relation to the regulation of advertising and promotion carried on by a particular industry. Having thus characterized the Act, Chabot J. then determined that it was not a valid exercise of the federal Parliament's criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* or Parliament's power to legislate for the peace, order and good government of Canada under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*.

With respect to the criminal law power, Chabot J. reasoned that the Act was not valid criminal law because it was not addressed directly to the "evil" against which it was purportedly aimed, i.e., tobacco consumption. He observed, at p. 470, that "advertising in itself does not cause harm, any more than the advertising of tobacco products is by itself harmful to health" and, at p. 468, that "[t]he objective of protecting public health, if it exists, can only be an indirect and remote objective [of the Act]".

Turning to the peace, order and good government clause, Chabot J. concluded that the Act did not satisfy the criteria for the "national dimensions" branch of that clause set forth in *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401. The present cases were, in his view, distinguishable from the Privy Council's decisions in the "temperance cases" (*Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (the *Local Prohibition Case*), and *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193) because, in contrast with those cases, there was "no evidence that the advertisement of tobacco products has attained a stage of pestilence in Canada which would give it the required character and degree of singleness, distinctiveness and indivisibility which would distinguish it clearly from matters of provincial interest"

Canada en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu'elle constituait une violation injustifiable de l'al. 2b) de la *Charte*.

Dans son analyse de la Loi en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le juge Chabot a dit, aux pp. 2275 et 2276, qu'il s'agissait d'une loi qui, de par son caractère véritable, cherche à réglementer la publicité et la promotion effectuées par une industrie donnée. Après avoir ainsi qualifié la Loi, il a affirmé qu'il ne s'agissait pas d'un exercice valide de la compétence du Parlement fédéral en matière de droit criminel en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de sa compétence de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

En ce qui concerne la compétence en matière de droit criminel, le juge Chabot a conclu que la Loi n'est pas une règle de droit criminel valide parce qu'elle ne traite pas directement du «mal» qu'elle prétend régler, soit la consommation des produits du tabac. Il a fait remarquer, à la p. 2278, que «la publicité ne cause pas de dommages comme tels, pas plus que la publicité des produits du tabac comme telle ne cause pas d'atteinte à la santé» et, à la p. 2276, que «[l']objectif de protection de la santé publique, s'il existe, ne peut être qu'un objectif indirect et lointain [de la Loi]».

Examinant ensuite la compétence relative à la paix, l'ordre et le bon gouvernement, le juge Chabot a conclu que la Loi ne satisfaisait pas aux critères du volet «dimension nationale» de cette compétence, formulés dans l'arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401. À son avis, les présents pourvois se distinguent des arrêts du Conseil privé sur la «tempérance» (*Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (l'arrêt sur la *prohibition locale*), et *Attorney-General for Ontario c. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193) parce que, contrairement à ce qui existait dans ces arrêts, «il n'y a aucune preuve que la publicité des produits du tabac aurait atteint ce stade de pestilence au Canada qui lui donnerait ce caractère et ce degré requis d'unicité, de particularité et d'indivisibilité qui la distinguerait claire-

13

1995 CanLII 64 (SCC)

14

15

(p. 475). Chabot J. also decided that there was no evidence of a “provincial inability” to control tobacco advertising. He observed, at p. 478, that “the evidence clearly shows the will and the capacity of the provinces to cooperate with each other and with the federal government with respect to the advertising and promotion of tobacco products”.

ment des matières d'intérêt provincial» (p. 2281). Le juge Chabot a décidé qu'il n'y avait aucune preuve de «l'incapacité provinciale» de contrôler la publicité des produits du tabac. Il a fait remarquer, à la p. 2283, que «la preuve a révélé abondamment la volonté et la capacité des provinces de coopérer entre elles et avec le fédéral en regard de la publicité et de la promotion des produits du tabac».

16 Proceeding to an analysis of the Act's validity under the *Charter*, Chabot J. found the Act to be in violation of the appellants' right to freedom of expression under s. 2(b). He concluded, first (at pp. 484-85), that tobacco advertising has a sufficient expressive content to constitute a protected activity under s. 2(b) and, second (at p. 486), that the unattributed health message requirement under s. 9 of the Act infringed the appellants' s. 2(b) rights on the ground that “freedom of expression includes the freedom to remain silent”.

Passant ensuite à une analyse de la validité de la Loi au regard de la *Charte*, le juge Chabot a déterminé que la Loi viole le droit à la liberté d'expression garanti aux appelantes par l'al. 2b). Il a conclu dans un premier temps que la publicité des produits du tabac a un contenu expressif suffisant pour constituer une activité protégée au sens de l'al. 2b) (aux pp. 2288 et 2289), et dans un deuxième temps, que l'exigence des messages de santé non attribués prévue à l'art. 9 de la Loi contrevient aux droits garantis aux appelantes par l'al. 2b) pour le motif que «la liberté d'expression inclut la liberté de ne pas s'exprimer» (p. 2289).

17 Chabot J. then found, applying the test established by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, that the s. 2(b) infringement was not justified under s. 1 of the *Charter*. After considering the uncontradicted evidence adduced by the Attorney General concerning the dire health consequences of tobacco use, Chabot J., at p. 492, concluded that the Attorney General had satisfied the first branch of the *Oakes* test by demonstrating a “substantial and pressing concern”. However, he concluded that the Act did not survive the “proportionality” branch of that test. He began his proportionality analysis by holding, at p. 515, that the Attorney General had failed to establish, on the balance of probabilities, that a rational connection exists between a full prohibition on advertising and the objective of reducing tobacco consumption. He also observed, at p. 513, that “[t]he virtual totality of the scientific documents in the state's possession at the time the Act was passed do not demonstrate that a ban on advertising would affect consumption”. He then decided that the complete prohibition on advertising under the Act did not meet the test of minimal impairment of the appel-

Lorsqu'il a appliqué le critère formulé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge Chabot a ensuite affirmé que la violation de l'al. 2b) ne se justifiait pas en vertu de l'article premier de la *Charte*. Après avoir examiné la preuve non contredite déposée par le procureur général relativement aux conséquences graves du tabagisme, le juge Chabot a conclu, à la p. 2294, que le ministère public avait satisfait au premier critère de l'arrêt *Oakes* en établissant une «préoccupation réelle et urgente». Cependant, il a conclu que la Loi ne satisfait pas au volet «proportionnalité» de ce critère. Il a commencé son analyse de la proportionnalité en affirmant, à la p. 2310, que le procureur général n'avait pas fait, suivant la prépondérance des probabilités, la preuve d'un lien rationnel entre une interdiction totale de publicité et l'objectif de diminution de la consommation des produits du tabac. Il a aussi fait remarquer, à la p. 2309, que «[l]a presque totalité de la documentation scientifique en possession de l'État lors de l'adoption de la loi ne démontrait pas que le bannissement de la publicité aurait un effet sur la consommation». Il a alors décidé que le bannissement total de la publi-

lants' s. 2(b) rights. He observed, at pp. 515-16, that no evidence had been adduced at trial demonstrating that a complete prohibition on tobacco advertisements would reduce tobacco consumption more effectively than a partial ban, or that unattributed health warnings would be more effective than attributed health warnings. Finally, with respect to the proportionality between effects and objectives, Chabot J. concluded, at p. 517, that the Act constitutes "social engineering" and "an extremely serious impairment of the principles inherent in a free and democratic society which is disproportionate to the objective of the [Act]".

Quebec Court of Appeal (1993), 102 D.L.R. (4th) 289 (LeBel and Rothman J.J.A., Brossard J.A. dissenting in part) (translation)

The Court of Appeal allowed the appeals from the decision of Chabot J. and upheld the constitutional validity of the Act in its entirety. It was unanimous in deciding that the Act was not beyond the legislative competence of the Parliament of Canada under s. 91 of the *Constitution Act, 1867* and, although the Attorney General had conceded that the Act constituted an infringement of the appellants' rights under s. 2(b), a majority (Brossard J.A. dissenting) decided that the infringement was justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Writing for a unanimous Court of Appeal with respect to the constitutionality of the Act under the *Constitution Act, 1867*, Brossard J.A. began his analysis by characterizing the Act as legislation, in pith and substance, in relation to the protection of public health (at p. 339). Brossard J.A. criticized, at pp. 338-39, the trial judge's pith and substance analysis on two grounds. First, he decided that the trial judge had confined himself to an excessively literal interpretation of the Act by failing to explore a possible connection between the Act's statement of purpose in s. 3 and its legal effect on tobacco advertising and promotion. Second, he held that the trial judge had confused the evidentiary requirements for the application of s. 1 of the

cité en vertu de la Loi ne satisfaisait pas au critère de l'atteinte minimale aux droits garantis aux appelantes par l'al. 2b). Il a ajouté, à la p. 2311, que l'on n'avait pas présenté de preuve en première instance établissant qu'un bannissement total de la publicité relative aux produits du tabac réduirait la consommation de façon plus efficace qu'un bannissement partiel, ou que des messages non attribués seraient plus efficaces que des messages attribués. Enfin, en ce qui concerne la proportionnalité entre les effets et les objectifs, le juge Chabot a conclu, à la p. 2312, que la Loi constitue un genre d'«ingénierie sociale» et «une atteinte extrêmement grave aux principes inhérents d'une société libre et démocratique, incommensurable avec l'objectif de la [Loi]».

La Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 375 (les juges LeBel et Rothman; le juge Brossard étant dissident en partie)

La Cour d'appel a accueilli les appels contre la décision du juge Chabot et confirmé la constitutionnalité de l'ensemble de la Loi. La cour, à l'unanimité, a statué que la Loi n'outrepassait pas la compétence législative du Parlement du Canada prévue à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; en outre, même si le procureur général avait admis que la Loi constituait une violation des droits garantis aux appelantes par l'al. 2b), la cour à la majorité (le juge Brossard étant dissident) a décidé que cette violation était justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

S'exprimant au nom de la Cour d'appel à l'unanimité relativement à la constitutionnalité de la Loi en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le juge Brossard a commencé son analyse en affirmant, à la p. 408, que la Loi visait, de par son caractère véritable, la protection de la santé publique. Le juge Brossard, aux pp. 407 et 408, a trouvé deux lacunes dans l'analyse du caractère véritable de la loi faite par le juge de première instance. Premièrement, il a décidé que le juge de première instance s'était restreint à une interprétation trop littérale de la Loi, en omettant de rechercher un lien possible entre l'objet de la Loi mentionné à l'art. 3 et son effet juridique sur la publicité et la promotion des produits du tabac. Deuxièmement, il a statué que le

Charter, under which the effectiveness of the legislation is a relevant criterion, with the requirements for ascertaining pith and substance in a division of powers analysis, where it is not.

juge de première instance avait confondu les exigences de la preuve relative à l'application de l'article premier de la *Charte*, en vertu duquel l'efficacité de la loi est un critère pertinent, et ce qui est requis pour la détermination du caractère véritable de la loi, dans le cadre d'une analyse sur le partage des pouvoirs, dans laquelle cette efficacité n'est pas un critère pertinent.

20

Brossard J.A. then proceeded to consider whether the Act was a valid exercise of the federal criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* or the peace, order and good government clause under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. He began by deciding that the Act did not fall under the criminal law power. He found it significant, at pp. 341-42, that neither tobacco consumption nor tobacco advertising are activities that have an "affinity with some traditional criminal law concern" (p. 342) and observed that, although the Act makes the advertising and promotion of tobacco products illegal, the "real evil" the Act is designed to combat, tobacco consumption, continues to be legal in Canada. Parliament, he reasoned, at pp. 340-41, cannot criminalize the ancillary activities relating to a principal activity when it has not criminalized the principal activity itself. Brossard J.A. decided, however, that the Act fell within the federal Parliament's power to legislate for the peace, order and good government of Canada because it satisfied the test for the "national dimensions" branch of that power developed in *Crown Zellerbach, supra*. He observed, at p. 348, that the problem of tobacco consumption has developed into a matter of national concern comparable in scope to that of alcohol consumption addressed in the temperance cases. He also noted, at p. 350, that the health problems resulting from tobacco consumption have a "singleness, distinctiveness and indivisibility that distinguish them clearly from matters that are of strictly provincial interest". Finally, he concluded that the Act met the "provincial inability test" because "[t]he fact is that communications, whether radio or television broadcasting, or even newspaper publishing, do not

Le juge Brossard a ensuite examiné si la Loi constituait un exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de la compétence de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a commencé par affirmer qu'il ne s'agissait pas d'une loi relevant de la compétence en matière de droit criminel. À son avis (aux pp. 409 et 410), il importe de préciser que ni la consommation des produits du tabac ni la publicité de ces produits ne constituent des activités qui ont [TRADUCTION] «une affinité avec une préoccupation traditionnelle en matière de droit criminel» (p. 410); il a aussi fait remarquer que, bien que la Loi rende illégale la publicité et la promotion des produits du tabac, le «véritable mal» que vise à combattre la Loi — la consommation des produits du tabac — demeure légitime au Canada. Le Parlement, raisonne-t-il, aux pp. 408 et 409, ne peut rendre criminels les aspects secondaires de l'activité principale s'il n'a pas criminalisé cette activité. Cependant, le juge Brossard a décidé que la Loi relève de la compétence du fédéral de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada parce qu'elle satisfait aux critères du volet «dimension nationale» de cette compétence formulés dans l'arrêt *Crown Zellerbach*, précité. Il a fait observer, à la p. 414, que le tabagisme est devenu un problème d'intérêt national d'une envergure comparable à celui de la consommation de l'alcool dont il était question dans les arrêts sur la tempérance. Il a aussi fait remarquer, à la p. 415, que les problèmes de santé reliés au tabagisme comportent ce «degré d'unicité, de particularité et d'indivisibilité qui les distingue clairement des matières d'intérêt strictement provincial». Enfin, il a conclu que la Loi satisfaisait au «critère de l'incapacité provinciale» parce que

recognize frontiers, still less provincial borders” (pp. 350-51).

The Court of Appeal was divided on the validity of the Act under the *Charter*. LeBel J.A., writing for the majority, accepted that the Act infringed the appellants s. 2(b) rights, but held that the infringement was justified under s. 1 of the *Charter*. LeBel J.A., at pp. 311-12, first noted that the trial judge had erred in applying a civil standard of justification in his application of the *Oakes* analysis. He observed, at p. 313, that, in cases involving socio-economic legislation such as the Act, this Court has “recognized the need for an attitude of deference with regard to legislative choices”, and has required the state to meet an attenuated standard of justification under the *Oakes* analysis.

Applying the attenuated *Oakes* standard, LeBel J.A. held that the Act was a justifiable infringement under s. 1 of the *Charter*. He first observed that “there does not appear to be a serious debate” that the objective of reducing the number of smokers in Canada is pressing and substantial (p. 321), and then proceeded to an application of the proportionality test. There was, he held, at p. 323, sufficient evidence adduced at trial to establish a rational connection between a prohibition of tobacco advertising and the goal of reducing tobacco consumption. He conceded that there was no evidence on the record demonstrating, on the criterion of the civil balance of proof, that the prohibition of these forms of advertising would attain that objective. However, he noted that there was sufficient expert testimony and documentation adduced at trial to “attest, at the very least, to the existence of a body of opinion favourable to the adoption of a legislative measure such as the restriction of tobacco advertising in order to diminish consumption over time” (p. 323). LeBel J.A. also observed, at p. 324, that, in Imperial’s

«le domaine des communications, qu’il s’agisse de radio, de télévision, de publication même de journaux, ne connaît plus de frontières et encore moins de frontières provinciales» (p. 415).

La Cour d’appel était partagée sur la question de la validité de la Loi en vertu de la *Charte*. Le juge LeBel, s’exprimant au nom de la majorité, a reconnu que la Loi violait les droits garantis aux appelantes par l’al. 2b), mais a conclu que cette violation pouvait se justifier en vertu de l’article premier de la *Charte*. Il a tout d’abord fait remarquer, à la p. 391, que le juge de première instance avait commis une erreur en appliquant un critère de justification assimilable à celui appliqué dans un procès civil lorsqu’il a procédé à l’analyse élaborée dans l’arrêt *Oakes*. Il a fait observer, à la p. 392, que, dans les cas de lois socio-économiques comme en l’espèce, notre Cour «reconnaît la nécessité d’une attitude de déférence à l’égard des choix législatifs en ce domaine» et exige du ministère public qu’il satisfasse à un critère assoupli de justification en vertu de l’analyse élaborée dans l’arrêt *Oakes*.

Le juge LeBel a appliqué une forme assouplie du critère formulé dans l’arrêt *Oakes* et conclu que la Loi constituait une violation justifiable en vertu de l’article premier de la *Charte*. Il a tout d’abord précisé qu’«il ne semble pas y avoir de débat sérieux» que l’objectif de réduire le nombre de fumeurs au Canada est important et urgent (p. 397), et il a ensuite appliqué le critère de la proportionnalité. À son avis, suffisamment d’éléments de preuve ont été présentés au procès pour établir un lien rationnel entre une interdiction de la publicité des produits du tabac et l’objectif de diminuer le tabagisme (p. 398). Il a reconnu qu’il n’existe pas, dans le dossier, de preuve démontrant que, suivant le critère civil de la prépondérance de la preuve, l’interdiction de ces formes de publicité réussirait à atteindre cet objectif. Toutefois, il a affirmé que l’on avait présenté au procès suffisamment de témoignages d’expert et d’études qui «attestent, à tout le moins, de l’existence d’un corps d’opinions favorables à l’adoption d’une mesure législative comme la limitation de la publicité du tabac, pour diminuer éventuellement la consommation de

internal documentation, "there are commentaries suggesting that the objective of tobacco advertising is either promotion, recruitment of new smokers, or consolidation of market share by reassuring current smokers".

celui-ci» (p. 398). Le juge LeBel a aussi fait observer, à la p. 399, que, dans la documentation interne obtenue d'Imperial, «l'on retrouve aussi des commentaires suggérant que la publicité du tabac aurait un objectif soit de promotion, soit de recrutement de nouveaux fumeurs, soit de consolidation de la clientèle, en rassurant les fumeurs actuels».

Second, LeBel J.A. held, at pp. 326-27, that the Act satisfied the minimal impairment test because the measures adopted under the Act did not prohibit consumption of tobacco, did not allow for the control of foreign advertising, and permitted the continued availability of tobacco product information at retail establishments. Finally, he found it significant that the legislative objective, addressing a serious health problem, outweighed the adverse effects of the legislation on the appellants' right to commercial expression which, he noted, at p. 326, "seeks exclusively to advance the respondents' interests in marketing, distributing and selling a product recognized as harmful".

Deuxièmement, le juge LeBel a conclu, aux pp. 400 et 401, que la Loi satisfait au critère de l'atteinte minimale parce que les mesures adoptées en vertu de la Loi n'interdisent pas la consommation des produits du tabac, ne permettent pas de contrôler la publicité étrangère et permettent de continuer de fournir de l'information sur les produits du tabac aux points de vente. Enfin, il a jugé important que l'objectif législatif, qui vise un problème grave de santé, l'emporte sur les effets négatifs qu'a la loi sur la garantie de l'expression commerciale des appelantes, lequel, estime-t-il, à la p. 400, «recherche uniquement la promotion de l'intérêt des intimés à commercialiser, distribuer et vendre un produit reconnu comme nocif».

Brossard J.A., in dissent, agreed with LeBel J.A. that the Act's objective was pressing and substantial, and that ss. 7 and 9 met the requirements of the *Oakes* test but, in his view, ss. 4, 5, 6 and 8 did not satisfy either the rational connection or the minimal impairment branches of the *Oakes* proportionality test.

Le juge Brossard, dissident, était d'accord avec le juge LeBel pour dire que l'objectif de la Loi était urgent et réel, et que les art. 7 et 9 répondaient aux exigences du critère formulé dans l'arrêt *Oakes*; cependant, à son avis, les art. 4, 5, 6 et 8 ne satisfont ni au volet du lien rationnel ni à celui de l'atteinte minimale du critère de la proportionnalité formulé dans *Oakes*.

With respect to the rational connection test, Brossard J.A. distinguished between three different types of advertising (at pp. 383-84): informative advertising (which disseminates information concerning product content), brand loyalty advertising (which is aimed solely at promoting one brand over another based on the colour, design and appearance of the packaging), and lifestyle advertising (which creates an image by associating the product's consumption with a particular lifestyle). Brossard J.A. found, at p. 384, that the prohibition on informative advertising and brand preference advertising was not rationally connected to the goal of reducing consumption of tobacco because "there is not a single piece of evidence in the record with any probative value to the effect that it

En ce qui concerne le critère du lien rationnel, le juge Brossard a établi une distinction entre trois différents types de publicité (aux pp. 437 et 438): la publicité informative (celle qui contient de l'information quant au contenu du produit), la publicité de fidélité à une marque (qui vise uniquement à promouvoir une marque plutôt qu'une autre par l'effet de la couleur, du design de l'emballage et de sa présentation) et la publicité de style de vie (qui crée une image en associant un style de vie à la consommation du produit). Le juge Brossard a conclu, aux pp. 437 et 438, que l'interdiction de la publicité informative et de la publicité de fidélité à une marque n'a pas de lien rationnel avec l'objectif de diminuer l'usage du tabac parce qu'il «n'existe au dossier aucun élément de preuve ayant quelque

encourages non-smokers to become smokers . . . or smokers to increase their consumption, or that it prevents smokers from reducing their consumption or quitting if they want to". However, he found, at p. 385, that the prohibitions respecting lifestyle advertising met the rational connection test owing to the testimony adduced at trial concerning the stimulative effect of such advertising upon the consumer behaviour of young persons.

Proceeding to the minimal impairment requirement, Brossard J.A. held, at p. 387, that, with the exception of the prohibition upon lifestyle advertising, ss. 4, 5, 6 and 8 of the Act did not minimally impair the appellants' rights because "it would easily have been possible to exclude from the general ban any advertising which is purely informative, there being no proof even on the level of possibility that such advertising has any impact on consumption". Thus, Brossard J.A. concluded, at p. 392, that ss. 4, 5, 6 and 8 of the Act could not be justified under s. 1 of the *Charter*, but that ss. 7 and 9 could be justified under s. 1 of the *Charter*. Brossard J.A. did not uphold the prohibition on lifestyle advertising, even though he decided it was theoretically justifiable under s. 1, because Parliament made no distinction between types of advertising in the legislation.

Issues Before This Court

The argument before this Court was conducted on the basis of two constitutional questions, stated by Chief Justice Lamer on November 4, 1993:

1. Is the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20, wholly or in part within the legislative competence of the Parliament of Canada as being a law enacted for the peace, order and good government of Canada pursuant to s. 91 of the *Constitution Act, 1867*; as being enacted pursuant to the criminal law power in s. 91(27) thereof; or otherwise?
2. Is the *Tobacco Products Control Act* wholly or in part inconsistent with the right of freedom of expression as set out in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, does it constitute a

valeur probante à l'effet qu'elle inciterait un non-consommateur à le devenir [. . .] ou un consommateur à augmenter sa consommation ou à l'empêcher de diminuer ou d'arrêter cette consommation s'il le désire». Cependant, il a conclu, à la p. 438, que l'interdiction de publicité de style de vie satisfaisait au critère du lien rationnel compte tenu des témoignages présentés au procès relativement à l'effet incitatif de cette publicité sur le comportement des jeunes consommateurs.

Pour ce qui est de l'exigence de l'atteinte minimale, le juge Brossard a conclu, à la p. 439, que, sous réserve de l'exception de l'interdiction de publicité de style de vie, les art. 4, 5, 6 et 8 de la Loi ne constituent pas une atteinte minimale aux droits des appelantes parce qu'il «eût été facilement possible de soustraire toute publicité de nature strictement informative, n'ayant aucune incidence prouvée, même au niveau des possibilités, sur la consommation, de la suppression générale». En conséquence, le juge Brossard a conclu, à la p. 442, que les art. 4, 5, 6 et 8 de la Loi ne pouvaient se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*, mais que les art. 7 et 9 le pouvaient. Il n'a pas confirmé l'interdiction de publicité de style de vie, même s'il a décidé que ce type de publicité était théoriquement justifiable en vertu de l'article premier, parce que le législateur n'avait pas fait dans la loi de distinction entre les types de publicité.

Les questions devant notre Cour

Les arguments présentés devant notre Cour ont porté sur deux questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Lamer le 4 novembre 1993:

1. La *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20, relève-t-elle, en tout ou en partie, de la compétence du Parlement du Canada de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada en vertu de l'art. 91, ou en matière de droit criminel suivant le par. 91(27), de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou autrement?
2. La *Loi réglementant les produits du tabac* est-elle, en tout ou en partie, incompatible avec la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, apporte-

reasonable limit on that right as can be demonstrably justified pursuant to s. 1 thereof?

t-elle une limite raisonnable à l'exercice de ce droit, dont la justification puisse se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte*?

Analysis

1. *Jurisdiction under the Constitution Act, 1867*

The Criminal Law Power

The first question arising on these appeals is whether the Act constitutes a valid exercise of the federal criminal law power and is therefore *intra vires* the federal Parliament. Section 91(27) of the *Constitution Act, 1867* confers on the federal Parliament the exclusive power to legislate in relation to the criminal law. The criminal law power is plenary in nature and this Court has always defined its scope broadly. As Estey J. observed in *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, at p. 238, "[t]he terms of s. 91(27) of the Constitution must be read as assigning to Parliament exclusive jurisdiction over criminal law in the widest sense of the term"; see also *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524 (P.C.), at pp. 528-29. In developing a definition of the criminal law, this Court has been careful not to freeze the definition in time or confine it to a fixed domain of activity; see *Goodyear Tire and Rubber Co. v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303, at p. 311 (*per* Rand J.); *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940, at pp. 950-51 (*per* Laskin C.J.). In *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (PATA), at p. 324, the Privy Council defined the federal criminal law power in the widest possible terms to include any prohibited act with penal consequences. Subsequent to that decision, this Court recognized that the Privy Council's definition was too broad in that it would allow Parliament to invade areas of provincial legislative competence colourably simply by legislating in the proper form; see *Scowby*, *supra*, at p. 237. So, as Estey J. put it in *Scowby*, at p. 237, "it was accepted that some legitimate public purpose must underlie the prohibition". This necessary adjustment was introduced in *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (the *Margarine Reference*). Rand J. drew

Analyse

1. *Compétence en vertu de la Loi constitutionnelle de 1867*

La compétence en matière de droit criminel

La première question soulevée dans les présents pourvois vise à déterminer si la Loi constitue un exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel et est en conséquence *intra vires* du Parlement. Le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement la compétence exclusive de légiférer relativement au droit criminel. Cette compétence est de nature plénière et notre Cour en a toujours défini largement la portée. Comme le juge Estey l'a fait remarquer dans l'arrêt *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, à la p. 238, «[l]es termes du par. 91(27) de la Constitution doivent être interprétés comme attribuant au Parlement la compétence exclusive en matière de droit criminel dans le sens plus large du terme»; voir aussi *Attorney-General for Ontario c. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524 (C.P.), aux pp. 528 et 529. Dans l'élaboration d'une définition du droit criminel, notre Cour a pris soin de ne pas geler la définition à une époque déterminée ni de la restreindre à un domaine d'activité fixe; voir *Goodyear Tire and Rubber Co. c. The Queen*, [1956] R.C.S. 303, à la p. 311 (le juge Rand); *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, aux pp. 950 et 951 (le juge en chef Laskin). Dans l'arrêt *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (PATA), à la p. 324, le Conseil privé a défini la compétence fédérale en matière de droit criminel dans le sens le plus large possible de façon à inclure tout acte interdit assorti de sanctions pénales. À la suite de cette décision, notre Cour a reconnu que la définition du Conseil privé était trop large car elle permettrait au Parlement, simplement en légiférant de la manière appropriée, d'empiéter spécieusement sur des domaines de compétence législative provinciale; voir *Scowby*, précité, à la p. 237. Comme l'affirme le juge Estey

attention, at pp. 49-50, to the need to identify the evil or injurious effect at which a penal prohibition was directed. He stated:

A crime is an act which the law, with appropriate penal sanctions, forbids; but as prohibitions are not enacted in a vacuum, we can properly look for some evil or injurious or undesirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legislature has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened.

Is the prohibition . . . enacted with a view to a public purpose which can support it as being in relation to criminal law? Public peace, order, security, health, morality; these are the ordinary though not exclusive ends served by that law . . . [Emphasis added.]

See also *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at p. 489.

Taking into account the broad definition of the criminal law developed by this Court, I am satisfied that the Act is, in pith and substance, criminal law. A law's pith and substance, or "matter", is best described as its dominant purpose or true character; see *Morgentaler*, *supra*, at pp. 481-82. From a plain reading of the Act, it seems clear that Parliament's purpose in enacting this legislation was to prohibit three categories of acts: advertisement of tobacco products (ss. 4 and 5), promotion of tobacco products (ss. 6 to 8) and sale of tobacco products without printed health warnings (s. 9). These prohibitions are accompanied by penal sanctions under s. 18 of the Act, which, as Lord Atkin noted in *PATA*, *supra*, at p. 324, creates at least a *prima facie* indication that the Act is criminal law. However, the crucial further question is whether the Act also has an underlying criminal public purpose in the sense described by Rand J. in the *Margarine Reference*, *supra*. The question, as Rand J.

dans *Scowby*, à la p. 237, «on a accepté que l'interdiction doit se fonder sur un objectif public législatif». Cet ajustement nécessaire a été introduit dans *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (le *Renvoi sur la margarine*). Aux pages 49 et 50, le juge Rand a attiré l'attention sur la nécessité d'identifier le mal ou l'effet nuisible ou indésirable contre lequel la loi est dirigée. Il affirme:

[TRADUCTION] Un crime est un acte que la loi interdit, avec des sanctions pénales appropriées; mais comme les prohibitions ne sont pas édictées dans le vide, nous sommes justifiés de chercher contre quel mal ou effet nuisible ou indésirable pour le public la loi est dirigée. Cet effet peut être relié à des intérêts sociaux, économiques ou politiques; et la législature avait à l'esprit de supprimer le mal ou de protéger l'intérêt menacé.

La prohibition est-elle [. . .] adoptée en vue d'un objectif public qui peut la faire considérer comme relative au droit criminel? La paix publique, l'ordre, la sécurité, la santé, la moralité: ce sont là des buts habituels, bien que non exclusifs, que poursuit ce droit . . . [Je souligne.]

Voir aussi *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, à la p. 489.

Si l'on tient compte de la définition large du droit criminel établie par notre Cour, je suis convaincu que la Loi est, de par son caractère véritable, une loi en matière de droit criminel. La meilleure façon de décrire le caractère véritable d'une loi, ou la «matière» qu'elle vise, consiste à partir de son objet principal ou de son idée maîtresse; voir *Morgentaler*, précité, aux pp. 481 et 482. Si l'on interprète la Loi dans son sens ordinaire, il semble évident qu'elle avait pour objet d'interdire trois catégories d'actes: la publicité en faveur des produits du tabac (art. 4 et 5), la promotion des produits du tabac (art. 6 à 8) et la vente des produits du tabac dont l'emballage ne comporterait pas les messages relatifs à la santé (art. 9). Ces interdictions sont assorties de sanctions pénales en vertu de l'art. 18 de la Loi, lesquelles, comme le précise lord Atkin dans l'arrêt *PATA*, précité, à la p. 324, créent une indication du moins à première vue que la loi est de droit criminel. Cependant, l'autre

framed it, is whether the prohibition with penal consequences is directed at an "evil" or injurious effect upon the public.

question importante est de savoir si la Loi a également un objectif public sous-jacent du droit criminel au sens où le décrit le juge Rand dans le *Renvoi sur la margarine*, précité. Comme le précise le juge Rand, la question est de savoir si l'interdiction assortie de sanctions pénales est dirigée contre un «mal» ou un effet nuisible pour le public.

In these cases, the evil targeted by Parliament is the detrimental health effects caused by tobacco consumption. This is apparent from s. 3, the Act's "purpose" clause, which bears repeating here:

3. The purpose of this Act is to provide a legislative response to a national public health problem of substantial and pressing concern and, in particular,

(a) to protect the health of Canadians in the light of conclusive evidence implicating tobacco use in the incidence of numerous debilitating and fatal diseases;

(b) to protect young persons and others, to the extent that is reasonable in a free and democratic society, from inducements to use tobacco products and consequent dependence on them; and

(c) to enhance public awareness of the hazards of tobacco use by ensuring the effective communication of pertinent information to consumers of tobacco products.

Dans les présents pourvois, le mal visé par le Parlement est l'effet nocif de l'usage du tabac sur la santé. Ceci ressort clairement de l'art. 3, la clause «objet» de la Loi, qu'il vaut la peine de reproduire ici:

3. La présente loi a pour objet de s'attaquer, sur le plan législatif, à un problème qui, dans le domaine de la santé publique, est grave, urgent et d'envergure nationale et, plus particulièrement:

a) de protéger la santé des Canadiennes et des Canadiens compte tenu des preuves établissant de façon indiscutable un lien entre l'usage du tabac et de nombreuses maladies débilitantes ou mortelles;

b) de préserver notamment les jeunes, autant que faire se peut dans une société libre et démocratique, des incitations à la consommation du tabac et du tabagisme qui peut en résulter;

c) de mieux sensibiliser les Canadiennes et les Canadiens aux méfaits du tabac par la diffusion efficace de l'information utile aux consommateurs de celui-ci.

Quite clearly, the common thread running throughout the three enumerated purposes in paras. 3(a) to (c) is a concern for public health and, more specifically, a concern with protecting Canadians from the hazards of tobacco consumption. This is a valid concern. A copious body of evidence was introduced at trial demonstrating convincingly, and this was not disputed by the appellants, that tobacco consumption is widespread in Canadian society and that it poses serious risks to the health of a great number of Canadians. I note in passing the well-established principle that a court is entitled, in a pith and substance analysis, to refer to extrinsic materials, such as related legislation, Parliamentary debates and evidence of the "mischief" at which the legislation is directed; see *Morgentaler*, *supra*, at pp. 483-84; *Reference Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at p. 437; *Re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1

Il est tout à fait évident que les trois objets énumérés aux al. 3a) à c) ont en commun un souci pour la santé publique, et plus particulièrement, un souci de protéger les Canadiens contre les méfaits du tabac. C'est un souci valide. On a présenté en première instance une preuve abondante établissant de façon convaincante (ce qui n'a pas été contesté par les appelantes) que l'usage du tabac est répandu dans la société canadienne et qu'il présente de graves dangers pour la santé d'un grand nombre de Canadiens. En passant, je tiens à mentionner le principe bien établi selon lequel un tribunal a le droit, dans le cadre d'une analyse du caractère véritable, de se reporter à une preuve extrinsèque, comme les textes législatifs connexes, les débats parlementaires et la preuve du «mal» que le texte vise à corriger; voir *Morgentaler*, précité, aux pp. 483 et 484; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, à la p. 437;

S.C.R. 297, at pp. 317-19. An appropriate starting point in an examination of these extrinsic materials is the speech given by Jake Epp, the Minister of National Health and Welfare, on November 23, 1987 before second reading of Bill C-51, which was later given Royal Assent to the Act. He stated (*House of Commons Debates*, vol. IX, at p. 11042):

The federal Government has taken an active role in addressing the issue of cigarette smoking. It is important for people to understand why smoking, which was thought of as merely a personal habit, has become a legitimate public concern. There is overwhelming evidence that tobacco smoke is the largest preventable cause of illness, disability and premature death in Canada. Moreover, it has also become evident that Canadians who are consistently exposed to smoke in the environment may suffer from adverse health effects. Not surprisingly, the public is increasingly asking for an environment that protects non-smokers from tobacco smoke.

As Minister of National Health and Welfare, my primary concern is the health of Canadians. Therefore, I must do all that I can to protect their health by discouraging the advertising and promotion of tobacco, and by increasing public health knowledge of the health hazards of smoking.

This is not a moral crusade. It is not a case of some overzealous individuals attempting to force their lifestyle on others. It is responsible government action in reaction to overwhelming evidence that tobacco, despite its widespread use by a third of the adult population, is actually responsible for 100 deaths a day in Canada.

Apart from shedding light upon the government's intent in introducing this legislation, this speech also gives some indication of the nature and scope of the societal problem posed by tobacco consumption. Statistics show that approximately 6.7 million Canadians, or 28 percent of Canadians over the age of 15, consume tobacco products; see expert report prepared for Health and Welfare Canada by Dr. Roberta G. Ferrence, *Trends in Tobacco Consumption in Canada, 1900-1987* (1989). The harm tobacco consumption causes

Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act, [1984] 1 R.C.S. 297, aux pp. 317 à 319. Comme point de départ de l'examen de ces documents extrinsèques, il convient d'examiner le discours prononcé par Jake Epp, ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, le 23 novembre 1987, avant la deuxième lecture du projet de loi C-51, qui a plus tard reçu la sanction royale. Il affirme (*Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, à la p. 11042):

Le gouvernement fédéral s'attaque activement à la question de l'usage du tabac. Il est important que les gens comprennent pourquoi cet usage que l'on considèrerait simplement comme une habitude personnelle est devenu avec raison un sujet d'inquiétude publique. En effet, des preuves irréfutables démontrent que la fumée du tabac est la plus importante cause évitable de maladies, d'incapacités et de décès prématurés au Canada. De plus, il est devenu évident que les Canadiens qui sont exposés régulièrement à un environnement enfumé peuvent souffrir de conséquences nuisibles à leur santé. Il n'est donc pas étonnant que le public exige de plus en plus un environnement où les non-fumeurs sont protégés de la fumée du tabac.

En tant que ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, je me préoccupe avant tout de la santé des Canadiens. Je dois donc faire tout ce que je peux pour protéger leur santé en décourageant la publicité en faveur du tabac et en informant davantage le public sur les dangers que l'usage du tabac fait courir à la santé.

Il ne s'agit pas d'une croisade morale. Il ne s'agit pas de quelques personnes zélées qui tentent d'imposer leur style de vie aux autres. Il s'agit d'une mesure responsable que le gouvernement prend en réponse à des preuves irréfutables qui démontrent que le tabac cause effectivement près de 100 décès par jour au Canada même si le tiers de la population adulte fume.

En plus de clarifier l'intention du gouvernement au moment du dépôt de ce projet de loi, ce discours donne également une indication de la nature et de l'étendue du problème social posé par l'usage du tabac. Les statistiques révèlent qu'approximativement 6,7 millions de Canadiens, ou 28 pour 100 de la population canadienne de plus de 15 ans, consomment des produits du tabac; voir le rapport d'expert de Roberta G. Ferrence, rédigé pour Santé et Bien-être social Canada, *Trends in Tobacco Consumption in Canada, 1900-1987* (1989). Le

each year to individual Canadians, and to the community as a whole, is tragic. Indeed, it has been estimated that smoking causes the premature death of over 30,000 Canadians annually; see Neil E. Collinshaw, Walter Tostowaryk, Donald T. Wigle, "Mortality Attributable to Tobacco Use in Canada" (1988), 79 *Can. J. Pub. Health* 166; expert report prepared for Health and Welfare Canada by Dr. Donald T. Wigle, *Illness and Death in Canada by Smoking: An Epidemiological Perspective* (1989). Overwhelming evidence was introduced at trial that tobacco use is a principal cause of deadly cancers, heart disease and lung disease. In our day and age this conclusion has become almost a truism. Nonetheless, it is instructive to review a small sampling of some of the vast body of medical evidence adduced at trial attesting to the devastating health consequences that arise from tobacco consumption. The expert report of Dr. Anthony B. Miller, for example, contains the following statement, at p. 24 ("Tobacco Use and Cancer" (1989)):

The scientific evidence summarised in this statement shows that tobacco smoking causes lung, oral, larynx, esophagus, bladder, kidney and pancreas cancer, while oral use of tobacco causes oral cancer. Tobacco use causes 29% of the deaths that occur in Canada from cancer each year, i.e. an estimated excess of 15,300 deaths in 1989. Evidence is accumulating that passive smoking (exposure to environmental tobacco smoke) increases the risk of lung cancer in non-smokers.

Similarly, in the report of Dr. Donald T. Wigle, *supra*, one finds the following conclusion:

Tobacco smoke contains over 4,000 known chemicals many of which are toxic. Over 50 chemicals present in tobacco smoke and tobacco smoke *per se*, are known to cause cancer in animals, humans or both.

mal que l'usage du tabac cause chaque année aux Canadiens, de façon individuelle ou globale, est tragique. En fait, on a estimé que la cigarette cause le décès prématuré de plus de 30 000 Canadiens chaque année; voir Neil E. Collinshaw, Walter Tostowaryk et Donald T. Wigle, «Mortality Attributable to Tobacco Use in Canada» (1988), 79 *Can. J. Pub. Health* 166; rapport d'expert de Donald T. Wigle, rédigé pour Santé et Bien-être social Canada, *Illness and Death in Canada by Smoking: An Epidemiological Perspective* (1989). On a déposé en première instance une preuve abondante établissant que l'usage du tabac est une cause principale de cancer, ainsi que de maladies cardiaques et pulmonaires causant la mort. De nos jours, cette conclusion est devenue presque un truisme. Néanmoins, il est instructif d'examiner quelques extraits de la vaste preuve médicale présentée en première instance relativement aux conséquences dévastatrices de l'usage du tabac sur la santé. Par exemple, le rapport d'expert d'Anthony B. Miller, renferme l'affirmation suivante, à la p. 24. («Tobacco Use and Cancer» (1989)):

[TRADUCTION] La preuve scientifique résumée dans le présent énoncé révèle que l'habitude de fumer cause le cancer des poumons, de la bouche, du larynx, de l'œsophage, de la vessie, des reins et du pancréas, et que l'usage oral du tabac cause le cancer de la bouche. L'usage du tabac est la cause de 29 pour 100 des décès attribuables au cancer chaque année, soit environ plus de 15 300 décès en 1989. Il y a de plus en plus de données qui établissent que le tabagisme passif (inhalation involontaire de fumée de tabac) accroît le risque de cancer des poumons chez les non-fumeurs.

De même, dans le rapport de Donald T. Wigle, *op. cit.*, on trouve la conclusion suivante:

[TRADUCTION] La fumée de tabac contient plus de 4 000 substances chimiques connues, dont beaucoup sont toxiques. Plus de 50 substances chimiques présentes dans la fumée de tabac, et la fumée de tabac elle-même, sont une cause connue du cancer chez les animaux et les humains.

Smoking causes about 30% of all cancer deaths, 30% of all coronary heart disease deaths and about 85% of all chronic bronchitis/emphysema deaths in Canada and United States. In addition, smoking is a major cause of

L'usage du tabac cause environ 30 pour 100 de tous les décès attribuables au cancer, 30 pour 100 de tous les décès attribuables à l'insuffisance coronarienne et environ 85 pour 100 de tous les décès attribuables à la

deaths due to aortic aneurysms, peripheral artery disease and fires. There is growing evidence that smoking is also an important cause of deaths due to stroke.

In terms of the scientific evidence available, the causal role of smoking in the major diseases described above is firmly established beyond all reasonable doubt. This conclusion is accepted by all leading health professional organizations and by many governments and international agencies including:

- Canadian Medical Association
- Canadian Public Health Association
- Health and Welfare Canada
- Canadian Cancer Society
- Canadian Lung Association
- Canadian Heart Foundation
- Canadian Council on Smoking and Health
- U.S. Surgeon General/U.S. Department of Health and Human Services
- World Health Organization
- International Agency for Research on Cancer.

It appears, then, that the detrimental health effects of tobacco consumption are both dramatic and substantial. Put bluntly, tobacco kills. Given this fact, can Parliament validly employ the criminal law to prohibit tobacco manufacturers from inducing Canadians to consume these products, and to increase public awareness concerning the hazards of their use? In my view, there is no question that it can. "Health", of course, is not an enumerated head under the *Constitution Act, 1867*. As Estey J. observed in *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, at p. 142:

... "health" is not a matter which is subject to specific constitutional assignment but instead is an amorphous topic which can be addressed by valid federal or provincial legislation, depending in the circumstances of each case on the nature or scope of the health problem in question.

bronchite/emphysème chronique au Canada et aux États-Unis. De plus, l'habitude de fumer est une cause importante des décès attribuables aux anévrismes aortiques, aux maladies artérielles périphériques et aux incendies. Il existe de plus en plus de données que l'usage du tabac est également une importante cause des décès résultant d'accidents cérébrovasculaires.

La documentation scientifique établit bien hors de tout doute raisonnable le rôle de l'usage du tabac comme cause des principales maladies qui viennent d'être décrites. Cette conclusion est acceptée par toutes les grandes organisations professionnelles de la santé ainsi que par de nombreux gouvernements et organismes internationaux, dont:

- Association médicale canadienne
- Association canadienne de santé publique
- Santé et Bien-être social Canada
- Société canadienne du cancer
- Association pulmonaire du Canada
- Fondation canadienne des maladies du cœur
- Conseil canadien sur le tabagisme et la santé
- Surgeon General et Department of Health and Human Services des États-Unis
- Organisation mondiale de la santé
- Centre international de recherche sur le cancer.

Il appert donc que les effets nocifs de l'usage du tabac sur la santé sont à la fois saisissants et importants. En deux mots, le tabac tue. Compte tenu de ce fait, le Parlement peut-il valablement se servir du droit criminel pour interdire aux fabricants des produits du tabac d'inciter la population canadienne à consommer ces produits et pour mieux la sensibiliser aux méfaits du tabac? À mon avis, il ne fait aucun doute qu'il peut le faire. De toute évidence, la «santé» n'est pas un chef de compétence énuméré dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme le fait observer le juge Estey dans l'arrêt *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, à la p. 142:

... la «santé» n'est pas l'objet d'une attribution constitutionnelle spécifique, mais constitue plutôt un sujet indéterminé que les lois fédérales ou provinciales valides peuvent aborder selon la nature ou la portée du problème de santé en cause dans chaque cas.

Given the “amorphous” nature of health as a constitutional matter, and the resulting fact that Parliament and the provincial legislatures may both validly legislate in this area, it is important to emphasize once again the plenary nature of the criminal law power. In the *Margarine Reference*, *supra*, at pp. 49-50, Rand J. made it clear that the protection of “health” is one of the “ordinary ends” served by the criminal law, and that the criminal law power may validly be used to safeguard the public from any “injurious or undesirable effect”. The scope of the federal power to create criminal legislation with respect to health matters is broad, and is circumscribed only by the requirements that the legislation must contain a prohibition accompanied by a penal sanction and must be directed at a legitimate public health evil. If a given piece of federal legislation contains these features, and if that legislation is not otherwise a “colourable” intrusion upon provincial jurisdiction, then it is valid as criminal law; see *Scowby*, *supra*, at pp. 237-38.

Vu que la santé comme matière constitutionnelle présente un caractère «informe» et qu’il s’ensuit que tant le Parlement que les législatures provinciales peuvent valablement légiférer dans ce domaine, il importe de faire ressortir de nouveau la nature plénière de la compétence en matière de droit criminel. Dans le *Renvoi sur la margarine*, précité, aux pp. 49 et 50, le juge Rand établit clairement que la protection de la «santé» constitue un des «buts habituels» du droit criminel, et que la compétence en matière de droit criminel peut valablement être exercée pour protéger le public contre un «effet nuisible ou indésirable». Le fédéral possède une vaste compétence pour ce qui est de l’adoption de lois en matière criminelle relativement à des questions de santé, et cette compétence n’est circonscrite que par les exigences voulant qu’elles comportent une interdiction accompagnée d’une sanction pénale, et qu’elles visent un mal légitime pour la santé publique. Si une loi fédérale donnée possède ces caractéristiques et ne constitue pas par ailleurs un empiètement «spécieux» sur la compétence provinciale, c’est alors une loi valide en matière criminelle; voir *Scowby*, précité, aux pp. 237 et 238.

1995 CanLII 64 (SCC)

33

As I have indicated, it is clear that this legislation is directed at a public health evil and that it contains prohibitions accompanied by penal sanctions. Is it colourable? In my view, it is not. Indeed, it is difficult to conceive what Parliament’s purpose could have been in enacting this legislation apart from the reduction of tobacco consumption and the protection of public health. If Parliament’s underlying purpose or intent had been to encroach specifically upon the provincial power to regulate advertising, it would surely have enacted legislation applying to advertising in more than one industry. Similarly, if Parliament’s intent had been to regulate the tobacco industry as an industry, and not merely to combat the ancillary health effects resulting from tobacco consumption, then it would surely have enacted provisions that relate to such matters as product quality, pricing and labour relations. In this respect, the present cases must be distinguished from cases such as *Morgentaler*, *supra*, where there was evidence that Nova Scotia’s major purpose in enacting the *Medical Ser-*

Comme je l’ai indiqué, il est clair que la loi est dirigée contre un mal touchant la santé publique et qu’elle renferme des interdictions assorties de sanctions pénales. Est-elle spécieuse? À mon avis, elle ne l’est pas. En fait, outre la diminution de l’usage du tabac et la protection de la santé publique, il est difficile de concevoir quel aurait pu être l’objectif du Parlement lorsqu’il a adopté cette loi. Si l’objet ou l’intention sous-jacents du Parlement avaient été d’empiéter spécifiquement sur la compétence provinciale en matière de réglementation de la publicité, il aurait certainement adopté une loi applicable à la publicité dans plus d’une industrie. De même, si l’intention du Parlement avait été de réglementer l’industrie du tabac en tant qu’industrie, et non simplement de lutter contre les effets indirects de l’usage du tabac sur la santé, il aurait sûrement adopté des dispositions se rapportant à des questions comme la qualité du produit, la fixation des prix et les relations du travail. À cet égard, les présents pourvois se distinguent notamment de l’arrêt *Morgentaler*, précité, dans lequel il

vices Act, R.S.N.S. 1989, c. 281, which purported to be for the control of private health care facilities, was in fact the elimination of free-standing abortion clinics, or *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, where it was clear that Quebec's intention in enacting the *Act Respecting Communistic Propaganda*, R.S.Q. 1941, c. 52, was not to control the use of property but to suppress freedom of speech, a federal matter. In both these cases, it was clear that the provincial legislature was attempting to intrude indirectly upon federal powers when it could not do so directly; see also *Re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, *supra*. By contrast, there is no evidence in the present cases that Parliament had an ulterior motive in enacting this legislation, or that it was attempting to intrude unjustifiably upon provincial powers under ss. 92(13) and (16). They thus differ from the *Margarine Reference*, *supra*, where the prohibition was not really directed at curtailing a public evil, but was in reality, in pith and substance, aimed at regulating the dairy industry.

Why, then, has Parliament chosen to prohibit tobacco advertising, and not tobacco consumption itself? In my view, there is a compelling explanation for this choice. It is not that Parliament was attempting to intrude colourably upon provincial jurisdiction but that a prohibition upon the sale or consumption of tobacco is not a practical policy option at this time. It must be kept in mind that the very nature of tobacco consumption makes government action problematic. Many scientists agree that the nicotine found in tobacco is a powerfully addictive drug. For example, the United States Surgeon General has concluded that "[c]igarettes and other forms of tobacco are addicting" and that "the processes that determine tobacco addiction are similar to those that determine addiction to other drugs, including illegal drugs"; see *The Health Consequences of Smoking — Nicotine Addiction — A report of the Surgeon General* (1988). Given the addictive nature of tobacco

existait une preuve que la Nouvelle-Écosse visait avant tout l'élimination des cliniques d'avortement autonomes, lorsqu'elle a adopté la *Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 281, dont l'objet était supposément de contrôler les établissements de santé privés, et de l'arrêt *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, dans lequel il était évident que le Québec, en adoptant la *Loi concernant la propagande communiste*, S.R.Q. 1941, ch. 52, ne visait pas à contrôler l'utilisation des biens mais plutôt à supprimer la liberté d'expression, matière de compétence fédérale. Dans ces deux affaires, il est clair que la législature provinciale tentait d'empiéter indirectement sur les compétences fédérales parce qu'elle ne pouvait le faire directement; voir aussi le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, précité. Par contre, il n'existe dans les présents pourvois aucune preuve que le Parlement avait une arrière-pensée lorsqu'il a adopté cette loi, ou encore qu'il tentait d'empiéter de façon injustifiable sur les compétences attribuées aux provinces en vertu des par. 92(13) et (16). Les présents pourvois diffèrent donc du *Renvoi sur la margarine*, précité, dans lequel l'interdiction ne visait pas vraiment à s'attaquer à un mal public, mais en fait, compte tenu du caractère véritable de la loi en cause, à réglementer l'industrie laitière.

Pourquoi, alors, le Parlement a-t-il choisi d'interdire la publicité en faveur des produits du tabac et non leur usage? À mon avis, ce choix repose sur une justification impérative. En fait, ce n'est pas que le Parlement tentait d'empiéter de façon déguisée sur une compétence provinciale, mais bien qu'une interdiction de vente ou d'usage du tabac ne constitue pas pour lui une option politique pratique pour le moment. Il faut se rappeler que la nature même de l'usage du tabac rend l'action gouvernementale problématique. De nombreux scientifiques conviennent que la nicotine que l'on trouve dans le tabac constitue une drogue qui crée une forte dépendance. Par exemple, le Surgeon General des États-Unis a conclu que [TRADUCTION] «[l]es cigarettes et les autres types de produits du tabac créent une dépendance» et que «les méthodes de détermination de la dépendance au tabac sont semblables à celles utilisées pour d'autres drogues, y compris les drogues illicites»;

products, and the fact that over one-third of Canadians smoke, it is clear that a legislative prohibition on the sale and use of tobacco products would be highly impractical. Indeed a prohibition on the manufacture and sale of tobacco products would likely lead many smokers to resort to alternative, and illegal, sources of supply. As legislators in this country discovered earlier in the century, the prohibition of a social drug such as tobacco or alcohol leads almost inevitably to an increase in smuggling and crime.

voir *The Health Consequences of Smoking — Nicotine Addiction — A report of the Surgeon General* (1988). Vu que les produits du tabac créent une dépendance et que plus d'un tiers de la population canadienne fume, il est clair qu'une interdiction législative de vente et d'usage des produits du tabac est tout à fait inconcevable en pratique. En effet, interdire la fabrication et la vente des produits du tabac inciterait vraisemblablement de nombreux fumeurs à s'approvisionner autrement et illégalement. Comme les législateurs de notre pays l'ont découvert au début du siècle, l'interdiction d'une drogue sociale comme le tabac ou l'alcool mène presque inévitablement à un accroissement de la contrebande et du crime.

35 However, the mere fact that it is not practical or realistic to implement a prohibition on the use or manufacture of tobacco products does not mean that Parliament cannot, or should not, resort to other intermediate policy options. As Sheila Copps, then an opposition MP, commented during the debate concerning Bill C-51, *House of Commons Debates, supra*, at p. 11047:

We realize that tobacco has been a part of our culture for many hundreds of years. We realize that the negative health effects of tobacco have become evident only in the last number of years. Yet frankly, from a strict political point of view, I do not think any political party would want to go into the next election trumpeting itself as the party which will introduce prohibition on tobacco. That is a fact.

If we are stopping short of actually banning the sale of this hazardous product, what steps are we prepared to take to cut down on its use over the next number of years? Certainly, a ban on tobacco advertising is one strategy which is supportable in the move to cut down on the consumption of tobacco.

Jake Epp, the Minister of National Health and Welfare, made a similar observation during the debate, at p. 11045:

Prohibiting the sale of a social drug like tobacco is not feasible, but prohibiting the advertising and promotion of this toxic substance is both feasible and desirable

Cependant, le simple fait qu'il n'est ni pratique ni réaliste de mettre en œuvre une interdiction d'usage ou de fabrication des produits du tabac ne signifie pas que le Parlement ne peut ni ne devrait avoir recours à d'autres options intermédiaires. Comme l'a affirmé M^{me} Sheila Copps, alors députée de l'opposition, au cours du débat sur le projet de loi C-51, *Débats de la Chambre des communes, op. cit.*, à la p. 11047:

Nous savons que le tabac fait partie de notre culture depuis des siècles, et que ses effets nocifs ne sont connus que depuis quelques années. Pourtant, il faut bien admettre qu'aucun parti politique, à mon avis, mènerait une campagne électorale tambour battant sur l'interdiction du tabac. Voilà la réalité.

Or, si nous sommes encore bien loin d'interdire la vente de ce produit dangereux, jusqu'où accepterions-nous d'aller pour en réduire progressivement la consommation? Certes, interdire la publicité sur le tabac est une politique acceptable comme mesure progressive.

Jake Epp, ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, a fait une observation similaire au cours du débat, à la p. 11045:

Il n'est pas possible d'interdire la vente d'une drogue aussi répandue dans notre société que le tabac peut l'être, mais il est à la fois possible et souhaitable d'en interdire la publicité et la promotion . . .

The advertising ban is but only a part, although a key part, of a long term comprehensive health oriented policy on tobacco and smoking. The long term objective is to bring about a significant decline in smoking and tobacco consumption. An essential tool for meeting this objective is the national program to reduce tobacco use, a joint effort of provincial, territorial, and the federal Governments plus major health organizations. In the short term, the Government's objectives are to strengthen the existing trend against the social acceptability of smoking and to enhance the credibility of the health message.

It is apparent from these comments that the social problems created by tobacco consumption are complex and that innovative legislative solutions are required to address them effectively. Faced with the insurmountable difficulties a complete prohibition upon tobacco consumption would create, the federal Parliament has undertaken the task of devising such solutions. Indeed, the Act forms only one part of a comprehensive and multi-faceted federal and provincial program to control and reduce the consumption of tobacco. This program has been in development for over 25 years. As early as 1969, the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs produced a report entitled *Report of the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs on Tobacco and Cigarette Smoking* (1969). In that report, the Committee advocated the progressive elimination of tobacco consumption through the introduction of intermediate measures. The Committee stated, at p. 30:

While it is clear that cigarette sales cannot be banned at this time, it is equally clear that the production, distribution and sale of cigarettes should no longer be considered in the same light as the production, distribution and sale of other products. It seems reasonable to introduce whatever steps are feasible to progressively eliminate the promotion of cigarette sales and preparations should be made to assist growers and others affected by reductions in cigarette sales. It is also desirable to increase educational efforts to discourage cigarette smoking and to expand activities to make cigarette smoking less hazardous for those who continue to smoke.

L'interdiction de la publicité n'est qu'un aspect, même s'il est important, d'une vaste politique à long terme, en matière de santé, concernant le tabac et son usage. L'objectif à long terme est d'abaisser notablement la consommation de tabac. L'outil essentiel pour y parvenir est le programme national de réduction de l'usage du tabac, effort conjoint des gouvernements provinciaux, territoriaux et fédéral et des principales organisations du domaine de la santé. À court terme, les objectifs du gouvernement sont de renforcer la tendance actuelle contre l'acceptabilité sociale de l'usage du tabac et d'améliorer la crédibilité du message dénonçant le coût pour la santé.

Ces commentaires indiquent clairement que les problèmes sociaux créés par l'usage du tabac sont complexes et qu'il faut de nouvelles solutions législatives pour les résoudre efficacement. Aux prises avec les difficultés insurmontables que créerait l'interdiction complète de l'usage du tabac, le Parlement a entrepris de concevoir ces solutions. En fait, la Loi ne constitue qu'une facette d'un programme fédéral et provincial exhaustif destiné à contrôler et à réduire l'usage du tabac. Ce programme évolue depuis plus de 25 ans. En effet, dès 1969, le Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales a produit un rapport intitulé: *Rapport du Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales sur l'usage du tabac et de la cigarette* (1969). Dans ce rapport, le Comité préconise l'élimination progressive de l'usage du tabac par l'établissement de mesures intermédiaires. Il affirme à la p. 30:

Bien qu'il soit évident que la vente des cigarettes ne peut pas être interdite en ce moment, il est également manifeste que la production, la distribution et la vente de ces produits ne peuvent plus être envisagées dans la même perspective que la production, la distribution et la vente d'autres produits. Il semble raisonnable, au présent stade, de recourir à toute mesure pratique en vue d'éliminer progressivement la promotion des ventes de cigarettes et il faut en même temps établir des projets destinés à aider les producteurs et les autres personnes qui seront lésées par la mévente des cigarettes. Il serait en outre souhaitable d'intensifier les mesures d'éducation populaire en vue de décourager les fumeurs et de déployer des efforts en vue de rendre la cigarette moins dangereuse pour les fumeurs invétérés.

In this regard, the Committee recommended, at p. 32, that "cigarette advertising and all other promotion of cigarette sales be progressively eliminated" and suggested, at pp. 52-53, a complete elimination of all cigarette promotional activities within four years from enactment of any legislation. Since 1969, the Department of National Health and Welfare has introduced a variety of educational programmes and has supported research and health promotion organizations in the battle against tobacco consumption. In 1983, for example, Health and Welfare Canada published *Canadian Initiatives in Smoking and Health* in which it stated, at pp. 79 and 81:

A major initiative toward concerted action with the ten provinces and the two territories began in 1980, when smoking and health was identified as a high priority area for joint action. In November 1980, a federal-provincial working group was established.

When this task force reported back a year later, both federal and provincial governments were involved in a variety of smoking prevention, cessation, and research projects. The scale of these activities had grown apace and presented many opportunities for mutual assistance and cooperation.

For its part, the federal government was engaged in support, research, and program development and implementation in several critical areas.

The Health Promotion Directorate, responsible for the overall smoking and health program, was engaged in research and data base development projects; a major national prevention project, "Toward a Generation of Non-Smoking Canadians"; a cessation project with community pharmacists; and a mass media, community-linked cessation campaign, "Time to Quit", aimed at the general public.

À cet égard, le Comité a recommandé à la p. 32 que «la publicité sur la cigarette et toute autre forme de promotion des ventes de cigarettes soient progressivement éliminées», et il a proposé aux pp. 52 et 53 une élimination complète de toute publicité sur la cigarette dans les quatre années suivant l'adoption d'une loi. Depuis 1969, le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social a présenté toute une gamme de programmes éducatifs et a appuyé les organismes de recherche et de promotion de la santé dans la lutte contre l'usage du tabac. Par exemple, en 1983, Santé et Bien-être social Canada a publié un document intitulé *Initiatives canadiennes en matière de santé et de lutte contre l'usage du tabac* dans lequel il affirme aux pp. 80 et 82:

Une initiative d'envergure visant à favoriser la prise de mesures concertée par les provinces et les deux territoires du Canada débuta en 1980, lorsque la santé et la lutte contre le tabagisme furent définis comme étant des secteurs prioritaires à l'égard desquels il convenait de prendre des mesures conjointes. En novembre 1980, un groupe de travail fédéral-provincial fut créé.

Lorsque ce groupe de travail présenta son rapport un an plus tard, les autorités tant fédérales que provinciales étaient engagées dans toute une gamme de projets axés sur la prévention du tabagisme, sur la cessation et sur la recherche. L'envergure de ces activités avait connu une expansion rapide et offrait de nombreuses possibilités d'aide et de collaboration.

Pour sa part, le gouvernement fédéral s'occupait de financement, de recherche ainsi que d'élaboration et de mise sur pied de programmes dans plusieurs secteurs critiques.

La Direction de la promotion de la santé, chargée de l'administration de l'ensemble du Programme canadien sur le tabac et la santé, exécutait les projets de recherche et de création de banques de données, un projet national d'envergure en matière de prévention, «Vers une génération de non-fumeurs», un projet de lutte contre le tabagisme conjointement avec les pharmaciens communautaires, ainsi qu'une campagne de lutte contre le tabagisme administrée dans les collectivités et diffusée dans les médias à l'intention du grand public qui s'intitulait «Moi aussi, j'écrase».

In 1985, “federal, provincial and territorial ministers of health agreed to work jointly with non-governmental organizations in the development and implementation of a National Program to Reduce Tobacco Use” (“Break free — For a new generation of non-smokers”); see Health and Welfare Canada, *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective* (1987). In June 1987, Health and Welfare Canada released a “Directional paper of the national program to reduce tobacco use in Canada”, where, at p. 4, seven “strategic directions” were recommended to “achieve a non-smoking program that will assist in producing a generation of non-smokers by the year 2000”:

1. Legislation
2. Access to Information
3. Availability of Services/Programs
4. Message Promotion
5. Support for Citizen Action
6. Intersectoral Policy Coordination
7. Research/Knowledge Development

Among the legislative measures recommended in that Paper were the identification of tobacco products as hazardous products and the “prohibition of direct or indirect advertising, promotion and sponsorship of tobacco products or requirement of large health warnings to make promotion less attractive” (p. 20). In 1988, the legislative committee responsible for studying Bill C-51, which was subsequently adopted by Parliament as the Act, held hearings and heard from 104 organizations representing a variety of interests, including medicine, transport, advertising, smokers’ rights, non-smokers’ rights, and tobacco production.

Subsequent to the passage of the Act, Parliament has also introduced an array of legislative measures as part of its larger initiative to curb tobacco consumption. These include a law prohibiting the sale of tobacco to minors (*Tobacco Sales to Young Persons Act*, S.C. 1993, c. 5.), a law eliminating

En 1985, [TRADUCTION] «les ministres fédéral, provinciaux et territoriaux de la santé ont accepté de travailler conjointement avec les organismes non gouvernementaux à l’élaboration et à la mise en œuvre d’un programme national de lutte contre le tabagisme» («Pour une nouvelle génération de non-fumeurs»); voir Santé et Bien-être social Canada, *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective* (1987). En juin 1987, Santé et Bien-être social Canada a publié un «Document d’orientation du programme national de lutte contre le tabagisme au Canada», dans lequel, à la p. 4, on recommandait sept «orientations stratégiques» pour «favoriser le non-usage du tabac en vue de créer une génération de non-fumeurs d’ici l’an 2000»:

1. Législation
2. Accès à l’information
3. Accessibilité des services et des programmes
4. Diffusion de messages anti-tabac
5. Appui des initiatives communautaires
6. Coordination intersectorielle
7. Expansion des connaissances et des recherches

Parmi les mesures législatives recommandées dans ce document, on note entre autres qu’il faut indiquer que les produits du tabac sont des substances toxiques et qu’il faut «interdire la publicité, la promotion et le parrainage directs ou indirects des produits du tabac; rendre la promotion de ces produits moins attrayante ou exiger que l’emballage de tous les produits du tabac porte des mises en garde bien en évidence» (p. 20). En 1988, le comité législatif responsable de l’étude du projet de loi C-51, qui est par la suite devenu la Loi, a tenu des auditions au cours desquelles il a obtenu le point de vue de 104 organisations représentatives de tout un éventail d’intérêts: médecine, transports, publicité, groupes de fumeurs, groupes de non-fumeurs et producteurs de tabac.

À la suite de l’adoption de la Loi, le Parlement a aussi déposé toute une gamme de mesures législatives dans le cadre de son vaste programme de lutte contre l’usage du tabac. Mentionnons notamment une loi interdisant la vente de produits du tabac à des mineurs (*Loi sur la vente du tabac aux*

smoking in federal government work environments (*Non-smokers' Health Act*, S.C. 1988, c. 21), and the prohibition of the sale of cigarettes in the small package formats often purchased by children (so-called "kiddie packs" of less than 20 cigarettes); see *An Act to amend the Excise Act, the Customs Act and the Tobacco Sales to Young Persons Act*, S.C. 1994, c. 37. Parliament has also sought to reduce smoking through major tax increases in 1985, 1989 and 1991, although taxes were partially rolled back in 1994 due to a large contraband problem. Also relevant is that nine provinces have introduced legislation respecting the sale of tobacco to young persons and smoking in public places (*Tobacco Control Act*, 1994, S.O. 1994, c. 10; *Tobacco Control Act*, S.N. 1993, c. T-4.1; *Tobacco Access Act*, S.N.S. 1993, c. 14; *Tobacco Sales Act*, S.N.B. 1993, c. T-6.1; *Tobacco Sales to Minors Act*, S.P.E.I. 1991, c. 44; *The Minors Tobacco Act*, R.S.S. 1965, c. 381; *An Act to Protect the Health of Non-smokers*, S.M. 1990, c. S125; *Tobacco Product Act*, R.S.B.C. 1979, c. 403, as amended, S.B.C. 1992, c. 81; *An Act Respecting the Protection of Non-smokers in Certain Public Places*, R.S.Q., c. P-38.01).

jeunes, L.C. 1993, ch. 5), une loi éliminant l'usage du tabac dans les lieux de travail fédéraux (*Loi sur la santé des non-fumeurs*, L.C. 1988, ch. 21) et une loi interdisant la vente de cigarettes dans des petits paquets souvent achetés par des enfants (contenant moins de 20 cigarettes); voir la *Loi modifiant la Loi sur l'accise, la Loi sur les douanes et la Loi sur la vente du tabac aux jeunes*, L.C. 1994, ch. 37. Le Parlement a également cherché à réduire l'usage du tabac par d'importantes majorations de taxes en 1985, 1989 et 1991; cependant, ces taxes ont été partiellement éliminées en 1994 à cause d'un grave problème de contrebande. Il est également pertinent de mentionner que neuf provinces ont adopté des lois relatives à la vente de tabac aux jeunes et à l'usage du tabac dans les endroits publics (*Loi de 1994 sur la réglementation de l'usage du tabac*, L.O. 1994, ch. 10; *Tobacco Control Act*, S.N. 1993, ch. T-4.1; *Tobacco Access Act*, S.N.S. 1993, ch. 14; *Loi sur les ventes de tabac*, L.N.-B. 1993, ch. T-6.1; *Tobacco Sales to Minors Act*, S.P.E.I. 1991, ch. 44; *The Minors Tobacco Act*, R.S.S. 1965, ch. 381; *Loi sur la protection de la santé des non-fumeurs*, L.M. 1990, ch. S125; *Tobacco Product Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 403, modifiée, S.B.C. 1992, ch. 81; *Loi sur la protection des non-fumeurs dans certains lieux publics*, L.R.Q., ch. P-38.01).

39

Quite clearly, then, Parliament has been innovative in seeking to find alternatives to a prohibition on the sale or use of tobacco. In light of the practical difficulties entailed in prohibiting the sale or consumption of tobacco, and the resulting need for innovative legislative solutions, Parliament's decision to criminalize tobacco advertisement and promotion is, in my view, a valid exercise of the criminal law power. This Court has long recognized that Parliament may validly employ the criminal law power to prohibit or control the manufacture, sale and distribution of products that present a danger to public health, and that Parliament may also validly impose labelling and packaging requirements on dangerous products with a view to protecting public health. This was recognized as early as the *Margarine Reference*, *supra*. There, it is true, this Court decided that s. 5(a) of the *Dairy Industry Act*, R.S.C. 1927, c. 45, which prohibited

Il est très clair que le Parlement a été innovateur en cherchant à trouver des solutions de rechange à une interdiction de vente ou d'usage du tabac. Compte tenu des difficultés pratiques liées à une telle interdiction et de la nécessité qui s'ensuit de trouver des solutions législatives innovatrices, la décision du Parlement de rendre criminelles la publicité et la promotion du tabac constitue, à mon avis, un exercice valide de sa compétence en matière de droit criminel. Notre Cour a depuis longtemps reconnu que le Parlement peut valablement utiliser cette compétence pour interdire ou contrôler la fabrication, la vente et la distribution de produits qui présentent un danger pour la santé publique, et qu'il peut aussi valablement imposer des exigences en matière d'étiquetage et d'emballage de produits dangereux dans le but de protéger la santé publique. Cela a été reconnu dès le *Renvoi sur la margarine*, précité. Certes, dans ce renvoi,

1995 CanLII 64 (SCC)

the importation of margarine into Canada, was *ultra vires* the federal Parliament, but this decision was based on the holding that margarine was not a threat to the health of Canadians and, accordingly, that s. 5(a) was an invalid intrusion upon the provincial power to regulate local trade. However, in so deciding, the Court also made clear that the federal Parliament could validly legislate under the criminal law power with respect to health and product safety. In his concurring reasons, *supra*, at pp. 82-83, Locke J. stated:

It cannot, in my opinion, be successfully contended that if the real purpose of the prohibition of the importation, manufacture or sale of these products was the protection of the general health of the public the Dominion might not properly legislate.

Later, in *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284, this Court addressed the question whether ss. 8 and 9 of the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27, which prohibited the sale of drugs prepared under unsanitary conditions and false or misleading advertisement of drugs, were a valid exercise of the federal criminal law power. Those provisions read as follows:

8. No person shall sell any drug that

(a) was manufactured, prepared, preserved, packed or stored under unsanitary conditions; . . .

9. (1) No person shall label, package, treat, process, sell or advertise any drug in a manner that is false, misleading or deceptive or is likely to create an erroneous impression regarding its character, value, quantity, composition, merit or safety.

In upholding the constitutionality of these provisions under s. 91(27), Laskin C.J., writing for the majority, stated, at pp. 288-89:

An examination of the various provisions of the *Food and Drugs Act* shows that it goes beyond mere prohibi-

notre Cour a décidé que l'al. 5a) de la *Loi de l'industrie laitière*, S.R.C. 1927, ch. 45, qui interdisait l'importation de margarine au Canada, était *ultra vires* du Parlement; cependant, en prenant cette décision, notre Cour est partie de la prémisse que la margarine ne constituait pas un danger pour la santé des Canadiens et elle a en conséquence statué que l'al. 5a) constituait un empiètement non valide sur la compétence provinciale de réglementer le commerce local. Toutefois, dans sa décision, notre Cour a clairement établi que le Parlement pouvait valablement légiférer en vertu de sa compétence en matière de droit criminel relativement à la santé et à la sécurité des produits. Dans des motifs concordants, aux pp. 82 et 83, le juge Locke affirme:

[TRADUCTION] À mon avis, on ne peut avoir gain de cause en soutenant que le Dominion ne peut légiférer si l'objet réel de l'interdiction d'importation, de fabrication ou de vente de ces produits est la protection de la santé du public.

Plus tard, dans l'arrêt *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284, notre Cour a examiné la question de savoir si les art. 8 et 9 de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, ch. F-27, qui interdisaient la vente de drogues préparées dans des conditions non hygiéniques et l'annonce de manière fausse et trompeuse de drogues, constituaient un exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Voici le libellé des dispositions en question:

8. Nul ne doit vendre quelque drogue

a) qui a été fabriquée, préparée, conservée, emballée ou emmagasinée dans des conditions non hygiéniques; . . .

9. (1) Nul ne doit étiqueter, emballer, traiter, préparer, vendre ou annoncer quelque drogue de manière fausse, trompeuse ou mensongère, ou qui peut créer une fausse impression quant à la nature, valeur, quantité, composition, ou quant aux avantages ou à la sûreté de la drogue.

Lorsqu'il a confirmé la constitutionnalité de ces dispositions en vertu du par. 91(27), le juge en chef Laskin, s'exprimant au nom de la majorité, affirme aux pp. 288 et 289:

Il ressort d'un examen des différentes dispositions de la *Loi des aliments et drogues* que cette loi va au delà de

tion to bring it solely within s. 91(27) but that it also involves a prescription of standards, including labelling and packaging as well as control of manufacture. The ramifications of the legislation, encompassing food, drugs, cosmetics and devices and the emphasis on marketing standards seem to me to subjoin a trade and commerce aspect beyond mere criminal law alone. There appear to be three categories of provisions in the *Food and Drugs Act*. Those that are in s. 8 are aimed at protecting the physical health and safety of the public. Those that are in s. 9 are aimed at marketing and those dealing with controlled drugs in Part III of the Act are aimed at protecting the moral health of the public. One may properly characterize the first and third categories as falling under the criminal law power but the second category certainly invites the application of the trade and commerce power.

However, it is unnecessary to pursue this issue and it has been well understood over many years that protection of food and other products against adulteration and to enforce standards of purity are properly assigned to the criminal law. [Emphasis added.]

It is clear from Laskin C.J.'s analysis that legislation with respect to food and drugs that is aimed at protecting the "physical health and safety of the public" is a valid exercise of the federal criminal law power. This was also the view of the British Columbia Court of Appeal in *Standard Sausage Co. v. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501, supplemented by addendum at [1934] 1 D.L.R. 706, affirmed in *Wetmore, supra*, at pp. 292-93, where it upheld the constitutionality under the criminal law power of a prohibition against the adulteration of foods under ss. 3, 4 and 23 of the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1927, c. 76. In reaching this decision, Macdonald J.A. stated, at pp. 506-7:

... if the Federal Parliament, to protect the public health against actual or threatened danger, places restrictions on, and limits the number of preservatives that may be used, it may do so under s. 91 (27) of the B.N.A. Act. This is not in essence an interference with property and civil rights. That may follow as an incident but the real purpose (not colourable and not merely to aid what in

la simple prohibition et qu'elle fixe des normes notamment en ce qui concerne l'étiquetage, l'emballage et la fabrication, de sorte qu'elle ne relève pas exclusivement du par. 91(27). Les ramifications de la Loi, qui porte sur les aliments, les drogues, les cosmétiques et les instruments, et l'accent qu'elle met sur les normes de commercialisation me semblent lui prêter un aspect commercial qui transcende le simple droit criminel. La *Loi des aliments et drogues* semble comprendre trois catégories de dispositions. Celles de l'art. 8 visent à protéger la santé et la sécurité physiques du public. Les dispositions de l'art. 9 portent sur la commercialisation et celles relatives aux drogues contrôlées, qui figurent dans la partie III de la Loi, ont pour objet la protection de la santé morale du public. Les première et troisième catégories peuvent à juste titre être considérées comme relevant de la compétence en matière de droit criminel, mais la seconde emporte certainement l'application de la compétence en matière d'échanges et de commerce.

Toutefois, il n'est pas nécessaire d'examiner davantage cette question, car il est bien établi depuis fort longtemps que la protection des aliments et d'autres produits contre la falsification et l'application des normes de pureté ressortissent légitimement au droit criminel. [Je souligne.]

L'analyse du juge en chef Laskin indique clairement qu'une loi portant sur les aliments et les drogues qui vise à protéger «la santé et la sécurité physiques du public» constitue un exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Tel était également le point de vue de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Standard Sausage Co. c. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501, complété par des motifs additionnels publiés à [1934] 1 D.L.R. 706, confirmé dans *Wetmore*, précité, aux pp. 292 et 293, et dans lequel on a déclaré constitutionnelle, comme relevant du droit criminel, une interdiction de falsification d'aliments prévue aux art. 3, 4 et 23 de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1927, ch. 76. Lorsqu'il a rendu cette décision, le juge Macdonald a affirmé aux pp. 506 et 507:

[TRADUCTION] ... si le Parlement fédéral, pour protéger la santé publique contre un danger réel ou appréhendé, apporte des restrictions aux agents de conservation qui peuvent être utilisés et en limite le nombre, il peut le faire en vertu du par. 91(27) de l'A.A.N.B. Ce n'est pas par essence une intrusion dans la propriété et les droits civils. Cela peut en découler accessoirement mais le vrai

substance is an encroachment) is to prevent actual, or threatened injury or the likelihood of injury of the most serious kind to all inhabitants of the Dominion.

The primary object of this legislation is the public safety — protecting it from threatened injury. If that is its main purpose — and not a mere pretence for the invasion of civil rights — it is none the less valid . . .

Moreover, in my view, the necessary implication of the reasoning in *Wetmore* and the *Margarine Reference* is that the federal criminal law power to legislate with respect to dangerous goods also encompasses the power to legislate with respect to health warnings on dangerous goods. Since health warnings serve to alert Canadians to the potentially harmful consequences of the use of dangerous products, the power to prohibit sales without these warnings is simply a logical extension of the federal power to protect public health by prohibiting the sale of the products themselves. As noted by Lamer C.J. in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 999, “it has long been recognized that there also exists a preventative branch of the criminal law power”. This is also the implication of this Court’s decision in *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914, where Estey J., although finding a detailed regulatory scheme with respect to production and content standards for malt liquor under the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27, to be *ultra vires* Parliament, observed, at pp. 933-34:

That there is an area of legitimate regulations in respect of trade practices contrary to the interest of the community such as misleading, false or deceptive advertising and misbranding, is not under debate.

In this respect, it is significant that Parliament has already enacted numerous prohibitions against

but (qui n’est pas déguisé, ni seulement un appui à ce qui est en substance un empiétement) est de prévenir un dommage réel ou appréhendé ou la probabilité d’un dommage de la plus grande gravité pour tous les habitants du Dominion.

L’objet premier de cette loi est la sécurité du public, en protégeant celui-ci contre un dommage appréhendé. Si c’est là son but principal — et non un simple prétexte pour s’ingérer dans le domaine des droits civils — sa validité n’est pas amoindrie . . .

En outre, à mon avis, il découle nécessairement du raisonnement dans l’arrêt *Wetmore* et dans le *Renvoi sur la margarine* que, dans le domaine du droit criminel, la compétence fédérale de légiférer relativement aux produits dangereux englobe également celle de légiférer quant aux mises en garde à apposer sur les produits dangereux. Puisque ces mises en garde servent à sensibiliser les Canadiens aux conséquences potentiellement nocives de l’utilisation de produits dangereux, le pouvoir d’interdire la vente de produits sur lesquels n’a pas été apposée cette mise en garde ne constitue qu’une extension logique de la compétence fédérale de protéger la santé publique par l’interdiction même de la vente de ces produits. Comme l’a fait remarquer le juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 999, «[i]l est [. . .] reconnu depuis longtemps que le pouvoir en matière de droit criminel comporte aussi un aspect préventif». C’est également ce que sous-entend l’arrêt de notre Cour *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914, dans lequel le juge Estey, après avoir conclu qu’un règlement détaillé concernant les normes de production et de contenu d’une liqueur de malt pris en vertu de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, ch. F-27, était *ultra vires* du Parlement, a cependant fait remarquer aux pp. 933 et 934:

L’existence d’un secteur de réglementation légitime des pratiques commerciales contraires aux intérêts de la collectivité, tels que l’annonce et l’étiquetage trompeurs, faux ou mensongers, n’est pas en cause.

À cet égard, il importe de signaler que le Parlement a déjà adopté de nombreuses interdictions de

the manufacture, sale, advertisement and use of a great variety of products that Parliament deems, from time to time, to be dangerous or harmful. For example, the *Hazardous Products Act*, R.S.C., 1985, c. H-3, amended R.S.C., 1985, c. 24 (3rd. Supp.), s. 1, which has been found to be a valid exercise of the criminal law power by the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Cosman's Furniture (1972) Ltd.* (1976), 32 C.C.C. (2d) 345, contains the following provisions:

2. In this Act,

“advertise”, in relation to a prohibited product or restricted product, includes any representation by any means whatever for the purpose of promoting directly or indirectly the sale or other disposition of the product;

“controlled product” means any product, material or substance specified by the regulations made pursuant to paragraph 15(1)(a) to be included in any of the classes listed in Schedule II;

“hazardous product” means any prohibited product, restricted product or controlled product;

“prohibited product” means any product, material or substance included in Part I of Schedule I;

“restricted product” means any product, material or substance included in Part II of Schedule I;

4. (1) No person shall advertise, sell or import a prohibited product.

(2) No person shall advertise, sell or import a restricted product except as authorized by the regulations made under section 5.

5. The Governor in Council may make regulations

(a) authorizing the advertising, sale or importation of any restricted product and prescribing the circumstances and conditions under which and the persons by whom the restricted product may be advertised, sold or imported;

fabrication, de vente, de publicité et d'utilisation d'un grand nombre de produits qu'il considère à l'occasion comme dangereux ou nocifs. Par exemple, la *Loi sur les produits dangereux*, L.R.C. (1985), ch. H-3, modifiée, L.R.C. (1985), ch. 24 (3^e suppl.), art. 1, que la Cour d'appel du Manitoba a jugé un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel, dans l'arrêt *R. c. Cosman's Furniture (1972) Ltd.* (1976), 32 C.C.C. (2d) 345, renferme les dispositions suivantes:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«produit contrôlé» Produit, matière ou substance classés conformément aux règlements d'application de l'alinéa 15(1)a) dans une des catégories inscrites à l'annexe II.

«produit dangereux» Produit interdit, limité ou contrôlé.

«produit interdit» Produit, matière ou substance inscrits à la partie I de l'annexe I.

«produit limité» Produit, matière ou substance inscrits à la partie II de l'annexe I.

«publicité» S'entend notamment de la présentation, par tout moyen d'un produit interdit ou d'un produit limité en vue d'en promouvoir directement ou indirectement l'aliénation, notamment par vente.

4. (1) La vente, l'importation et la publicité des produits interdits sont interdites.

(2) Sauf autorisation contraire des règlements d'application de l'article 5, la vente, l'importation et la publicité des produits limités sont interdites.

5. Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

a) autoriser la vente, l'importation ou la publicité de tout produit limité et prévoir les cas et conditions dans lesquels l'autorisation peut être donnée et à qui elle peut l'être;

15. (1) Subject to section 19, the Governor in Council may make regulations

(d) prescribing the form and manner in which information shall be disclosed on a label and the manner in which a label shall be applied to a controlled product or container in which a controlled product is packaged;

(e) prescribing hazard symbols and the manner in which hazard symbols shall be displayed on a controlled product or container in which a controlled product is packaged;

From the foregoing, it is clear that Parliament could, if it chose, validly prohibit the manufacture and sale of tobacco products under the criminal law power on the ground that these products constitute a danger to public health. Such a prohibition would be directly analogous to the prohibitions on dangerous drugs and unsanitary foods or poisons mentioned earlier, which quite clearly fall within the federal criminal law power. In my view, once it is accepted that Parliament may validly legislate under the criminal law power with respect to the manufacture and sale of tobacco products, it logically follows that Parliament may also validly legislate under that power to prohibit the advertisement of tobacco products and sales of products without health warnings. In either case, Parliament is legislating to effect the same underlying criminal public purpose: protecting Canadians from harmful and dangerous products.

Seen in this light, the only true distinction that can be drawn between the measures adopted under the Act and an outright prohibition on the sale or consumption of tobacco is with respect to the form employed by Parliament to combat the "evil" of tobacco consumption. However, such a distinction, unaccompanied by any evidence of colourability, is not constitutionally significant. Once it is conceded, as I believe it must be, that tobacco consumption has detrimental health effects and that Parliament's intent in enacting this legislation was

15. (1) Sous réserve de l'article 19, le gouverneur en conseil peut, par règlement:

d) fixer les modalités de la divulgation de renseignements sur une étiquette et de l'apposition de celle-ci sur un produit contrôlé ou sur le contenant dans lequel celui-ci est emballé;

e) fixer les signaux de danger et les modalités de leur affichage sur un produit contrôlé ou sur le contenant dans lequel celui-ci est emballé;

Il découle clairement de ce qui précède que le Parlement pourrait, s'il le désire, interdire valablement la fabrication et la vente des produits du tabac en vertu de sa compétence en matière de droit criminel pour le motif que ces produits constituent un danger pour la santé publique. Une telle interdiction serait tout à fait analogue aux interdictions relatives aux drogues dangereuses et produits préparés dans des conditions non hygiéniques ou aux poisons, dont j'ai déjà parlé, lesquelles relèvent manifestement de la compétence fédérale en matière de droit criminel. À mon avis, lorsque l'on accepte que, en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, le Parlement peut valablement légiférer relativement à la fabrication et à la vente des produits du tabac, il s'ensuit logiquement qu'il peut aussi valablement légiférer en vertu de cette compétence pour interdire la publicité des produits du tabac et la vente des produits ne comportant pas de mise en garde. Dans les deux cas, le Parlement se trouve à légiférer pour le même objectif public du droit criminel: protéger la population canadienne contre les produits nocifs et dangereux.

Vu sous cet angle, la seule véritable distinction susceptible d'être établie entre les mesures adoptées en vertu de la Loi et une interdiction absolue de vente ou d'usage des produits du tabac a trait au moyen employé par le Parlement pour lutter contre le «mal» que présente l'usage du tabac. Cependant, si elle n'est pas accompagnée d'une preuve de son caractère déguisé, une telle distinction n'est pas importante du point de vue constitutionnel. Lorsqu'il est admis, comme cela doit l'être à mon avis, que l'usage du tabac a des effets nocifs sur la santé

to combat these effects, then the wisdom of Parliament's choice of method cannot be determinative with respect to Parliament's power to legislate. The goal in a pith and substance analysis is to determine Parliament's underlying purpose in enacting a particular piece of legislation; it is not to determine whether Parliament has chosen that purpose wisely or whether Parliament would have achieved that purpose more effectively by legislating in other ways; see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 358 (*per* Wilson J.) and *Morgentaler*, *supra*, at p. 487:

Only when the effects of the legislation so directly impinge on some other subject matter as to reflect some alternative or ulterior purpose do the effects themselves take on analytic significance.

There is no evidence that the practical effect of the Act, or the lack thereof, reflects any "alternative or ulterior purpose".

The Appellants' Principal Arguments

The foregoing considerations, it seems to me, are sufficient to establish that the pith and substance of the Act is criminal law for the purpose of protecting public health and that Parliament accordingly has the legislative authority under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* to enact this legislation. However, I think it right to address directly the three principal arguments raised by the appellants in support of their submission that the Act is not valid as criminal law: first, that the conduct prohibited by the Act does not have an "affinity with a traditional criminal law concern"; second, that Parliament cannot criminalize an activity ancillary to an "evil" if it does not criminalize the "evil" itself; and, third, that the Act is more properly characterized as regulatory, not criminal, legislation. I will now address each of these arguments in turn.

et que, lors de l'adoption de la loi en question, le Parlement souhaitait lutter contre ces effets, alors la sagesse de la méthode qu'il a choisie ne peut être déterminante relativement à sa compétence de légiférer. L'analyse du caractère véritable d'une loi a pour but de déterminer l'objet sous-jacent que visait le Parlement au moment de l'adoption de cette loi; il ne s'agit pas de déterminer s'il a choisi cet objet judicieusement ou s'il l'aurait atteint plus efficacement en légiférant autrement; voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 358 (le juge Wilson), et *Morgentaler*, précité, à la p. 487:

Ce n'est que lorsqu'une loi a des effets qui empiètent si directement sur un autre domaine qu'elle doit avoir un objet dissimulé que lesdits effets prennent eux-mêmes de l'importance aux fins de l'analyse...

Il n'existe aucune preuve que l'effet pratique de la Loi, ou l'absence d'effet, est l'indice d'un quelconque «objet dissimulé».

Les principaux arguments des appelantes

Il me semble que les considérations qui précèdent suffisent à établir que la Loi, de par son caractère véritable, est une loi en matière de droit criminel visant à protéger la santé publique et que, par conséquent, le Parlement a la compétence législative, en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de l'adopter. Cependant, j'estime opportun d'examiner directement les trois principaux arguments soulevés par les appelantes pour soutenir que la Loi n'est pas une loi valide en matière de droit criminel: premièrement, que la conduite interdite par la Loi n'a pas d'[TRADUCTION] «affinité avec une préoccupation traditionnelle en matière de droit criminel»; deuxièmement, que le Parlement ne peut rendre criminelle une activité accessoire à un «mal» s'il n'a pas donné un caractère criminel au «mal» lui-même, et troisièmement, qu'il convient davantage de qualifier la Loi de texte de nature réglementaire plutôt que de texte relevant du droit criminel. J'examinerai séparément chacun de ces arguments.

i. *Affinity of the Act with a Traditional Criminal Law Concern*

The appellants' first argument is that the Act is not a valid exercise of the criminal law power because it does not involve conduct having an affinity with a traditional criminal law concern. The appellants observe that both tobacco consumption and tobacco advertising have always been legal in this country and, on this basis, argue that this legislation does not serve a "public purpose commonly recognized as being criminal in nature"; see *Swain*, *supra*, at p. 998.

In my view, this argument fails because it neglects the well-established principle that the definition of the criminal law is not "frozen as of some particular time"; see *Zelensky*, *supra*, at p. 951 (*per* Laskin C.J.). It has long been recognized that Parliament's power to legislate with respect to the criminal law must, of necessity, include the power to create new crimes. This was made clear as early as 1931, when the Privy Council upheld the validity of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1927, c. 26, in *PATA*, *supra*. That legislation criminalized a wide array of commercial activities not hitherto perceived to have an affinity with criminal law concerns. However, Lord Atkin explained that this fact alone was not sufficient to preclude the application of the criminal law power. He stated, at pp. 323-24:

In their Lordships' opinion s. 498 of the Criminal Code and the greater part of the provisions of the Combines Investigation Act fall within the power of the Dominion Parliament to legislate as to matters falling within the class of subjects, "the criminal law including the procedure in criminal matters" (s. 91, head 27). The substance of the Act is by s. 2 to define, and by s. 32 to make criminal, combines which the legislature in the public interest intends to prohibit. The definition is wide, and may cover activities which have not hitherto been considered to be criminal. But only those combines are affected "which have operated or are likely to operate to the detriment or against the interest of the public, whether consumers, producers, or others"; and if Parliament genuinely determines that commercial activities

i. *Affinité de la Loi avec une préoccupation traditionnelle en matière de droit criminel*

Le premier argument des appelantes est que la Loi ne constitue pas un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel parce qu'elle ne touche pas une conduite ayant une affinité avec une préoccupation traditionnelle en matière de droit criminel. Les appelantes font remarquer que l'usage du tabac et la publicité en sa faveur ont toujours été légales au Canada et, pour ce motif, elles soutiennent que la loi ne sert pas «une fin publique communément reconnue comme étant de nature criminelle»; voir *Swain*, précité, à la p. 998.

À mon avis, cet argument échoue parce qu'il ne tient pas compte du principe bien établi selon lequel la définition du droit criminel n'est pas «gelé[e] à une époque déterminée»; voir *Zelensky*, précité, à la p. 951 (le juge en chef Laskin). On a depuis longtemps reconnu que la compétence fédérale de légiférer en matière de droit criminel comprend nécessairement celle de définir de nouveaux crimes. Cela a été établi clairement dès 1931 lorsque le Conseil privé a confirmé la validité de la *Loi des enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1927, ch. 26, dans l'arrêt *PATA*, précité. Cette loi rendait criminelles une vaste gamme d'activités commerciales que l'on ne considérerait pas jusque là comme ayant une affinité avec les préoccupations en matière de droit criminel. Cependant, lord Atkin a expliqué que ce seul fait ne suffit pas à empêcher l'application de la compétence en matière de droit criminel. Il a affirmé, aux pp. 323 et 324:

[TRADUCTION] De l'avis de leurs Seigneuries, l'art. 498 du Code criminel et la plus grande partie des dispositions de la Loi des enquêtes sur les coalitions entrent dans le pouvoir qu'a le Parlement du Dominion de faire des lois en ce qui concerne les matières entrant dans la catégorie de sujets «le droit criminel, y compris la procédure en matière criminelle» (art. 91, par. 27). En substance, le but de la Loi est, dans son art. 2, de définir et, dans son art. 32, de rendre criminelles les coalitions que le législateur entend prohiber dans l'intérêt public. Cette définition est large et peut couvrir des activités que l'on ne considérerait pas jusque-là comme criminelles. Mais seules sont touchées les coalitions «qui ont opéré ou sont de nature à opérer au détriment de l'intérêt du public, soit des consommateurs, des producteurs ou

which can be so described are to be suppressed in the public interest, their Lordships see no reason why Parliament should not make them crimes. "Criminal law" means "the criminal law in its widest sense": *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Ry. Co.*, [1903] A.C. 524. It certainly is not confined to what was criminal by the law of England or of any Province in 1867. The power must extend to legislation to make new crimes . . . It appears to their Lordships to be of little value to seek to confine crimes to a category of acts which by their very nature belong to the domain of "criminal jurisprudence"; for the domain of criminal jurisprudence can only be ascertained by examining what acts at any particular period are declared by the State to be crimes . . . [Emphasis added.]

Soon after that decision, in *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368, the Privy Council adopted similar reasoning to uphold a prohibition on price discrimination under the criminal law power. Later, this Court, following in large part the reasoning employed by the Privy Council in *PATA*, *supra*, sustained a prohibition of resale price maintenance under the criminal law power (*Campbell v. The Queen*, [1965] S.C.R. vii) and a federal law authorizing the courts to make orders prohibiting the continuation of illegal practices or to dissolve illegal mergers; see *Goodyear Tire*, *supra*. In the *Goodyear Tire* case, at p. 311, Rand J. reaffirmed the reasoning in the *PATA* case and made the following observation:

It is accepted that head 27 of s. 91 of the Confederation statute is to be interpreted in the widest sense, but that breadth of scope contemplates neither a static catalogue of offences nor order of sanctions. The evolving and transforming types and patterns of social and economic activities are constantly calling for new penal controls and limitations and that new modes of enforcement and punishment adapted to the changing conditions are not to be taken as being equally within the ambit of parliamentary power is, in my opinion, not seriously arguable.

In my view, the reasoning in *PATA* and *Goodyear Tire* is directly applicable here. The simple

autres»; et si le Parlement décide à bon droit que lesdites activités commerciales doivent être réprimées dans l'intérêt public, leurs Seigneuries ne voient pas pourquoi le Parlement ne pourrait pas en faire des crimes. Le «droit criminel» signifie «le droit criminel dans son sens le plus large» (*Attorney-General for Ontario c. Hamilton Street Ry. Co.*, [1903] A.C. 524). Il ne se confine certainement pas à ce que le droit anglais ou celui d'une province quelconque considéraient comme des actes criminels en 1867. Ce pouvoir doit permettre de légiférer pour définir de nouveaux crimes. [. . .] Il apparaît assez vain à leurs Seigneuries de chercher à confiner les crimes à une catégorie d'actes qui, de par leur nature véritable, appartiennent au domaine du «droit criminel», car on ne peut fixer le domaine du droit criminel qu'en examinant quels actes l'État qualifie de crimes à chaque période en cause . . . [Je souligne.]

Peu de temps après cette décision, dans l'arrêt *Attorney-General for British Columbia c. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368, le Conseil privé a adopté un raisonnement similaire pour maintenir, en vertu de la compétence en matière de droit criminel, une prohibition de discrimination relative aux prix. Plus tard, notre Cour, se fondant en grande partie sur le raisonnement du Conseil privé dans l'arrêt *PATA*, précité, a confirmé une interdiction de maintien du prix de revente en vertu de la compétence en matière de droit criminel (*Campbell c. The Queen*, [1965] R.C.S. vii), ainsi qu'une loi fédérale autorisant les tribunaux à interdire par ordonnance la continuation de pratiques illégales ou à dissoudre des fusions illégales; voir *Goodyear Tire*, précité. Dans cet arrêt, à la p. 311, le juge Rand a de nouveau confirmé le raisonnement de l'arrêt *PATA* et fait l'observation suivante:

[TRADUCTION] Il est reconnu que le par. 91(27) de la loi sur la Confédération doit être interprété dans son sens le plus large, mais il ne s'agit pas pour autant d'établir un éventail fixe d'infractions ni de sanctions. L'évolution des types et des modèles d'activités sociales et économiques fait constamment appel à de nouveaux contrôles et restrictions de nature pénale, et, selon moi, on ne peut sérieusement soutenir que les nouveaux modes d'exécution et de sanction, adaptés à l'évolution des conditions, ne doivent pas être considérés comme faisant également partie de la compétence du Parlement.

À mon avis, les arrêts *PATA* et *Goodyear Tire* sont directement applicables en l'espèce. Le sim-

1995 CanLII 64 (SCC)

fact that neither tobacco consumption nor tobacco advertising have been illegal in the past in no way precludes Parliament from criminalizing either of those activities today. Indeed, given the fact that the first medical reports linking cigarette smoking to disease did not emerge until the 1950s, and that governments have only recently been made aware of the truly devastating health consequences of tobacco consumption, it is clear that Parliament had no reason, before that time, to criminalize this activity. The evolution in medical knowledge since the 1950s has radically altered the social and political landscape, producing a growing consensus, both nationally and internationally, that tobacco consumption is a *sui generis* problem that can only be properly addressed with an array of innovative and multifaceted legislative responses. In Canada, the decision to criminalize tobacco advertising was made incrementally, as part of a 25-year public policy process, and only after Parliament had determined that there was compelling evidence concerning the health effects of tobacco consumption and that the variety of non-criminal measures then in place were not sufficiently effective in reducing consumption. It would be artificial, if not absurd, to limit Parliament's power to legislate in this emerging area of public health concern simply because it did not, and logically could not, legislate at an earlier time.

ii. *The Ancillary Nature of the Prohibited Act*

The appellants' second argument is that the Act lacks the requisite "criminal public purpose" because Parliament cannot criminalize an activity ancillary to an "evil" (the advertisement and promotion of tobacco), when the underlying activity the legislation is designed to combat (the manufacture, sale and consumption of tobacco) is itself legal.

In my view, this argument fails because it cannot be reconciled with the recent jurisprudence of this Court. In both *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1

ple fait que l'usage et la publicité du tabac n'étaient pas illégaux dans le passé n'empêche aucunement le Parlement de criminaliser l'une ou l'autre de ces activités aujourd'hui. En fait, puisque ce n'est que dans les années 50 qu'ont paru les premiers rapports médicaux reliant l'habitude de fumer à la maladie et que ce n'est que récemment que les gouvernements ont été mis au courant des conséquences véritablement nocives de l'usage du tabac pour la santé, il est clair que le Parlement n'avait auparavant aucune raison de criminaliser cette activité. L'évolution de la médecine depuis les années 50 a radicalement modifié le cadre social et politique, donnant lieu, sur les plans tant national qu'international, à un consensus de plus en plus grand selon lequel l'usage du tabac est un problème en soi auquel on ne peut s'attaquer efficacement que par une série de mesures législatives innovatrices et diversifiées. Au Canada, la décision de criminaliser la publicité du tabac a été prise progressivement dans le cadre d'un processus de politique gouvernementale échelonné sur une période de 25 ans et seulement après que le Parlement eut déterminé qu'il existait des données impératives sur les effets de l'usage du tabac sur la santé et que la gamme de mesures non criminelles alors en place n'étaient pas suffisamment efficaces pour réduire la consommation. Il serait artificiel, voire absurde, de restreindre la compétence du Parlement de légiférer dans ce nouveau domaine d'intérêt pour la santé publique simplement parce qu'il ne l'a pas fait, et ne pouvait logiquement pas le faire, auparavant.

ii. *L'aspect secondaire de l'acte interdit*

Le deuxième argument des appelantes est que la Loi ne vise pas un «objectif public du droit criminel» parce que le Parlement ne peut criminaliser une activité portant sur un aspect secondaire d'un «mal» (la publicité et la promotion des produits du tabac) si l'activité sous-jacente à laquelle s'attaque la loi (la fabrication, la vente et l'usage du tabac) est elle-même légale.

À mon avis, cet argument échoue parce qu'il n'est pas compatible avec la jurisprudence récente de notre Cour. Tant dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*,

S.C.R. 1123 (the *Prostitution Reference*), and *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, this Court upheld the constitutionality of legislation that criminalized an ancillary activity without also criminalizing the underlying activity or “evil”. In the *Prostitution Reference*, for example, this Court upheld the constitutionality of ss. 193 and 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which prohibited the solicitation of clients for prostitution and the operation of bawdy houses, but did not, at the same time, prohibit prostitution itself. In reaching the conclusion that these provisions were constitutionally valid, Dickson C.J. reasoned as follows, at p. 1142:

While I recognize that Parliament has chosen a circuitous path, I find it difficult to say that Parliament cannot take this route. The issue is not whether the legislative scheme is frustrating or unwise but whether the scheme offends the basic tenets of our legal system. The fact that the sale of sex for money is not a criminal act under Canadian law does not mean that Parliament must refrain from using the criminal law to express society’s disapprobation of street solicitation. Unless or until this Court is faced with the direct question of Parliament’s competence to criminalize prostitution, it is difficult to say that Parliament cannot criminalize and thereby indirectly control some element of prostitution — that is, street solicitation. [Emphasis in original.]

In that case, Lamer J. (as he then was) also made the following observation, at p. 1191:

As I have noted above, prostitution itself is not a crime in Canada. Our legislators have instead, chosen to attack prostitution indirectly. The *Criminal Code* contains many prohibitions relating to the act of taking money in return for sexual services. Among the offences that relate to prostitution are the bawdy-house provisions, the procuring and pimping provisions, as well as other more general offences that indirectly have an impact on prostitution related activities; for example provisions such as disturbing the peace. In my view, these laws indicate that while on the face of the legislation the act

[1990] 1 R.C.S. 1123 (le *Renvoi sur la prostitution*) que dans l’arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, notre Cour a maintenu la constitutionnalité de lois qui criminalisaient une activité secondaire sans rendre criminelle l’activité ou le «mal» sous-jacents. Par exemple, dans le *Renvoi sur la prostitution*, notre Cour a confirmé la constitutionnalité de l’art. 193 et de l’al. 195.1(1)c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, qui interdisaient la sollicitation de clients à des fins de prostitution et la tenue de maisons de débauche, sans toutefois interdire la prostitution même. Pour conclure à la validité constitutionnelle de ces dispositions, le juge en chef Dickson a fait le raisonnement suivant, à la p. 1142:

Bien que j’admette que le Parlement a choisi un moyen détourné, il m’est difficile d’affirmer que le Parlement ne peut emprunter cette voie. La question n’est pas de savoir si le régime législatif est insatisfaisant ou peu judicieux mais si le régime porte atteinte aux préceptes fondamentaux de notre système juridique. Le fait que la vente de services sexuels en échange d’argent ne soit pas un acte criminel en droit canadien ne signifie pas que le Parlement ne peut utiliser le droit criminel pour manifester la désapprobation de la société à l’égard de la sollicitation de rue. Tant qu’on ne demandera pas directement à notre Cour de se prononcer sur la compétence du Parlement pour criminaliser la prostitution, il est difficile d’affirmer que le Parlement ne peut pas criminaliser et ainsi contrôler indirectement certains éléments de la prostitution, c’est-à-dire la sollicitation de rue. [Souligné dans l’original.]

Dans cet arrêt, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a également fait l’observation suivante, à la p. 1191:

Comme je l’ai déjà dit, la prostitution en soi n’est pas un crime au Canada. Notre législateur a préféré s’attaquer indirectement à la prostitution. Le *Code criminel* contient plusieurs interdictions relatives à l’action d’accepter de l’argent en contrepartie de services sexuels. On retrouve parmi les infractions qui se rapportent à la prostitution les dispositions sur les maisons de débauche, les dispositions sur les souteneurs ainsi que d’autres infractions plus générales qui ont des répercussions indirectes sur les activités accessoires de la prostitution; par exemple, des dispositions sur le fait de troubler la paix. À mon avis, ces dispositions législatives indiquent que, bien que selon la lettre de la loi la prostitution elle-

of prostitution is not illegal, our legislators are indeed aiming at eradicating the practice.

A similar line of reasoning was employed by this Court in *Rodriguez, supra*, where the constitutionality of a prohibition against assisted suicide under s. 214(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, was upheld despite the fact that suicide itself was, and is at present, not illegal in this country.

In my view, the reasoning in the *Prostitution Reference* and *Rodriguez* is directly applicable to the present cases. Although the manufacture, sale and consumption of tobacco has not been criminalized under the Act, it is clear that Parliament's underlying purpose in criminalizing tobacco advertising and promotion is to eradicate the practice. The fact that Parliament has chosen a "circuitous path" to accomplish this goal does not in any way lessen the constitutional validity of the goal. I emphasize once again that it is the pith and substance of the legislation, not Parliament's wisdom in choosing the legislative method, that is the touchstone in a division of powers analysis.

iii. *The Creation of Exemptions Under the Criminal Law Power*

The appellants' third argument is that the Act is fundamentally regulatory, not criminal, in nature. In support of this argument, they observe that the Act contains exemptions for publications and broadcasts originating outside Canada (s. 4(3)), for the Dunhill trademark (s. 8(3)), and for tobacco product substitutes exempted by the Governor in Council on the ground that they pose less risk to the health of users (s. 17(a)). The practical effect of these exemptions, the appellants argue, is that the very same act can be legal when committed by one party in Canada but illegal when committed by another.

In my view, this argument fails because it disregards the long-established principle that the criminal law may validly contain exemptions for certain

même ne soit pas illégale, notre législateur vise effectivement à supprimer la pratique.

Notre Cour a appliqué un raisonnement similaire dans l'arrêt *Rodriguez*, précité, dans lequel elle a confirmé la constitutionnalité d'une interdiction d'aide au suicide en vertu de l'al. 214b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, même si le suicide n'était, et n'est toujours pas, illégal au Canada.

À mon avis, le raisonnement appliqué dans le *Renvoi sur la prostitution* et dans l'arrêt *Rodriguez* est directement applicable en l'espèce. Bien que la fabrication, la vente et l'usage du tabac n'aient pas été criminalisés en vertu de la Loi, de toute évidence, en rendant criminelles la publicité et la promotion en faveur du tabac, le législateur fédéral avait comme objectif sous-jacent de supprimer cette pratique. Le fait qu'il a choisi «un moyen détourné» pour atteindre cet objectif n'en change aucunement la validité constitutionnelle. Je voudrais souligner de nouveau que c'est le caractère véritable de la loi, non la sagesse du choix de la mesure législative, qui est la pierre angulaire dans une analyse du partage des pouvoirs.

iii. *La création d'exemptions dans le cadre de la compétence en matière de droit criminel*

Le troisième argument des appelantes est que la Loi est fondamentalement un texte réglementaire et non un texte relevant du droit criminel. À l'appui de cet argument, elles soutiennent que la Loi renferme des exemptions concernant les publications et les émissions en provenance de l'étranger (par. 4(3)), la marque Dunhill (par. 8(3)), et les substituts aux produits du tabac exemptés par le gouverneur en conseil pour le motif qu'ils font courir moins de risques pour la santé des consommateurs (al. 17a)). En pratique, ces exemptions ont pour effet, selon les appelantes, qu'un acte peut être légal s'il est commis par une partie au Canada, mais illégal lorsqu'il est commis par une autre partie.

À mon avis, cet argument échoue parce qu'il ne tient pas compte du principe depuis longtemps reconnu que le droit criminel peut valablement

conduct without losing its status as criminal law. As early as 1959, in *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497, this Court held that the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1952, c. 171, which prohibited gambling on Sunday, was a valid exercise of the criminal law power despite the fact that s. 6 of that Act created an exemption for provinces which had passed legislation to the contrary. In upholding the validity of the Act, Rand J. explained, at pp. 509-10, that this exemption did not detract from the criminal nature of the legislation:

The legislative efficacy in prohibiting the activity named is that solely of Parliament; the effect of the exception is to declare that in the presence of a provincial enactment of the appropriate character the scope of s. 6 automatically ceases to extend to the provincial area covered by that enactment. The latter is a condition of fact in relation to which Parliament itself has provided a limitation for its own legislative act. That Parliament can so limit the operation of its own legislation and that it may do so upon any such event or condition is not open to serious debate.

This principle was reiterated in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, where this Court addressed the constitutionality of s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. Under s. 251(1) of the *Code*, the intentional procurement of a miscarriage was declared to be unlawful. However, under s. 251(4) and (5), Parliament had also created an exemption for miscarriages carried out by qualified medical practitioners where the life of the woman was in danger. Laskin C.J., dissenting in the result but not on this issue, made it clear that the creation of such an exemption did not detract from the validity of the provision as criminal law, at p. 627:

I need cite no authority for the proposition that Parliament may determine what is not criminal as well as what is, and may hence introduce dispensations or exemptions in its criminal legislation. It has done this in respect of gaming and betting by prescribing for lawful operation of pari-mutuel systems . . . , by exempting agricultural fairs or exhibitions from certain of the

comporter des exemptions relativement à certaines conduites sans pour autant perdre son caractère. Dès 1959, dans l'arrêt *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497, notre Cour a statué que la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1952, ch. 171, qui interdisait les jeux de hasard le dimanche, était un exercice valide de compétence en matière de droit criminel, même si l'art. 6 de cette loi créait une exemption pour les provinces qui avaient adopté une loi à l'effet contraire. En confirmant la validité de la loi, le juge Rand a expliqué, aux pp. 509 et 510, que cette exemption n'enlève pas à la loi son caractère de droit criminel:

[TRADUCTION] L'action législative, en interdisant l'activité indiquée, correspond uniquement à celle du Parlement: l'exception a pour effet de déclarer qu'en présence d'une disposition provinciale de nature appropriée, l'art. 6 cesse immédiatement de s'appliquer au territoire provincial visé par cette disposition. Il s'agit d'une condition de fait au sujet de laquelle le Parlement lui-même a prévu des limites à sa propre action législative. Le fait que le Parlement peut ainsi limiter l'application de ses propres lois et le faire dans n'importe quelles circonstances ou sous n'importe quelles conditions ne prête pas vraiment à discussion.

Ce principe a été repris dans *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, où notre Cour a examiné la constitutionnalité de l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. En vertu du par. 251(1) du *Code*, le fait de procurer intentionnellement un avortement a été déclaré illégal. Cependant, en vertu des par. 251(4) et (5), le législateur a créé une exemption dans le cas des avortements effectués par des médecins qualifiés si la santé de la femme est en danger. Le juge en chef Laskin, dissident quant au résultat mais pas relativement à cette question, a clairement établi que la formulation d'une telle exemption ne porte pas atteinte à la validité de la disposition en tant que règle de droit criminel, à la p. 627:

Je n'ai pas besoin de citer de précédents pour affirmer que le Parlement peut déterminer ce qui n'est pas criminel aussi bien que ce qui l'est, et qu'il peut par conséquent introduire dans ses lois pénales des dispenses ou des immunités. Il l'a fait dans le domaine des jeux et paris en permettant l'exploitation légale du pari mutuel [. . .], en exemptant les foires ou expositions agricoles

prohibitions against lotteries and games of chance . . . and by expressly permitting lotteries under stated conditions. . . .

Most recently, in *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89, this Court reaffirmed Laskin C.J.'s conclusion. In *Furtney*, the Court addressed a challenge to s. 207 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which prohibited lotteries but created an exemption for provincial lotteries conducted in accordance with terms and conditions of licences issued by the Lieutenant Governor. The Court held that the *Code* provision was valid criminal law, even though it delegated regulatory power to the provincial Lieutenant Governors in Council to create exemptions. In reaching the conclusion that s. 207 was a valid exercise of the criminal law power, Stevenson J. stated, at p. 105:

I note that these very provisions were referred to as valid by Laskin C.J. in his dissenting judgment (the majority not addressing the matter) in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616. The Chief Justice (at p. 627) referred to Parliament's authority to introduce dispensations or exemptions from criminal law in determining what is and what is not criminal.

Stevenson J. expressed his agreement with Laskin C.J.'s view and gave the following rationale for his conclusion, at pp. 106-7:

The appellants question whether the criminal law power will sustain the establishment of a regulatory scheme in which an administrative agency or official exercises discretionary authority. In so doing they ask the question "referred to by Professor Hogg" in his *Constitutional Law of Canada* . . . at p. 415. Hogg suggests that the question is really one of colourability. . . . In my view the decriminalization of lotteries licensed under prescribed conditions is not colourable. It constitutes a definition of the crime, defining the reach of the offence, a constitutionally permissive exercise of the criminal law power, reducing the area subject to criminal law prohibition where certain conditions exist. I cannot characterize it as an invasion of provincial powers

de certaines interdictions qui frappent les loteries et jeux de hasard [. . .] et en permettant expressément des loteries sous certaines conditions. . . .

Plus récemment, dans *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, notre Cour a de nouveau confirmé la conclusion du juge en chef Laskin. Dans cet arrêt, notre Cour s'est prononcée sur une contestation de l'art. 207 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui interdisait les loteries, sauf celles d'une province tenues conformément aux modalités d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur. Notre Cour a statué que la disposition du *Code* énonçait une règle de droit criminel valide, même si elle déléguait un pouvoir de réglementation aux lieutenants-gouverneurs en conseil des provinces leur permettant de créer certaines exceptions. En arrivant à la conclusion que l'art. 207 constituait un exercice valide de compétence en matière de droit criminel, le juge Stevenson affirme à la p. 105:

Je constate que ces dispositions mêmes ont été considérées comme valides par le juge en chef Laskin dans l'opinion dissidente (les juges formant la majorité n'ayant pas abordé la question) qu'il a rédigée dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616. Le Juge en chef a mentionné, à la p. 627, le pouvoir du Parlement d'introduire, dans ses lois criminelles, des dispenses ou des immunités en déterminant ce qui est et ce qui n'est pas criminel.

Le juge Stevenson a exprimé son assentiment avec le juge en chef Laskin et a justifié ainsi sa conclusion, aux pp. 106 et 107:

Les appelants mettent en doute que le pouvoir en matière de droit criminel puisse étayer l'instauration d'un régime de réglementation dans lequel un organisme ou un agent administratif exerce un pouvoir discrétionnaire. Ce faisant, ils posent la question [TRADUCTION] «mentionnée par le professeur Hogg» dans *Constitutional Law of Canada*, [. . .] à la p. 415. Hogg dit qu'il s'agit vraiment d'une question de législation déguisée. [. . .] À mon avis, la décriminalisation des loteries exploitées en vertu de licences assorties de certaines conditions précises n'est pas une tentative déguisée de légiférer. Elle constitue une définition de l'acte criminel, qui fixe la portée de l'infraction, un exercice constitutionnellement acceptable du pouvoir en matière de droit criminel, qui réduit le champ de l'interdiction du droit criminel lorsqu'il existe certaines conditions. Je

any more than the appellants were themselves able to do. [Emphasis added.]

ne puis qualifier cela d'empiétement sur les pouvoirs des provinces, pas plus que les appelants n'ont eux-mêmes été en mesure de le faire. [Je souligne.]

56

The clear implication of this Court's decisions in *Lord's Day Alliance*, *Morgentaler* and *Furtney*, is that the creation of a broad status-based exemption to criminal legislation does not detract from the criminal nature of the legislation. On the contrary, the exemption helps to define the crime by clarifying its contours. In my view, this is precisely what Parliament has done in creating exemptions under the Act. The crime created by Parliament is the advertisement and promotion of tobacco products offered for sale in Canada. Rather than diluting the criminality of these acts, the exemptions to which the appellants refer serve merely to delineate the logical and practical limits to Parliament's exercise of the criminal law power in this context. For example, it is clear that the exemption for foreign media under s. 4(3) was created to avoid both the extraterritorial application of Canadian legislation and the page-by-page censorship of foreign publications at the border. It must also be kept in mind that the exemption thereby created extends only to foreign publications imported into Canada or the retransmission of broadcasts originating outside Canada. Section 4(4) limits this exemption by prohibiting persons in Canada from advertising products for sale in Canada by way of foreign publications of broadcasts. Given the fact that foreign tobacco products comprise less than 1 percent of the Canadian market, it is apparent that the exemption has an extremely limited scope. There is an equally logical and practical explanation for the exemptions created under ss. 17(a) and 8(3). With respect to the exemption under s. 17(a), which permits the Governor in Council to make regulations exempting substitute tobacco products from the application of ss. 4 and 7 where they pose less risk to the health of users, it is clear that Parliament was seeking to encourage the development of alternatives to tobacco. Such an exemption is, of course, completely consistent with the Act's underlying purpose of protecting public health. With respect to the exemption for Dunhill products under s. 8(3), it is clear that Parliament was addressing the legitimate concern that this trademark is unique because

Il résulte de toute évidence des arrêts de notre Cour *Lord's Day Alliance*, *Morgentaler* et *Furtney* que la création d'une exemption générale, fondée sur le statut, à l'application d'une loi en matière criminelle n'a pas pour effet d'enlever à la loi son caractère de droit criminel. Au contraire, l'exemption contribue à définir l'infraction en clarifiant les particularités. À mon avis, c'est précisément ce que le Parlement a fait par la constitution d'exemptions dans la Loi. L'infraction créée par le Parlement est la publicité et la promotion des produits du tabac mis en vente au Canada. Plutôt que d'atténuer la nature criminelle de ces actes, les exemptions que mentionnent les appelantes servent tout simplement à cerner les restrictions logiques et pratiques de l'exercice de la compétence fédérale en matière de droit criminel dans ce contexte. Par exemple, il est clair que le législateur a créé l'exemption applicable aux médias étrangers visée au par. 4(3) pour éviter à la fois l'application extraterritoriale de la loi canadienne et l'examen page par page des publications étrangères à la frontière. On doit également se rappeler que l'exemption en question ne s'applique qu'aux publications étrangères importées au Canada ou qu'à la retransmission d'émissions de radio ou de télévision de l'étranger. Le paragraphe 4(4) restreint cette exemption en interdisant à toute personne se trouvant au Canada de faire de la publicité dans une publication étrangère ou une émission radiodiffusée de l'étranger en faveur d'un produit du tabac vendu au Canada. Puisque les produits du tabac étrangers représentent moins d'un pour cent du marché canadien, il est évident que l'exemption a une portée extrêmement limitée. Il y a également une explication tout aussi logique et pratique pour les exemptions créées en vertu de l'al. 17(a) et du par. 8(3). Pour ce qui est de l'exemption prévue à l'al. 17(a), qui permet au gouverneur en conseil de prendre des règlements pour exempter de l'application des art. 4 et 7 les produits du tabac utilisés comme substituts s'ils font courir moins de risque pour la santé des consommateurs que ces autres produits, il est évident que le Parlement cherchait à encourager la mise au point de nouveaux produits

it has a marketing existence quite independent from tobacco. Thus, none of these exemptions serves in any way to confuse, or detract from, the category of acts Parliament has validly criminalized under the Act.

For all the foregoing reasons, I am of the view that the Act is a valid exercise of the federal criminal law power. Having reached this conclusion, I do not find it necessary to address the Attorney General's further submission that the Act falls under the federal power to legislate for the peace, order and good government of Canada. Accordingly, I now proceed directly to a consideration of the Act's validity under the *Charter*.

2. The Canadian Charter of Rights and Freedoms

Introductory

The Attorney General conceded that the prohibition on advertising and promotion under the Act constitutes an infringement of the appellants' right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*, and directed his submissions solely to justifying the infringement under s. 1 of the *Charter*. In my view, the Attorney General was correct in making this concession. This Court has, on a number of occasions, held that prohibitions against engaging in commercial expression by advertising infringe upon the freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*; see *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 766-67; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 976-78; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, at pp. 241-45. On this general issue, then, there only remains the question whether this

comme substituts du tabac. Une telle exemption est, bien entendu, tout à fait compatible avec l'objet sous-jacent de la Loi, qui est de protéger la santé publique. En ce qui concerne l'exemption pour les produits Dunhill établie au par. 8(3), il est évident que le Parlement tenait compte de la préoccupation légitime selon laquelle cette marque est unique parce qu'elle a une existence commerciale tout à fait indépendante du tabac. En conséquence, aucune de ces exemptions ne sert à embrouiller la catégorie des actes que le Parlement a validement criminalisés en vertu de la Loi ni à y porter atteinte.

Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis que la Loi constitue un exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel. C'est pourquoi j'estime inutile d'examiner l'autre argument du procureur général selon lequel la Loi relève de la compétence fédérale de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada. Par conséquent, je passerai immédiatement à un examen de la validité de la Loi sous le régime de la *Charte*.

2. La Charte canadienne des droits et libertés

Introduction

Le procureur général a admis que l'interdiction de publicité et de promotion prévue dans la Loi constitue une violation du droit à la liberté d'expression garanti aux appelantes par l'al. 2b) de la *Charte*, et il a orienté ses arguments seulement vers la justification de cette violation en vertu de l'article premier de la *Charte*. À mon avis, le procureur général a eu raison d'admettre ce fait. À plusieurs reprises, notre Cour a statué que les interdictions relatives à l'expression commerciale par la publicité portent atteinte à la liberté d'expression prévue à l'al. 2b) de la *Charte*; voir *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pp. 766 et 767; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, aux pp. 976 à 978; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, aux pp. 241 à 245. Relativement à cette question générale, il ne

infringement is justified under s. 1, a matter to which I shall turn in a moment.

reste alors qu'à déterminer si cette atteinte peut se justifier en vertu de l'article premier, question que j'examinerai dans un instant.

Before doing so, however, it is appropriate to draw attention to the fact that the Attorney General did not concede that s. 9 of the Act, which requires tobacco manufacturers to place an unattributed health warning on packages of these products, constitutes an infringement of the appellants' right to freedom of expression. In my view, the Attorney General was correct in not making this concession. However, since there is considerable overlap between my discussion of this issue and my discussion of s. 1, I shall for convenience address this distinct issue separately at the conclusion of my general s. 1 analysis.

Section 1 of the Charter

The Legislative Objective and Context

Section 1 of the *Charter* guarantees the rights and freedoms set out therein "subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". It is well established that the onus of justifying the limitation of a *Charter* right rests on the party seeking to have that limitation upheld, in this case the Attorney General. In *Oakes*, *supra*, this Court set out two broad criteria as a framework to guide courts in determining whether a limitation is demonstrably justified in a free and democratic society. The first is that the objective the limit is designed to achieve must be of sufficient importance to warrant overriding the constitutionally protected right or freedom. The second is that the measures chosen to achieve the objective must be proportional to the objective. The proportionality requirement has three aspects: the measures chosen must be rationally connected to the objective; they must impair the guaranteed right or freedom as little as possible; and there must be proportionality between the deleterious effects of the measures and their salutary effects.

Cependant, j'aimerais auparavant faire ressortir que le procureur général n'a pas admis que l'art. 9 de la Loi, qui exige des fabricants du tabac qu'ils apposent une mise en garde non attribuée sur les emballages de ces produits, constitue une violation du droit à la liberté d'expression des appelantes. À mon avis, le procureur général a eu raison de ne pas admettre ce fait. Cependant, puisqu'il existe un chevauchement considérable entre mon analyse de cette question et celle fondée sur l'article premier, par souci de commodité, j'examinerai cette question distincte séparément à la fin de mon analyse générale fondée sur l'article premier.

L'article premier de la Charte

L'objectif et le contexte de la loi

L'article premier de la *Charte* 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.» Il est bien établi qu'il incombe à la partie qui recherche la justification de la restriction, en l'espèce le procureur général, d'en faire la justification. Dans *Oakes*, précité, notre Cour a établi deux critères généraux pour guider les tribunaux lorsqu'ils doivent déterminer si la justification d'une restriction peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En premier lieu, l'objectif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. En second lieu, les moyens choisis pour atteindre l'objectif doivent être proportionnels à cet objectif. L'exigence de la proportionnalité comporte trois aspects: les mesures choisies doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif; elles doivent porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question, et il doit exister une proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets salutaires.

The appellants have conceded that the objective of protecting Canadians from the health risks associated with tobacco use, and informing them about these risks, is pressing and substantial. Rather than focusing upon the objective, the appellants submit that the measures employed under the Act are not proportional to the objective. In adopting this strategy, they rely heavily upon Chabot J.'s rigorous application of the proportionality requirement at trial. There, Chabot J. equated the burden of proof under the s. 1 analysis to the burden in a civil trial, stating, at p. 515:

... the burden of proof of justification under s. 1 of the Charter rests on the party who seeks to uphold the limitation of a guaranteed right. This burden is the civil burden of proof, the balance of probabilities. However, this balance of probabilities must be applied rigorously and the evidence must be cogent and persuasive. ...

Applying this standard, Chabot J. decided that the Attorney General had not demonstrated that the prohibition of tobacco advertising and promotion under ss. 4 to 8 of the Act, and the s. 9 requirement that tobacco manufacturers print unattributed health warnings on tobacco products, are proportional to the objective of reducing tobacco consumption. The appellants submit that Chabot J.'s approach was correct and argue that this Court should defer to his factual findings.

It is my view that Chabot J.'s approach was not the correct one in the circumstances of these cases, and that he erred in deciding that the civil burden of proof must be "applied rigorously". As I will show, it is also my view that the Attorney General adduced sufficient evidence at trial to justify the limitation on freedom of expression entailed by this legislation, and that the appellants' argument accordingly fails. However, before I proceed to reexamine the evidence, I find it necessary to clarify in more detail the nature of Chabot J.'s error. Throughout his judgment, Chabot J. referred to the requirements set forth in *Oakes* as a "test". In so doing, he adopted the view, unfortunately still held

Les appelantes ont reconnu le caractère urgent et réel de l'objectif visant à protéger les Canadiens contre les conséquences néfastes du tabac sur la santé et à les sensibiliser à ces conséquences. Plutôt que de s'attarder à cet objectif, les appelantes soutiennent que les mesures employées en vertu de la Loi ne sont pas proportionnelles à l'objectif. En adoptant cette stratégie, les appelantes s'appuient fortement sur l'application rigoureuse de l'exigence de la proportionnalité qu'a faite le juge de première instance. En effet, le juge Chabot a assimilé le fardeau de la preuve applicable lors d'une analyse fondée sur l'article premier au fardeau de la preuve applicable en matière civile; il affirme à la p. 2310:

... le fardeau de la preuve en matière de justification en vertu de l'article premier de la charte repose sur celui qui soutient la restriction à un droit garanti. C'est le fardeau de preuve civile, la balance des probabilités. Toutefois, cette balance des probabilités doit être appliquée rigoureusement et la preuve doit être forte et persuasive.

À partir de ce critère, le juge Chabot a décidé que le procureur général n'avait pas démontré la proportionnalité entre d'une part, l'interdiction de publicité et de promotion du tabac en vertu des art. 4 à 8 de la Loi et la nécessité pour les fabricants des produits du tabac d'apposer, en vertu de l'art. 9, des mises en garde non attribuées sur les emballages, et d'autre part, l'objectif de réduire l'usage du tabac. Les appelantes soutiennent que l'analyse du juge Chabot était correcte et que notre Cour doit faire preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait auxquelles il est arrivé.

Je suis d'avis que l'analyse du juge Chabot n'était pas correcte dans les circonstances et qu'il a commis une erreur en décidant que le fardeau de preuve civile doit être «appliqué rigoureusement». Comme je vais l'illustrer, je suis également d'avis que le procureur général a déposé une preuve suffisante en première instance pour justifier la restriction à la liberté d'expression qu'entraîne cette loi, et que l'argument des appelantes doit donc échouer. Cependant, avant de procéder au réexamen de la preuve, j'estime nécessaire de clarifier la nature de l'erreur du juge Chabot. Tout au long de sa décision, il parle des exigences formulées dans l'arrêt *Oakes* comme d'un «critère». Ce faisant, il a

by some commentators, that the proportionality requirements established in *Oakes* are synonymous with, or have even superseded, the requirements set forth in s. 1. This view is based upon a misperception of this Court's jurisprudence. The appropriate "test" to be applied in a s. 1 analysis is that found in s. 1 itself, which makes it clear that the court's role in applying that provision is to determine whether an infringement is reasonable and can be demonstrably justified in a "free and democratic society". In *Oakes*, this Court established a set of principles, or guidelines, intended to serve as a framework for making this determination. However, these guidelines should not be interpreted as a substitute for s. 1 itself. It is implicit in the wording of s. 1 that the courts must, in every application of that provision, strike a delicate balance between individual rights and community needs. Such a balance cannot be achieved in the abstract, with reference solely to a formalistic "test" uniformly applicable in all circumstances. The s. 1 inquiry is an unavoidably normative inquiry, requiring the courts to take into account both the nature of the infringed right and the specific values and principles upon which the state seeks to justify the infringement.

adopté le point de vue, que partagent malheureusement certains auteurs, que les exigences en matière de proportionnalité formulées dans l'arrêt *Oakes* sont comparables à celles applicables à l'article premier ou les ont même remplacées. Ce point de vue se fonde sur une interprétation erronée de la jurisprudence de notre Cour. Le «critère» approprié applicable à une analyse fondée sur l'article premier se trouve dans la disposition même, laquelle établit clairement que le rôle du tribunal lorsqu'il l'applique est de déterminer si la limite est raisonnable et peut se démontrer dans le cadre d'une «société libre et démocratique». Dans l'arrêt *Oakes*, notre Cour a établi une série de principes ou directives destinés à servir de cadre analytique à cette fin. Toutefois, ces directives ne devraient pas être interprétées comme si elles remplaçaient l'article premier. Le libellé de l'article premier indique implicitement que les tribunaux doivent, chaque fois qu'ils l'appliquent, établir un équilibre délicat entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Un tel équilibre ne peut être établi dans l'abstrait, à partir seulement d'un «critère» formaliste qui s'appliquerait de façon uniforme dans toutes les circonstances. L'examen fondé sur l'article premier est un examen inévitablement normatif qui exige des tribunaux qu'ils tiennent compte de la nature du droit violé ainsi que des valeurs et des principes spécifiques à partir desquels le ministère public tente de justifier la violation.

1995 CanLII 64 (SCC)

63

This Court has on many occasions affirmed that the *Oakes* requirements must be applied flexibly, having regard to the specific factual and social context of each case. The word "reasonable" in s. 1 necessarily imports flexibility. In a significant, but often neglected, passage from *Oakes* itself, Dickson C.J. warned against an overly formalistic approach to s. 1 justification, stating, at p. 139, that "[a]lthough the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case the courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups". Shortly thereafter, he reaffirmed this warning in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*,

Notre Cour a confirmé à maintes reprises que les exigences formulées dans l'arrêt *Oakes* doivent être appliquées avec souplesse en tenant compte du contexte factuel et social particulier de chaque cas. Le terme «raisonnables» employé à l'article premier est nécessairement une indication qu'il y a lieu de faire preuve de souplesse. Dans un passage important, mais souvent oublié, de l'arrêt *Oakes*, le juge en chef Dickson fait une mise en garde contre un examen trop formaliste de la justification en vertu de l'article premier, affirmant à la p. 139, que «[m]ême si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes». Peu après, il a répété cette mise en garde dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2

[1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 768-69, where, referring to the Court's decision in *Oakes*, he stated:

The Court stated that the nature of the proportionality test would vary depending on the circumstances. Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the proportionality requirement the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards.

Later, in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 735, Dickson C.J. had occasion to elaborate more fully upon the nature of the *Oakes* inquiry, stating that it was "dangerously misleading to conceive of s. 1 as a rigid and technical provision". He noted at p. 735 that,

[f]rom a crudely practical standpoint, *Charter* litigants sometimes may perceive s. 1 in this manner, but in the body of our nation's constitutional law it plays an immeasurably richer role, one of great magnitude and sophistication.

The role played by s. 1, he observed, at pp. 735-36, is to bring "together the fundamental values and aspirations of Canadian society" through the "dual function" of activating *Charter* rights and permitting such reasonable limits as a free and democratic society may have occasion to place upon them. In applying a "rigid or formalistic approach to the application of s. 1", he cautioned, at p. 737, the courts risk losing sight of the "synergetic relation" that exists between *Charter* rights and the context in which they are claimed. In *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pp. 1489-90, I also stressed the importance of this "synergetic relation", and the resulting need to avoid what I called a "mechanistic approach" in the application of the s. 1 analysis:

In the performance of the balancing task under s. 1, it seems to me, a mechanistic approach must be avoided. While the rights guaranteed by the *Charter* must be given priority in the equation, the underlying values must be sensitively weighed in a particular context

R.C.S. 713, aux pp. 768 et 769, où il dit relativement à l'arrêt *Oakes*:

La Cour a affirmé que la nature du critère de proportionnalité pourrait varier en fonction des circonstances. Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides.

Plus tard, dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 735, le juge en chef Dickson a eu l'occasion de clarifier davantage la nature de l'examen dont il est question dans l'arrêt *Oakes*, affirmant que l'«on s'induit dangereusement en erreur si l'on voit dans l'article premier une disposition rigide et empreinte de formalisme». Il souligne, à la p. 735:

D'un point de vue purement pratique, les plaideurs qui invoquent la *Charte* peuvent parfois percevoir ainsi l'article premier mais, dans le droit constitutionnel de notre nation, cet article joue un rôle infiniment plus riche, un rôle de grande envergure et d'extrême raffinement.

Le juge en chef Dickson précise aux pp. 735 et 736 que le rôle de l'article premier est de réunir «les valeurs et les aspirations fondamentales de la société canadienne», ayant comme «double fonction» de rendre effectifs les droits et libertés garantis par la *Charte* et de permettre toute limite raisonnable qu'une société libre et démocratique peut avoir à y imposer. S'ils font preuve de «rigidité et [de] formalisme [...] dans l'application de l'article premier», précise-t-il, à la p. 737, les tribunaux risquent de ne pas tenir compte du «rapport synergique» qui existe entre les droits garantis par la *Charte* et le contexte de l'instance particulière. Dans *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1489 et 1490, j'ai également fait ressortir l'importance du «rapport synergique» et de la nécessité d'éviter ce que j'ai appelé une «méthode mécaniste» dans l'application de l'analyse fondée sur l'article premier:

Il me semble qu'en effectuant cette évaluation en vertu de l'article premier il faut éviter de recourir à une méthode mécaniste. Bien qu'il faille accorder priorité dans l'équation aux droits garantis par la *Charte*, les valeurs sous-jacentes doivent être, dans un contexte par-

against other values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislature.

ticulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir.

For a similar contextual approach to the s. 1 analysis, see *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 300; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 184-85; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591, at pp. 627-28; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1355-56, 1380; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at pp. 280-81; and *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, at p. 1122.

Pour une démarche contextuelle similaire relativement à l'analyse fondée sur l'article premier, voir *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la 300; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux pp. 184 et 185; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, aux pp. 627 et 628; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, aux pp. 1355, 1356 et 1380; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, aux pp. 280 et 281, et *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, à la p. 1122.

It appears, then, that Chabot J.'s principal error in applying a "rigorous" civil standard of proof was his failure to take into account the specific context in which the s. 1 balancing must take place. This Court has on many occasions stated that the evidentiary requirements under s. 1 will vary substantially depending upon both the nature of the legislation and the nature of the right infringed. In the present cases, both these contextual elements are highly relevant to a proper application of the s. 1 analysis. Accordingly, before proceeding to an analysis of the evidence submitted at trial, I find it necessary to explore in more detail both the nature of the legislation and the nature of the right it infringes.

Il appert alors que la principale erreur du juge Chabot lorsqu'il a appliqué «rigoureusement» le fardeau de preuve civile est qu'il a omis de tenir compte du contexte spécifique dans lequel doit se dérouler la pondération en vertu de l'article premier. Notre Cour a à maintes reprises affirmé que les exigences en matière de preuve sous le régime de l'article premier varieront beaucoup en fonction de la nature de la loi et du caractère du droit atteint. Ces éléments contextuels sont fort pertinents en l'espèce pour une bonne application de l'analyse fondée sur l'article premier. En conséquence, avant de procéder à une analyse de la preuve déposée au procès, j'estime nécessaire d'examiner plus en détail la nature de la loi et celle du droit auquel elle porte atteinte.

I turn first to the nature of the legislation. In my discussion of the criminal law power, I concluded that the Act is, in pith and substance, criminal law aimed at the protection of public health. In enacting this legislation, Parliament clearly intended to protect public health by reducing the number of inducements for Canadians to consume tobacco, and by educating Canadians about the health risks entailed in its consumption. The appellants concede, and in my view there is no doubt, that this goal is pressing and substantial. At trial and before this Court the Attorney General adduced copious evidence, some of which is set forth in the criminal law power discussion, demonstrating that tobacco consumption is one of the leading causes of illness

J'examinerai tout d'abord la nature de la loi. Dans mon examen de la compétence en matière de droit criminel, j'ai conclu que la Loi constitue, de par son caractère véritable, du droit criminel visant la protection de la santé publique. Lorsqu'il a adopté cette loi, le Parlement visait de toute évidence à protéger la santé publique en diminuant le nombre des incitations à la consommation du tabac et à sensibiliser les Canadiens aux méfaits du tabac. Les appelantes admettent que cet objectif est urgent et réel, ce qui ne fait aucun doute à mon avis. En première instance et devant notre Cour, le procureur général a déposé de nombreux éléments de preuve, dont certains ont été exposés au cours de l'analyse de la compétence en matière de droit

and death in our society. It is noteworthy that the detrimental effects of tobacco consumption impact not only upon the estimated 30,000 Canadians who die from related diseases each year, but also upon every member of our community. Apart from the apparent danger posed to nonsmoking members of the community by secondary smoke, all Canadians, and not merely tobacco consumers, must shoulder the heightened tax burden arising from the high cost of medical care for tobacco users who become ill.

Having conceded that the objective of protecting public health from the detrimental effects of tobacco consumption is pressing and substantial, the appellants submit, and Chabot J. agreed, that the facts respecting the harmful effect of tobacco are irrelevant to the application of the proportionality analysis. Chabot J. stated, at p. 491:

... much of the expert scientific evidence relating to the effects of tobacco on health, however voluminous and instructive, was nevertheless, with respect, irrelevant to the case and, in the humble view of the court, served merely to colour the debate unnecessarily.

With respect, I disagree. In my view, the nature and scope of the health problems raised by tobacco consumption are highly relevant to the s. 1 analysis, both in determining the appropriate standard of justification and in weighing the relevant evidence. In this respect, it is essential to keep in mind that tobacco addiction is a unique, and somewhat perplexing, phenomenon. Despite the growing recognition of the detrimental health effects of tobacco use, close to a third of the population continues to use tobacco products on a regular basis. At this point, there is no definitive scientific explanation for tobacco addiction, nor is there a clearly understood causal connection between advertising, or any other environmental factor, and tobacco consumption. This is not surprising. One cannot understand the causal connection between advertising and consumption, or between tobacco and addiction, without probing deeply into the mysteries of human psychology. Many of the workings of

criminel, établissant que l'usage du tabac est l'une des principales causes de maladie et de décès dans notre société. Il importe de signaler que les effets préjudiciables de l'usage du tabac ont une incidence non seulement sur les quelque 30 000 Canadiens qui décèdent chaque année de maladies connexes, mais aussi sur l'ensemble de la collectivité. En effet, outre le risque apparent que le tabagisme passif cause aux non-fumeurs dans la société, tous les Canadiens, et non seulement les fumeurs, doivent assumer le fardeau fiscal accru qu'entraînent les frais médicaux élevés des fumeurs qui contractent des maladies.

Comme ils ont admis que l'objectif de protection de la santé publique contre les effets préjudiciables du tabac est urgent et réel, les appelantes soutiennent, ce avec quoi était d'accord le juge Chabot, que les faits relatifs à l'effet nocif du tabac ne sont pas pertinents relativement à l'application de la proportionnalité. Le juge Chabot affirme, à la p. 2293:

... une grande partie de cette preuve d'expertise scientifique relativement aux effets du tabac sur la santé, toute colossale et instructive fut-elle, n'en était pas moins, avec respect, non pertinente en l'espèce et ne servait, de l'humble opinion du Tribunal, qu'à colorer inutilement le débat.

En toute déférence, je ne suis pas d'accord. À mon avis, la nature et l'étendue des problèmes de santé reliés à l'usage du tabac sont tout à fait pertinents relativement à l'analyse fondée sur l'article premier, tant aux fins de la détermination du critère approprié de justification que dans l'appréciation de la preuve pertinente. À cet égard, il est essentiel de se rappeler que la dépendance au tabac est un phénomène unique et assez compliqué. Même si les effets nocifs du tabac sont de plus en plus connus, près du tiers de la population continue de fumer de façon régulière. On ne peut actuellement pas donner d'explication scientifique concluante de la dépendance au tabac, ni établir un lien causal bien compris entre la publicité, ou tout autre facteur environnemental, et l'usage du tabac. Cela n'est pas étonnant. En effet, on ne saurait comprendre le lien causal entre la publicité et la consommation ou entre le tabac et la dépendance sans procéder à une analyse approfondie des mystères

the human mind, and the causes of human behaviour, remain hidden to our understanding and will no doubt remain so for quite some time. In this respect, it is instructive to consider the view of the Surgeon General of the United States, who observed in his 1989 report entitled *Reducing the Health Consequences of Smoking — 25 Years of Progress — A report of the Surgeon General*, at pp. 512-13:

There is no scientifically rigorous study available to the public that provides a definitive answer to the basic question of whether advertising and promotion increase the level of tobacco consumption. Given the complexity of the issue, none is likely to be forthcoming in the foreseeable future.

However, despite the lack of definitive scientific explanations of the causes of tobacco addiction, clear evidence does exist of the detrimental social effects of tobacco consumption. As I discussed earlier, overwhelming evidence was introduced at trial that tobacco use is a principal cause of deadly cancers, heart disease and lung disease, and that tobacco is highly addictive. Perhaps the most distressing aspect of the evidence introduced at trial is that tobacco consumption is most widespread among the young and the less educated — those segments of the population who are least able to inform themselves about, and to protect themselves against, its hazards. The majority of Canadian tobacco smokers start smoking regularly in their teens, and approximately one in five begin smoking regularly as early as 13; see expert report of Dr. Roberta G. Ferrence, *supra*; “Project Plus/Minus”, prepared for Imperial Tobacco Ltd. (1982). Indeed, it has been estimated that, among young Canadians who continue to use tobacco, six times more will die prematurely of disease caused by smoking than from car accidents, suicide, murder and AIDS combined; see expert report of Dr. Donald T. Wigle, *supra*. Moreover there are more smokers among people with less formal education. While, in 1986, 60 percent of those with no high school education smoked on a daily basis, only 8 percent of those with a university degree did so;

de la psychologie humaine. Un grand nombre des rouages du cerveau humain et des causes du comportement humain demeurent un mystère pour nous, et le demeureront sans doute pendant encore longtemps. Sur ce point, il est intéressant d'examiner le point de vue du Surgeon General des États-Unis qui a fait remarquer dans son rapport de 1989 intitulé: *Reducing the Health Consequences of Smoking — 25 Years of Progress — A report of the Surgeon General*, aux pp. 512 et 513:

[TRADUCTION] Il n'existe pas d'étude publique scientifiquement rigoureuse qui donne une réponse concluante à la question fondamentale de savoir si la publicité et la promotion accroissent la consommation du tabac. Compte tenu de la complexité de la question, il y a peu de chance qu'une telle étude soit menée à brève échéance.

Cependant, malgré l'absence d'explications scientifiques concluantes des causes de la dépendance au tabac, il existe des éléments de preuve clairs sur les effets sociaux préjudiciables de l'usage du tabac. Comme je l'ai mentionné, on a présenté en première instance une preuve abondante établissant d'une part, que l'usage du tabac est une cause principale de cancers, de maladies cardiaques et de maladies pulmonaires entraînant la mort, et d'autre part, que le tabac crée une forte dépendance. L'aspect le plus troublant de la preuve déposée au procès est peut-être que l'usage du tabac est plus répandu chez les jeunes et les personnes moins instruites — les groupes qui sont le moins en mesure de se renseigner sur les méfaits du tabac et de s'en protéger. La majorité des fumeurs au Canada commencent à fumer régulièrement à l'adolescence, et environ un fumeur sur cinq commence à fumer régulièrement dès l'âge de 13 ans; voir le rapport d'expert de Roberta G. Ferrence, *op. cit.*; «Project Plus/Minus», préparé pour Imperial Tobacco Ltd. (1982). En fait, on a estimé que les maladies causées par le tabac entraîneront six fois plus de décès prématurés chez les jeunes fumeurs canadiens que les accidents de voiture, le suicide, le meurtre et le SIDA confondus; voir le rapport d'expert de Donald T. Wigle, *op. cit.* Par ailleurs, il y a davantage de fumeurs chez les gens qui ont moins d'instruction. En 1986, 60 pour 100 des personnes n'ayant fait aucune étude secondaire fumaient à tous les jours, contre seulement 8 pour 100 dans le

see expert report of Dr. Roberta G. Ferrence, *supra*, at p. 32.

It appears, then, that there is a significant gap between our understanding of the health effects of tobacco consumption and of the root causes of tobacco consumption. In my view, this gap raises a fundamental institutional problem that must be taken into account in undertaking the s. 1 balancing. Simply put, a strict application of the proportionality analysis in cases of this nature would place an impossible onus on Parliament by requiring it to produce definitive social scientific evidence respecting the root causes of a pressing area of social concern every time it wishes to address its effects. This could have the effect of virtually paralyzing the operation of government in the socio-economic sphere. As I noted in *McKinney*, *supra*, at pp. 304-5, predictions respecting the ramifications of legal rules upon the social and economic order are not matters capable of precise measurement, and are often "the product of a mix of conjecture, fragmentary knowledge, general experience and knowledge of the needs, aspirations and resources of society, and other components". To require Parliament to wait for definitive social science conclusions every time it wishes to make social policy would impose an unjustifiable limit on legislative power by attributing a degree of scientific accuracy to the art of government which, in my view, is simply not consonant with reality. As LeBel J.A. observed in the Court of Appeal (at pp. 311-12):

Interpreted literally, mechanically, without nuance, the *Oakes* test and the burden of proof which it imposes on the state would most often negate its ability to legislate.

Moreover, such an approach misconceives the nature of a constitutional case such as this. It cannot be dealt with as if it were an ordinary civil trial. We are not dealing with a matter in which, for example, a particular litigant seeks to demonstrate that his tobacco consumption and the advertising of a manufacturer whose cigarettes

cas des diplômés d'université; voir le rapport d'expert de Roberta G. Ferrence, *op. cit.*, à la p. 32.

Il paraît alors y avoir un important écart entre ce que nous comprenons des effets de l'usage du tabac sur la santé et des principales causes de cet usage. À mon avis, cet écart soulève un problème institutionnel fondamental dont il faut tenir compte dans la pondération effectuée en application de l'article premier. Bref, une application stricte de l'analyse de la proportionnalité dans les affaires de cette nature imposerait un fardeau impossible au Parlement puisqu'il serait alors tenu de produire des éléments de preuve socio-scientifiques concluants relativement aux causes fondamentales d'un problème urgent d'intérêt social chaque fois qu'il désire s'attaquer à ses effets. Cela aurait pour effet de pratiquement paralyser le fonctionnement de l'appareil gouvernemental dans la sphère socio-économique. Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *McKinney*, précité, aux pp. 304 et 305, les prévisions relatives aux incidences des règles juridiques sur l'ordre socio-économique ne sont pas des questions susceptibles d'être évaluées précisément, et découlent souvent «de la combinaison d'hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l'expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ainsi que d'autres éléments». Si l'on exigeait du Parlement qu'il attende les données concluantes des études dans le domaine des sciences humaines chaque fois qu'il désire adopter une politique sociale, on restreindrait de façon injustifiable la compétence législative en attribuant un degré de précision scientifique à l'art de gouverner, ce qui, à mon avis, n'est tout simplement pas conforme à la réalité. Comme le juge LeBel de la Cour d'appel l'a fait remarquer (à la p. 391):

Interprétés littéralement, mécaniquement, sans nuances, le test d'*Oakes* et le fardeau de preuve imposé ainsi à l'État nieraient, le plus souvent, à celui-ci la faculté de légiférer.

Par ailleurs, une telle approche se méprend sur la nature d'une affaire constitutionnelle comme celle-ci. Elle ne s'assimile pas à un simple procès civil. Nous ne sommes pas placés devant un dossier où un plaideur particulier tenterait, par hypothèse, de démontrer que, dans son cas, sa consommation de tabac et la publicité

he consumed caused his lung cancer or his emphysema. It is rather a question of determining the basis on which a legislator may choose to act, where the outcome is uncertain.

It is necessary to understand the limits and the nature of policy choices. It is often difficult to forecast the future and to anticipate the beneficial or negative consequences of government policy. A well-conceived policy may be poorly applied. The necessary institutional resources may fail; unforeseen obstacles may intervene. If one is to apply rigorously the criterion of civil proof on the balance of probabilities it will be impossible to govern. On this basis, it would not be possible to make difficult but sometimes necessary legislative choices. There would be conferred on the courts a supervisory role over a state itself essentially inactive.

In several recent cases, this Court has recognized the need to attenuate the *Oakes* standard of justification when institutional constraints analogous to those in the present cases arise. In *Irwin Toy*, *supra*, at pp. 993-94, this Court stated:

... in matching means to ends and asking whether rights or freedoms are impaired as little as possible, a legislature mediating between the claims of competing groups will be forced to strike a balance without the benefit of absolute certainty concerning how that balance is best struck. Vulnerable groups will claim the need for protection by the government whereas other groups and individuals will assert that the government should not intrude.

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function. . . .

In other cases, however, rather than mediating between different groups, the government is best characterized as the singular antagonist of the individual whose right has been infringed. For example, in justify-

faite par tel manufacturier dont il consommait les cigarettes ont causé son cancer du poumon ou son emphyseme. Il s'agit plutôt de déterminer sur quelle base un législateur peut choisir d'agir, dans des perspectives incertaines.

Il faut comprendre les limites et la nature des choix politiques. Il est souvent difficile de prévoir l'avenir et d'anticiper les conséquences bénéfiques ou néfastes d'une politique gouvernementale. Bien conçue, une politique peut être mal appliquée. Les ressources institutionnelles nécessaires peuvent faire défaut, des obstacles imprévus survenir. Si l'on applique rigoureusement le critère de la preuve civile, selon la balance des probabilités, on ne gouvernera pas. L'on ne saura faire les choix législatifs difficiles, mais parfois nécessaires. L'on confiera à la magistrature la surveillance d'un état essentiellement passif.

Dans plusieurs arrêts récents, notre Cour a reconnu la nécessité d'assouplir le critère de justification formulé dans *Oakes* en présence de contraintes institutionnelles semblables à celles qui existent en l'espèce. Dans *Irwin Toy*, précité, aux pp. 993 et 994, notre Cour affirme:

... en faisant correspondre les moyens et les fins, et en se demandant s'il a été porté le moins possible atteinte aux droits ou aux libertés, le législateur en arbitrant entre les revendications de groupes concurrents, sera encore obligé de trouver le point d'équilibre sans pouvoir être absolument certain d'où il se trouve. Les groupes vulnérables vont revendiquer la protection du gouvernement alors que les autres groupes et individus affirmeront que le gouvernement ne doit pas intervenir.

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partagions tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. . . .

Il arrive parfois qu'au lieu d'arbitrer entre des groupes différents, le gouvernement devienne plutôt ce qu'on pourrait appeler l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé. Par exemple, pour justifier

ing an infringement of legal rights enshrined in ss. 7 to 14 of the *Charter*, the state, on behalf of the whole community, typically will assert its responsibility for prosecuting crime whereas the individual will assert the paramountcy of principles of fundamental justice. There might not be any further competing claims among different groups. In such circumstances, and indeed whenever the government's purpose relates to maintaining the authority and impartiality of the judicial system, the courts can assess with some certainty whether the "least drastic means" for achieving the purpose have been chosen, especially given their accumulated experience in dealing with such questions. . . .

In drawing a distinction between legislation aimed at "mediating between different groups", where a lower standard of s. 1 justification may be appropriate, and legislation where the state acts as the "singular antagonist of the individual", where a higher standard of justification is necessary, the Court in *Irwin Toy* was drawing upon the more fundamental institutional distinction between the legislative and judicial functions that lies at the very heart of our political and constitutional system. Courts are specialists in the protection of liberty and the interpretation of legislation and are, accordingly, well placed to subject criminal justice legislation to careful scrutiny. However, courts are not specialists in the realm of policy-making, nor should they be. This is a role properly assigned to the elected representatives of the people, who have at their disposal the necessary institutional resources to enable them to compile and assess social science evidence, to mediate between competing social interests and to reach out and protect vulnerable groups. In according a greater degree of deference to social legislation than to legislation in the criminal justice context, this Court has recognized these important institutional differences between legislatures and the judiciary.

In my view, the considerations addressed by this Court in *Irwin Toy* and *McKinney*, *supra*, are applicable to the present cases. In enacting this legisla-

une atteinte à des droits consacrés par les art. 7 à 14 de la *Charte*, l'État fera valoir, au nom de toute la société, sa responsabilité de poursuivre les criminels alors que la personne fera valoir le caractère prépondérant des principes de justice fondamentale. Il est possible qu'il n'y ait pas de demandes contradictoires venant de différents groupes. Dans de tels cas, et d'ailleurs chaque fois que l'objet du gouvernement se rapporte au maintien de l'autorité et de l'impartialité du système judiciaire, les tribunaux peuvent décider avec un certain degré de certitude si les [TRADUCTION] «moyens les moins radicaux» ont été choisis pour parvenir à l'objectif compte tenu de la somme d'expérience acquise dans le règlement de ces questions . . .

En établissant une distinction entre une loi visant à «arbitrer entre des groupes différents», auquel cas un critère moins sévère pourrait être approprié relativement à la justification en vertu de l'article premier, et une loi dans laquelle l'État agit à titre d'«adversaire singulier de l'individu», auquel cas il faut appliquer un critère plus sévère, notre Cour, dans l'arrêt *Irwin Toy*, faisait appel à la distinction institutionnelle plus fondamentale entre les fonctions législatives et judiciaires, qui est à la base même de notre régime politique et constitutionnel. Les tribunaux sont des spécialistes de la protection de la liberté et de l'interprétation des lois et sont, en conséquence, bien placés pour faire un examen approfondi des lois en matière de justice criminelle. Cependant, ils ne sont pas des spécialistes de l'élaboration des politiques et ils ne devraient pas l'être. Ce rôle est celui des représentants élus de la population, qui disposent des ressources institutionnelles nécessaires pour recueillir et examiner la documentation en matière de sciences humaines, arbitrer entre des intérêts sociaux opposés et assurer la protection des groupes vulnérables. Lorsqu'elle fait preuve d'une plus grande retenue à l'égard des lois à caractère social qu'à l'égard des lois en matière de justice criminelle, notre Cour reconnaît ces différences institutionnelles importantes entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire.

À mon avis, les considérations que notre Cour a examinées dans les arrêts *Irwin Toy* et *McKinney*, précités, sont applicables en l'espèce. Lorsqu'il a

tion, Parliament was facing a difficult policy dilemma. On the one hand, Parliament is aware of the detrimental health effects of tobacco use, and has a legitimate interest in protecting Canadians from, and in informing them about, the dangers of tobacco use. Health underlies many of our most cherished rights and values, and the protection of public health is one of the fundamental responsibilities of Parliament. On the other hand, however, it is clear that a prohibition on the manufacture, sale or use of tobacco products is unrealistic. Nearly seven million Canadians use tobacco products, which are highly addictive. Undoubtedly, a prohibition of this nature would lead to an increase in illegal activity, smuggling and, quite possibly, civil disobedience. Well aware of these difficulties, Parliament chose a less drastic, and more incremental, response to the tobacco health problem. In prohibiting the advertising and promotion of tobacco products, as opposed to their manufacture or sale, Parliament has sought to achieve a compromise among the competing interests of smokers, non-smokers and manufacturers, with an eye to protecting vulnerable groups in society. Given the fact that advertising, by its very nature, is intended to influence consumers and create demand, this was a reasonable policy decision. Moreover, as I discussed above, the Act is the product of a legislative process dating back to 1969, when the first report recommending a full prohibition on tobacco advertising was published; see *Report of the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs on Tobacco and Cigarette Smoking*, *supra*. In drafting this legislation, Parliament took into account the views of Canadians from many different sectors of society, representing many different interests. Indeed, the legislative committee responsible for drafting Bill C-51, which was subsequently adopted by Parliament as the Act, heard from 104 organizations during hearings in 1988 representing a variety of interests, including medicine, transport, advertising, smokers' rights, non-smokers' rights, and tobacco production.

adopté cette loi, le Parlement était aux prises avec un dilemme difficile. D'une part, il est bien au courant des effets nocifs de l'usage du tabac sur la santé et est légitimement fondé à protéger les Canadiens contre ses méfaits et à les y sensibiliser. La santé est à la base des droits et valeurs qui nous tiennent le plus à cœur, et la protection de la santé publique est l'une des responsabilités fondamentales du Parlement. D'autre part, cependant, il est clair qu'il n'est pas réaliste d'interdire la fabrication, la vente ou l'usage des produits du tabac. Presque sept millions de Canadiens font usage des produits du tabac, lesquels créent une forte dépendance. De toute évidence, une telle interdiction donnerait lieu à un accroissement des activités illégales, de la contrebande, voire même de la désobéissance civile. Fort conscient de ces difficultés, le Parlement a choisi des mesures moins radicales et plus graduelles pour répondre au problème du tabagisme. En interdisant la publicité et la promotion des produits du tabac, par opposition à leur fabrication ou à leur vente, il a tenté de parvenir à un compromis entre les intérêts opposés des fumeurs, des non-fumeurs et des fabricants, dans le but de protéger les groupes vulnérables de la société. Puisque la publicité vise intrinsèquement à influencer les consommateurs et à susciter la demande, la mesure prise constituait une décision de principe raisonnable. Par ailleurs, comme je l'ai déjà mentionné, la Loi est l'aboutissement du processus législatif commencé en 1969 au moment où était rendu public le premier rapport recommandant un bannissement total de la publicité des produits du tabac; voir le *Rapport du Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales sur l'usage du tabac et de la cigarette*, *op. cit.* Dans la rédaction de la Loi, le législateur a tenu compte du point de vue des Canadiens provenant de divers secteurs de la société, représentant tout un éventail d'intérêts. En effet, lors des audiences tenues en 1988, le comité responsable de la rédaction du projet de loi C-51, aujourd'hui devenu la Loi, a entendu les commentaires de 104 organisations représentant divers intérêts, notamment, médecine, transport, publicité, groupes de fumeurs, groupes de non-fumeurs et producteurs de tabac.

Seen in this way, it is clear that the Act is the very type of legislation to which this Court has generally accorded a high degree of deference. In drafting this legislation, which is directed toward a laudable social goal and is designed to protect vulnerable groups, Parliament was required to compile and assess complex social science evidence and to mediate between competing social interests. Decisions such as these are properly assigned to our elected representatives, who have at their disposal the necessary resources to undertake them, and who are ultimately accountable to the electorate. As I observed in *McKinney*, *supra*, at p. 305:

They are decisions of a kind where those engaged in the political and legislative activities of Canadian democracy have evident advantages over members of the judicial branch, as *Irwin Toy*, *supra*, at pp. 993-94, has reminded us. This does not absolve the judiciary of its constitutional obligation to scrutinize legislative action to ensure reasonable compliance with constitutional standards, but it does import greater circumspection than in areas such as the criminal justice system where the courts' knowledge and understanding affords it a much higher degree of certainty.

Turning now to the nature of the right infringed under the Act, it is once again necessary to place the appellants' claim in context. This Court has recognized, in a line of freedom of expression cases dating back to *Edmonton Journal*, *supra*, that, depending on its nature, expression will be entitled to varying levels of constitutional protection. In *Edmonton Journal*, Wilson J. outlined the need for a contextual, as opposed to an abstract, approach to freedom of expression cases. She stated, at pp. 1355-56:

... a particular right or freedom may have a different value depending on the context. It may be, for example, that freedom of expression has greater value in a political context than it does in the context of disclosure of the details of a matrimonial dispute. The contextual approach attempts to bring into sharp relief the aspect of the right or freedom which is truly at stake in the case as well as the relevant aspects of any values in competition

Vue sous cet angle, il est clair que la Loi est précisément le type de loi envers laquelle notre Cour a généralement fait preuve d'une grande retenue. Dans la cadre de la rédaction de cette loi, qui vise à atteindre un objectif social louable et à protéger les groupes vulnérables, le Parlement a dû recueillir et examiner des données sociales complexes et trancher entre des intérêts sociaux opposés. Le soin de prendre de telles décisions est confié comme il se doit à nos représentants élus, qui disposent des ressources nécessaires à cette fin et qui sont en dernier ressort responsables envers l'électorat. Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *McKinney*, précité, à la p. 305:

Ce sont des décisions où ceux qui participent aux activités politiques et législatives de la démocratie canadienne possèdent des avantages manifestes sur les membres du pouvoir judiciaire, comme nous l'a rappelé l'arrêt *Irwin Toy*, précité, aux pp. 993 et 994. Cela ne libère pas le pouvoir judiciaire de son obligation constitutionnelle d'examiner minutieusement les mesures législatives pour veiller à ce qu'elles se conforment raisonnablement aux normes constitutionnelles, mais cela entraîne une plus grande circonspection que dans des domaines comme le système de justice criminelle où le savoir et le discernement de la cour lui permettent de se prononcer de façon beaucoup plus sûre.

Je passe maintenant à l'examen de la nature du droit auquel il a été porté atteinte; de nouveau, il est nécessaire de placer dans son contexte la demande des appelantes. Dans une série d'arrêts sur la liberté d'expression rendus depuis *Edmonton Journal*, précité, notre Cour a reconnu que, selon sa nature, l'expression pourra bénéficier de divers degrés de protection constitutionnelle. Dans l'arrêt *Edmonton Journal*, le juge Wilson a exposé la nécessité du recours à une méthode contextuelle, et non abstraite, dans l'examen des questions de liberté d'expression. Elle affirme aux pp. 1355 et 1356:

... une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte. Par exemple, il se peut que la liberté d'expression ait une importance plus grande dans un contexte politique que dans le contexte de la divulgation des détails d'une affaire matrimoniale. La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects

with it. It seems to be more sensitive to the reality of the dilemma posed by the particular facts and therefore more conducive to finding a fair and just compromise between the two competing values under s. 1.

In *Rocket*, *supra*, at pp. 246-47, McLachlin J. affirmed Wilson J.'s contextual approach:

While the Canadian approach does not apply special tests to restrictions on commercial expression, our method of analysis does permit a sensitive, case-oriented approach to the determination of their constitutionality. Placing the conflicting values in their factual and social context when performing the s. 1 analysis permits the courts to have regard to special features of the expression in question. As Wilson J. notes in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, not all expression is equally worthy of protection. Nor are all infringements of free expression equally serious.

72 The source of the "sensitive, case-oriented approach" referred to by McLachlin J. in *Rocket* is this Court's more fundamental recognition that the right to freedom of expression is not absolute and cannot, in all cases, override other rights and values. Although freedom of expression is undoubtedly a fundamental value, there are other fundamental values that are also deserving of protection and consideration by the courts. When these values come into conflict, as they often do, it is necessary for the courts to make choices based not upon an abstract, platonic analysis, but upon a concrete weighing of the relative significance of each of the relevant values in our community in the specific context. This the Court has done by weighing freedom of expression claims in light of their relative connection to a set of even more fundamental values. In *Keegstra*, *supra*, at pp. 762-63, Dickson C.J. identified these fundamental or "core" values as including the search for political, artistic and scientific truth, the protection of individual autonomy and self-development, and the promotion of public participation in the democratic process. When state action places such values in jeopardy,

pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier.

Dans l'arrêt *Rocket*, précité, aux pp. 246 et 247, le juge McLachlin a confirmé la méthode contextuelle formulée par le juge Wilson:

Bien que la méthode canadienne ne consiste pas à appliquer des critères spéciaux aux restrictions imposées à l'expression commerciale, notre méthode d'analyse permet d'aborder la détermination de leur constitutionnalité avec sensibilité et en fonction de chaque cas particulier. En situant les valeurs contradictoires dans leur contexte factuel et social au moment de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier, les tribunaux ont la possibilité de tenir compte des caractéristiques spéciales de l'expression en question. Comme le juge Wilson le fait remarquer dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, ce ne sont pas toutes les expressions qui méritent la même protection. Toutes les violations de la liberté d'expression ne sont pas également graves.

La source de l'examen à faire «avec sensibilité et en fonction de chaque cas particulier», dont parle le juge McLachlin dans l'arrêt *Rocket*, est la reconnaissance plus fondamentale par notre Cour que le droit à la liberté d'expression n'est pas absolu et ne peut, dans tous les cas, l'emporter sur les autres droits et libertés. Bien que la liberté d'expression constitue indubitablement une valeur fondamentale, il existe d'autres valeurs fondamentales qui méritent aussi d'être protégées et examinées par les tribunaux. En cas de conflit entre ces valeurs, comme cela se produit souvent, les tribunaux sont appelés à faire des choix fondés non pas sur une analyse abstraite, platonicienne, mais sur une appréciation concrète de l'importance relative de chacune des valeurs pertinentes dans notre collectivité dans le contexte en question. C'est ce que notre Cour a fait en examinant les demandes touchant le droit à la liberté d'expression en fonction du lien relatif qu'elles ont avec des valeurs encore plus fondamentales. Dans l'arrêt *Keegstra*, précité, aux pp. 762 et 763, le juge en chef Dickson a identifié ces valeurs fondamentales ou se trouvant au «cœur» d'une garantie comme incluant la décou-

this Court has been careful to subject it to a searching degree of scrutiny. However, when the form of expression placed in jeopardy falls farther from the “centre core of the spirit”, this Court has ruled restrictions on such expression less difficult to justify. As Dickson C.J. observed in *Keegstra*, *supra*, at p. 760:

In my opinion, however, the s. 1 analysis of a limit upon s. 2(b) cannot ignore the nature of the expressive activity which the state seeks to restrict. While we must guard carefully against judging expression according to its popularity, it is equally destructive of free expression values, as well as the other values which underlie a free and democratic society, to treat all expression as equally crucial to those principles at the core of s. 2(b).

In cases where the expression in question is farther from the “core” of freedom of expression values, this Court has applied a lower standard of justification. For example, in *Keegstra*, where a majority of this Court ruled that a prohibition on hate speech under s. 319(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, was a justifiable limitation on freedom of expression, Dickson C.J. found that this limited infringement was justified because hate propaganda was a form of expression that was only remotely related to “core” free expression values. He noted, at p. 766:

... I am of the opinion that hate propaganda contributes little to the aspirations of Canadians or Canada in either the quest for truth, the promotion of individual self-development or the protection and fostering of a vibrant democracy where the participation of all individuals is accepted and encouraged. While I cannot conclude that hate propaganda deserves only marginal protection under the s. 1 analysis, I can take cognizance of the fact that limitations upon hate propaganda are directed at a

verte de la vérité dans les affaires politiques et dans les entreprises scientifiques et artistiques, la protection de l'autonomie et de l'enrichissement personnels et la promotion de la participation du public au processus démocratique. Lorsque les mesures gouvernementales menacent ces valeurs, notre Cour a pris soin d'en faire un examen rigoureux. Toutefois, lorsque la forme d'expression menacée s'écarte beaucoup de l'«esprit même» de la garantie, notre Cour a statué que les restrictions à cette expression sont moins difficiles à justifier. Comme le juge en chef Dickson l'a fait remarquer dans *Keegstra*, précité, à la p. 760:

À mon avis, toutefois, l'analyse en vertu de l'article premier d'une restriction imposée à l'al. 2b) doit tenir compte de la nature de l'activité expressive que l'État cherche à restreindre. Si nous devons veiller à ne pas juger l'expression en fonction de sa popularité, il est tout aussi néfaste pour les valeurs inhérentes à la liberté d'expression, et pour les autres valeurs sous-jacentes à une société libre et démocratique, de considérer que toutes les sortes d'expressions revêtent la même importance au regard des principes qui sont au cœur de l'al. 2b).

Dans les cas où l'expression en question s'écarte beaucoup des valeurs au «cœur» de la liberté d'expression, notre Cour a appliqué une norme de justification moins sévère. Par exemple, dans l'arrêt *Keegstra*, dans lequel notre Cour à la majorité a statué qu'une interdiction de fomentation de la haine fondée sur le par. 319(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, constituait une restriction justifiable de la liberté d'expression, le juge en chef Dickson a statué que cette atteinte limitée était justifiée parce que la propagande haineuse constituait une forme d'expression qui ne se rattachait que vaguement au «cœur» des valeurs de la liberté d'expression. Il a fait remarquer, à la p. 766:

... je suis d'avis que la propagande haineuse apporte peu aux aspirations des Canadiens ou du Canada, que ce soit dans la recherche de la vérité, dans la promotion de l'épanouissement personnel ou dans la protection et le développement d'une démocratie dynamique qui accepte et encourage la participation de tous. Si je ne puis conclure que la propagande haineuse ne mérite qu'une protection minimale dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, je peux néanmoins recon-

special category of expression which strays some distance from the spirit of s. 2(b), and hence conclude that "restrictions on expression of this kind might be easier to justify than other infringements of s. 2(b)". . . .

74

This Court adopted a similar approach in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, where it found a prohibition upon publications whose dominant characteristic was the "undue exploitation of sex" under s. 163(8) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to be a justifiable infringement upon freedom of expression. In so ruling, this Court found it significant, at p. 500, that "the kind of expression which is sought to be advanced does not stand on an equal footing with other kinds of expression which directly engage the 'core' of the freedom of expression values". The expression targeted by s. 163(8) was pornography, which is designed to promote sex for profit, and thus fell far from the "core" of freedom of expression values discussed by Dickson C.J. in *Keegstra*. The Court has adopted a similar approach with respect to prostitution, which was also accorded a lower level of protection in the *Prostitution Reference*, *supra*. In that case, Dickson C.J. stated, at p. 1136:

When a *Charter* freedom has been infringed by state action that takes the form of criminalization, the Crown bears the heavy burden of justifying that infringement. Yet, the expressive activity, as with any infringed *Charter* right, should also be analyzed in the particular context of the case. Here, the activity to which the impugned legislation is directed is expression with an economic purpose. It can hardly be said that communications regarding an economic transaction of sex for money lie at, or even near, the core of the guarantee of freedom of expression.

75

In my view, the harm engendered by tobacco, and the profit motive underlying its promotion, place this form of expression as far from the "core" of freedom of expression values as prostitu-

naître le fait que les restrictions imposées à la propagande haineuse visent une catégorie particulière d'expression qui s'écarte beaucoup de l'esprit même de l'al. 2b). Je conclus donc qu'il se pourrait que des restrictions imposées à des expressions de ce genre soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes à l'al. 2b)). . .

Notre Cour a adopté une analyse similaire dans l'arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, dans lequel elle a statué qu'une interdiction touchant des publications dont une caractéristique dominante était «l'exploitation indu des choses sexuelles» en contravention du par. 163(8) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, constituait une atteinte justifiable à la liberté d'expression. Ce faisant, notre Cour a considéré comme important, à la p. 500, que «le genre d'expression que l'on cherche à promouvoir n'est pas du même calibre que les autres genres d'expression qui touchent directement à l'«essence» des valeurs relatives à la liberté d'expression». L'expression visée par le par. 163(8) était la pornographie, laquelle vise à promouvoir le sexe contre un profit, ce qui s'écarte des valeurs au «cœur» de la liberté d'expression analysées par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*. Notre Cour a adopté une analyse similaire relativement à la prostitution, à laquelle elle a également accordé une protection moindre dans le *Renvoi sur la prostitution*, précité. Dans cette affaire, le juge en chef Dickson affirme aux pp. 1135 et 1136:

Lorsqu'une liberté garantie par la *Charte* a été violée par une mesure prise par l'État, en l'occurrence la criminalisation, le ministère public doit s'acquitter du lourd fardeau de justifier cette violation. Néanmoins, comme dans le cas de toute violation d'un droit reconnu par la *Charte*, l'activité d'expression devrait également être analysée dans le contexte particulier de l'affaire. En l'espèce, l'activité visée par la disposition législative contestée est une expression ayant un but économique. On peut difficilement affirmer que les communications relatives à l'opération économique d'échange de services sexuels pour de l'argent relèvent, ou même se rapprochent, de l'essence de la garantie de la liberté d'expression.

À mon avis, le préjudice engendré par le tabac, et la volonté de faire des profits qui en sous-tend la promotion, placent cette forme d'expression aussi loin du «cœur» des valeurs de la liberté d'expres-

1995 CanLII 64 (SCC)

tion, hate mongering, or pornography, and thus entitle it to a very low degree of protection under s. 1. It must be kept in mind that tobacco advertising serves no political, scientific or artistic ends; nor does it promote participation in the political process. Rather, its sole purpose is to inform consumers about, and promote the use of, a product that is harmful, and often fatal, to the consumers who use it. The main, if not sole, motivation for this advertising is, of course, profit. The sale of tobacco products in Canada generates enormous profits for the three companies who dominate the market (RJR, Imperial and Rothmans, Benson & Hedges Inc.). In 1992, for example, earnings from Imperial's operations alone reached \$432,000,000 (Earnings from operations (Tobacco) in Note 31 (Segmented financial information) in "Notes to the Consolidated Financial Statements", at p. 48 of *Imasco Annual Report 1992* and "Six Year Review" in *Imasco Annual Report 1992*, at pp. 52-53).

The appellants, both of whom are large multinational corporations, spend millions of dollars every year to promote their products (in 1987 alone, RJR and Imperial spent over \$75 million dollars on advertising and promotion); see RJR-MacDonald Inc., "Advertising and Promotion Spending (CND\$)" (1976-1987); Imperial Tobacco Ltd., "Domestic Advertising Expense Summary" (1982-1987). The large sums these companies spend on advertising allow them to employ the most advanced advertising and social psychology techniques to convince potential buyers to buy their products. The sophistication of the advertising campaigns employed by these corporations, in my view, undermines their claim to freedom of expression protection because it creates an enormous power differential between these companies and tobacco consumers in the "marketplace of ideas". As noted by M. L. Rothschild in *Advertising: From Fundamentals to Strategies* (1987), at p. 8, and cited in Dr. Richard W. Pollay, "The

sion que la prostitution, la fomentation de la haine ou la pornographie, ce qui fait qu'elle n'a droit qu'à une faible protection en vertu de l'article premier. Il faut se rappeler que la publicité du tabac ne sert aucune fin politique, scientifique ou artistique et qu'elle ne favorise pas la participation au processus politique. Son seul but est plutôt de renseigner les consommateurs sur un produit qui est nocif, voire souvent fatal, pour ceux qui en font usage, et d'en faire la promotion. Le principal, sinon le seul motif de la publicité est, bien entendu, le profit. La vente des produits du tabac au Canada génère d'énormes profits pour les trois compagnies qui dominent le marché (RJR, Imperial et Rothmans, Benson & Hedges Inc.). Par exemple, en 1992, les revenus d'exploitation d'Imperial seulement se sont élevés à 432 000 000 \$ (Bénéfice des activités d'exploitation (Tabac), dans Note 31 (Information financière sectorielle) dans «Notes complémentaires des exercices», à la p. 48, *Imasco, Rapport annuel 1992*, et «Revue des six dernières années» dans *Imasco, Rapport annuel 1992*, aux pp. 52 et 53).

Les appelantes, toutes deux d'importantes multinationales, dépensent des millions de dollars chaque année pour faire la promotion de leurs produits (en 1987 seulement, RJR et Imperial ont dépensé plus de 75 millions de dollars au titre de la publicité et de la promotion); voir RJR-MacDonald Inc., «Advertising and Promotion Spending CND\$» (1976-1987); Imperial Tobacco Ltd., «Domestic Advertising Expense Summary» (1982-1987). Vu les sommes importantes que ces compagnies consacrent à la publicité, elles sont en mesure de recourir aux techniques les plus avancées dans le domaine de la publicité et des sciences psychosociales pour convaincre d'éventuels acheteurs. À mon avis, la complexité même des campagnes publicitaires menées par ces compagnies ne les aide pas lorsqu'elles demandent que soit protégée leur liberté d'expression, du fait que ces campagnes créent un important déséquilibre des forces entre ces sociétés et les consommateurs des produits du tabac dans le «marché des idées». Comme l'a fait remarquer M. L. Rothschild dans *Advertising: From Fundamentals to Strategies* (1987), à la p. 8, et cité dans l'ouvrage de Richard W. Pollay,

Functions and Management of Cigarette Advertising”, Report, prepared July 27, 1989, at p. 2:

Advertising is salesmanship, and is paid for by a firm, a person or a group with a particular point of view. The message advocates that point of view, and its goal is to create awareness, attitude, or behaviour that is favorable to that advocacy position. The message attempts to inform and to persuade; it is intentionally biased, and there is no intent to present a balanced point of view.

The power differential between advertiser and consumer is even more pronounced with respect to children who, as this Court observed in *Irwin Toy*, at p. 987, are “particularly vulnerable to the techniques of seduction and manipulation abundant in advertising”; see, e.g., expert report of Dr. Michael J. Chandler, “A Report on the Special Vulnerabilities of Children and Adolescents” (1989), at p. 19; expert report of Simon Chapman and Bill Fitzgerald, “Brand Preference and Advertising Recall in Adolescent Smokers: Some Implications for Health Promotion” (1982), 72 *Am. J. Pub. Health* 491; Gerald J. Gorn and Renée Florsheim, “The Effects of Commercials for Adult Products on Children” (1985), 11 *J. Consumer Res.* 962. In this respect, it is critical to keep in mind Dickson C.J.’s reminder in *Edwards Books*, *supra*, at p. 779:

In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons.

I conclude, therefore, that an attenuated level of s. 1 justification is appropriate in these cases. Taking into account both the nature of the right and the nature of the legislation in issue, I am satisfied that LeBel J.A. was correct in deciding that the Attorney General need only demonstrate that Parliament had a rational basis for introducing the measures contained in this Act. With these observations firmly in mind, I now proceed to an application of the proportionality test.

«The Functions and Management of Cigarette Advertising», Rapport, 27 juillet 1989, à la p. 2:

[TRADUCTION] La publicité est l’art de vendre; elle est financée par une firme, une personne ou un groupe ayant un point de vue particulier. Le message prône ce point de vue et son objectif est de sensibiliser, de créer un intérêt ou d’établir un comportement qui est favorable à la position avancée. Le message tente d’informer et de persuader, il est intentionnellement partial; il ne s’agit aucunement de présenter un point de vue équilibré.

Le déséquilibre des forces entre le publicitaire et le consommateur est encore plus marqué dans le cas des enfants qui, comme l’a affirmé notre Cour dans l’arrêt *Irwin Toy*, à la p. 987, sont «particulièrement vulnérable[s] aux nombreuses techniques de séduction et de manipulation de la publicité»; voir le rapport d’expert de Michael J. Chandler, «A Report on the Special Vulnerabilities of Children and Adolescents» (1989), à la p. 19; le rapport d’expert de Simon Chapman et Bill Fitzgerald, «Brand Preference and Advertising Recall in Adolescent Smokers: Some Implications for Health Promotion» (1982), 72 *Am. J. Pub. Health* 491, et Gerald J. Gorn et Renée Florsheim, «The Effects of Commercials for Adult Products on Children» (1985), 11 *J. Consumer Res.* 962. À cet égard, il est essentiel de se rappeler la mise en garde du juge en chef Dickson dans *Edwards Books*, précité, à la p. 779:

Je crois que lorsqu’ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu’elle ne devienne pas simplement l’instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l’objet est d’améliorer le sort des moins favorisés.

Par conséquent, je conclus qu’il convient en l’espèce de faire preuve de souplesse dans la justification au regard de l’article premier. Compte tenu de la nature du droit et de celle de la loi en cause, je suis convaincu que le juge LeBel de la Cour d’appel a eu raison de décider que le procureur général n’avait qu’à établir que le Parlement avait un motif rationnel de déposer les mesures contenues dans la Loi. En gardant fermement ces observations à l’esprit, je procède maintenant à une application du critère de la proportionnalité.

Proportionality

As I mentioned at the outset of my *Charter* discussion, the appellants rely heavily on Chabot J.'s factual findings in support of their argument that the measures employed under the Act are not proportional to the objective of reducing tobacco consumption. Briefly, Chabot J.'s principal factual findings at trial were as follows. With respect to a rational connection between the measures adopted under the Act and the objective of reducing tobacco consumption, he found, at p. 512, that "the connection which the state seeks to establish between health protection and tobacco advertising is tenuous and speculative" and, at p. 513, that "[t]he virtual totality of the scientific documents in the state's possession at the time the Act was passed do not demonstrate that a ban on advertising would affect consumption". With respect to whether the measures impair rights as little as possible, Chabot J. concluded, at pp. 515-16, as follows:

To the extent that the purpose of the law is to eliminate any message constituting an inducement addressed to any Canadian citizen, the only means to achieve this is necessarily a total ban on such messages. To the extent that the purpose is to protect young people from inducements to smoke, a total ban on all advertising of any kind, directed at any audience, goes far beyond that purpose. Likewise, if the objective is to enhance Canadians' awareness of the harmful effects of cigarettes, the total ban on advertising is out of all proportion to the objective, while the imposition of unattributed messages goes beyond what was necessary to achieve the objective, all the more so as there is no impact study on the effectiveness of these unattributed messages as compared to messages attributed to the Department of National Health and Welfare.

Finally, with respect to the proportionality between effects and objectives, Chabot J. found, at p. 517, that the Act constituted "social engineering" which was an "extremely serious impairment of the principles inherent in a free and democratic society which is disproportionate to the objective of the [Act]".

In my view, Chabot J. erred in finding that there was insufficient evidence to satisfy the proportionality requirement, and the majority of the Court of

Proportionnalité

Comme je l'ai mentionné au début de mon analyse fondée sur la *Charte*, les appelantes s'appuient fortement sur les conclusions de fait du juge Chabot pour soutenir que les mesures employées en vertu de la Loi ne sont pas proportionnelles à l'objectif de réduire l'usage du tabac. Voici un bref résumé des principales conclusions de fait du juge Chabot. En ce qui concerne l'existence d'un lien rationnel entre les mesures adoptées en vertu de la Loi et l'objectif de réduire l'usage du tabac, il a conclu, à la p. 2308, que «le lien que l'État cherche à établir entre la protection de la santé et la publicité des produits du tabac est ténue et aléatoire» et que «[l]a presque totalité de la documentation scientifique en possession de l'État lors de l'adoption de la loi ne démontrait pas que le bannissement de la publicité aurait un effet sur la consommation» (p. 2309). Quant à savoir si les mesures constituent une atteinte minimale aux droits, le juge Chabot a ajouté, à la p. 2311:

Dans la mesure où l'objectif de la loi est d'éliminer tout message incitatif auprès de tout citoyen canadien, la seule manière d'y arriver, c'est nécessairement d'interdire en totalité ces messages. Dans la mesure où l'objectif est de protéger les jeunes contre les incitatifs à fumer, l'interdiction totale de toute forme et de toute publicité dirigée à tout auditoire dépasse largement l'objectif. Pareillement, si l'objectif est de sensibiliser les Canadiens aux méfaits de la cigarette, l'interdiction totale de la publicité est sans commune mesure avec l'objectif, alors que l'imposition de messages non attribués dépasse ce qui était nécessaire pour atteindre l'objectif, d'autant plus qu'il n'y a aucune étude d'impact sur la valeur de ces messages non attribués par rapport aux messages attribués au ministère de la Santé.

Enfin, relativement au critère de la proportionnalité entre les effets et les objectifs, le juge Chabot a estimé à la p. 2312 que la Loi était un genre «d'ingénierie sociale» qui constitue «une atteinte extrêmement grave aux principes inhérents d'une société libre et démocratique, incommensurable avec l'objectif de la [Loi]».

À mon avis, le juge Chabot a commis une erreur lorsqu'il a décidé que la preuve n'était pas suffisante pour satisfaire au critère de la proportionna-

Appeal was correct to interfere with his findings and reevaluate the evidence. It is, of course, well-established that an appellate court may only interfere with the factual findings of a trial judge where the trial judge made a manifest error and where that error influenced the trial judge's final conclusion or overall appreciation of the evidence; see *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, at p. 358. However, it is important to emphasize that the trial findings on which the appellants rely are not the type of factual findings that fall within the general rule of appellate "non-interference" discussed in these cases. The appellate "non-interference" rule reflects the traditional recognition that a trial judge is better placed than an appellate court to assess and weigh so-called "adjudicative" facts or, in John Hagan's terms, "who did what, where, when, how and with what motive or intent"; see John Hagan, "Can Social Science Save Us? The Problems and Prospects of Social Science Evidence in Constitutional Litigation" in Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987), at p. 215. Fauteux J. explained the rationale for the non-interference rule in *Dorval*, *supra*, at p. 293, as follows:

[TRANSLATION] Because of the privileged position of the judge who presides at the trial, who sees and hears the parties and witnesses and who assesses their evidence, it is an established principle that his opinion is to be treated with the utmost deference by the appellate court, whose duty it is not to retry the case nor to interfere by substituting its own assessment of the evidence for that of the trial judge, except in the case of a clear error on the face of the reasons of the judgment appealed from.

However, the privileged position of the trial judge does not extend to the assessment of "social" or "legislative" facts that arise in the law-making process and require the legislature or a court to assess complex social science evidence and to draw general conclusions concerning the effect of legal rules on human behaviour. As Ann Woolhandler observes in "Rethinking the Judicial Reception of

lité, et la Cour d'appel à la majorité a eu raison de modifier les déterminations du juge Chabot et de procéder à une nouvelle appréciation de la preuve. Il est, évidemment, bien établi qu'une cour d'appel ne peut modifier les conclusions de fait d'un juge de première instance, sauf si celui-ci a commis une erreur manifeste qui a influencé sa conclusion définitive ou encore son appréciation globale de la preuve; voir *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, à la p. 358. Cependant, il est important de souligner que les conclusions de fait du juge de première instance, que font valoir les appelantes, ne sont pas du type de celles qui seraient visées par la règle générale de «non-intervention» en appel examinée dans les arrêts que je viens de mentionner. La règle de «non-intervention» en appel reflète la règle traditionnelle selon laquelle un juge de première instance est en meilleure position qu'une cour d'appel pour évaluer et pondérer des faits dits «en litige» ou pour déterminer, selon les termes employés par John Hagan, [TRANSLATION] «qui a fait quoi, où, quand, comment et pour quel motif ou dans quelle intention»; voir John Hagan, «Can Social Science Save Us? The Problems and Prospects of Social Science Evidence in Constitutional Litigation» dans Robert J. Sharpe, dir., *Charter Litigation* (1987), à la p. 215. Le juge Fauteux a expliqué la raison d'être de la règle de non-intervention dans l'arrêt *Dorval*, précité à la p. 293:

En raison de la position privilégiée du juge qui préside au procès, voit, entend les parties et les témoins et en apprécie la tenue, il est de principe que l'opinion de celui-ci doit être traitée avec le plus grand respect par la Cour d'appel et que le devoir de celle-ci n'est pas de refaire le procès, ni d'intervenir pour substituer son appréciation de la preuve à celle du juge de première instance à moins qu'une erreur manifeste n'apparaisse aux raisons ou conclusions du jugement frappé d'appel.

Cependant, la situation privilégiée du juge de première instance ne va pas jusqu'à faire l'appréciation des faits «sociaux» ou «législatifs» qui se rattachent au processus législatif et obligent une législature ou un tribunal à procéder à l'appréciation de données complexes en sciences humaines et à tirer des conclusions générales sur l'effet des règles de droit sur le comportement humain.

Legislative Facts" (1988), 41 *Vand. L. Rev.* 111, at pp. 114 and 123, conclusions of this nature are most accurately characterized as social or legislative facts because they involve predictions about the social effects of legal rules, which are invariably subject to dispute:

In contrast to adjudicative facts, legislative facts do not presume a pre-existing legal norm because by definition such facts are used to create law. A paradigmatic legislative fact is one that shows the general effect a legal rule will have, and is presented to encourage the decisionmaker to make a particular legal rule. There is less a sense that legislative facts are true or knowable because such facts are predictions, and, moreover, typically predictions about the relative importance of one factor in causing a complex phenomenon.

. . . .

Legislative facts are predictions about the effects of legal rules and are by their nature disputable. The creation and reception of legislative facts will be governed by pre-existing presumptions about desirable effects and their causes. Legislative facts, moreover, cannot neutrally provide answers to legal questions because by definition legislative facts are used to make the rules that pose the questions. Although legislative facts provide information for the pragmatic balancing of desirable effects, these "facts" cannot tell us what effects are desirable, or how to weigh them.

In my view, the causal connection between tobacco advertising and consumption, or the lack thereof, is a paradigm example of a legislative or social fact. While a trial judge is in a privileged position with respect to adjudicative fact-finding, this is not the case with legislative or social fact-finding, where appellate courts and legislatures are as well placed as trial judges to make findings. Certainly, one does not have to be a trial judge to come to general conclusions about the effect of legal rules on human behaviour. Moreover, given the intimate relation that exists between legislative facts and the creation of legal rules, there is also a strong policy reason for suspending the non-interference rule with respect to legislative or social

Comme Ann Woolhandler le fait remarquer dans «Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts» (1988), 41 *Vand. L. Rev.* 111, aux pp. 114 et 123, de telles conclusions peuvent être plus précisément qualifiées de faits sociaux ou législatifs parce qu'elles portent sur des prédictions quant aux effets sociaux des règles de droit, lesquelles font immanquablement l'objet de débats:

[TRADUCTION] Contrairement aux faits en litige, les faits législatifs ne supposent pas une norme juridique préexistante parce que, par définition, ces faits servent à l'établissement de lois. Un fait législatif de nature paradigmatique est un fait qui établit l'effet général d'une règle de droit, et qui vise à inciter le décideur à adopter une règle de droit particulière. On a moins l'impression que les faits législatifs sont exacts ou connaissables parce que ces faits sont des prédictions et, plus précisément, des prédictions qui portent généralement sur l'importance relative d'un facteur à l'intérieur d'un phénomène complexe.

. . . .

Les faits législatifs sont des prédictions sur les effets des règles de droit et sont, de par leur nature, contestables. La constitution et l'admission des faits législatifs seront régies par les présomptions existantes sur les effets souhaitables et leurs causes. Par ailleurs, les faits législatifs ne peuvent fournir de réponses objectives aux questions de droit parce que, par définition, ces faits sont utilisés aux fins de l'adoption des règles qui suscitent les questions. Bien que les faits législatifs renseignent sur la pondération pragmatique des effets souhaitables, ces «faits» ne peuvent nous dire quels sont les effets souhaitables ou comment il faut en faire l'appréciation.

À mon avis, l'existence ou l'inexistence d'un lien causal entre la publicité et l'usage du tabac est un exemple paradigmatique d'un fait législatif ou social. Bien qu'un juge de première instance soit dans une situation privilégiée relativement à l'appréciation des faits en litige, il ne l'est pas dans le cas de faits législatifs ou sociaux, dont l'appréciation peut être aussi bien faite par une cour d'appel ou une législature que par un juge de première instance. De toute évidence, il n'est pas nécessaire d'être juge de première instance pour tirer des conclusions générales sur l'incidence des règles de droit sur le comportement humain. Par ailleurs, compte tenu de la relation étroite entre les faits législatifs et la création des règles de droit, il existe

facts. As Brian G. Morgan notes in "Proof of Facts in Charter Litigation" in *Charter Litigation*, *supra*, at p. 186, the rigid application of that rule would deny appellate courts their proper role in developing legal principles of general application:

... where legislative and constitutional facts are considered and determined at the trial court level, it is important that reference to the traditional division between fact and law in fixing the scope of appellate review not lead the appellate court to treat as conclusive the findings of the trial judge. First, the traditional and accepted expertise of the trial court in determining adjudicative facts does not extend to the less familiar and inherently less certain task of determining legislative or constitutional facts. Secondly, unless the appellate courts retain sufficient discretion to review findings of the trial court on matters of legislative or constitutional facts, the appellate courts will be denied their proper role of developing principles in this area of the law to be applied in the multitude of individual cases which come before trial judges.

The United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, in *Dunagin v. City of Oxford, Mississippi*, 718 F.2d 738 (1983) (*en banc*), cert. denied, 467 U.S. 1259 (1984), a case involving the constitutionality of a ban on liquor advertising, made the same point, at pp. 748-49, n. 8, in slightly more colourful terms:

There are limits to which important constitutional questions should hinge on the views of social scientists who testify as experts at trial. Suppose one trial judge sitting in one state believes a sociologist who has found no link between alcohol abuse and advertising, while another trial judge sitting in another state believes a psychiatrist who has reached the opposite conclusion. A similar situation actually occurred here. Should identical conduct be constitutionally protected in one jurisdiction

également un solide motif de principe de suspendre l'application de la règle de non-intervention relativement aux faits législatifs ou sociaux. Comme Brian G. Morgan le fait remarquer dans «Proof of Facts in Charter Litigation» dans *Charter Litigation*, *op. cit.*, à la p. 186, l'application rigide de cette règle empêcherait les cours d'appel de s'acquitter du rôle qui leur incombe d'élaborer des principes de droit d'application générale:

[TRADUCTION] ... lorsque des faits législatifs et des faits de nature constitutionnelle sont examinés et tranchés en première instance, il est important que la mention de la distinction traditionnelle entre un fait et une règle de droit, aux fins de la détermination de l'étendue de l'examen en appel, ne mène pas la cour d'appel à considérer comme définitives les conclusions du juge de première instance. Premièrement, l'expertise traditionnelle et reconnue du tribunal de première instance dans l'appréciation des faits en litige n'englobe pas la tâche moins connue et moins certaine en soi de l'appréciation des faits législatifs ou de nature constitutionnelle. Deuxièmement, à moins qu'une cour d'appel conserve un pouvoir discrétionnaire suffisant pour réviser les conclusions prononcées en première instance sur des questions relatives à des faits législatifs ou de nature constitutionnelle, elle ne pourra s'acquitter du rôle qu'elle a d'élaborer dans ce domaine du droit des principes qui devront être appliqués dans les nombreux dossiers dont sont saisis les juges de première instance.

Dans l'arrêt *Dunagin c. City of Oxford, Mississippi*, 718 F.2d 738 (1983) (*en banc*), cert. refusé, 467 U.S. 1259 (1984), affaire portant sur la constitutionnalité d'une interdiction de publicité de boissons alcoolisées, la Court of Appeals for the Fifth Circuit des États-Unis a formulé la même observation, aux pp. 748 et 749, note 8, mais en des termes légèrement plus colorés:

[TRADUCTION] Il y a une limite au règlement de questions constitutionnelles importantes en fonction des idées des spécialistes en sciences humaines qui témoignent comme expert en première instance. Supposons qu'un juge de première instance dans un État donne foi au témoignage d'un sociologue qui n'a pas établi de lien entre l'abus d'alcool et la publicité, alors qu'un autre juge dans un autre État donne foi au témoignage d'un psychiatre qui est arrivé à la conclusion contraire. Une

and illegal in another? Should the fundamental principles of equal protection delivered in *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 74 S.Ct. 686, 96 L.Ed. 873 (1954), be questioned if the sociological studies regarding racial segregation set out in the opinion's footnote 11 are shown to be methodologically flawed? Should the constitutionality of the property tax as a means of financing public education, resolved in *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 93 S.Ct. 1278, 36 L.Ed.2d 16 (1973), depend on the prevailing views of educators and sociologists as to the existence of a cost-quality relationship in education? Does capital punishment become cruel and unusual when the latest regression models demonstrate a lack of deterrence? The social sciences play an important role in many fields, including the law, but other unscientific values, interests and beliefs are transcendent.

Perhaps for these reasons, the Supreme Court's recent commercial speech and other relevant speech cases indicate that appellate courts have considerable leeway in deciding whether restrictions on speech are justified. In none of them did the Court rely heavily on fact findings of the trial court.

For the foregoing reasons, I conclude that an appellate court may interfere with a finding of a trial judge respecting a legislative or social fact in issue in a determination of constitutionality whenever it finds that the trial judge erred in the consideration or appreciation of the matter. As applied to these cases, I find that, apart from his specific findings with respect to the credibility of witnesses and the probative value of reports, Chabot J.'s factual findings concerning the connection between tobacco advertising and consumption are entitled to minimal deference by this Court. With this in mind, I proceed to the proportionality analysis.

situation similaire s'est produite en l'espèce. Une conduite identique devrait-elle bénéficier d'une protection constitutionnelle dans un ressort et être illégale dans un autre? Les principes fondamentaux en matière d'égalité de protection formulés dans *Brown c. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 74 S.Ct. 686, 96 L.Ed. 873 (1954) devraient-ils être remis en question si les études sociologiques sur la ségrégation raciale, mentionnées au renvoi 11 de la décision, se révèlent incorrectes du point de vue méthodologique? La constitutionnalité de la taxe foncière comme moyen de financement de l'enseignement public, prononcée dans l'affaire *San Antonio Independent School District c. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 93 S.Ct. 1278, 36 L.Ed.2d 16 (1973), devrait-elle dépendre des opinions courantes des éducateurs et des sociologues quant à l'existence d'un rapport coût-qualité dans l'enseignement? La peine capitale devient-elle un châtiment cruel et inusité dans le cas où les derniers modèles de régression établissent qu'elle n'a pas d'effet de dissuasion? Les sciences humaines jouent un rôle important dans de nombreux domaines, y compris le droit, mais d'autres valeurs, intérêts et croyances non scientifiques ont un rôle transcendant.

C'est peut-être pour ces motifs que la Cour suprême, dans ses récents arrêts sur l'expression commerciale et dans ses décisions pertinentes sur la liberté d'expression, indique que les tribunaux d'appel jouissent d'une grande latitude lorsqu'ils décident si les restrictions à l'expression sont justifiées. La Cour suprême n'accorde d'ailleurs dans ces arrêts aucune grande importance aux conclusions de fait du juge de première instance.

Pour les motifs qui précèdent, je conclus qu'une cour d'appel peut modifier une conclusion d'un juge de première instance concernant un fait législatif ou social en cause dans une détermination de la constitutionnalité lorsqu'elle décide que le juge de première instance a commis une erreur dans son examen ou son évaluation de la question. Si l'on applique cette conclusion aux présents pourvois, je suis d'avis que les conclusions de fait du juge Chabot relativement au lien entre la publicité en faveur des produits du tabac et l'usage du tabac, à l'exception toutefois de ses conclusions spécifiques sur la crédibilité des témoins et la valeur probante des rapports, donnent lieu à une retenue minimale de la part de notre Cour. Gardant ces considérations à l'esprit, je passe maintenant à l'analyse de la question de la proportionnalité.

Rational ConnectionLe lien rationnel

The first step in the proportionality analysis requires the government to demonstrate that the legislative means chosen under the Act are rationally connected to the objective of protecting public health by reducing tobacco consumption. As I explained in discussing the contextual nature of the s. 1 analysis, it is unnecessary in these cases for the government to demonstrate a rational connection according to a civil standard of proof. Rather, it is sufficient for the government to demonstrate that it had a reasonable basis for believing such a rational connection exists; see *McKinney, supra*, at pp. 282-85; *Irwin Toy, supra*, at p. 994; *Butler, supra*, at p. 502. Wilson J. summarized the standard of justification under the rational connection analysis in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 291, as follows:

The *Oakes* inquiry into "rational connection" between objectives and means to attain them requires nothing more than a showing that the legitimate and important goals of the legislature are logically furthered by the means government has chosen to adopt.

La première étape dans l'analyse de la proportionnalité exige que le gouvernement fasse la preuve que les moyens législatifs choisis ont un lien rationnel avec l'objectif de protéger la santé publique par la réduction de l'usage du tabac. Comme je l'ai expliqué dans mes motifs sur la nature contextuelle de l'analyse fondée sur l'article premier, il n'est pas nécessaire en l'espèce que le gouvernement fasse la preuve d'un lien rationnel selon les règles de preuve en matière civile. Il lui suffit plutôt de démontrer qu'il avait des motifs raisonnables de croire à l'existence d'un tel lien; voir *McKinney*, précité, aux pp. 282 à 285; *Irwin Toy*, précité, à la p. 994, et *Butler*, précité, à la p. 502. Dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, le juge Wilson a résumé, à la p. 291, ce en quoi la justification doit consister dans l'analyse du lien rationnel:

L'examen, proposé dans *Oakes*, du «lien rationnel» entre les objectifs et les moyens choisis pour les atteindre n'exige rien de plus que la démonstration que les moyens retenus par le gouvernement favorisent logiquement la réalisation des objectifs légitimes et importants du législateur.

I note at the outset that there is, without question, a rational connection between a prohibition on the distribution of free samples of tobacco products under s. 7 and the protection of public health. Given the close correlation between price and demand in a free market economy, and the addictive nature of tobacco, it is self-evident that the availability of free tobacco will tend to increase consumption of that product. The appellants, however, base their argument principally upon the claim that there is no rational connection between the prohibition on advertising and promotion of tobacco products under ss. 4, 5, 6, and 8 and the objective of reducing tobacco consumption. In my view, the appellants' argument fails. Although the appellants observe, quite correctly, that there has not to date been a definitive study conducted with respect to the connection between tobacco advertising and tobacco consumption, I believe there was sufficient evidence adduced at trial to con-

Je constate, dès le départ, qu'il existe assurément un lien rationnel entre l'interdiction, en vertu de l'art. 7, de distribuer des échantillons gratuits de produits du tabac et la protection de la santé publique. Étant donné le rapport étroit entre le prix et la demande dans une économie de libre marché, de même que la nature toxicomanogène du tabac, il est tout à fait évident que la disponibilité de produits du tabac gratuits induira à une augmentation de leur consommation. Pour leur part, les appelantes, appuient leur argumentation principalement sur l'allégation qu'il n'y a aucun lien rationnel entre l'interdiction de la publicité et de la promotion des produits du tabac, en vertu des art. 4, 5, 6 et 8, et l'objectif de réduire la consommation du tabac. À mon avis, l'argumentation des appelantes ne peut être retenue. Bien que jusqu'à maintenant, comme le font remarquer avec raison les appelantes, il n'y ait jamais eu d'étude concluante sur le lien entre la publicité des produits du tabac et leur

clude that the objective of reducing tobacco consumption is logically furthered by the prohibition under the Act on both tobacco advertising and promotion.

I begin with what I consider to be a powerful common sense observation. Simply put, it is difficult to believe that Canadian tobacco companies would spend over 75 million dollars every year on advertising if they did not know that advertising increases the consumption of their product. In response to this observation, the appellants insist that their advertising is directed solely toward preserving and expanding brand loyalty among smokers, and not toward expanding the tobacco market by inducing non-smokers to start. In my view, the appellants' claim is untenable for two principal reasons. First, brand loyalty alone will not, and logically cannot, maintain the profit levels of these companies if the overall number of smokers declines. A proportionate piece of a smaller pie is still a smaller piece. As the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, observed in *Dunagin*, *supra*, at p. 749:

It is beyond our ability to understand why huge sums of money would be devoted to the promotion of sales of liquor without expected results, or continue without realized results. No doubt competitors want to retain and expand their share of the market, but what businessperson stops short with competitive comparisons? It is total sales, profits, that pay the advertiser; and dollars go into advertising only if they produce sales.

Second, even if this Court were to accept the appellants' brand loyalty argument, the appellants have not adequately addressed the further problem that even commercials targeted solely at brand loyalty may also serve as inducements for smokers not to quit. The government's concern with the health effects of tobacco can quite reasonably extend not only to potential smokers who are con-

usage, je crois qu'on a présenté suffisamment d'éléments de preuve au procès pour conclure que la Loi sert logiquement l'objectif de réduire l'usage des produits du tabac par la prohibition tant de la publicité que de la promotion.

Je commence par ce que je considère être une observation relevant du plus gros bon sens. Il est tout simplement difficile de croire que les compagnies de tabac canadiennes dépenseraient plus de 75 000 000 \$ chaque année pour la publicité si elles ne savaient pas qu'il en résultera une augmentation de l'usage de leurs produits. En réponse à cette observation, les appelantes insistent pour dire que leur publicité ne vise qu'à préserver et renforcer la fidélité des fumeurs à des marques, et qu'elle ne vise pas à étendre le marché des produits du tabac en incitant les non-fumeurs à commencer à fumer. À mon avis, l'allégation des appelantes ne peut être retenue, pour deux raisons principales. Premièrement, la seule fidélité aux marques ne maintiendra pas les bénéfices de ces compagnies, car, logiquement elle ne le peut pas, si le nombre total de fumeurs diminue. La même part d'une plus petite tarte n'en demeure pas moins une plus petite part. Comme l'a fait remarquer la Court of Appeals for the Fifth Circuit des États-Unis dans *Dunagin*, précité, à la p. 749:

[TRADUCTION] Il est au-delà de notre capacité de comprendre pourquoi de fortes sommes d'argent seraient affectées à la promotion de la vente de spiritueux sans attente de résultats, ou continueraient de l'être si aucun résultat n'en découle. Il ne fait aucun doute que les compétiteurs souhaitent maintenir et augmenter leur part du marché, mais quel commerçant s'interdit toute comparaison avec ses compétiteurs? C'est l'ensemble des ventes, les bénéfices, qui payent la publicité; et des dollars ne sont consacrés à la publicité que s'ils rapportent des ventes.

Deuxièmement, même si notre Cour acceptait l'argument des appelantes quant à la fidélité à une marque, les appelantes n'auraient pas apporté de solution au problème soulevé par le fait que même la publicité orientée seulement vers la fidélité à une marque peut aussi servir à inciter les fumeurs à ne pas cesser de fumer. La préoccupation du gouvernement quant aux effets des produits du tabac

sidering starting, but also to current smokers who would prefer to quit but cannot.

sur la santé peut très raisonnablement s'étendre non seulement aux fumeurs potentiels qui envisagent la possibilité de commencer à fumer, mais aussi aux fumeurs actuels qui voudraient cesser de fumer, mais qui ne le peuvent pas.

85

I observe in passing, based upon the recent jurisprudence of this Court, that the foregoing common sense observation is sufficient in itself to establish a rational connection in these cases. In this respect, there is a direct analogy between the present case and *Butler, supra*. In *Butler*, where this Court addressed the constitutionality of a prohibition on "obscene" material under the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, the critical question raised at the rational connection stage was whether a rational connection existed between "obscene" material and violence against women. There was little or no evidence adduced to establish such a causal connection in a definitive manner. Indeed, in reviewing the evidence in that case, which consisted largely of two conflicting government reports, Sopinka J. observed, at p. 501, that "the literature of the social sciences remains subject to controversy" and that the social science evidence was "inconclusive". Nonetheless, Sopinka J. decided, at p. 502, that a common sense analysis was sufficient to satisfy the rational connection requirement:

While a direct link between obscenity and harm to society may be difficult, if not impossible, to establish, it is reasonable to presume that exposure to images bears a causal relationship to changes in attitudes and beliefs.

In reaching this conclusion, Sopinka J., at p. 502, relied heavily on the following statement by the Meese Commission in its report (Attorney General's Commission on Pornography, *Final Report* (1986), vol. 1, at p. 326), regarding the effects of pornography:

Although we rely for this conclusion on significant scientific empirical evidence, we feel it worthwhile to note the underlying logic of the conclusion. The evidence says simply that the images that people are exposed to bear a causal relationship to their behavior. This is hardly surprising. What would be surprising

Je note en passant que, selon la jurisprudence récente de notre Cour, l'observation de gros bon sens qui précède est suffisante en soi pour établir un lien rationnel en l'espèce. À cet égard, il y a une analogie directe entre la présente affaire et l'arrêt *Butler*, précité. Dans cet arrêt, où notre Cour s'est penchée sur la constitutionnalité d'une interdiction édictée par le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, contre le matériel «obscène», la question en litige qui se posait à l'étape du lien rationnel était de savoir si un lien rationnel existait entre le matériel «obscène» et la violence contre les femmes. Il n'y avait que peu ou pas de preuve établissant de façon certaine un lien causal. En fait, en examinant la preuve déposée dans ce pourvoi, qui consistait principalement en deux rapports gouvernementaux contradictoires, le juge Sopinka a fait observer, à la p. 501, que: «les ouvrages dans le domaine des sciences humaines peuvent toujours faire l'objet d'une controverse» et que la preuve en matière de sciences humaines était «non concluante». Néanmoins, le juge Sopinka a décidé, à la p. 502, qu'une analyse fondée sur le bon sens suffisait pour satisfaire au critère du lien rationnel:

Bien qu'il puisse être difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance.

Pour arriver à cette conclusion, le juge Sopinka, à la p. 502, s'est appuyé en grande partie sur une affirmation tirée du rapport de la commission Meese (Attorney General's Commission on Pornography, *Final Report* (1986), vol. 1, à la p. 326) portant sur les effets de la pornographie:

[TRADUCTION] Bien que nous nous soyons fondés sur d'importantes données scientifiques empiriques pour en arriver à cette conclusion, nous croyons qu'il vaut la peine d'en faire ressortir la logique sous-jacente. Les données démontrent simplement qu'il existe un lien causal entre les images auxquelles les gens sont exposés et

1995 CanLII 64 (SCC)

would be to find otherwise, and we have not so found. We have not, of course, found that the images people are exposed to are a greater cause of sexual violence than all or even many other possible causes the investigation of which has been beyond our mandate. Nevertheless, it would be strange indeed if graphic representations of a form of behaviour, especially in a form that almost exclusively portrays such behavior as desirable, did not have at least some effect on patterns of behavior.

In my view, a similar type of analysis is applicable here. In his 1989 report, *Reducing the Health Consequences of Smoking — 25 Years of Progress — A report of the Surgeon General*, *supra*, at p. 512, the Surgeon General of the United States conceded that there have been no “scientifically rigorous” studies that prove a causal link between advertising and promotion of tobacco products and consumption, and observed that “[g]iven the complexity of the issue, none is likely to be forthcoming in the foreseeable future” (pp. 512-13). However, he went on to make the following observation, at p. 513:

The most comprehensive review of both the direct and indirect mechanisms concluded that the collective empirical, experiential, and logical evidence makes it more likely than not that advertising and promotional activities do stimulate cigarette consumption. However, that analysis also concluded that the extent of influence of advertising and promotion on the level of consumption is unknown and possibly unknowable (Warner 1986b). This influence relative to other influences on tobacco use, such as peer pressure and role models, is uncertain. Although its effects are not wholly predictable, regulation of advertising and promotion is likely to be a prominent arena for tobacco policy debate in the 1990s. In part this reflects the high visibility of advertising and promotion; in part it reflects the perception that these activities constitute an influence on tobacco consumption that is amenable to government action. [Emphasis added.]

leur comportement. Cela n'est guère étonnant. Le contraire le serait, mais ce n'est pas là notre conclusion. Nous ne sommes pas, de toute évidence, arrivés à la conclusion que les images auxquelles sont exposés les gens contribuent davantage à la violence sexuelle que toutes les nombreuses autres causes possibles, dont l'examen dépassait le cadre de notre mandat. Néanmoins, il serait vraiment étrange que les représentations détaillées d'une forme de comportement, qui est presque toujours représenté comme désirable, n'aient pas au moins une certaine incidence sur les types de comportement.

À mon avis, un type similaire d'analyse est applicable en l'espèce. Dans son rapport de 1989, intitulé *Reducing the Health Consequences of Smoking — 25 Years of Progress — A report of the Surgeon General*, *op. cit.*, à la p. 512, le Surgeon General des États-Unis a admis, qu'il n'y avait pas d'étude [TRADUCTION] «scientifiquement rigoureuse» qui établissait un lien causal entre d'une part, la publicité et la promotion des produits du tabac et d'autre part, la consommation, et il a fait observer que [TRADUCTION] «[c]ompte tenu de la complexité de la question, il y a peu de chance qu'une telle étude soit menée à brève échéance» (pp. 512 et 513). Il a toutefois fait l'observation suivante, à la p. 513:

[TRADUCTION] L'étude la plus complète quant aux mécanismes tant directs qu'indirects a conclu que l'ensemble de la preuve, empirique, expérimentale et logique, indique qu'il est plus vraisemblable, plutôt que le contraire, que la publicité et les activités de promotion stimulent la consommation de cigarettes. Toutefois, l'analyse a aussi conclu que la portée de l'influence de la publicité et de la promotion sur l'ampleur de la consommation est inconnue et peut-être inconnaisable (Warner 1986b). On ne peut mesurer avec certitude cette influence par rapport à d'autres influences sur la consommation des produits du tabac telles que la pression des pairs et les modèles de comportement. Bien que ses effets ne soient pas entièrement prévisibles, la réglementation de la publicité et de la promotion sera vraisemblablement un point chaud des discussions portant sur les politiques en matière de produits du tabac dans les années 1990. Cela reflète en partie la présence importante de la publicité et de la promotion, mais aussi, en partie, la perception que ces activités constituent une influence sur la consommation des produits du tabac, qui est du ressort du gouvernement. [Je souligne.]

Thus, following the reasoning adopted by this Court in *Butler*, the power of the common-sense connection between advertising and consumption is sufficient to satisfy the rational connection requirement.

Par conséquent, conformément au raisonnement adopté par notre Cour dans l'arrêt *Butler*, le pouvoir du lien établi par le bon sens entre publicité et consommation est suffisant pour satisfaire à l'exigence d'un lien rationnel.

87 However, it is not necessary to rely solely upon common sense to reach this conclusion because there was, in any event, sufficient evidence adduced at trial to bear out the rational connection between advertising and consumption. In this respect, I find it significant that Chabot J. made specific reference in his reasons to only two pieces of evidence. First, he considered at length a 1989 report of the New Zealand Toxic Substances Board entitled *Health or Tobacco: An End to Tobacco Advertising and Promotion* (1989), where the Board had reviewed the effect of advertising restrictions in 33 countries, and had concluded that there was a correlation between the degree of restrictions imposed in each of these countries and the relative decline in tobacco consumption. Chabot J. found the Report to be of no probative value on the following grounds, at p. 513:

Il n'est cependant pas nécessaire de s'en remettre exclusivement au bon sens pour en arriver à cette conclusion, parce que, de toute façon, une preuve suffisante a été déposée en première instance pour confirmer l'existence du lien rationnel entre la publicité et la consommation. À cet égard, je trouve pertinent de noter que le juge Chabot n'a fait référence dans ses motifs qu'à deux documents. Il a d'abord examiné à fond un rapport présenté en 1989 par le Toxic Substances Board de la Nouvelle-Zélande, intitulé *Health or Tobacco: An End to Tobacco Advertising and Promotion* (1989), dans lequel, après avoir examiné les effets de restrictions imposées à la publicité dans 33 pays, cet organisme est arrivé à la conclusion qu'il y avait corrélation entre le degré des restrictions imposées dans chaque pays et le déclin relatif de l'usage des produits du tabac. Le juge Chabot a conclu, à la p. 2309, que ce rapport n'avait pas de valeur probante pour les motifs suivants:

With respect to the T.S.B. report, the court can only note that it contains serious methodological errors and a lack of scientific rigour which renders it for all intents and purposes devoid of any probative value. It is a report with an obvious point of view and its conclusions reflect that point of view. In this regard, the court agrees entirely with the analysis of the report made by RJR's counsel in his argument . . . and concludes that the T.S.B. report, as an extrinsic document, is of no probative value.

En ce qui a trait au *T.S.B. Report*, le Tribunal ne peut que noter que celui-ci comporte des erreurs graves de méthodologie et un manque de rigueur scientifique qui le rendent à toutes fins utiles sans valeur probante. C'est un rapport avec un point de vue manifeste et le résultat du rapport est conforme à ce point de vue. À cet égard, le Tribunal partage entièrement l'analyse de ce rapport effectuée par le procureur de R.J.R. dans son argumentation et conclut que le *T.S.B. Report*, à titre de document extrinsèque, n'a aucune valeur probante.

Chabot J. also rejected the evidence of Dr. Jeffrey Harris, a Crown witness, who had affirmed the accuracy of the Report's conclusions in his own report and in testimony at trial. In Chabot J.'s view, at p. 514, "the input data used by Dr. Harris were unreliable and . . . his methodology led necessarily to the desired result". As a result, Chabot J. held, at p. 514, that Dr. Harris's testimony and his report (also adduced as evidence) had "no probative value". However, apart from these two findings, Chabot J. made no other findings respecting the credibility of expert witnesses who testified at

Le juge Chabot a aussi rejeté le témoignage de Jeffrey Harris, un témoin du procureur général, qui a déclaré dans son propre rapport et dans son témoignage au procès que les conclusions du rapport étaient exactes. Selon le juge Chabot, à la p. 2309, «les données de base utilisées par le Dr Harris sont aléatoires et [. . .] sa méthodologie conduit nécessairement au résultat recherché». Par conséquent, le juge Chabot a jugé, à la p. 2310, que le témoignage et le rapport de Harris (aussi déposé en preuve) n'avaient «aucune valeur probante». Cependant, à part ces deux conclusions, le juge

trial or the accuracy of the many reports adduced by the Attorney General. As such, it is apparent that Chabot J. disregarded a substantial amount of evidence that might otherwise have substantiated the government's belief in a rational connection. This evidence can be conveniently subdivided into three categories: internal tobacco marketing documents, expert reports, and international materials. I will review each of these in turn.

Perhaps the most compelling evidence concerning the connection between advertising and consumption can be found in the internal marketing documents prepared by the tobacco manufacturers themselves. Although the appellants steadfastly argue that their marketing efforts are directed solely at maintaining and expanding brand loyalty among adult smokers, these documents show otherwise. In particular, the following general conclusions can be drawn from these documents: the tobacco companies are concerned about a shrinking tobacco market and recognize that an "advocacy thrust" is necessary to maintain the size of the overall market; the companies understand that, in order to maintain the overall numbers of smokers, they must reassure current smokers and make their product attractive to the young and to non-smokers; they also recognize that advertising is critical to maintaining the size of the market because it serves to reinforce the social acceptability of smoking by identifying it with glamour, affluence, youthfulness and vitality.

Many of these conclusions are borne out by a simple reading of an extensive marketing research study commissioned by Imperial Tobacco Ltd. in 1986, entitled *Project Viking*. In the introduction to the study, the authors refer to the fact that increasing numbers of smokers are quitting as a "problem". They also observe that, in light of these declining numbers, the tobacco companies must direct their marketing efforts towards "expanding the market, or at very least forestalling its

Chabot n'a tiré aucune autre conclusion sur la crédibilité des témoins experts au procès, ou sur l'exactitude des nombreux rapports déposés en preuve par le procureur général. Il apparaît donc que le juge Chabot a écarté une grande partie de la preuve qui aurait pu autrement appuyer l'opinion du gouvernement quant à l'existence d'un lien rationnel. Cette preuve peut commodément se diviser en trois catégories: les documents internes de commercialisation des produits du tabac, les rapports d'experts et les documents internationaux. J'examinerai à tour de rôle chaque catégorie.

L'élément de preuve peut-être le plus convaincant au sujet du lien entre la publicité et la consommation se trouve dans les documents internes de commercialisation préparés par les fabricants de produits de tabac eux-mêmes. Bien que les appelantes affirment résolument que leurs efforts de commercialisation sont orientés seulement vers la préservation et le renforcement de la fidélité des fumeurs adultes à des marques, ces documents témoignent du contraire. En particulier, on peut tirer de ces documents les conclusions générales suivantes: les compagnies de tabac s'inquiètent du rétrécissement du marché et reconnaissent qu'une [TRADUCTION] «initiative de promotion» est nécessaire pour maintenir la taille de l'ensemble du marché; les compagnies comprennent que, pour maintenir le nombre total des fumeurs, elles doivent rassurer les fumeurs actuels et rendre leurs produits attirants pour les jeunes et les non-fumeurs; elles reconnaissent aussi que la publicité est essentielle au maintien de la taille du marché parce qu'elle sert à renforcer l'acceptabilité sociale de l'usage du tabac en l'identifiant au prestige, à la richesse, à la jeunesse et à la vitalité.

Nombre de ces conclusions découlent de la seule lecture d'une importante étude de commercialisation commandée par Imperial Tobacco Ltd. en 1986 et intitulée *Project Viking*. En introduction, les auteurs de l'étude décrivent comme étant un «problème» le fait qu'un nombre croissant de fumeurs cessent de fumer. Ils font aussi observer que, compte tenu de la décroissance du nombre des fumeurs, les compagnies de tabac doivent consacrer leurs activités de commercialisation à [TRA-

decline". They then indicate the objectives of *Project Viking*, vol. I: *A Behavioural Model of Smoking*, which they describe as follows:

Background and Objectives

It is no exaggeration to suggest that the tobacco industry is under siege. The smoker base is declining, primarily as a function of successful quitting. And the characteristics of new smokers are changing such that the future starting level may be in question. There is a constant stream of anti-smoking publicity in the media. Not all of this is soundly supported, but it gains legitimacy in the fact that there have been no responses from the tobacco industry in counterpoint.

Within this somewhat alarming view of the mid-term future, Imperial Tobacco is embarking on a proactive program. Perhaps for the first time, the mandate under consideration is not limited simply to maximizing the ITL franchises; it is now to include as well serious attempts to combat those forces aligned in an attempt to significantly diminish the size of the tobacco market in Canada.

This is the underpinning of Project Viking. There are, in fact, two components to the program, each having its own purposes, but also overlapping with the other in informational areas:

- Project Pearl is directed at expanding the market, or at very least forestalling its decline. It examines attitudes and issues with the potential to be addressed via advocacy. It also looks at the needs of smokers specifically.
- Project Day represents the tactical end by which ITL may achieve competitive gains within the market of today and in the future. Unmet needs of smokers that could be satisfied by new or modified products, products which could delay the quitting process, are pursued. [Emphasis added.]

As LeBel J.A. noted in the Court of Appeal, at p. 324, this document "indicates the objectives of the program: if not to expand the market, then at least to retain it, and also to preserve the company's market share". In *Project Viking*, vol. III: *Product Issues*, the need for an "advocacy thrust" is emphasized:

DUCTION] «faire croître la taille du marché ou, tout au moins, à prévenir son déclin». Ils indiquent ensuite quels sont les objectifs du *Project Viking*, vol. I: *A Behavioural Model of Smoking*, dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Historique et objectifs

Ce n'est pas exagérer que d'affirmer que l'industrie du tabac est assiégée. Le nombre des fumeurs diminue, principalement en raison de ceux qui réussissent à cesser de fumer. Et les caractéristiques des nouveaux fumeurs changent de telle façon que le futur seuil de ceux qui commencent pourrait être remis en question. Il existe un courant continu de publicité anti-tabac dans les médias. Cette publicité n'est pas en tout point bien étayée, mais elle gagne en légitimité du fait que l'industrie du tabac n'y a donné aucune réponse en contrepartie.

Compte tenu de cette perspective plutôt alarmante à moyen terme, Imperial Tobacco lance un programme proactif. Peut-être pour la première fois, le mandat pris en considération n'est pas limité simplement à la maximisation des franchises d'ITL; il doit maintenant inclure aussi des tentatives sérieuses de contrer les forces mises en place dans le but de faire sensiblement diminuer la taille du marché des produits du tabac au Canada.

C'est là le principe du projet Viking. Le programme comporte en fait deux volets, chacun ayant ses propres objectifs, mais se combinant toutefois dans le domaine de l'information:

- Le projet Pearl vise à faire croître la taille du marché ou, tout au moins, à prévenir son déclin. Il examine les attitudes et les questions qui ont le potentiel de faire l'objet d'activités de promotion. Il examine aussi les besoins spécifiques des fumeurs.
- Le projet Day constitue le moyen tactique par lequel ITL pourrait augmenter sa part du marché actuel et futur. On envisage des produits nouveaux ou modifiés qui pourraient satisfaire les besoins des fumeurs auxquels on n'a pas encore répondu, et des produits qui pourraient retarder le moment où un fumeur cesse de fumer. [Je souligne.]

Comme le juge LeBel de la Cour d'appel l'a fait remarquer, à la p. 399, ce document «indique les objectifs du programme: sinon étendre le marché, du moins le conserver, et préserver aussi la part de celui-ci que détient la compagnie». Dans *Project Viking*, vol. III: *Product Issues*, on insiste sur la nécessité d'entreprendre une «initiative de promotion»:

Unsuccessful Quitters are moved disproportionately by physical reactions and social forces to stop smoking (but health remains the most often specified reason). Short-term Quitters very often point to expense, which often will be a transient reason itself, not compelling enough to keep them out of the tobacco market. Health is also of major concern to them.

Strategically, it would seem that reducing quitting is the most viable approach. But it would also seem that a product solution may not be sufficient on its own. An advocacy thrust may be necessary; disaffected smokers do need some reassurance that they are not social pariahs. [Emphasis added.]

The report then goes on to refer to persons contemplating quitting, and states that “[t]he extent to which they can be reassured and satisfied has a major impact on the extension of a viable tobacco industry”. Smokers are segmented into five groups (*Project Viking*, vol. II: *An Attitudinal Model of Smoking*, at pp. 31-35): “Smokers With a Disease Concern”, “Leave Me Alone”, “Pressured”, “Seriously Like to Quit”, “Not Enjoying Smoking/Smoking Less Now”. With respect to the “Pressured” group, the report states, at p. 33, that they “deserve particular attention” as they are “most vulnerable to quitting and . . . in urgent need of reassurance and stroking”.

It is, therefore, clear from this report that a central aspect of the “advocacy thrust” suggested in *Project Viking* is advertising. It is difficult to see how companies could “reassure” smokers that they are not “social pariahs” or “stroke” them merely by reducing the price or content of their products. To reassure smokers effectively, it is also necessary to convince them that smoking is socially acceptable or even admirable. Advertising is a proven and effective method for achieving this result.

Apart from the emphasis on “reassuring” smokers, it is also possible to discern from these marketing documents a recognition that tobacco compa-

[TRADUCTION] Les fumeurs qui ont tenté sans succès d’arrêter de fumer sont motivés de façon disproportionnée par des réactions physiques et des influences sociales qui les incitent à cesser de fumer (mais la santé demeure la raison la plus souvent invoquée). Ceux qui ont cessé de fumer depuis peu invoquent souvent le coût, ce qui est souvent une raison transitoire qui n’a pas assez de poids pour les exclure définitivement du marché du tabac. La santé les préoccupe aussi beaucoup.

Sur le plan stratégique, il semble que réduire le nombre des fumeurs qui cessent de fumer est la méthode la plus prometteuse. Mais il semble aussi qu’une solution portant sur les produits ne serait pas suffisante en soi. Une initiative de promotion peut être nécessaire; les fumeurs rebelles ont besoin de se faire rappeler qu’ils ne sont pas des parias. [Je souligne.]

Le rapport traite ensuite des personnes qui envisagent de cesser de fumer, et il y est affirmé que [TRADUCTION] «[I]e plus ils seront rassurés et satisfaits, meilleur sera l’incidence sur la viabilité de l’industrie du tabac». Les fumeurs sont répartis en cinq groupes (*Project Viking*, vol. II: *An Attitudinal Model of Smoking*, aux pp. 31 à 35): [TRADUCTION] «Fumeurs inquiets pour leur santé», «Laissez-moi tranquille», «Sujets à des pressions», «Aimeraient sérieusement cesser de fumer», «Aucun plaisir à fumer/Consommation réduite». En ce qui concerne le groupe «Sujets à des pressions», il est affirmé, à la p. 33, qu’ils [TRADUCTION] «méritent une attention particulière» parce qu’ils sont «les plus susceptibles de cesser de fumer et ont un urgent besoin d’être rassurés et encouragés».

Il ressort par conséquent clairement de ce rapport que la publicité est un aspect central de l’«initiative de promotion» proposée dans *Project Viking*. Il est difficile de voir comment les compagnies pourraient «rassurer» les fumeurs qu’ils ne sont pas des «parias», ou les «encourager», simplement par la réduction du prix ou du contenu de leurs produits. Pour rassurer les fumeurs de façon efficace, il est aussi nécessaire de les convaincre que fumer est acceptable sur le plan social, ou même admirable. La publicité a fait la preuve de son efficacité en ce domaine.

À part l’insistance quant à la nécessité de «rassurer» les fumeurs, il est possible également de dégager de ces documents de commercialisation la

nies must target the young in order to ensure the continued maintenance of the tobacco market at its current size. I find it significant that, in these documents, strategies to attract the young are usually accompanied by extensive discussions concerning the "image" of the product. For example, the 1978 "Business Plans of RJR-MacDonald Inc. and International Plans" identified as "Prime Prospects" new smokers entering the cigarette market who want the positive, masculine image of this product. Later, in a 1987 RJR-MacDonald Inc. document entitled "Export "A" Brand Long-Term Strategy", reference is made under the title "Whose Behaviour Are We Trying to Affect?" to "18-34; Emphasis 18-24 (new users)" and to "High school — some post secondary education". It continues:

Psychographics:

Young adults who are currently in the process of establishing their independence and their position in society. They look for peer group acceptance in their brand selection, and may often be moderate or conservative in their choices. As young adults they look for symbols that will help to reinforce their independence and individuality.

Mr. P. Hoult, ex-CEO of Imperial, testified at trial that lifestyle advertising is designed to create certain associations in the minds of consumers, and in the case of EXPORT cigarettes, an association with enjoyment, outdoors and youth. Similarly, in "Overview 1988", an internal document prepared by Imperial, it was stated that one of the philosophies governing its marketing activities was to

[s]upport the continued social acceptability of smoking through industry and/or corporate action (e.g. product quality, positive lifestyle advertising, selective field activities and marketing public relations programs).

reconnaissance que les compagnies de tabac doivent cibler les jeunes si elles souhaitent garder le marché des produits du tabac à sa taille actuelle. Je trouve révélateur que, dans ces documents, les stratégies visant à attirer les jeunes sont habituellement accompagnées par de longues discussions sur l'«image» du produit. Par exemple, le document «Business Plans of RJR-MacDonald Inc. and International Plans», publié en 1978, a qualifié d'«[TRADUCTION] «espoirs de premier plan» les nouveaux fumeurs abordant le marché de la cigarette qui sont à la recherche de l'image positive et masculine que reflète ce produit. Puis, en 1987, dans un document de RJR-MacDonald Inc. intitulé «Export «A» Brand Long-Term Strategy», il est question, sous le titre [TRADUCTION] «Quel comportement cherchons-nous à modifier?», des [TRADUCTION] «18 à 34 ans: particulièrement 18 à 24 ans (nouveaux consommateurs)» et d'«[TRADUCTION] «études secondaires — certaines études postsecondaires». Le rapport se poursuit de la façon suivante:

[TRADUCTION] Psychographie:

Les jeunes adultes qui sont actuellement en voie d'établir leur indépendance et leur place dans la société. Ils recherchent l'acceptation de leurs pairs lorsqu'ils choisissent leur marque, et ils peuvent souvent se montrer modérés ou conservateurs dans leur choix. Comme jeunes adultes, ils sont à la recherche de symboles qui les aideront à affirmer leur indépendance et leur individualité.

Monsieur P. Hoult, ancien directeur général d'Imperial, a affirmé au procès que la publicité dite de style de vie cherche à faire établir des associations dans l'esprit des consommateurs et, dans le cas des cigarettes EXPORT, une association avec plaisir, activités extérieures et jeunesse. Il a aussi été affirmé dans «Overview 1988», un document interne préparé par Imperial, que l'un des principes régissant les activités de publicité était le suivant:

[TRADUCTION] Affirmer qu'il est toujours acceptable socialement de fumer, par des mesures de l'industrie ou des compagnies (p. ex. qualité des produits, publicité positive dite de style de vie, certaines activités de terrain et programmes de relations publiques axés sur la commercialisation).

One of the other stated objectives, "Overall Marketing Objectives" in "Overall Market Conditions 1988", was as follows:

RE-ESTABLISH clear distinct images for ITL brands with particular emphasis on relevance to younger smokers. Shift resources substantially in favour of avenues that allow for the expression and reinforcement of these image characteristics. [Emphasis in original.]

That these companies are aware of the need to attract the young is also reinforced by the fact that, in 1977, Imperial commissioned a marketing research study entitled "Project 16" which focused on the smoking patterns of adolescents under the age of 17, and traced the manner in which adolescents are influenced by peer pressure and other societal factors to start smoking. A similar focus can be discerned from Imperial's "Fiscal '80 Media Plans" which outlines the target groups in 1980 for each of the company's brands. A weight was assigned to each target group to determine, by means of a computer, which magazines would be selected to place advertisements. This method maximized the advertising exposure for the desired target groups. Importantly, for some brands, not only do target groups include adolescents as young as 12, but youth aged 12-17 are weighted far more heavily than older age groups.

The internal marketing documents introduced at trial strongly suggest that the tobacco companies perceive advertising to be a cornerstone of their strategy to reassure current smokers and expand the market by attracting new smokers, primarily among the young. This conclusion is given added force by a number of reports introduced at trial, to which Chabot J. made no reference, which attest to the causal connection between tobacco advertising and consumption. In a report entitled "The Functions and Management of Cigarette Advertising", Dr. Richard W. Pollay, an historian and marketing professor at the University of British Columbia, concluded that advertising and promotional activi-

Un des autres objectifs mentionnés «Overall Marketing Objectives» dans «Overall Market Conditions 1988» était le suivant:

[TRADUCTION] RÉTABLIR des images claires et distinctes des marques d'ITL et montrer tout particulièrement leur à-propos pour les jeunes. Réaffecter les ressources en bonne partie vers les avenues qui favorisent l'expression et le renforcement des caractéristiques de ces images. [Souligné dans l'original.]

Il est encore plus évident que ces compagnies sont conscientes de la nécessité d'attirer les jeunes si l'on considère le fait que, en 1977, Imperial a commandé une étude de commercialisation intitulée «Project 16», qui était centrée sur les habitudes d'utilisation du tabac des adolescents âgés de moins de 17 ans, et qui montrait de quelle façon les adolescents sont incités par la pression des pairs et d'autres facteurs sociaux à commencer à fumer. Les mêmes constatations peuvent être faites à partir du document d'Imperial intitulé «Fiscal '80 Media Plans», qui décrit les groupes cibles de chaque marque de la compagnie pour 1980. Une pondération a été effectuée tenant compte de chaque groupe cible afin de déterminer, au moyen d'un ordinateur, dans quels magazines les messages publicitaires seraient placés. Cette méthode maximisait la présence du message en fonction du groupe cible désiré. Fait important, pour certaines marques, non seulement les groupes cibles comprennent les adolescents qui n'ont que 12 ans, mais, dans la pondération, les jeunes de 12 à 17 ans ont une importance beaucoup plus grande que les groupes de personnes plus âgées.

Les documents de commercialisation internes déposés lors du procès donnent fortement à entendre que les compagnies de tabac perçoivent la publicité comme la pierre angulaire de leur stratégie visant à rassurer les fumeurs actuels et à étendre le marché en attirant de nouveaux fumeurs, principalement chez les jeunes. Cette conclusion a encore plus de poids si l'on considère les nombreux rapports déposés lors du procès, auxquels le juge Chabot n'a fait aucune référence et qui attestent un lien causal entre la publicité des produits du tabac et leur consommation. Dans un rapport intitulé «The Functions and Management of Cigarette Advertising», Richard W. Pollay, historien et

ties serve to change people's perceptions, creating more positive attitudes and serve as a reinforcement for smokers and a temptation and teacher of tolerance for non-smokers. He stated:

The research and strategic thinking identifies the psychological needs, wants and interests of target, and leads to the creation of a strategic "positioning" of the products to offer them in ways that promise satisfactions relevant to the targets' personalities and preferences. For starter brands, images are created to communicate independence, freedom and peer acceptance to young targets. The advertising images portray smokers as attractive and autonomous, accepted and admired, athletic and at home in nature. For 'lighter' brands directed at smokers with health concerns, ads image a sense of well being, harmony with nature, and a consumer's self image as intelligent.

Advertising and promotional activities and communication serve to induce many changes in the public's perceptions, creating: more positive attitudes toward smoking and smokers; less consciousness and fear of any unhealthy consequences of smoking; a stronger self-image among smokers; more confidence of some social support for smoking; and perceptions that smoking is a cultural commonplace to be taken for granted. To smokers it is a reminder and reinforcer, while to non-smokers it is a temptation and a teacher of tolerance. [Emphasis added.]

Similarly, in a report entitled "Effects of Cigarette Advertising on Consumer Behavior", Dr. Joel B. Cohen, a professor of marketing at the University of Florida, observed, at p. 44, that tobacco advertising targets both non-smokers and the young, who are particularly vulnerable to advertising techniques:

There is ample documentation as to the effectiveness of cigarette advertising. Cigarette advertising achieves essential communications goals that are almost univer-

professeur de commercialisation à l'Université de la Colombie-Britannique, a conclu que la publicité et les activités de promotion servent à changer les perceptions des gens, à créer des attitudes plus positives, et qu'elles servent de renforcement chez les fumeurs, et de tentation et de leçon de tolérance pour les non-fumeurs. Il a affirmé:

[TRADUCTION] La recherche et la pensée stratégique identifient les besoins psychologiques, les désirs et les intérêts de la cible, et mènent à la création d'un «positionnement» stratégique des produits pour qu'ils soient offerts de façon à promettre les satisfactions auxquelles les cibles s'attendent en raison de leurs personnalités et de leurs préférences. Pour les marques de débutants, des images sont créées pour induire chez les jeunes cibles l'idée d'indépendance, de liberté et d'acceptation des pairs. La publicité représente les fumeurs comme étant à la fois attirants et autonomes, acceptés et admirés, athlétiques et sûrs d'eux-mêmes dans la nature. Pour les marques plus «légères» destinées aux fumeurs qui sont préoccupés par leur santé, la publicité donne l'image d'une sensation de bien-être, d'une harmonie avec la nature et d'un consommateur avisé.

La publicité, les activités de promotion et les communications servent à provoquer de nombreux changements dans les perceptions du public, à savoir: créer des attitudes plus positives envers l'usage du tabac et les fumeurs; diminuer les interrogations et les craintes quant aux conséquences de l'usage du tabac pour la santé; renforcer l'image de soi parmi les fumeurs; augmenter le sentiment de l'acceptabilité sociale de l'usage du tabac; créer l'impression que fumer est un lieu commun culturel qui doit être tenu pour acquis. Pour les fumeurs, c'est un rappel et un renforcement, alors que pour les non-fumeurs, c'est une tentation et une leçon de tolérance. [Je souligne.]

De façon similaire, dans un rapport intitulé «Effects of Cigarette Advertising on Consumer Behavior», Joel B. Cohen, professeur de commercialisation à l'Université de la Floride, fait observer, à la p. 44, que la publicité des produits du tabac cible à la fois les non-fumeurs et les jeunes, qui sont particulièrement vulnérables face aux techniques de la publicité:

[TRADUCTION] Il existe une vaste documentation sur l'efficacité de la publicité de la cigarette. Cette publicité atteint des buts de communications essentiels sur les-

sally agreed to increase the likelihood of purchase, and it does so for deliberately targeted groups including adolescent males and females and health concerned smokers. Both of these groups are particularly vulnerable to the types of appeals used.

Cigarette advertising cannot be created so that it is only effective for brand switching. The ads are developed (and researched) to insure that they are maximally effective against targeted segments. Nonsmokers in those segments (e.g., young males) have similar motivations and concerns, and there is no way to lower a "magic curtain" around them in order to shield them from the enticement of such advertising. ["Only" emphasized in original; other emphasis added.]

In yet another report, entitled "A Report on the Special Vulnerabilities of Children and Adolescents", *supra*, at pp. 17-18, Dr. Michael J. Chandler, a psychologist, concluded that the cognitive and socio-emotional immaturities of both children and adolescents makes them vulnerable to the influence of cigarette advertising because they lack the ability to evaluate the messages being presented:

... it is an essential truism that tobacco companies cannot maintain their current levels of profit unless they can successfully entice new generations to smoke cigarettes. Whether by accident or design, existing cigarette advertising practices appear strategically tailored to accomplish this questionable initiation process.

It is too early, of course, to calculate the real effects of eliminating the public advertising and promotion of tobacco products. Such a ban can be expected, however, to reduce the numbers of young persons who eventually do choose to smoke.

The views expressed in these reports are not, of course, definitive or conclusive. Indeed, there is currently a lively debate in the social sciences respecting the connection between advertising and consumption, a debate that has been carried on for years and will no doubt persist well into the near future. However, these reports attest, at the very least, to the existence of what LeBel J.A. called a "body of opinion" supporting the existence of a

quels on s'entend presque universellement pour dire qu'ils accroissent la probabilité d'achat; et elle le fait à l'endroit de groupes délibérément ciblés, entre autres celui des adolescents, garçons et filles, et celui des fumeurs préoccupés par leur santé. Ces deux groupes sont particulièrement sensibles aux types d'attraits utilisés.

La publicité de la cigarette ne peut pas être créée de manière à avoir une efficacité seulement sur les changements de marques. Les messages publicitaires sont créés — à la suite de recherches — dans le but d'avoir un effet maximal sur une couche de population ciblée. Les non-fumeurs de ces couches (p. ex. les jeunes hommes) ont des goûts et des préoccupations similaires, et il n'y a pas de façon de tirer autour d'eux un «écran magique» de manière à les protéger de la tentation provoquée par cette publicité. [«Seulement» souligné dans l'original; je souligne le reste.]

Dans encore un autre rapport, intitulé «A Report on the Special Vulnerabilities of Children and Adolescents», *op. cit.*, aux pp. 17 et 18, Michael J. Chandler, psychologue, a conclu que l'immaturité des enfants et des adolescents sur les plans cognitif et socio-affectif les rend vulnérables à l'influence de la publicité de la cigarette parce qu'ils ne sont pas capables d'évaluer les messages qui leur sont présentés:

[TRADUCTION] ... il relève d'un truisme essentiel que les compagnies de tabac ne peuvent pas maintenir les bénéfices actuels à moins qu'elles puissent réussir à attirer les jeunes à fumer la cigarette. Que ce soit par accident ou à dessein, les pratiques actuelles de la publicité de la cigarette paraissent opportunément conçues pour accomplir ce discutable processus d'initiation.

Il est trop tôt, évidemment, pour faire le bilan des effets réels de l'élimination de la publicité et de la promotion des produits du tabac auprès du public. Cette interdiction devrait cependant réduire le nombre de jeunes qui, tôt ou tard, choisissent de fumer.

Les opinions exprimées dans ces rapports ne sont évidemment pas définitives ni concluantes. En fait, il y a actuellement un débat animé en sciences humaines quant au lien entre publicité et consommation, un débat qui se poursuit depuis des années et qui, sans doute, se poursuivra encore un certain temps. Toutefois, ces rapports attestent à tout le moins la présence de ce que le juge LeBel, de la Cour d'appel, a appelé un «corps d'opinions»

causal connection between advertising and consumption. Included in this "body of opinion" are a significant number of international health organizations, which support prohibitions on advertising as a viable strategy in the battle against tobacco consumption. In May 1986, for example, the Thirty-ninth World Health Assembly adopted Resolution WHA39.14, urging member states to fight tobacco consumption through a variety of measures including "the progressive elimination of those socio-economic, behavioural, and other incentives which maintain and promote the use of tobacco" and "prominent health warnings which might include the statement that tobacco is addictive, on cigarette packets and containers of all types of tobacco products". In May 1990, the Forty-third World Health Assembly adopted Resolution WHA43.16 urging "progressive restrictions and concerted action to eliminate eventually all direct and indirect advertising, promotion and sponsorship concerning tobacco" and stating that it was "encouraged" by "recent information demonstrating the effectiveness of tobacco control strategies, and in particular . . . comprehensive bans and other legislative restrictive measures to control effectively direct and indirect advertising, promotion and sponsorship concerning tobacco". In July 1993, the Economic and Social Council of the United Nations adopted Resolution 1993/79 expressly urging governments to maximize their efforts to reduce tobacco consumption through the adoption of multifaceted approaches. In 1989, the European Council adopted Directive 89/552/EEC banning broadcast advertising of tobacco products. One month later, the Council adopted Directive 89/622/EEC (amended 92/41/EEC) requiring health warnings on tobacco products packaging. From 1990 to 1992, the European Commission submitted proposals for Council Directives which would ban all direct and indirect advertising of tobacco products (90/C 116/05; 91/C 167/03; 92/C 129/04). It is also significant that by 1990, over 40 countries had adopted measures to restrict or prohibit tobacco advertising. Tobacco advertising is fully prohibited by law in Australia, New Zealand, France, Portugal, Norway, Finland, Iceland, Singapore and Thailand, among other countries. Among those countries that have instituted substantial

appuyant l'existence d'un lien causal entre publicité et consommation. Ce «corps d'opinions» comprend celles de nombreux organismes internationaux de la santé qui appuient l'interdiction de la publicité comme stratégie viable dans la lutte engagée contre l'usage du tabac. En mai 1986, par exemple, la Trente-neuvième Assemblée mondiale de la santé a adopté la résolution WHA39.14, par laquelle elle demandait instamment aux États membres de lutter contre l'usage des produits du tabac en utilisant diverses mesures, dont l'«élimination progressive des incitations socio-économiques, comportementales et autres qui entretiennent et favorisent l'usage du tabac» et «l'apposition, bien en évidence, de mises en garde pouvant préciser que le tabac engendre la dépendance, sur les paquets de cigarettes et les emballages de tous les types de produits du tabac». En mai 1990, la Quarante-troisième Assemblée mondiale de la santé a adopté la résolution WHA43.16, par laquelle elle demandait instamment d'imposer «des restrictions progressives et des actions concertées visant à éliminer à terme toute publicité directe et indirecte et toutes les activités de promotion et de parrainage concernant le tabac» et affirmait qu'elle était «encouragée» par «les informations récentes montrant l'efficacité des stratégies de lutte antitabac, et en particulier [. . .] des interdictions générales et d'autres mesures législatives restrictives visant à lutter efficacement contre la publicité directe et indirecte, ainsi que contre les activités de promotion et de parrainage concernant le tabac». En juillet 1993, le Conseil économique et social des Nations Unies a adopté la résolution 1993/79, par laquelle il demandait instamment aux gouvernements de maximiser leurs efforts afin de réduire la consommation du tabac par l'adoption de mesures à plusieurs facettes. En 1989, le Conseil européen a adopté la directive 89/552/CEE, par laquelle il interdisait la diffusion de messages publicitaires sur les produits du tabac. Un mois plus tard, le Conseil a adopté la directive 89/622/CEE (modifiée par 92/41/CEE), par laquelle il exigeait l'inscription de mises en garde sur l'emballage des produits du tabac. De 1990 à 1992, la Commission européenne a présenté au Conseil des projets de directives qui avaient pour but d'interdire toute publicité directe et indirecte

restrictions on tobacco advertising are Austria, Belgium, West Germany, Ireland, the Netherlands, Spain and Sweden.

On the basis of the foregoing evidence, I conclude that there is a rational connection between the prohibition on advertising and consumption under ss. 4, 5, 6 and 8 of the Act and the reduction of tobacco consumption. I am comforted in this conclusion by the fact that a number of American courts have also recognized the existence of a rational connection between advertising and consumption. I note that in *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980), at p. 569, the Supreme Court of the United States found an "immediate connection between advertising and demand for electricity" and therefore a direct link between the ban on advertising and the state interest in conservation. The court continued:

Central Hudson would not contest the advertising ban unless it believed that promotion would increase its sales. Thus, we find a direct link between the state interest in conservation and the Commission's order.

Similarly, in *Oklahoma Telecasters Ass'n v. Crisp*, 699 F.2d 490 (1983), at p. 501, (rev'd on other grounds *sub nom. Capital Cities Cable, Inc. v. Crisp*, 467 U.S. 691 (1984)), the Court of Appeals for the Tenth Circuit observed that "the record does not demonstrate that Oklahoma's laws have any direct effect on the consumption of alcohol" but concluded:

des produits du tabac (90/C 116/05; 91/C 167/03; 92/C 129/04). Il est également intéressant de constater qu'en 1990, plus de 40 pays avaient adopté des mesures visant à restreindre ou à interdire la publicité du tabac. Les lois de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande, de la France, du Portugal, de la Norvège, de la Finlande, de l'Islande, de Singapour et de la Thaïlande, entre autres, interdisent toute publicité des produits du tabac. L'Autriche, la Belgique, l'Allemagne de l'Ouest, l'Irlande, les Pays-Bas, l'Espagne et la Suède, entre autres, ont imposé d'importantes restrictions à la publicité du tabac.

Compte tenu de la preuve mentionnée précédemment, je conclus qu'il existe un lien rationnel entre l'interdiction de la publicité en vertu des art. 4, 5, 6 et 8 de la Loi et la réduction de la consommation du tabac. Je suis d'autant plus convaincu de la justesse de cette conclusion que de nombreuses décisions judiciaires américaines ont aussi constaté l'existence d'un lien rationnel entre la publicité et la consommation. Je remarque que dans l'arrêt *Central Hudson Gas & Electric Corp. c. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980), à la p. 569, la Cour suprême des États-Unis a conclu à l'existence d'un [TRADUCTION] «lien direct entre la publicité et la demande d'électricité» et, par conséquent, d'un lien direct entre l'interdiction de la publicité et l'intérêt de l'État pour la conservation. La cour a affirmé:

[TRADUCTION] Central Hudson ne contesterait pas l'interdiction de la publicité si elle ne croyait pas que la promotion fait augmenter ses ventes. Par conséquent, nous trouvons qu'il y a un lien direct entre l'intérêt de l'État pour la conservation et l'ordonnance de la Commission.

De même, dans l'arrêt *Oklahoma Telecasters Ass'n c. Crisp*, 699 F.2d 490 (1983), à la p. 501 (infirmer pour d'autres motifs *sub nom. Capital Cities Cable, Inc. c. Crisp*, 467 U.S. 691 (1984)), la Court of Appeals for the Tenth Circuit a fait observer que [TRADUCTION] «le dossier ne démontre pas que les lois de l'Oklahoma ont un effet direct sur la consommation de boissons alcoolisées», mais a conclu:

... prohibitions against the advertising of alcoholic beverages are reasonably related to reducing the sale and consumption of those beverages and their attendant problems. The entire economy of the industries that bring these challenges is based on the belief that advertising increases sales. We therefore do not believe that it is constitutionally unreasonable for the State of Oklahoma to believe that advertising will not only increase sales of particular brands of alcoholic beverages but also of alcoholic beverages generally. The choice of the Oklahoma legislature, and its people with respect to the constitutional provision, is not unreasonable, and does directly advance Oklahoma's interest in reducing the sale, consumption, and abuse of alcoholic beverages.

[TRADUCTION] ... les interdictions imposées contre la publicité des boissons alcoolisées sont raisonnablement liées à la réduction des ventes et de la consommation de ces boissons, et des problèmes qu'elles entraînent. Toute l'économie des industries qui contestent ces interdictions est fondée sur l'idée que la publicité accroît les ventes. Nous ne croyons donc pas qu'il soit déraisonnable sur le plan constitutionnel pour l'État de l'Oklahoma de penser que la publicité permettra de faire augmenter non seulement les ventes de certaines marques de boissons alcoolisées, mais aussi celles des boissons alcoolisées en général. Le choix de la législature de l'Oklahoma et des citoyens de cet État en ce qui concerne la disposition constitutionnelle n'est pas déraisonnable, et favorise directement l'intérêt de l'Oklahoma dans la réduction des ventes, de la consommation et des abus de boissons alcoolisées.

This "common-sense" approach to causation was also applied in *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 U.S. 490 (1981) (finding that a ban on highway billboards was reasonably related to highway safety despite a lack of evidence in the record demonstrating this connection); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986) (finding that a ban on casino advertising was rationally connected to the government objective to reduce demand for gambling despite a lack of evidence on the record); and *Dunagin, supra*, (finding that a ban on alcohol advertising directly advanced the legislative goal of reducing alcohol consumption despite a lack of evidence).

Cette façon d'aborder la question de la causalité en se fondant sur «le bon sens» a aussi été adoptée dans *Metromedia, Inc. c. City of San Diego*, 453 U.S. 490 (1981) (où on a conclu qu'une interdiction de placer des panneaux d'affichage près des autoroutes était raisonnablement liée à la sécurité routière même si le dossier ne contenait pas de preuve démontrant ce lien); dans *Posadas de Puerto Rico Associates c. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986) (où on a conclu qu'une interdiction de faire la publicité de casinos avait un lien rationnel avec l'objectif du gouvernement de réduire la demande pour les jeux de hasard, malgré le manque de preuve au dossier), et dans *Dunagin*, précité (où on a conclu qu'une interdiction de la publicité des boissons alcoolisées appuyait directement l'objectif de la législature de réduire la consommation des boissons alcoolisées et ce, malgré un manque de preuve).

Minimal Impairment

L'atteinte minimale

The next step in the proportionality analysis is to determine whether the legislative means chosen impair the right or freedom in question as little as possible. The appellants submit that Parliament has unjustifiably imposed a complete prohibition on tobacco advertising and promotion when it could have imposed a partial prohibition with equal effectiveness. They suggest that Parliament could have instituted a partial prohibition by forbidding "lifestyle" advertising (which seeks to promote an

La prochaine étape de l'analyse de la proportionnalité consiste à déterminer si les moyens choisis par le législateur portent le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question. Les appelantes soutiennent que le Parlement a imposé de façon injustifiée une interdiction complète de la publicité et de la promotion des produits du tabac, alors qu'une interdiction partielle se serait avérée tout aussi efficace. Elles disent que le Parlement aurait pu imposer une interdiction partielle en pro-

image by associating the consumption of the product with a particular lifestyle) or advertising directed at children, without at the same time prohibiting "brand preference" advertising (which seeks to promote one brand over another based on the colour and design of the package) or "informational" advertising (which seeks to inform the consumer about product content, taste and strength and the availability of different or new brands). According to the appellants, there is no need to prohibit brand preference or informational advertising because both are targeted solely at smokers, and serve a beneficial function by promoting consumer choice.

In my view, the appellants' argument fails for the same reasons that I have discussed throughout my s. 1 analysis. The relevance of context cannot be understated in s. 1 balancing, particularly at the minimal impairment stage. This Court has on many occasions stated that the degree of required fit between means and ends will vary depending upon both the nature of the right and the nature of the legislation. As Dickson C.J. stated in the *Prostitution Reference*, *supra*, at p. 1136:

When a *Charter* freedom has been infringed by state action that takes the form of criminalization, the Crown bears the heavy burden of justifying that infringement. Yet, the expressive activity, as with any infringed *Charter* right, should also be analyzed in the particular context of the case.

Thus, the minimal impairment requirement does not impose an obligation on the government to employ the least intrusive measures available. Rather, it only requires it to demonstrate that the measures employed were the least intrusive, in light of both the legislative objective and the infringed right. As Sopinka J. noted in *Butler*, *supra*, at pp. 504-5:

hibant la publicité dite de «style de vie» (qui cherche à faire la promotion d'une image par l'association de la consommation du produit avec un style de vie particulier), ou la publicité destinée aux enfants, sans pour autant interdire la publicité de «marque» (qui cherche à faire préférer une marque à une autre à partir de la couleur et de la conception de l'emballage) ou la publicité «informative» (qui cherche à informer le consommateur au sujet du contenu, du goût et de la force du produit, de même que de la disponibilité de différentes ou de nouvelles marques). Selon les appelantes, il n'y a aucune raison d'interdire la publicité de marque ou la publicité informative, parce qu'elles s'adressent toutes deux aux seuls fumeurs et qu'elles ont une fonction bénéfique, celle de promouvoir le choix du consommateur.

À mon avis, l'argument des appelantes ne peut être retenu et ce, pour les mêmes motifs que j'ai exprimés tout au long de mon analyse fondée sur l'article premier. On ne saurait sous-estimer la pertinence du contexte dans une pondération en vertu de l'article premier, particulièrement à l'étape du critère de l'atteinte minimale. Notre Cour a maintes fois déclaré que le degré de proportionnalité entre les moyens et les fins varie en fonction tant de la nature du droit en question que de la nature de la loi. Comme le juge en chef Dickson l'a affirmé dans le *Renvoi sur la prostitution*, précité, aux pp. 1135 et 1136:

Lorsqu'une liberté garantie par la *Charte* a été violée par une mesure prise par l'État, en l'occurrence la criminalisation, le ministère public doit s'acquitter du lourd fardeau de justifier cette violation. Néanmoins, comme dans le cas de toute violation d'un droit reconnu par la *Charte*, l'activité d'expression devrait également être analysée dans le contexte particulier de l'affaire.

Par conséquent, l'exigence de l'atteinte minimale n'impose pas l'obligation au gouvernement d'avoir recours aux mesures disponibles les moins attentatoires. Cette exigence l'oblige seulement à démontrer que les mesures prises sont les moins attentatoires compte tenu tant de l'objectif législatif que du droit violé. Comme le juge Sopinka l'a constaté dans *Butler*, précité, aux pp. 504 et 505:

In determining whether less intrusive legislation may be imagined, this Court stressed in the *Prostitution Reference*, *supra*, that it is not necessary that the legislative scheme be the “perfect” scheme, but that it be appropriately tailored in the context of the infringed right. . . . [Emphasis in original.]

En déterminant s’il est possible d’imaginer une loi moins attentatoire, notre Cour a fait ressortir, dans le *Renvoi sur la prostitution*, précité, que le régime législatif n’a pas à être «parfait», mais qu’il doit être bien adapté au contexte du droit qui est violé . . . [Souligné dans l’original.]

97 Taking into account the legislative context, it is my view that the measures adopted under the Act satisfy the *Oakes* minimal impairment requirement. It must be kept in mind that the infringed right at issue in these cases is the right of tobacco corporations to advertise the only legal product sold in Canada which, when used precisely as directed, harms and often kills those who use it. As I discussed above, I have no doubt that Parliament could validly have employed the criminal law power to prohibit the manufacture and sale of tobacco products, and that such a prohibition would have been fully justifiable under the *Charter*. There is no right to sell harmful products in Canada, nor should there be. Thus, in choosing to prohibit solely the advertisement of tobacco products, it is clear that Parliament in fact adopted a relatively unintrusive legislative approach to the control of tobacco products. Indeed, the scope of conduct prohibited under the Act is narrow. Under the Act, tobacco companies continue to enjoy the right to manufacture and sell their products, to engage in public or private debate concerning the health effects of their products, and to publish consumer information on their product packages pertaining to the content of the products. The prohibition under this Act serves only to prevent these companies from employing sophisticated marketing and social psychology techniques to induce consumers to purchase their products. This type of expression, which is directed solely toward the pursuit of profit, is neither political nor artistic in nature, and therefore falls very far from the “core” of freedom of expression values discussed by this Court in *Keegstra*, *supra*.

Compte tenu du contexte législatif, je suis d’avis que les mesures adoptées en vertu de la Loi satisfont à l’exigence de l’atteinte minimale énoncée dans l’arrêt *Oakes*. Il faut se rappeler que le droit violé en l’espèce est le droit des compagnies de tabac de faire la publicité du seul produit vendu légalement au Canada qui, s’il est utilisé précisément de la façon recommandée, fait du tort à ceux qui l’utilisent ou souvent les tue. Comme il ressort de l’analyse qui précède, je n’ai aucun doute que le Parlement pouvait valablement se servir de sa compétence en matière de droit criminel pour interdire la fabrication et la vente des produits du tabac, et qu’une telle interdiction aurait été pleinement justifiable en vertu de la *Charte*. On n’a pas et ne devrait pas avoir le droit de vendre des produits nocifs au Canada. Par conséquent, en choisissant d’interdire seulement la publicité des produits du tabac, le Parlement a de toute évidence adopté une démarche législative relativement non attentatoire pour exercer un contrôle sur les produits du tabac. En fait, l’étendue de l’interdiction est restreinte. Sous le régime de la Loi, les compagnies de tabac continuent de bénéficier du droit de fabriquer et de vendre leurs produits, de prendre part à des débats publics ou privés sur les effets de leurs produits sur la santé et d’apposer sur les emballages des messages quant au contenu de ces produits. L’interdiction visée par la Loi ne sert qu’à empêcher ces compagnies de recourir à des techniques complexes de commercialisation et de psychologie sociale pour inciter les consommateurs à acheter leur produits. Cette forme d’expression, qui vise seulement la réalisation de profits, n’est ni politique ni artistique et est donc très loin du «cœur» des valeurs de la liberté d’expression dont notre Cour a fait l’étude dans l’arrêt *Keegstra*, précité.

98 Furthermore, there was ample evidence introduced by the Attorney General at trial demonstrating that a full prohibition of tobacco advertising is justified and necessary. In enacting this legislation,

Par ailleurs, le procureur général a déposé une preuve volumineuse en première instance afin d’établir qu’une interdiction totale de publicité du tabac est à la fois justifiée et nécessaire. Lorsqu’il

Parliament came to the conclusion that all advertising stimulates consumption and that a full prohibition upon advertising is therefore necessary to reduce consumption effectively. Parliament reached this conclusion only after many years of careful study and reflection. As I mentioned in my discussion of the criminal law power, the measures adopted under the Act were the product of an intensive 20-year public policy process, which involved extensive consultation with an array of national and international health groups and numerous studies, and educational and legislative programs. Over the course of this 20-year period, the government adopted an incremental legislative approach by experimenting with a variety of less intrusive measures before determining that a full prohibition on advertising was necessary. As early as 1969, the Standing Committee of Health and Welfare and Social Affairs recommended a full prohibition in its *Report of the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs on Tobacco and Cigarette Smoking*, *supra*, at pp. 52-53, suggesting the following legislative solution:

One year from enactment of legislation

- Complete elimination of free distribution of cigarettes and of all coupon and premium schemes.
- No cigarette advertising on television or radio before 10 p.m.
- Warning on all cigarette packages and cartons, in all cigarette advertising and promotional materials and on all cigarette vending machines.
- Government-authorized statements of tar and nicotine levels on all cigarette packages and cartons, in all cigarette advertising and promotional materials and on all cigarette vending machines.

Two years from enactment of legislation

- Prohibition of cigarette advertising on television and radio.

a adopté cette loi, le Parlement est arrivé à la conclusion que toute publicité incite à la consommation et qu'une interdiction totale de la publicité est en conséquence nécessaire pour réduire efficacement cette consommation. Le Parlement n'est arrivé à cette conclusion qu'après de nombreuses années d'études et de réflexions attentives. Comme je l'ai mentionné dans mon analyse de la compétence en matière de droit criminel, les mesures adoptées en vertu de la Loi sont le résultat d'un processus de politique d'intérêt public qui s'est poursuivi pendant 20 ans et qui a nécessité de longues consultations auprès d'une multitude de groupes du domaine de la santé, sur les plans tant national qu'international, ainsi que de nombreuses études et maints programmes éducatifs et législatifs. Au cours de cette période de 20 ans, le gouvernement a adopté une démarche législative graduelle en essayant toute une gamme de mesures moins attentatoires avant de déterminer qu'il était nécessaire d'interdire complètement la publicité. Dès 1969, le Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales a recommandé une interdiction complète dans le *Rapport du Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales sur l'usage du tabac et de la cigarette*, *op. cit.*, aux pp. 52 et 53, où il proposait la solution législative suivante:

Un an après la mise en vigueur de la loi

- Abolition totale de toute distribution gratuite de cigarettes ainsi que des systèmes de coupons ou de primes.
- Plus d'annonces de cigarettes à la télévision ou à la radio avant 10 h le soir.
- Avertissement sur tous les paquets et cartons de cigarettes, sur tout le matériel publicitaire et sur les machines distributrices.
- Mention contrôlée par le gouvernement du degré de goudron et de nicotine sur tous les paquets et cartons de cigarettes, sur tout le matériel publicitaire et sur les machines distributrices.

Deux ans après la mise en vigueur de la loi

- Abolition de toutes les annonces de cigarettes à la télévision et à la radio.

- Prohibition of other than simple brand name advertisements in remaining media.

Four years from enactment of legislation

- Complete elimination of all cigarette promotional activities.

Although the Standing Committee recommended a full prohibition upon tobacco advertising within four years, Parliament refrained from instituting a full prohibition and chose instead to implement a variety of lesser legislative measures. Since 1969, for example, the Department of National Health and Welfare has introduced and supported many educational programmes and many research and health promotion organizations; see, e.g., Health and Welfare Canada, *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective*, *supra*; Health and Welfare Canada, “Directional paper of the national program to reduce tobacco use in Canada”, *supra*. Parliament has also sought to combat tobacco use by preventing the sale of tobacco to young persons (*Tobacco Sales to Young Persons Act*), restricting smoking in workplaces and public places (*Non-smokers’ Health Act*) and by increases in tobacco taxes. However, despite all these efforts, it was apparent by 1989 that close to one-third of Canadians continued to smoke and that the decline in the numbers of smokers in Canada since 1969 had been neither rapid nor substantial. Faced with this distressing statistic, and with the seeming ineffectiveness of the measures adopted up to that time, Parliament had more than reasonable grounds for concluding that the more robust measures adopted under the Act were both necessary and a logical next step in the policy process.

- Pour les autres moyens de diffusion, abolition de toute publicité à l’exception des simples annonces de marques de commerce.

Quatre ans après la mise en vigueur de la loi

- Abolition totale de toute publicité sur les cigarettes.

Même si le Comité permanent avait recommandé une abolition totale de toute publicité du tabac sur une période de quatre ans, le Parlement s’est abstenu d’imposer une interdiction totale et a plutôt choisi de mettre en œuvre toute une gamme de mesures législatives moins sévères. Par exemple, depuis 1969, le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social a mis en place et appuyé de nombreux programmes éducatifs et de nombreux organismes de recherche et de promotion de la santé; voir, p. ex., Santé et Bien-être social Canada, *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective*, *op. cit.*; Santé et Bien-être social Canada, «Document d’orientation du programme national de lutte contre le tabagisme au Canada», *op. cit.* Le Parlement a aussi cherché à combattre l’usage du tabac en interdisant la vente de produits du tabac aux jeunes (*Loi sur la vente du tabac aux jeunes*), en restreignant l’usage du tabac sur les lieux de travail et les lieux publics (*Loi sur la santé des non-fumeurs*) et en augmentant les taxes sur le tabac. Cependant, malgré tous ces efforts, on s’est rendu compte en 1989 que près d’un tiers des Canadiens continuaient de fumer et que la réduction du nombre de fumeurs au Canada depuis 1969 n’avait été ni rapide ni importante. Face à ces statistiques troublantes et à l’inefficacité apparente des mesures adoptées jusque-là, le Parlement avait des motifs plus que raisonnables de conclure que la prise de mesures plus énergiques en vertu de la Loi était nécessaire et constituait une prochaine étape logique du processus de politique d’intérêt public.

1995 CanLII 64 (SCC)

The reasonableness of Parliament’s decision to prohibit tobacco advertising has been amply borne out by parallel developments in the international community before and after the passage of the Act. It is of great significance, in my view, that over 20 democratic nations have, in recent years, adopted complete prohibitions on tobacco advertising simi-

Le caractère raisonnable de la décision du Parlement d’interdire la publicité du tabac est amplement démontré par les développements parallèles dans la communauté internationale avant et après l’adoption de la Loi. À mon avis, il est très important de faire remarquer que, au cours des dernières années, plus de 20 pays démocratiques, dont

lar to those adopted under the Act, including Australia, New Zealand, Norway, Finland and France. It is also of significance that the constitutionality of full advertising prohibitions have been upheld by the French Conseil constitutionnel (Décision No. 90-283 DC (Jan. 8, 1991) declaring the *Loi n° 91-32 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, which prohibits all direct and indirect tobacco advertising), to be constitutionally valid and by American courts (upholding full prohibitions on alcohol advertising and gambling advertising as a reasonable limitation on freedom of expression under the United States Constitution in *Central Hudson, supra*; *Oklahoma Telecasters, supra*; *Metromedia, supra*; *Posadas, supra*; *Dunagin, supra*). The decisions of the American courts, which have traditionally been jealous guardians of the right to freedom of expression, are particularly instructive in this context because they demonstrate that the adoption of a full prohibition upon tobacco advertising is perceived as neither novel nor radical in other democratic nations. Given the background of the legislation and the overwhelming acceptance by other democratic countries of this type of prohibition as a reasonable means for combatting the serious evils flowing from the sale and distribution of tobacco products, it seems difficult to argue that the impugned legislation is not a reasonable limit on the appellants' rights demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*.

Thus, in my view, there was more than enough evidence adduced at trial to justify the government's decision to institute a full prohibition on advertising and promotion. In their argument before this Court, the appellants made much of the fact that, during the course of the trial, a certificate was issued by the Clerk of the Privy Council pursuant to s. 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, stating that certain documents requested by the appellants, many of which were departmental memoranda sent to the Minister of Health and Welfare, constituted "confidence[s] of

l'Australie, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, la Finlande et la France, ont adopté une interdiction complète de publicité du tabac analogue à celle adoptée en vertu de la Loi. Il est également important de préciser que la constitutionnalité d'interdictions totales de la publicité a été reconnue par le Conseil constitutionnel en France (Décision n° 90-283 DC (8 janv. 1991), qui a déclaré valide la *Loi n° 91-32 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, qui interdit toute publicité directe ou indirecte du tabac) et par les tribunaux américains (qui ont maintenu, dans les arrêts *Central Hudson*, *Oklahoma Telecasters*, *Metromedia*, *Posadas*, et *Dunagin*, précités, des interdictions totales de la publicité des boissons alcoolisées et des jeux de hasard parce qu'elles sont des restrictions raisonnables de la liberté d'expression garantie par la Constitution des États-Unis). Les décisions des tribunaux américains, qui ont toujours jalousement protégé le droit à la liberté d'expression, sont particulièrement intéressantes dans ce contexte parce qu'elles établissent que l'adoption d'une interdiction complète de publicité du tabac n'est considérée ni comme nouvelle ni comme radicale dans d'autres pays démocratiques. Vu l'historique de la loi et l'acceptation générale que les autres pays démocratiques donnent à ce type d'interdiction comme moyen raisonnable de lutter contre les graves problèmes découlant de la vente et de la distribution des produits du tabac, il semble difficile de soutenir que la loi attaquée ne constitue pas une limite raisonnable aux droits des appelantes, dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique, en application de l'article premier de la *Charte*.

À mon avis, on a donc présenté en première instance plus d'éléments de preuve qu'il ne le fallait pour justifier la décision du gouvernement d'établir une interdiction complète de la publicité et de la promotion. Dans leur argumentation devant notre Cour, les appelantes ont accordé beaucoup d'importance au fait que, pendant le procès, le greffier du Conseil privé avait attesté, conformément à l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, que certains documents demandés par les appelantes, dont bon nombre étaient des mémoires ministériels envoyés au

the Queen's Privy Council for Canada". As a result of the objection taken by the Privy Council, all references in the requested documents to an unidentified and alternative policy option were blacked out. The appellants speculate that this mysterious policy option was less intrusive than the measures adopted under the Act and argue on this basis that a full prohibition on advertising was not the only option available to the government.

ministre de la Santé et du Bien-être social, constituaient des «renseignement[s] confidentiel[s] du Conseil privé de la Reine pour le Canada». À la suite de l'objection formulée par le Conseil privé, toute mention d'une autre option de principe non identifiée a été biffée des documents. Les appelantes estiment que cette mystérieuse option de principe était moins attentatoire que les mesures adoptées en vertu de la Loi, et soutiennent sur ce fondement qu'une interdiction complète de publicité n'était pas la seule option offerte au gouvernement.

101 Although I believe the appellants have raised a legitimate concern with respect to the effect of governmental claims to confidentiality in constitutional cases, I cannot accept that the resort by the government to Cabinet confidentiality in this context is fatal to this legislation. The appellants are right to argue that claims to confidentiality have the effect of withholding from the factual record evidence relating to available governmental options and thus compromise the ability of courts in some cases to evaluate the constitutionality of governmental actions properly. For the same reasons, the appellants are also right to argue that the exercise of this power will at times undermine attempts by the government to justify legislation under the *Charter*. The onus is on the government to establish minimal impairment and in this context it is difficult to understand why it could not make the information available. It is right to say, however, that during the course of the litigation the appellants studiously refrained from taking the steps that could have been taken to obtain the information available. It is significant that the appellants failed to challenge the Certificate issued by the Clerk of the Privy Council, as they were clearly entitled to do under s. 39 of the *Canada Evidence Act*; see, e.g., *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1992] 2 F.C. 130 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641 (C.A.). That said, the responsibility was ultimately that of the government, and in acting as it did, it

Bien que, selon moi, les appelantes aient soulevé une préoccupation légitime relativement à l'effet des demandes gouvernementales en matière de confidentialité dans les affaires constitutionnelles, je ne puis accepter que le recours à la confidentialité des documents du Cabinet, revendiquée par le gouvernement dans le présent contexte, soit fatal pour la validité de la loi. Les appelantes ont raison de soutenir que les demandes de confidentialité ont pour effet de retirer du dossier des faits des éléments de preuve relatifs aux options offertes au gouvernement et, en conséquence, de nuire dans certains cas à la capacité des tribunaux de bien évaluer la constitutionnalité des mesures gouvernementales. Pour les mêmes motifs, les appelantes ont également raison de soutenir que l'exercice de ce pouvoir portera parfois atteinte aux tentatives du gouvernement de justifier une loi en vertu de la *Charte*. Il appartient au gouvernement de prouver l'atteinte minimale et dans ce contexte il est difficile de comprendre pourquoi il ne pourrait pas permettre l'accès à ces renseignements. Cependant, on a raison d'affirmer que les appelantes se sont délibérément abstenues, tout au long du litige, de prendre les mesures qui leur auraient permis d'obtenir les renseignements visés. Il importe de préciser que les appelantes ont omis de contester l'attestation donnée par le greffier du Conseil privé, comme elles avaient clairement le droit de le faire en vertu de l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*; voir par exemple, *Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*, [1992] 2 C.F. 130 (C.A.), et *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641 (C.A.). Cela dit, la responsabilité incom-

put this Court in the difficult position of having to speculate about the contents of documents.

The real answer to the appellants' contention, however, is that such speculation cannot, in my view, displace the overwhelming evidence that the prohibition was a reasonable one. Even if it were true that the government was considering a less intrusive option prior to adopting the Act, I do not accept that this in any way undermines the Attorney General's argument that the Act minimally impairs the appellants' rights in light of the legislative objective. A partial prohibition on advertising would only have been required under the *Charter* if it had been clear to Parliament that some forms of advertising do not stimulate consumption, and that a full prohibition would accordingly be overbroad. However, the Attorney General demonstrated convincingly at trial that Parliament had a reasonable basis for believing, after 20 years of research and legislative experimentation, that all tobacco advertising stimulates tobacco consumption. As I explained in my rational connection discussion above, it is reasonable to conclude that all advertising stimulates consumption because all advertising serves to place tobacco products in the public eye and to give these products legitimacy, particularly among the young. Indeed, the appellants' emphasis in their own marketing documents on the colour and "look" of tobacco packages demonstrates that the companies themselves recognize that even purely "informational" advertising has an important effect on consumption.

Moreover, in considering the comparative advantages of partial and full advertising prohibitions, it is also significant that, in countries where governments have instituted partial prohibitions upon tobacco advertising such as those suggested by the appellants, the tobacco companies have developed ingenious tactics to circumvent the restrictions. For example, when France attempted to institute a partial prohibition on tobacco adver-

bait finalement au gouvernement, et en agissant comme il l'a fait, ce dernier place notre Cour dans une position difficile qui la force à conjecturer sur le contenu de ces documents.

Cependant, la véritable réponse à l'argument des appelantes est que cette conjecture ne peut, à mon avis, modifier la preuve accablante que l'interdiction était raisonnable. Même s'il était exact que, avant l'adoption de la Loi, le gouvernement examinait une option moins attentatoire, je n'accepte pas que ce facteur affaiblisse d'une façon quelconque l'argument du procureur général que la Loi constitue une atteinte minimale aux droits des appelantes compte tenu de l'objectif législatif. Une interdiction partielle de la publicité n'aurait été exigée en vertu de la *Charte* que s'il avait été clair dans l'esprit du législateur que certaines formes de publicité n'incitent pas à la consommation, et qu'une interdiction complète aurait donc une portée trop vaste. Cependant, le procureur général a établi de façon convaincante en première instance que le Parlement avait des motifs raisonnables de croire, après 20 ans de recherche et d'expérimentation législative, que toute publicité du tabac incite à l'usage du tabac. Comme je l'ai expliqué dans mon analyse du lien rationnel, il est raisonnable de conclure que toute publicité encourage la consommation parce que la publicité présente les produits du tabac au public et leur donne un caractère légitime, particulièrement chez les jeunes. En fait, l'importance que les appelantes accordent dans leurs propres documents de commercialisation à l'incidence sur les ventes de la couleur et de l'«aspect» des emballages des produits du tabac montre que les compagnies reconnaissent que même la publicité qui est purement «informative» a un effet important sur la consommation.

En outre, dans l'examen des avantages comparatifs des interdictions partielles ou complètes de la publicité, il est également révélateur que, dans les pays où les gouvernements ont imposé des interdictions partielles de la publicité du tabac comme celles proposées par les appelantes, les compagnies de tabac ont trouvé d'ingénieuses tactiques pour contourner ces restrictions. Par exemple, lorsque la France a tenté d'imposer une interdiction partielle

tising in the 1980s (by prohibiting “lifestyle” tobacco advertising but not informational or brand preference advertising), the tobacco companies devised techniques for associating their product with “lifestyle” images which included placing pictures on the brand name and reproducing those pictures when an advertisement showed the package, and taking out a full-page magazine advertisement and subcontracting three-quarters of the advertisement to Club Med, whose lifestyle advertisements contributed to a lifestyle association for the brand; see Luc Joossens, “Strategy of the Tobacco Industry Concerning Legislation on Tobacco Advertising in some Western European Countries” in *Proceedings of the 5th World Conference on Smoking and Health* (1983).

de la publicité du tabac dans les années 80 (en interdisant la publicité du tabac de type «style de vie», mais non la publicité informative ou de marque), les compagnies de tabac ont trouvé des techniques pour associer leurs produits à des «styles de vie», par exemple, en plaçant des vignettes sur le nom de la marque et en reproduisant ces vignettes lorsqu’une annonce montrait le paquet, ou en achetant pour la publicité une pleine page d’un magazine, puis en revendant les trois-quarts de la page au Club Med, dont la publicité de style de vie contribuait à associer un style de vie à la marque; voir Luc Joossens, «Strategy of the Tobacco Industry Concerning Legislation on Tobacco Advertising in some Western European Countries» dans *Proceedings of the 5th World Conference on Smoking and Health* (1983).

1995 CanLII 64 (SCC)

104

Thus, it appears that Parliament had compelling reasons for rejecting a partial prohibition on advertising and instituting a full prohibition. In this light, it would be highly artificial for this Court to decide, on a purely abstract basis, that a partial prohibition on advertising would be as effective as a full prohibition. In my view, this is precisely the type of “line drawing” that this Court has identified as being within the institutional competence of legislatures and not courts. The Court made this clear in *Irwin Toy, supra*, where it stated, at p. 990, that the government should be given “a margin of appreciation to form legitimate objectives based on somewhat inconclusive social science evidence”. In *Irwin Toy*, this Court found ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, which prohibited the use of commercial advertising directed at persons under 13 years of age, to be an infringement of s. 2(b) of the *Charter*, but upheld the legislation under s. 1. The Court there observed that there was conflicting social science evidence on whether the appropriate legislative line was to be drawn at 13 years of age or a younger age and, at p. 990, observed:

Il semble donc que le Parlement avait des motifs impératifs de rejeter une interdiction partielle de la publicité et d’imposer plutôt une interdiction totale. C’est pourquoi notre Cour ferait un geste tout à fait artificiel si elle décidait, purement dans l’abstrait, qu’une interdiction partielle de la publicité serait aussi efficace qu’une interdiction totale. À mon avis, c’est précisément le type de «ligne de démarcation» que notre Cour a déclaré être du ressort des législatures et non des tribunaux. Notre Cour a été claire sur ce point dans l’arrêt *Irwin Toy*, précité, où elle a déclaré, à la p. 990, que le gouvernement devait disposer «d’une certaine latitude pour formuler des objectifs légitimes fondés sur des preuves en matière de sciences humaines qui n’étaient pas totalement concluantes». Dans cet arrêt, notre Cour a conclu que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1, qui interdisaient la publicité commerciale destinée aux personnes de moins de 13 ans, violaient l’al. 2b) de la *Charte*, mais elle a maintenu la loi en vertu de l’article premier. La Cour a alors fait observer que les éléments de preuve en matière de sciences humaines étaient contradictoires quant à savoir si la ligne de démarcation que devait tracer la loi devait se situer à 13 ans ou à un âge encore plus jeune, et, à la p. 990, elle a fait observer:

If the legislature has made a reasonable assessment as to where the line is most properly drawn, especially if that

Si le législateur a fait une évaluation raisonnable quant à la place appropriée de la ligne de démarcation, surtout

assessment involves weighing conflicting scientific evidence and allocating scarce resources on this basis, it is not for the court to second guess. That would only be to substitute one estimate for another.

The Court decided that the government's choice of 13 years as the cutoff line was reasonable in light of the available evidence, and thus concluded, at p. 999:

While evidence exists that other less intrusive options reflecting more modest objectives were available to the government, there is evidence establishing the necessity of a ban to meet the objectives the government had reasonably set. This Court will not, in the name of minimal impairment, take a restrictive approach to social science evidence and require legislatures to choose the least ambitious means to protect vulnerable groups.

This Court adopted a similar deferential approach in *Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, in deciding that ss. 2(1) and 3(4) of the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, which prohibited retail stores with more than seven employees or more than 5,000 square feet of retail space from carrying on business on Sundays, was a justifiable infringement of freedom of religion under s. 1 of the *Charter* because it provided a mandatory day of rest for workers who would otherwise be vulnerable to pressure from employers. In that case, the appellants, a group of large retail store owners, argued that the legislature had failed to adduce sufficient evidence demonstrating that the legislation minimally impaired their rights under the *Charter*. In particular, they argued that the legislature had not adduced evidence justifying the exemption for owners of retail stores with less than eight employees. In addressing their claim, Dickson C.J. first observed, at p. 769, that the state had adduced only one Ontario Law Reform Commission report (the 1970 *Report on Sunday Observance Legislation*) in support of the distinctions drawn in the legislation, and that the Report was over 15 years old. Despite the lack of evidence on the record, however, Dickson C.J. concluded that the legislature was entitled to a degree of deference in fashioning the legislative means to accomplish that goal. While observing that other legislative

quand cette évaluation exige l'appréciation de preuves scientifiques contradictoires et la répartition de ressources limitées, il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer après coup. Ce serait seulement substituer une évaluation à une autre.

La Cour a décidé que le choix du gouvernement de tracer la ligne de démarcation à 13 ans était raisonnable compte tenu de la preuve disponible, et elle a conclu, à la p. 999:

Bien que, selon la preuve, le gouvernement dispose d'autres options comportant une intrusion moindre qui répondent à des objectifs plus modestes, la preuve démontre aussi la nécessité d'interdire la publicité pour parvenir aux objectifs que le gouvernement s'est raisonnablement fixés. Cette Cour n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines, au nom du principe de l'atteinte minimale, et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables.

Notre Cour a adopté de façon similaire une attitude de retenue dans l'arrêt *Edwards Books*, précité, statuant que les par. 2(1) et 3(4) de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, ch. 453, qui interdisaient aux magasins de détail employant plus de sept personnes ou consacraient plus de 5 000 pieds carrés au commerce de détail de faire des affaires le dimanche, étaient une atteinte justifiable à la liberté de religion en vertu de l'article premier de la *Charte*, parce qu'ils prévoyaient un jour de repos obligatoire pour les employés, qui, autrement, auraient été dans une position vulnérable face aux demandes pressantes des employeurs. Dans cette affaire, les appelants, un groupe de propriétaires de grands magasins de détail, ont allégué que la législature avait fait défaut de déposer une preuve suffisante pour démontrer que sa loi portait atteinte de façon minimale à leurs droits garantis par la *Charte*. Plus particulièrement, ils ont fait valoir que la législature n'avait pas déposé de preuve justifiant l'exemption accordée aux propriétaires de magasins de détail employant moins de huit employés. Examinant leur demande, le juge en chef Dickson a d'abord fait observer, à la p. 769, que l'État n'avait déposé qu'un rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario (*Report on Sunday Observance Legislation* de 1970) à l'appui de la distinction faite par la loi, et que le rapport datait de plus de

options were conceivable, including a Sabbatarian exemption, which would have impaired the rights of retail owners to a lesser degree, Dickson C.J. stated, at p. 782, that “[t]he courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line”. He concluded, at p. 783:

I should emphasize that it is not the role of this Court to devise legislation that is constitutionally valid, or to pass on the validity of schemes which are not directly before it, or to consider what legislation might be the most desirable.

I concurred with Dickson C.J. in that case, and stressed, at p. 795, that it was necessary, in that context, to give the legislature “room to manoeuvre” in fashioning legislation designed to mediate between different social interests and to protect vulnerable groups. My approach was later accepted by this Court in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, at pp. 488-89; *Andrews*, *supra*, at pp. 184-86, 197-98; and *Cotroni*, *supra*, at p. 1495.

106 In my view, the Court’s approach in *Edwards Books* and *Irwin Toy* is directly applicable to the present cases. Tobacco consumption is a multifaceted problem which requires intervention from a variety of public authorities on a number of different fronts. Parliament has adopted an incremental solution by prohibiting advertising without, at the same time, prohibiting the consumption, manufacture or sale of tobacco. In so doing, it has chosen a policy approach that strives to balance the rights of tobacco smokers and manufacturers against the legitimate public health concerns arising from tobacco addiction including, most importantly, the special vulnerabilities of young Canadians. In my view, it is not the role of this Court to substitute its opinion for that of Parliament con-

15 ans. En dépit du manque de preuve au dossier, le juge en chef Dickson a toutefois conclu que la législature avait droit à une certaine retenue quant à son choix des moyens législatifs propres à atteindre l’objectif visé. Tout en faisant observer que d’autres options législatives étaient concevables, dont une exemption pour le sabbat, qui aurait porté atteinte dans une moindre mesure aux droits des propriétaires de magasins de détail, le juge en chef Dickson a affirmé, à la p. 782, que «[l]es tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l’endroit où tracer une ligne de démarcation». Il a conclu, à la p. 783:

Je tiens à souligner qu’il n’appartient pas à cette Cour de concevoir une loi qui soit constitutionnellement valide, de se prononcer sur la validité de régimes dont elle n’est pas saisie directement, ni d’examiner quelles mesures législatives pourraient être les plus souhaitables.

J’ai souscrit à l’avis du juge en chef Dickson dans cette affaire, et j’ai fait ressortir, à la p. 795, qu’il était nécessaire, dans un tel contexte, de donner à la législature une «marge de manœuvre» dans la façon d’élaborer une loi visant à faire la médiation entre des intérêts sociaux opposés et à protéger les groupes vulnérables. Mon point de vue a par la suite été accepté par notre Cour dans *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, aux pp. 488 et 489; dans *Andrews*, précité, aux pp. 184 à 186, 197 et 198; et dans *Cotroni*, précité, à la p. 1495.

À mon avis, la démarche adoptée par la Cour dans *Edwards Books* et *Irwin Toy* est directement applicable aux présents pourvois. La consommation du tabac est un problème comportant de multiples aspects qui requiert l’intervention de nombreuses autorités publiques s’y attaquant sur différents fronts. Le Parlement a adopté une solution graduelle en interdisant la publicité sans interdire aussi l’usage, la fabrication ou la vente des produits du tabac. Ce faisant, il a choisi une démarche qui cherche à établir un équilibre entre les droits des fumeurs et des fabricants et les préoccupations légitimes en matière de santé publique que constitue la dépendance au tabac, tout particulièrement en ce qui concerne les jeunes. À mon avis, notre Cour n’a pas à substituer son

1995 CanLII 64 (SCC)

cerning the ideal legislative solution to this complex and wide-ranging social problem. As McLachlin J. observed in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, at p. 248:

... some deference must be paid to the legislators and the difficulties inherent in the process of drafting rules of general application. A limit prescribed by law should not be struck out merely because the Court can conceive of an alternative which seems to it to be less restrictive.

In reaching the conclusion that the Act satisfies the *Oakes* minimal impairment criterion, I am well aware of the statements of this Court in *Ford*, *supra*, and *Rocket*, *supra*, to the effect that a complete prohibition on a type of expression will be more difficult to justify than a partial prohibition. In my view, however, these decisions are fully distinguishable from the present cases. Once again, I emphasize the importance of context in the minimal impairment analysis. In *Rocket*, this Court found that a prohibition on advertising by dentists under s. 37(39) and (40) of *Regulation 447 of the Health Disciplines Act*, R.R.O. 1980, was an infringement of s. 2(b) and could not be justified under s. 1. McLachlin J. began her s. 1 analysis by observing, at p. 247, that restrictions on freedom of expression may be easier to justify in some contexts than others:

The expression limited by this regulation is that of dentists who wish to impart information to patients or potential patients. Their motive for doing so is, in most cases, primarily economic. Conversely, their loss, if prevented from doing so, is merely loss of profit, and not loss of opportunity to participate in the political process or the 'marketplace of ideas', or to realize one's spiritual or artistic self-fulfilment: see *Irwin Toy*, *supra*, at p. 976. This suggests that restrictions on expression of this

kind might be easier to justify than other infringements of s. 2(b).

Despite her recognition of the importance of context, however, McLachlin J. struck down the legis-

opinion à celle du Parlement quant à ce que serait la solution législative idéale à ce problème social complexe et répandu. Comme le juge McLachlin l'a fait observer dans *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, à la p. 248:

... il convient d'avoir de l'égard pour les législateurs et les difficultés inhérentes au processus de rédaction des règles d'application générale. Il ne faudrait pas annuler une limite prescrite par une règle de droit tout simplement parce que le tribunal peut concevoir une autre solution qui lui semble moins restrictive.

Arrivant à la conclusion que la Loi satisfait au critère de l'atteinte minimale formulé dans *Oakes*, je suis bien conscient des affirmations de notre Cour dans *Ford* et *Rocket*, précités, selon lesquelles une interdiction totale d'un type d'expression est plus difficile à justifier qu'une interdiction partielle. À mon avis, toutefois, la présente espèce se distingue tout à fait de ces arrêts. À nouveau, j'insiste sur l'importance du contexte dans l'analyse de l'atteinte minimale. Dans *Rocket*, notre Cour a conclu que l'interdiction de la publicité pour le compte des dentistes décrétée par le par. 37(39) et (40) du *Regulation 447 of the Health Disciplines Act*, R.R.O. 1980, violait l'art. 2b) et ne pouvait se justifier par l'article premier. Le juge McLachlin a commencé son analyse fondée sur l'article premier en faisant observer, à la p. 247, que les restrictions à la liberté d'expression peuvent être plus faciles à justifier dans certains contextes que dans d'autres:

L'expression qui est restreinte par ce règlement est celle de dentistes qui désirent communiquer des renseignements à des patients réels ou éventuels. Dans la plupart des cas, leur raison d'agir ainsi est principalement d'ordre économique. À l'inverse, s'ils sont empêchés d'agir ainsi, la perte qu'ils subissent est simplement une perte de bénéfice et non une perte d'occasion de participer au processus politique ou au «marché des idées», ou de réaliser un épanouissement personnel sur le plan spirituel ou artistique: voir *Irwin Toy*, précité, à la p. 976. Cela laisse entendre qu'il se pourrait que des restrictions imposées à des expressions de ce genre soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes à l'al. 2b).

En dépit du fait qu'elle ait reconnu l'importance du contexte, le juge McLachlin a cependant déclaré la

lative provision on the ground that it did not minimally impair the right to freedom of expression. She noted that the expression in question, the advertisement of dentistry services, had social value in the measure that it gave consumers access to information that would enable them to make informed health care choices. To the extent that the impugned legislative provision denied consumers such information, she observed, such an infringement could not lightly be dismissed. She stated, at p. 250:

It is easy to think of examples of expression not falling within the exceptions which should clearly be permitted. For example, it is conceded that dentists should be able to advertise their hours of operation and the languages they speak, information which would be useful to the public and present no serious danger of misleading the public or undercutting professionalism.

She then stated, at p. 251:

... the value served by free expression in the case of professional advertising is not purely the enhancement of the advertiser's opportunity to profit, as was the case in *Irwin Toy*. The public has an interest in obtaining information as to dentists' office hours, the languages they speak, and other objective facts relevant to their practice — information which s. 37(39) prohibits dentists from conveying by advertising.

disposition invalide pour le motif qu'elle ne portait pas atteinte à la liberté d'expression d'une façon minimale. Elle a fait remarquer que l'expression en question, soit la publicité de services de soins dentaires, avait une valeur sociale dans la mesure où elle donnait aux consommateurs accès à de l'information qui leur permettrait de faire des choix éclairés en matière de soins de santé. Dans la mesure où la disposition contestée nierait cette information aux consommateurs, fait-elle observer, une telle violation ne peut être écartée à la légère. Elle affirme, à la p. 250:

Il est facile d'imaginer des exemples d'expressions qui ne s'inscrivent pas dans les exceptions et qui seraient clairement autorisées. Par exemple, on reconnaît que les dentistes devraient être en mesure d'annoncer leurs heures de bureau et les langues qu'ils parlent; ce sont des renseignements qui seraient utiles pour le public et qui ne présentent aucun danger grave d'induire le public en erreur ou de diminuer le professionnalisme.

Puis, elle ajoute à la p. 251:

... la valeur appuyée par la liberté d'expression dans le cas de la publicité professionnelle n'est pas purement une augmentation de la possibilité de l'annonceur de réaliser des bénéfices comme c'était le cas dans l'arrêt *Irwin Toy*. Le public a intérêt à obtenir des renseignements sur les heures de bureau du dentiste, sur la langue qu'il parle et sur d'autres faits objectifs pertinents à son travail — des renseignements que le par. 37(39) interdit au dentiste de transmettre par la publicité.

It appears, then, that the contextual basis for McLachlin J.'s decision was that s. 37(39) of the *Regulation 447 of the Health Disciplines Act* operated to prohibit many aspects of advertising by dentists that serve to promote public health (i.e., advertising of hours of operation, language spoken and other aspects relating to their practice). No such argument can be made with respect to tobacco advertising. This type of expression serves to promote an activity which, in contrast to dentistry, is inherently dangerous and has no redeeming public health value. Indeed, the contrast with *Rocket* could not be more striking. Making an informed choice about dentists serves to promote

Il semble donc que le contexte sur lequel le juge McLachlin a appuyé sa décision ait été que le par. 37(39) du *Regulation 447 of the Health Disciplines Act* avait pour effet d'interdire de nombreux aspects de la publicité pour le compte des dentistes qui servent à promouvoir la santé publique (c.-à-d. la publicité portant sur les heures de bureau, la langue parlée et d'autres aspects de l'exercice de leur profession). Aucun argument de ce genre ne peut être présenté en ce qui concerne la publicité des produits du tabac. Ce type d'expression sert à promouvoir une activité qui, par contraste avec la dentisterie, est de façon inhérente dangereuse et n'a aucun effet bénéfique sur la santé publique. En

health by allowing patients to seek out the best care; making an informed choice about tobacco simply permits consumers to choose between equally dangerous products. Although the appellants argue that informational advertising allows smokers to make informed health choices by giving them information about tobacco product content, and thereby permitting them to choose tobacco products with lower tar levels, they submit no evidence that such products are actually healthier, nor logically could they, since the evidence appears to point the other direction: such products are no safer than high tar products and serve mainly to induce smokers who might otherwise quit to keep smoking "lighter" brands; see e.g. the Report of the Surgeon General of the United States, *Reducing the Health Consequences of Smoking — 25 Years of Progress — A report of the Surgeon General*, *supra*, at pp. 315-16, 664-65; Dr. Richard W. Pollay, "The Functions and Management of Cigarette Advertising", *supra*, at pp. 28-29; Report of Dr. Joel B. Cohen, "Effects of Cigarette Advertising on Consumer Behavior", *supra*, at pp. 41-42. Moreover, the appellants' argument, weak on an evidentiary level, is further undermined by the fact that consumers can still, under the Act, obtain product and health information at the point of sale and on the tobacco package (ss. 5 and 9).

A similar contrast can be drawn between the present cases and *Ford*, *supra*. In *Ford*, *supra*, this Court found that ss. 58, 69 and 205 to 208 of the Quebec *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, which required public signs, posters and commercial advertising to be in the French language only, infringed s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and could not be justified under s. 1. The Court based this decision

fait, le contraste avec l'arrêt *Rocket* ne pourrait pas être plus frappant. La possibilité de choisir son dentiste de façon éclairée contribue à la promotion de la santé en ce qu'elle permet aux patients de chercher à obtenir les meilleurs soins; la possibilité de faire un choix éclairé quant au tabac ne permet aux consommateurs de choisir qu'entre des produits également dangereux. Bien que les appelantes prétendent que la publicité informative permet aux fumeurs de faire des choix éclairés en ce qui concerne leur santé, parce qu'elle leur donne des renseignements sur le contenu des produits du tabac et qu'elle leur permet ainsi de choisir les produits du tabac qui ont les quantités de goudron les plus faibles, elles n'ont présenté aucune preuve établissant que ces produits sont de fait meilleurs pour la santé; elles en étaient de toute façon logiquement incapables, puisque la preuve paraît indiquer le contraire: ces produits ne sont pas plus sûrs que ceux qui contiennent de fortes quantités de goudron et ils servent principalement à inciter les fumeurs qui pourraient autrement cesser de fumer à continuer de fumer des marques plus «légères»; voir p. ex. le rapport du Surgeon General des États-Unis, *Reducing the Health Consequences of Smoking — 25 Years of Progress — A report of the Surgeon General*, *op. cit.*, aux pp. 315, 316, 664 et 665; Richard W. Pollay, «The Functions and Management of Cigarette Advertising», *op. cit.*, aux pp. 28 et 29, et le rapport de Joel B. Cohen, «Effects of Cigarette Advertising on Consumer Behavior», *op. cit.*, aux pp. 41 et 42. De plus, l'argument des appelantes, déjà faible sur le plan de la preuve, est encore davantage miné par le fait que, en vertu de la Loi, les consommateurs peuvent toujours obtenir des renseignements sur les produits et la santé au point de vente et sur l'emballage des produits du tabac (art. 5 et 9).

On peut constater le même contraste entre les présents pourvois et *Ford*, précité. Dans cet arrêt, notre Cour a conclu que les art. 58, 69 et 205 à 208 de *Charte de la langue française* du Québec, L.R.Q., ch. C-11, qui exigeaient que les affiches, les enseignes publiques et la publicité commerciale soient en français seulement, enfreignaient l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne pouvaient se justifier en vertu de l'article premier.

principally on the observation, at p. 780, that the prohibition was overbroad and thus did not satisfy the minimal impairment requirement:

... whereas requiring the predominant display of the French language, even its marked predominance, would be proportional to the goal of promoting and maintaining a French “*visage linguistique*” in Quebec and therefore justified under the Quebec *Charter* and the Canadian *Charter*, requiring the exclusive use of French has not been so justified.

110 However, there are two crucial distinctions between *Ford* and the present cases. First, although the infringed expression in *Ford* fell, as in the present cases, within the category of commercial expression, the nature and scope of the expression in these cases are quite different. While, in these cases, the Act prohibits only tobacco advertising, in *Ford*, the law prohibited all non-French commercial expression in Quebec. It was therefore much broader in scope than the prohibition under the Act. Moreover, while the Act prohibits expression that has little or no connection with “core” freedom of expression values, the commercial expression in *Ford* was intimately connected with such core values. The impugned law in that case represented an attempt by the government of Quebec to eradicate the commercial use in public of any language other than French. Given the close historical relationship between language, culture and politics in Canada, it cannot seriously be denied that the implications of this prohibition extended well beyond the commercial sphere and impacted upon the dignity of all minority language groups in Quebec. Indeed, the Court in *Ford*, *supra*, at p. 748, recognized this fact when it quoted with approval from *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 744, where the Court stated:

La Cour a fondé sa décision principalement sur l’observation qu’elle fait, à la p. 780, que l’interdiction est trop large et, par conséquent, ne respecte pas le principe de l’atteinte minimale:

Alors qu’exiger que la langue française prédomine, même nettement, sur les affiches et les enseignes serait proportionnel à l’objectif de promotion et de préservation d’un «visage linguistique» français au Québec et serait en conséquence justifié en vertu des *Chartes* québécoise et canadienne, l’obligation d’employer exclusivement le français n’a pas été justifiée.

Il y a encore deux distinctions importantes à faire entre l’arrêt *Ford* et les présents pourvois. Premièrement, bien que la liberté d’expression violée dont il était question dans *Ford* tombe, comme en l’espèce, dans la catégorie de l’expression commerciale, la nature et la portée de l’expression dans chaque cas sont très différentes. Alors que, dans les cas qui nous occupent, la Loi interdit seulement la publicité du tabac, dans *Ford*, la loi interdisait, au Québec, toute expression commerciale qui n’était pas en français. L’interdiction avait donc une portée beaucoup plus grande que celle édictée en vertu de la Loi. En outre, alors que la Loi interdit une expression qui n’a que peu ou pas de lien avec le «cœur» des valeurs de la liberté d’expression, l’expression commerciale dont il était question dans *Ford* était intimement liée à ces valeurs fondamentales. La loi contestée représentait une tentative du gouvernement du Québec d’éliminer l’utilisation commerciale en public de toute langue autre que le français. Étant donné les liens étroits dans l’histoire du Canada entre langue, culture et politique, on ne peut sérieusement nier que l’interdiction avait une incidence qui s’étendait bien au-delà du domaine commercial et qu’elle avait des répercussions sur la dignité de tous les groupes linguistiques minoritaires au Québec. En fait, la Cour, dans *Ford*, précité, à la p. 748, a souligné ce fait lorsqu’elle a repris l’extrait suivant des motifs qu’elle avait exprimés dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 744:

The importance of language rights is grounded in the essential role that language plays in human existence, development and dignity. . . . Language bridges the gap

L’importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l’existence, le développement et la dignité de l’être humain.

between isolation and community, allowing humans to delineate the rights and duties they hold in respect of one another, and thus to live in society.

In my view, it cannot seriously be argued that the "dignity" of the three large corporations whose rights are infringed in these cases is in any way comparable to that of minority group members dealt with in *Ford*.

A second important distinction between *Ford* and the present cases relates to the quantity of evidence adduced to satisfy the minimal impairment requirement. In *Ford*, no evidence was adduced to show why the exclusion of all languages other than French was necessary to achieve the objective of protecting the French language and reflecting the reality of Quebec society. Indeed, the Court in that case stated, at p. 779:

The section 1 and s. 9.1 [of the Quebec *Charter*] materials do not, however, demonstrate that the requirement of the use of French only is either necessary for the achievement of the legislative objective or proportionate to it. That specific question is simply not addressed by the materials. Indeed, in his factum and oral argument the Attorney General of Quebec did not attempt to justify the requirement of the exclusive use of French. He concentrated on the reasons for the adoption of the *Charter of the French Language* and the earlier language legislation, which, as was noted above, were conceded by the respondents.

By contrast, as I discussed above, the Attorney General in the present cases submitted a substantial body of documentation, drawn from national and international sources, to demonstrate that a full prohibition is rational and can be justified in a free and democratic society. I conclude that sufficient evidence was adduced to justify the Attorney General's submission.

Proportionality Between the Effects of the Legislation and the Objective

The third part of the proportionality analysis requires a proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures; see

[...] Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société.

À mon avis, on ne peut sérieusement avancer que la «dignité» des trois grandes sociétés dont les droits sont violés en l'espèce est de quelque façon comparable à celle de groupes minoritaires comme dans l'arrêt *Ford*.

L'autre distinction importante entre *Ford* et les présents pourvois se rapporte à la quantité des éléments de preuve déposés à l'appui de l'exigence de l'atteinte minimale. Dans *Ford*, aucune preuve n'a été déposée pour établir que l'exclusion de toutes les langues autres que le français était nécessaire pour atteindre l'objectif de protéger la langue française et de refléter la réalité de la société québécoise. En fait, la Cour a alors dit, à la p. 779:

Toutefois, les documents se rapportant à l'article premier et à l'art. 9.1 [de la *Charte* québécoise] n'établissent pas que l'exigence de l'emploi exclusif du français est nécessaire pour atteindre l'objectif législatif ni qu'elle est proportionnée à cet objectif. Cette question précise n'est même pas abordée dans les documents. En fait, dans son mémoire et dans les arguments oraux, le procureur général du Québec n'a pas tenté de justifier l'exigence de l'emploi exclusif du français. Il a plutôt insisté sur les motifs de l'adoption de la *Charte de la langue française* et de la législation antérieure en matière linguistique, motifs qui, il faut le répéter, ne sont pas contestés par les intimées.

Par contre, comme je l'ai mentionné précédemment, le procureur général a déposé en l'espèce une preuve documentaire volumineuse, tirée de sources nationales et internationales, afin d'établir qu'une interdiction totale est rationnelle et qu'elle peut se justifier dans une société libre et démocratique. Je conclus que le procureur général a déposé une preuve suffisante pour appuyer ses observations.

Proportionnalité entre les effets de la loi et l'objectif

La troisième partie de l'analyse de la proportionnalité nécessite qu'il y ait proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéf-

Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp., [1994] 3 S.C.R. 835, at pp. 890-91. For the reasons I have given with respect to both the nature of the legislation and the nature of the right infringed in these cases, it is my view that the deleterious effects of this limitation, a restriction on the rights of tobacco companies to advertise products for profit that are inherently dangerous and harmful, do not outweigh the legislative objective of reducing the number of direct inducements for Canadians to consume these products.

The Unattributed Health Message Requirement

113 I now turn to the appellants' final argument, namely, that s. 9 of the Act constitutes an unjustifiable infringement of their freedom of expression by compelling them to place on tobacco packages an unattributed health message. I agree, to use Wilson J.'s phrase, that if the effect of this provision is "to put a particular message into the mouth of the plaintiff, as is metaphorically alleged to be the case here", the section runs afoul of s. 2(b) of the *Charter*; see *Lavigne, supra*, at p. 267. This view had earlier been adopted by the whole Court in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. There a labour arbitrator had, *inter alia*, required an employer, by way of remedy for unjustly dismissing an employee, to provide a letter of recommendation consisting only of uncontested facts found by the arbitrator. Speaking for the Court on this point, Lamer J. (as he then was) stated, at p. 1080: "freedom of expression necessarily entails the right to say nothing or the right not to say certain things".

114 I add that I do not accept the distinction sought to be drawn by the Attorney General that here the statement is one of fact, not of opinion. Whatever merit this distinction may have in other contexts, the line here is too fine to warrant the distinction. I thus have no difficulty holding that the health mes-

sures des mesures; voir *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, aux pp. 890 et 891. Pour les motifs que j'ai exprimés en ce qui concerne tant la nature de la loi que celle du droit violé en l'espèce, je suis d'avis que les effets préjudiciables de la limitation, soit la restriction des droits des compagnies de tabac de faire de la publicité, dans un but commercial, sur des produits qui sont en soi dangereux et dommageables, ne l'emportent pas sur l'objectif de la loi de réduire le nombre des sources directes d'incitation à consommer ces produits faite aux Canadiens.

La nécessité de mises en garde non attribuées

Je me penche maintenant sur le dernier argument des appelantes, soit que l'art. 9 de la Loi constitue une violation injustifiable de leur liberté d'expression, les forçant à placer sur les emballages de produits du tabac un message relatif à la santé non attribué. Je conviens, pour utiliser les termes du juge Wilson, que si l'effet de cette disposition est «de faire dire des choses particulières au demandeur, pour formuler métaphoriquement l'allégation faite en l'espèce», l'article est contraire à l'al. 2b) de la *Charte*; voir *Lavigne*, précité, à la p. 267. Ce point de vue avait déjà été adopté par l'ensemble de notre Cour dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, où un arbitre avait, entre autres, exigé d'un employeur, en réparation d'un congédiement injuste, qu'il remette une lettre de recommandation ne comprenant que les faits qui, selon l'arbitre, n'avaient pas été contestés. S'exprimant au nom de la Cour sur ce point, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a affirmé à la p. 1080: «la liberté d'expression comporte nécessairement le droit de ne rien dire ou encore le droit de ne pas dire certaines choses».

J'ajoute que je n'accepte pas de faire la distinction que tente de faire le procureur général selon qui, en l'espèce, il s'agit d'un énoncé de fait, non d'opinion. Quel que soit le mérite que cette distinction puisse avoir dans d'autres contextes, la ligne de démarcation est en l'espèce trop ténue pour permettre cette distinction. Je n'ai par conséquent aucune difficulté à statuer que la mise en

sage is expression as that term is understood in s. 2(b).

I have, however, more fundamental problems accepting the appellants' contention that their s. 2(b) right was infringed by the requirement that a prescribed health warning must be placed on tobacco packages. It must be remembered that this statement is unattributed and I have some difficulty in seeing, in the context in which it was made, that it can in any real sense be considered to be attributed to the appellants. Simply because tobacco manufacturers are required to place unattributed warnings on their products does not mean that they must endorse these messages, or that they are perceived by consumers to endorse them. In a modern state, labelling of products, and especially products for human consumption, are subject to state regulation as a matter of course. It is common knowledge amongst the public at large that such statements emanate from the government, not the tobacco manufacturers. In this respect, there is an important distinction between messages directly attributed to tobacco manufacturers, which would create the impression that the message emanates from the appellants and would violate their right to silence, and the unattributed messages at issue in these cases, which emanate from the government and create no such impression. Seen in this way, the mandatory health warnings under s. 9 are no different from unattributed labelling requirements under the *Hazardous Products Act*, under which manufacturers of hazardous products are required to place unattributed warnings, such as "DANGER" or "POISON", and hazard symbols, such as skull and crossbones on their products; see *Consumer Chemicals and Containers Regulations*, SOR/88-556. I should add that the issue has ramifications for many other spheres of activity where individuals may in certain prescribed circumstances be required to place danger signs on facilities used by the public or on construction sites, and so on. This is not really an expression of opinion by the person in control of the facility or the construction site. It is rather a requirement

garde concernant la santé est une expression dans le sens où ce terme est entendu à l'al. 2b).

J'ai cependant beaucoup plus de difficulté à accepter la prétention des appelantes selon laquelle le droit que leur garantit l'al. 2b) a été violé par l'obligation d'inscrire une mise en garde particulière sur les emballages de produits du tabac. Il faut se rappeler que cet énoncé est non attribué, et je peux difficilement voir comment, dans le contexte où il a été fait, il pourrait, en réalité, être attribué aux appelantes. Le simple fait que les fabricants de produits du tabac sont tenus d'inscrire des mises en garde non attribuées sur leurs produits ne signifie pas qu'ils doivent souscrire à ces messages, ou qu'ils sont perçus par les consommateurs comme y souscrivant. Dans un État moderne, il est du cours normal des choses que l'étiquetage des produits, et particulièrement des produits destinés à la consommation humaine, soit soumis à la réglementation de l'État. Le public sait bien que ces messages émanent du gouvernement, et non des fabricants des produits du tabac. Ainsi, il y a une importante distinction à faire entre les messages directement attribués aux fabricants de produits du tabac, qui créeraient l'impression qu'ils émanent des appelantes et violeraient leur droit de garder le silence, et les messages non attribués en litige dans les présents pourvois, qui émanent du gouvernement et qui ne créent pas pareille impression. Vues de cette façon, les mises en garde exigées par l'art. 9 ne sont pas différentes des exigences en matière d'inscription de messages non attribués imposées par la *Loi sur les produits dangereux*, en vertu de laquelle les fabricants de produits dangereux sont tenus d'apposer sur leurs produits des mises en garde non attribuées, telles que «DANGER» ou «POISON», et des signaux de danger, tels qu'une tête de mort et tibias croisés; voir le *Règlement sur les produits chimiques et contenant destinés aux consommateurs*, DORS/88-556. Je crois devoir dire que la question s'étend à de nombreux autres domaines d'activités où des personnes peuvent, dans certaines circonstances particulières, avoir à placer des mises en garde dans des lieux fréquentés par le public, ou sur un chantier de construction et ainsi de suite. Il ne s'agit pas réellement d'une expression d'opinion de la part de la personne res-

imposed by the government as a condition of participating in a regulated activity.

pensable du lieu public ou du chantier de construction. Il s'agit plutôt d'une exigence imposée par le gouvernement comme condition de la participation à une activité réglementée.

116

Even if I were of the view that there was an infringement, I am firmly convinced that it is fully justifiable under s. 1. Once again, I stress the importance of context in the s. 1 analysis. The appellants are large corporations selling a product for profit which, on the basis of overwhelming evidence, is dangerous, yet maintain the right to engage in "counterspeech" against warnings which do nothing more than bring the dangerous nature of these products to the attention of consumers. Given that the objective of the unattributed health message requirement is simply to increase the likelihood that every literate consumer of tobacco products will be made aware of the risks entailed by the use of that product, and that these warnings have no political, social or religious content, it is clear that we are a long way in this context from cases where the state seeks to coerce a lone individual to make political, social or religious statements without a right to respond. I believe a lower level of constitutional scrutiny is justified in this context. These cases seem to me to be a far more compelling situation than *Slaight*, *supra*, where a majority of the Court held the infringement there was justified under s. 1. The *Charter* was essentially enacted to protect individuals, not corporations. It may, at times it is true, be necessary to protect the rights of corporations so as to protect the rights of the individual. But I do not think this is such a case, and I again draw inspiration from the statement of Dickson C.J. in *Edwards Books*, *supra*, at p. 779, that the courts must ensure that the *Charter* not become simply an instrument "of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons".

Même si j'étais d'avis qu'il y a violation, je suis tout à fait convaincu qu'elle serait justifiable au regard de l'article premier. Une fois encore, j'insiste sur l'importance du contexte dans l'analyse fondée sur l'article premier. Les appelantes sont de grandes sociétés qui vendent un produit qui leur rapporte un bénéfice et qui est, sur la foi d'une preuve écrasante, dangereux. Elle n'en revendiquent pas moins le droit de tenir un «contre-discours» contre des mises en garde, qui ne font rien de plus que d'attirer l'attention des consommateurs sur la nature dangereuse de ces produits. Étant donné que, d'une part, l'objectif visé par l'exigence d'apposer une mise en garde non attribuée est simplement d'accroître la probabilité que tout consommateur de produits du tabac qui sait lire sera mis au courant des risques rattachés à l'usage de ces produits, et que, d'autre part, ces mises en garde n'ont aucun contenu politique, social ou religieux, il est clair que nous sommes loin, dans ce contexte, de la situation où l'État tente de forcer un particulier isolé à faire des déclarations politiques, sociales ou religieuses, sans droit de réplique. Je crois qu'en l'occurrence l'analyse constitutionnelle n'a pas à être aussi approfondie. En effet, il me semble qu'elle présente une situation bien plus convaincante que celle de l'arrêt *Slaight*, précité, où, notre Cour à la majorité a conclu que la violation en question était justifiée au regard de l'article premier. Essentiellement, la *Charte* a été adoptée pour protéger les particuliers, non les personnes morales. Il se peut qu'il faille parfois protéger les droits des personnes morales afin de protéger les droits des particuliers. Mais je ne crois pas que ce soit le cas ici et, une fois de plus, je m'inspire d'une affirmation du juge en chef Dickson dans *Edwards Books*, précité, à la p. 779, selon laquelle les tribunaux doivent s'assurer que la *Charte* ne devienne pas simplement un instrument dont se serviront «les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés».

In my view, the requirement that health warnings must be unattributed is also proportional to the objective of informing consumers about the risks of tobacco use. Unattributed warnings are rationally connected to this objective because they increase the visual impact of the warning. It is not difficult to see that bold unattributed messages on a tobacco package (such as, for example, "SMOKING CAN KILL YOU") are more striking to the eye than messages cluttered by subtitles and attributions. Moreover, the attribution of the warnings also tends to dilute the factual impact of the messages. As Brossard J.A. observed, at p. 383:

... it seems to me to leap to the eye that an "attributed" message can quickly become meaningless, or even ridiculous.

As an example, the message that is supposed to come from the "Surgeon-General" remains a message imputed to an abstract entity or a political body which obviously cannot by simple decree make something hazardous that otherwise would not be. This, it seems to me, rationally weakens and attenuates the message.

These considerations are particularly relevant with respect to Parliament's goal of protecting children, who constitute the largest single group of new smokers every year in this country. In a report submitted at trial ("A Report on the Special Vulnerabilities of Children and Adolescents", *supra*) Dr. Michael J. Chandler observed that adolescents are apt to disregard or disobey messages from perceived authority figures. On this basis, he concluded that attributed warnings would be less effective in deterring adolescents from smoking. He stated, at p. 19:

Adolescents are predisposed, as a function of their persistent cognitive immaturity, to view public disagreements between "experts" as evidence that everything is simply a matter of subjective opinion, and a licence to "do their own thing". A warning by Health and Welfare Canada on a publicly advertised product would provide them with just the sort of evidence they feel is required to justify doing whatever impulsive thing occurs to them at the moment.

À mon avis, l'exigence de non-attribution des mises en garde est également proportionnelle à l'objectif d'informer les consommateurs sur les risques de l'usage du tabac. Les mises en garde non attribuées ont un lien rationnel avec cet objectif en ce qu'elles accroissent l'effet visuel de la mise en garde. Il n'est pas difficile de voir que les messages directs non attribués (tels que «FUMER PEUT VOUS TUER») sont plus frappants visuellement que les messages encombrés de sous-titres et d'attributions. De plus, l'attribution des mises en garde a aussi tendance à diluer l'incidence factuelle du message. Comme l'a fait observer le juge Brossard, à la p. 437:

Il me paraît [...] «sauter aux yeux» qu'un message «imputé» peut rapidement devenir sans signification, sinon même être tourné au ridicule.

À titre d'exemple, le message que l'on veut imputer au Surgeon General demeure un message imputé à une abstraction ou à un corps politique qui ne saurait évidemment rendre dangereux, par simple décret, ce qui ne le serait pas autrement. Le message me semble alors rationnellement affaibli et atténué.

Ces considérations sont particulièrement pertinentes en ce qui concerne le but du Parlement de protéger les enfants, qui constituent à eux seuls le plus grand groupe de nouveaux fumeurs chaque année au pays. Dans un rapport déposé au procès («A Report on the Special Vulnerabilities of Children and Adolescents», *op. cit.*), Michael J. Chandler, fait observer que les adolescents ont tendance à ne pas porter attention ou à désobéir aux messages émanant de ce qu'ils perçoivent comme des représentants de l'autorité. Il en conclut donc que les mises en garde attribuées seraient moins efficaces pour ce qui est de décourager les adolescents de fumer. Il affirme, à la p. 19:

[TRADUCTION] Les adolescents sont prédisposés, en raison de leur immaturité sur le plan cognitif, à voir les divergences publiques entre «experts» comme la preuve que tout n'est qu'une question d'opinion subjective et qu'ils peuvent par conséquent «faire comme ils veulent». Une mise en garde de Santé et Bien-être social Canada apposée sur un produit faisant l'objet de publicité leur fournirait tout juste l'excuse qu'ils attendent pour se justifier de faire tout ce qui leur passe par la tête.

118

Thus, although the unattributed health warning requirement precludes large corporations from disseminating on their product packages the view that tobacco products are not harmful, I believe that any concern arising from this technical infringement of their rights is easily outweighed by the pressing health concerns raised by tobacco consumption. As noted by Dickson C.J. in *Edwards Books, supra*, at p. 759, the *Charter* does not require the elimination of “minuscule” constitutional burdens, and legislative action that increases the costs of exercising a right need not be prohibited if the burden is “trivial” or “insubstantial”. In these cases, the only cost associated with the unattributed warning requirement is a potential reduction in profits. In my view, this is a cost that manufacturers of dangerous products can reasonably be expected to bear, given the health benefits of effective health warnings. As I stated in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 506-7:

In a modern industrial society, it is generally accepted that many activities in which individuals can engage must nevertheless to a greater or lesser extent be regulated by the state to ensure that the individual's pursuit of his or her self-interest is compatible with the community's interest in the realization of collective goals and aspirations.

Disposition

119

I would dismiss the appeals with costs. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20, wholly or in part within the legislative competence of the Parliament of Canada as being a law enacted for the peace, order and good government of Canada pursuant to s. 91 of the *Constitution Act, 1867*; as being enacted pursuant to the criminal law power in s. 91(27) thereof; or otherwise?

Par conséquent, bien que l'exigence des mises en garde non attribuées empêche les grandes sociétés de répandre l'idée par leurs emballages que les produits du tabac ne sont pas dangereux, je crois que toute inquiétude engendrée par cette violation de pure forme de leurs droits ne fait pas le poids devant les préoccupations pour la santé que fait surgir la consommation du tabac. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Dickson dans *Edwards Books*, précité, à la p. 759, la *Charte* ne nécessite pas l'élimination des «infime[s]» inconvénients affectant des droits constitutionnels, et une loi qui accroît le coût de l'exercice d'un droit ne doit pas être déclarée inopérante si l'inconvénient est «négligeable» ou «insignifiant». Dans les présents pourvois, le seul coût lié à l'exigence d'une mise en garde non attribuée est une possible réduction des bénéfices. À mon avis, on peut raisonnablement s'attendre à ce que ce coût soit supporté par les fabricants de produits dangereux, compte tenu des avantages pour la santé de mises en garde efficaces. Comme je l'ai affirmé dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, aux pp. 506 et 507:

Dans une société industrielle moderne, on reconnaît généralement que de nombreuses activités auxquelles peuvent se livrer des particuliers doivent malgré tout être plus ou moins réglementées par l'État pour veiller à ce que la poursuite des intérêts des particuliers soit compatible avec les intérêts de la collectivité dans la réalisation des buts et des aspirations collectifs.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter les pourvois avec dépens et de donner les réponses suivantes aux questions constitutionnelles:

1. La *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20, relève-t-elle, en tout ou en partie, de la compétence du Parlement du Canada de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada en vertu de l'art. 91, ou en matière de droit criminel suivant le par. 91(27), de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou autrement?

Answer: The *Tobacco Products Control Act* is wholly within the legislative competence of Parliament and is validly enacted pursuant to the criminal law power in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. It is not necessary to consider whether Parliament may validly enact the Act under its power to make laws for the peace, order and good government of Canada.

2. Is the *Tobacco Products Control Act* wholly or in part inconsistent with the right of freedom of expression as set out in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, does it constitute a reasonable limit on that right as can be demonstrably justified pursuant to s. 1 thereof?

Answer: The Act is inconsistent with s. 2(b) of the *Charter*, but constitutes a reasonable limit to that right under s. 1 thereof.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. — I agree with Justice Major that the impugned legislation is not validly enacted under the criminal law power. In other respects, I concur in the reasons of Justice McLachlin.

The following are the reasons delivered by

CORY J. — Although I am in accordance with the reasons and conclusions of Justice La Forest, I am also in agreement with the reasons of Justice Iacobucci in so far as they declare a suspension of invalidity for one year.

The following is the judgment delivered by

MCLACHLIN J. — At issue in these cases is the validity of the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20 (the “Act”), a law which imposes a ban on all advertising of tobacco products in the Canadian media and requires tobacco manufacturers to

Réponse: La *Loi réglementant les produits du tabac* est entièrement du ressort législatif du Parlement et elle a été validement adoptée en vertu du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel conféré par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il n’y a pas lieu de déterminer si le Parlement peut valide-ment adopter la Loi en vertu de son pouvoir de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement au Canada.

2. La *Loi réglementant les produits du tabac* est-elle, en tout ou en partie, incompatible avec la liberté d’expression garantie à l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l’affirmative, apporte-t-elle une limite raisonnable à l’exercice de ce droit, dont la justification puisse se démontrer au sens de l’article premier de la *Charte*?

Réponse: La Loi est incompatible avec l’al. 2b) de la *Charte*, mais elle apporte une limite raisonnable à l’exercice de ce droit au sens de l’article premier de la *Charte*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — Tout comme le juge Major, j’estime que la loi contestée n’a pas été validement adoptée dans le cadre de la compétence en matière de droit criminel. À tous autres égards, je souscris aux motifs du juge McLachlin.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY — Bien que je sois d’accord avec les motifs et les conclusions du juge La Forest, je suis également d’accord avec les motifs du juge Iacobucci dans la mesure où ils préconisent une suspension de l’effet de l’invalidité pour une période d’un an.

Version française du jugement rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Les présents pourvois portent sur la validité de la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20 (la «Loi»), qui interdit toute publicité en faveur des produits du tabac dans les médias canadiens et exige que les

print unattributed health warnings on the packages of all tobacco products.

fabricants de ces produits apposent des mises en garde non attribuées sur les emballages de tous les produits du tabac.

123 The first issue is whether Parliament had the power to enact the ban and warning requirements, given that advertising and promotion of particular industries generally are matters of provincial competence. I agree with my colleague, Justice La Forest, that Parliament may impose advertising bans and require health warnings on tobacco products under its criminal law power.

124 The second issue is whether the ban and warning requirements violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The *Charter* guarantees free expression, a guarantee which has been held to extend to commercial speech such as advertising: see *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; and *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232. I agree with La Forest J. that the prohibition on advertising and promotion of tobacco products constitutes a violation of the right to free expression as the Attorney General conceded. Unlike La Forest J., I take the view that s. 9 of the Act, which requires tobacco manufacturers to place an unattributed health warning on tobacco packages, also infringes the right of free expression. As La Forest J. notes in para. 113, this Court has previously held that “freedom of expression necessarily entails the right to say nothing or the right not to say certain things”: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1080, *per* Lamer J. (as he then was). Under s. 9(2), tobacco manufacturers are prohibited from displaying on their packages any writing other than the name, brand name, trade mark, and other information required by legislation. The combination of the unattributed health warnings and the prohibition against displaying any other information which would allow tobacco manufacturers to express their own views, constitutes an infringe-

La première question est de savoir si le Parlement avait la compétence pour adopter cette interdiction et les exigences relatives aux mises en garde, puisque la publicité et la promotion d’industries particulières sont généralement des questions de compétence provinciale. À l’instar de mon collègue le juge La Forest, je suis d’avis que, en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, le Parlement peut imposer des interdictions sur la publicité et exiger l’apposition de mises en garde sur les produits du tabac.

La deuxième question est de savoir si l’interdiction et les exigences relatives aux mises en garde vont à l’encontre de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La *Charte* garantit la liberté d’expression, et cette garantie a été interprétée comme incluant le discours commercial, comme la publicité; voir *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d’Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232. Je conviens avec le juge La Forest que l’interdiction imposée sur la publicité et la promotion des produits du tabac constitue une violation du droit à la liberté d’expression, comme l’a admis le procureur général. Contrairement au juge La Forest, je suis d’avis que l’art. 9 de la Loi, qui exige que les fabricants apposent sur les produits du tabac des messages non attribués relatifs à la santé, porte également atteinte au droit à la liberté d’expression. Comme le juge La Forest le souligne, au par. 113, notre Cour a déjà statué que «la liberté d’expression comporte nécessairement le droit de ne rien dire ou encore le droit de ne pas dire certaines choses»: *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1080, le juge Lamer (maintenant Juge en chef). En vertu du par. 9(2), il est interdit aux fabricants de tabac d’apposer sur l’emballage d’un produit du tabac des mentions autres que la désignation, le nom et toute marque de celui-ci ainsi que les renseignements prévus par

ment of the right to free expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*.

The only remaining question is whether these infringements of the right of free expression are saved under s. 1 of the *Charter*, as being reasonable and “demonstrably justified in a free and democratic society”. Acknowledging that the evidence of justification is problematic, La Forest J. concludes that it nevertheless suffices to justify the infringement of the right of free expression, given the importance of the legislative goal, the context of the law and the need to defer to Parliament on such an important and difficult issue. With respect, I cannot agree. I share the trial judge’s view that the Attorney General of Canada has failed to establish justification under s. 1 for ss. 4, 8 and 9 of the Act, those provisions which impose a total advertising ban, prohibit trade mark usage on articles other than tobacco products and mandate the use of unattributed health warnings on tobacco packaging. Because I do not believe that these provisions are severable from ss. 5 and 6 of the Act, which pertain to restrictions on promotion and trade mark usage, I find ss. 4, 5, 6, 8, and 9 to be invalid, leaving the remainder of the Act intact except in so far as it relates to the invalid provisions.

1. The Test for Justification under Section 1 of the Charter

(a) *The Wording of Section 1*

I agree with La Forest J. that “[t]he appropriate ‘test’ . . . in a s. 1 analysis is that found in s. 1 itself” (para. 62). The ultimate issue is whether the infringement is reasonable and “demonstrably justified in a free and democratic society”. The jurisprudence laying down the dual considerations of importance of objective and proportionality between the good which may be achieved by the

une loi. Les mises en garde non attribuées, conjuguées à l’interdiction d’apposer tout autre renseignement qui permettrait aux fabricants de tabac d’exprimer leurs points de vue, constituent une violation de la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte*.

La dernière question est de savoir si ces violations du droit à la liberté d’expression sont sauvegardées en vertu de l’article premier de la *Charte*, comme étant des limites raisonnables «dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique». Reconnaisant que la preuve de la justification présente des problèmes, le juge La Forest conclut qu’elle suffit néanmoins à justifier la violation du droit à la liberté d’expression compte tenu de l’importance de l’objectif législatif, du contexte de la loi et de la nécessité d’avoir de l’égard pour le Parlement relativement à une question si importante et difficile. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Tout comme le juge de première instance, j’estime que le procureur général du Canada n’a pas réussi à établir une justification en vertu de l’article premier pour les art. 4, 8 et 9 de la Loi, dispositions qui interdisent totalement la publicité, proscrivent l’utilisation de marques sur des articles autres que les produits du tabac et exigent l’apposition sur les emballages de mises en garde non attribuées. Puisque ces dispositions ne sont pas, à mon avis, dissociables des art. 5 et 6 de la Loi, qui portent sur les restrictions en matière de promotion et d’usage de marques, je conclus que les art. 4, 5, 6, 8 et 9 ne sont pas valides et que le reste de la Loi demeure inchangé, sauf dans la mesure où il se rapporte aux dispositions invalidées.

1. Le critère de la justification en vertu de l’article premier de la Charte

a) *Le libellé de l’article premier*

Je suis d’accord avec le juge La Forest pour dire que: «[l]e «critère» approprié applicable à une analyse fondée sur l’article premier se trouve dans la disposition même» (par. 62). Il s’agit en fin de compte de savoir si la violation se situe à l’intérieur de limites raisonnables «dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique». Dans la jurisprudence por-

law and the infringement of rights it works, may be seen as articulating the factors which must be considered in determining whether a law that violates constitutional rights is nevertheless “reasonable” and “demonstrably justified”. If the objective of a law which limits constitutional rights lacks sufficient importance, the infringement cannot be reasonable or justified. Similarly, if the good which may be achieved by the law pales beside the seriousness of the infringement of rights which it works, that law cannot be considered reasonable or justified. While sharing *La Forest J.*’s view that an overtechnical approach to s. 1 is to be eschewed, I find no conflict between the words of s. 1 and the jurisprudence founded upon *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The latter complements the former.

tant sur la double considération que sont l’importance de l’objectif et le critère de la proportionnalité entre le bien que vise la loi et la violation des droits à laquelle elle donne lieu, les tribunaux forment les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si l’atteinte qu’une loi porte aux droits garantis par la Constitution se situe néanmoins à l’intérieur de limites «raisonnables» «dont la justification [peut] se démontrer». Si l’objectif d’une loi qui restreint les droits garantis par la Constitution n’est pas suffisamment important, l’atteinte ne peut être ni raisonnable ni justifiée. De même, si le bien visé par la loi perd de son importance par rapport à la gravité de l’atteinte aux droits qui s’ensuit, on ne peut considérer que cette loi soit raisonnable ou justifiée. Je conviens avec le juge *La Forest* qu’il faut s’abstenir de faire une analyse trop technique fondée sur l’article premier; cependant, il n’existe pas, à mon avis, d’incompatibilité entre le libellé de l’article premier et la jurisprudence fondée sur l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, celle-ci venant compléter l’article premier.

1995 CanLII 64 (SCC)

127 This said, there is merit in reminding ourselves of the words chosen by those who framed and agreed upon s. 1 of the *Charter*. First, to be saved under s. 1 the party defending the law (here the Attorney General of Canada) must show that the law which violates the right or freedom guaranteed by the *Charter* is “reasonable”. In other words, the infringing measure must be justifiable by the processes of reason and rationality. The question is not whether the measure is popular or accords with the current public opinion polls. The question is rather whether it can be justified by application of the processes of reason. In the legal context, reason imports the notion of inference from evidence or established truths. This is not to deny intuition its role, or to require proof to the standards required by science in every case, but it is to insist on a rational, reasoned defensibility.

Cela dit, il importe de se remémorer les termes mêmes choisis par ceux qui ont rédigé et approuvé l’article premier de la *Charte*. Premièrement, pour qu’une disposition puisse être sauvegardée en vertu de l’article premier, la partie qui défend la loi (en l’espèce le procureur général du Canada) doit établir que la loi qui porte atteinte au droit ou à la liberté garantis par la *Charte* est «raisonnable». En d’autres termes, la mesure attentatoire doit être justifiable par application de la raison et de la rationalité. La question n’est pas de savoir si la mesure est populaire ou compatible avec les sondages d’opinion publique. Elle est plutôt de savoir si cette mesure peut être justifiée par l’application du processus de la raison. Dans le contexte juridique, la raison comporte la notion d’inférence à partir de la preuve ou des faits établis. Il ne s’agit pas d’éliminer le rôle de l’intuition, ni d’exiger chaque fois une preuve répondant aux normes scientifiques, mais bien d’insister sur une défense rationnelle et raisonnée.

128 Second, to meet its burden under s. 1 of the *Charter*, the state must show that the violative law

Deuxièmement, pour s’acquitter du fardeau que lui impose l’article premier de la *Charte*, l’État

is “demonstrably justified”. The choice of the word “demonstrably” is critical. The process is not one of mere intuition, nor is it one of deference to Parliament’s choice. It is a process of demonstration. This reinforces the notion inherent in the word “reasonable” of rational inference from evidence or established truths.

The bottom line is this. While remaining sensitive to the social and political context of the impugned law and allowing for difficulties of proof inherent in that context, the courts must nevertheless insist that before the state can override constitutional rights, there be a reasoned demonstration of the good which the law may achieve in relation to the seriousness of the infringement. It is the task of the courts to maintain this bottom line if the rights conferred by our constitution are to have force and meaning. The task is not easily discharged, and may require the courts to confront the tide of popular public opinion. But that has always been the price of maintaining constitutional rights. No matter how important Parliament’s goal may seem, if the state has not demonstrated that the means by which it seeks to achieve its goal are reasonable and proportionate to the infringement of rights, then the law must perforce fail.

(b) *The Factors to be Considered under Section 1*

The factors generally relevant to determining whether a violative law is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society remain those set out in *Oakes*. The first requirement is that the objective of the law limiting the *Charter* right or freedom must be of sufficient importance to warrant overriding it. The second is that the means chosen to achieve the objective must be proportional to the objective and the effect of the law — proportionate, in short, to the good which it may produce. Three matters are considered in determining proportionality: the measures chosen must be rationally connected to the objective; they must impair the guaranteed right or free-

doit établir que la violation comprise dans une loi se situe à l’intérieur de limites «dont la justification puisse se démontrer». Le choix de l’expression «puisse se démontrer» est important. Il ne s’agit pas de procéder par simple intuition, ou d’affirmer qu’il faut avoir de l’égard pour le choix du Parlement. Il s’agit d’un processus de démonstration. Cela renforce la notion propre au terme «raisonnable» selon laquelle il faut tirer une inférence rationnelle de la preuve ou des faits établis.

La démarche fondamentale est la suivante. Bien qu’ils doivent demeurer conscients du contexte socio-politique de la loi attaquée et reconnaître les difficultés qui y sont propres en matière de preuve, les tribunaux doivent néanmoins insister pour que, avant qu’il ne supprime un droit protégé par la Constitution, l’État fasse une démonstration raisonnée du bien visé par la loi par rapport à la gravité de la violation. Les tribunaux doivent respecter cette démarche fondamentale pour que les droits garantis par notre constitution soient opérants. Ce n’est pas une tâche facile, et les tribunaux devront peut-être affronter le courant d’opinion publique. Cependant, c’est depuis toujours le prix du maintien des droits constitutionnels. Si important que puisse sembler l’objectif du Parlement, si l’État n’a pas démontré que les moyens qu’il utilise pour atteindre son objectif sont raisonnables et proportionnels à la violation des droits, la loi doit alors par nécessité être déclarée non valide.

b) *Les facteurs à examiner sous le régime de l’article premier*

Les facteurs énoncés dans l’arrêt *Oakes* demeurent les facteurs généralement pertinents pour déterminer si une limite prévue dans une loi est une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. Premièrement, l’objectif de la loi qui restreint un droit ou une liberté garantis par la *Charte* doit être suffisamment important pour justifier sa suppression. Deuxièmement, les moyens choisis pour atteindre cet objectif doivent être proportionnels à l’objectif et à l’effet de la loi — en bref, proportionnels au bien qu’elle vise. Dans la détermination de la proportionnalité, il faut tenir compte de trois points: les mesures choisies doi-

dom as little as reasonably possible (minimal impairment); and there must be overall proportionality between the deleterious effects of the measures and the salutary effects of the law.

(c) *Applying the Oakes Factors — Context, Deference to Parliament, Standard of Proof and the Trial Judge's Findings*

vent avoir un lien rationnel avec l'objectif; elles doivent restreindre aussi peu que cela est raisonnablement possible le droit ou la liberté garantis (atteinte minimale), et il doit exister une proportionnalité globale entre les effets préjudiciables des mesures et les effets salutaires de la loi.

c) *Application des facteurs de l'arrêt Oakes — Contexte, égard envers le Parlement, norme de preuve et conclusions du juge de première instance*

131 Having set out the criteria determinative of whether a law that infringes a guaranteed right or freedom is justified under s. 1, La Forest J. offers observations on the approach the courts should use in applying them.

Après avoir formulé les critères qui servent à déterminer si une loi qui porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis se justifie en vertu de l'article premier, le juge La Forest fait des observations sur la méthode que les tribunaux devraient utiliser lorsqu'ils les appliquent.

132 His first point is that the *Oakes* test must be applied flexibly, having regard to the factual and social context of each case. I agree. The need to consider the context of the case has been accepted since Wilson J. propounded it in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. This "sensitive, case-oriented approach" was affirmed in *Rocket, supra*, which also concerned a law limiting advertising. There I wrote at pp. 246-47:

Il fait tout d'abord remarquer que le critère formulé dans l'arrêt *Oakes* doit être appliqué avec souplesse, compte tenu du contexte factuel et social de chaque cas particulier. Je suis d'accord. La nécessité de tenir compte du contexte de chaque cas particulier est acceptée depuis que le juge Wilson l'a proposée dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. Cette «méthode d'analyse [...] avec sensibilité et en fonction de chaque cas particulier» a été confirmée dans l'arrêt *Rocket*, précité, qui portait également sur une loi restreignant la publicité. Dans cet arrêt, j'affirme, aux pp. 246 et 247:

While the Canadian approach does not apply special tests to restrictions on commercial expression, our method of analysis does permit a sensitive, case-oriented approach to the determination of their constitutionality. Placing the conflicting values in their factual and social context when performing the s. 1 analysis permits the courts to have regard to special features of the expression in question. As Wilson J. notes in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, not all expression is equally worthy of protection. Nor are all infringements of free expression equally serious.

Bien que la méthode canadienne ne consiste pas à appliquer des critères spéciaux aux restrictions imposées à l'expression commerciale, notre méthode d'analyse permet d'aborder la détermination de leur constitutionnalité avec sensibilité et en fonction de chaque cas particulier. En situant les valeurs contradictoires dans leur contexte factuel et social au moment de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier, les tribunaux ont la possibilité de tenir compte des caractéristiques spéciales de l'expression en question. Comme le juge Wilson le fait remarquer dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, ce ne sont pas toutes les expressions qui méritent la même protection. Toutes les violations de la liberté d'expression ne sont pas également graves.

133 That the s. 1 analysis takes into account the context in which the particular law is situated should

Il n'est pas vraiment étonnant que l'analyse fondée sur l'article premier tienne compte du contexte

hardly surprise us. The s. 1 inquiry is by its very nature a fact-specific inquiry. In determining whether the objective of the law is sufficiently important to be capable of overriding a guaranteed right, the court must examine the actual objective of the law. In determining proportionality, it must determine the actual connection between the objective and what the law will in fact achieve; the actual degree to which it impairs the right; and whether the actual benefit which the law is calculated to achieve outweighs the actual seriousness of the limitation of the right. In short, s. 1 is an exercise based on the facts of the law at issue and the proof offered of its justification, not on abstractions.

However, while the impugned law must be considered in its social and economic context, nothing in the jurisprudence suggests that the contextual approach reduces the obligation on the state to meet the burden of demonstrating that the limitation on rights imposed by the law is reasonable and justified. Context is essential in determining legislative objective and proportionality, but it cannot be carried to the extreme of treating the challenged law as a unique socio-economic phenomenon, of which Parliament is deemed the best judge. This would be to undercut the obligation on Parliament to justify limitations which it places on *Charter* rights and would be to substitute *ad hoc* judicial discretion for the reasoned demonstration contemplated by the *Charter*.

Related to context is the degree of deference which the courts should accord to Parliament. It is established that the deference accorded to Parliament or the legislatures may vary with the social context in which the limitation on rights is imposed. For example, it has been suggested that greater deference to Parliament or the Legislature may be appropriate if the law is concerned with the competing rights between different sectors of society than if it is a contest between the individual and the state: *Irwin Toy*, *supra*, at pp. 993-94; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, at p. 521. However, such distinctions

dans lequel se situe la loi en question. L'examen fondé sur l'article premier est, de par sa nature même, un examen spécifique des faits. Pour déterminer si l'objectif de la loi est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti, le tribunal doit examiner le véritable objectif de la loi. Dans l'examen de la proportionnalité, le tribunal doit déterminer quel est le lien qui existe entre l'objectif de la loi et ce que cette loi réussira effectivement à accomplir, dans quelle mesure la loi restreint le droit en question et, enfin, si l'avantage que la loi vise l'emporte sur la gravité de la restriction du droit. Bref, l'évaluation en vertu de l'article premier est un exercice fondé sur les faits de la loi en cause et sur la preuve de sa justification, et non sur des abstractions.

Cependant, bien que la loi contestée doive être examinée dans son contexte social et économique, la jurisprudence n'indique aucunement que l'analyse contextuelle diminue l'obligation qu'a l'État de démontrer que la restriction des droits est raisonnable et justifiée. Le contexte est essentiel dans la détermination de l'objectif législatif et de la proportionnalité, mais on ne peut pousser son importance à l'extrême et considérer ainsi la loi contestée comme un phénomène socio-économique unique, dont le Parlement est réputé le meilleur juge. On se trouverait ainsi à atténuer l'obligation imposée au Parlement de justifier les restrictions qu'il apporte aux droits garantis par la *Charte*, et à remplacer la démonstration raisonnée envisagée par la *Charte* par l'exercice du pouvoir discrétionnaire *ad hoc* d'un tribunal.

Relié au contexte, il y a le degré de respect dont les tribunaux doivent faire preuve envers le Parlement. Il est bien établi que le respect accordé au Parlement ou aux législatures peut varier en fonction du contexte social dans lequel est imposée la restriction aux droits. Par exemple, on a affirmé qu'il y aurait lieu de faire preuve d'un plus grand respect pour le législateur fédéral ou provincial dans le cas où une loi vise les droits contradictoires de divers secteurs de la société, que dans le cas où il s'agit d'une contestation entre le particulier et l'État: *Irwin Toy*, précité, aux pp. 993 et 994; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3

may not always be easy to apply. For example, the criminal law is generally seen as involving a contest between the state and the accused, but it also involves an allocation of priorities between the accused and the victim, actual or potential. The cases at bar provide a cogent example. We are concerned with a criminal law, which pits the state against the offender. But the social values reflected in this criminal law lead La Forest J. to conclude that "the Act is the very type of legislation to which this Court has generally accorded a high degree of deference" (para. 70). This said, I accept that the situation which the law is attempting to redress may affect the degree of deference which the court should accord to Parliament's choice. The difficulty of devising legislative solutions to social problems which may be only incompletely understood may also affect the degree of deference that the courts accord to Parliament or the Legislature. As I wrote in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, at p. 248, "some deference must be paid to the legislators and the difficulties inherent in the process of drafting rules of general application. A limit prescribed by law should not be struck out merely because the Court can conceive of an alternative which seems to it to be less restrictive".

R.C.S. 483, à la p. 521. Cependant, ces distinctions pourraient ne pas être toujours faciles d'application. Par exemple, on considère généralement que le droit criminel opposera l'État et l'accusé; cependant, il nécessitera aussi une répartition des priorités entre l'accusé et la victime, véritable ou éventuelle. Les présents pourvois offrent un exemple convaincant. Nous sommes en présence d'une loi de nature pénale, qui oppose l'État et le contrevenant. Cependant, les valeurs sociales présentes dans cette loi amènent le juge La Forest à conclure que «la Loi est précisément le type de loi envers laquelle notre Cour a généralement fait preuve d'une grande retenue» (par. 70). Cela dit, je reconnais que le problème auquel la loi tente de remédier risque d'avoir une incidence sur le degré de respect dont le tribunal devrait faire preuve à l'égard du choix du Parlement. De même, la difficulté de concevoir des solutions législatives à des problèmes sociaux qui pourraient bien n'être que partiellement compris peut aussi avoir une incidence sur le degré de respect dont les tribunaux feront preuve envers le législateur fédéral ou provincial. Comme je l'ai affirmé dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, à la p. 248: «il convient d'avoir de l'égard pour les législateurs et les difficultés inhérentes au processus de rédaction des règles d'application générale. Il ne faudrait pas annuler une limite prescrite par une règle de droit tout simplement parce que le tribunal peut concevoir une autre solution qui lui semble moins restrictive».

As with context, however, care must be taken not to extend the notion of deference too far. Deference must not be carried to the point of relieving the government of the burden which the *Charter* places upon it of demonstrating that the limits it has imposed on guaranteed rights are reasonable and justifiable. Parliament has its role: to choose the appropriate response to social problems within the limiting framework of the Constitution. But the courts also have a role: to determine, objectively and impartially, whether Parliament's choice falls within the limiting framework of the Constitution. The courts are no more permitted to abdicate their responsibility than is Parliament. To carry judicial deference to the point of accepting Parliament's

Cependant, comme pour le contexte, il faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect. Le respect porté ne doit pas aller jusqu'au point de libérer le gouvernement de l'obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu'il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables. Le Parlement a son rôle: choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle: déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s'inscrit dans les limites prévues par la Constitution. Les tribunaux n'ont pas plus le droit que le Parlement d'abdiquer leur responsabilité. Les tribunaux se trouveraient à dimi-

view simply on the basis that the problem is serious and the solution difficult, would be to diminish the role of the courts in the constitutional process and to weaken the structure of rights upon which our constitution and our nation is founded.

Context and deference are related to a third concept in the s. 1 analysis: standard of proof. I agree with La Forest J. that proof to the standard required by science is not required. Nor is proof beyond a reasonable doubt on the criminal standard required. As the s. 1 jurisprudence has established, the civil standard of proof on a balance of probabilities at all stages of the proportionality analysis is more appropriate: *Oakes*, *supra*, at p. 137; *Irwin Toy*, *supra*, at p. 992. I thus disagree with La Forest J.'s conclusion (in para. 82) that in these cases "it is unnecessary ... for the government to demonstrate a rational connection according to a civil standard of proof". Discharge of the civil standard does not require scientific demonstration; the balance of probabilities may be established by the application of common sense to what is known, even though what is known may be deficient from a scientific point of view: see *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311.

In summary, while I agree with La Forest J. that context, deference and a flexible and realistic standard of proof are essential aspects of the s. 1 analysis, these concepts should be used as they have been used by this Court in previous cases. They must not be attenuated to the point that they relieve the state of the burden the *Charter* imposes of demonstrating that the limits imposed on our constitutional rights and freedoms are reasonable and justifiable in a free and democratic society.

I come finally to a fourth general matter discussed by La Forest J. — the degree of deference

nuer leur rôle à l'intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits sur lesquels notre constitution et notre nation sont fondées, s'ils portaient le respect jusqu'au point d'accepter le point de vue du Parlement simplement pour le motif que le problème est sérieux et la solution difficile.

Dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, les concepts de contexte et de respect sont rattachés à un troisième: celui de la norme de preuve. À l'instar du juge La Forest, j'estime que la preuve n'a pas à satisfaire à la norme requise en matière scientifique. Il ne s'agit pas non plus d'une preuve hors de tout doute raisonnable comme en matière criminelle. Comme l'établit la jurisprudence relative à l'article premier, la norme de preuve qui convient, à toutes les étapes de l'analyse de la proportionnalité, est celle qui s'applique en matière civile, c'est-à-dire la preuve selon la prépondérance des probabilités: *Oakes*, précité, à la p. 137; *Irwin Toy*, précité, à la p. 992. Je ne suis donc pas d'accord avec la conclusion du juge La Forest (au par. 82) qu'«il n'est pas nécessaire [...] que le gouvernement fasse la preuve d'un lien rationnel selon les règles de preuve en matière civile». Pour satisfaire à la norme de preuve en matière civile, on n'a pas à faire une démonstration scientifique; la prépondérance des probabilités s'établit par application du bon sens à ce qui est connu, même si ce qui est connu peut comporter des lacunes du point de vue scientifique: voir l'arrêt *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311.

Bref, bien que je convienne avec le juge La Forest que les concepts de contexte, de respect et d'application d'une norme de preuve souple et réaliste sont des aspects essentiels de l'analyse fondée sur l'article premier, j'estime qu'ils devraient être appliqués conformément à la jurisprudence de notre Cour. On ne doit pas en atténuer l'importance au point de libérer l'État de l'obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions apportées à nos droits et libertés constitutionnels sont raisonnables et justifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique.

J'arrive finalement à la quatrième question générale examinée par le juge La Forest: le degré

which appellate courts should accord to the findings of the trial judge under s. 1 of the *Charter* analysis. The trial judge in these cases concluded that the proportionality test was not met. He based this conclusion on findings that the evidence failed to establish any of the three requirements for proportionality under s. 1.

de retenue dont une cour d'appel doit faire preuve envers les conclusions du juge de première instance dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*. Le juge de première instance a conclu en l'espèce que l'on n'avait pas satisfait au critère de la proportionnalité. À cette fin, il s'est fondé sur sa conclusion que la preuve n'établissait aucune des trois exigences du critère de la proportionnalité en vertu de l'article premier.

As a general rule, courts of appeal decline to interfere with findings of fact by a trial judge unless they are unsupported by the evidence or based on clear error. This rule is based in large part on the advantage afforded to the trial judge and denied to the appellate court of seeing and hearing the witnesses. La Forest J. concludes that this rule does not apply to the findings of the trial judge in these cases, because those findings were not "adjudicative facts" but rather were "legislative facts".

En règle générale, une cour d'appel refuse de modifier les conclusions de fait du juge de première instance, sauf si ces conclusions ne s'appuient pas sur la preuve ou sont fondées sur une erreur manifeste. Cette règle repose en grande partie sur l'avantage dont bénéficie le juge de première instance, mais non une cour d'appel, de voir et d'entendre les témoins. Le juge La Forest conclut que cette règle ne s'applique pas aux conclusions du juge de première instance, en l'espèce, parce que ces conclusions portaient non pas sur des «faits en litige», mais plutôt sur des «faits législatifs».

While this approach sheds some light on the matter, the distinction between legislative and adjudicative facts may be harder to maintain in practice than in theory. Suffice it to say that in the context of the s. 1 analysis, more deference may be required to findings based on evidence of a purely factual nature whereas a lesser degree of deference may be required where the trial judge has considered social science and other policy oriented evidence. As a general matter, appellate courts are not as constrained by the trial judge's findings in the context of the s. 1 analysis as they are in the course of non-constitutional litigation, since the impact of the infringement on constitutional rights must often be assessed by reference to a broad review of social, economic and political factors in addition to scientific facts. At the same time, while appellate courts are not bound by the trial judge's findings in respect of social science evidence, they should remain sensitive to the fact that the trial judge has had the advantage of hearing competing expert testimony firsthand. The trial judge's findings with respect to the credibility of certain witnesses may

Bien que cette démarche clarifie quelque peu la question, la distinction entre les faits législatifs et les faits en litige pourrait bien être plus difficile à maintenir en pratique qu'en théorie. Qu'il me suffise de dire que, dans le contexte de l'analyse fondée sur l'article premier, il pourrait bien être nécessaire de faire preuve d'une plus grande retenue à l'égard de conclusions fondées sur une preuve de nature purement factuelle, qu'à l'égard de conclusions que le juge de première instance aurait tirées après l'examen de la preuve en matière de sciences humaines et d'autres questions de principe. En règle générale, dans le contexte d'une analyse fondée sur l'article premier, une cour d'appel n'est pas liée par les conclusions du juge de première instance au même degré qu'elle l'est dans le cadre d'un litige de nature non constitutionnelle, puisque l'incidence de la violation sur les droits constitutionnels doit souvent être évaluée dans le cadre d'un vaste examen de facteurs sociaux, économiques et politiques, qui vient s'ajouter à celui de faits scientifiques. Par ailleurs, bien qu'une cour d'appel ne soit pas liée par les

be useful when the appeal court reviews the record.

Against this background, I return to the cases at bar and the factors for s. 1 justification discussed in *Oakes*.

(d) *The Objective of the Limit on Free Expression*

The question at this stage is whether the objective of the infringing measure is sufficiently important to be capable in principle of justifying a limitation on the rights and freedoms guaranteed by the constitution. Given the importance of the *Charter* guarantees, this is not easily done. To meet the test, the objective must be one of pressing and substantial importance.

Care must be taken not to overstate the objective. The objective relevant to the s. 1 analysis is the objective of the infringing measure, since it is the infringing measure and nothing else which is sought to be justified. If the objective is stated too broadly, its importance may be exaggerated and the analysis compromised. As my colleague has noted, the *Tobacco Products Control Act* is but one facet of a complex legislative and policy scheme to protect Canadians from the health risks of tobacco use. However, the objective of the impugned measures themselves is somewhat narrower than this. The objective of the advertising ban and trade mark usage restrictions must be to prevent people in Canada from being persuaded by advertising and promotion to use tobacco products. The objective of the mandatory package warning must be to discourage people who see the package from tobacco use. Both constitute important objectives, although the significance of the targeted decrease in consumption is reduced by the government's estimate that despite the ban, 65 percent of the

conclusions du juge de première instance relativement à la preuve en matière de sciences humaines, elle devrait continuer d'être consciente du fait que le juge de première instance a eu l'avantage d'entendre de première main des témoignages d'experts contradictoires. Les conclusions du juge de première instance sur la crédibilité de certains témoins peuvent être utiles lorsque la cour d'appel fait l'examen du dossier.

Sur cette toile de fond, je reviens à l'examen des présents pourvois et des facteurs de justification en vertu de l'article premier, formulés dans l'arrêt *Oakes*.

d) *L'objectif de la restriction de la liberté d'expression*

À cette étape, la question est de savoir si l'objectif de la mesure attentatoire est suffisamment important pour justifier en principe une restriction des droits et libertés garantis par la Constitution. Vu l'importance des garanties de la *Charte*, ce n'est pas un exercice facile à faire. Pour satisfaire à ce critère, l'objectif doit revêtir une importance urgente et réelle.

Il faut veiller à ne pas surestimer l'objectif. Aux fins d'une analyse fondée sur l'article premier, l'objectif pertinent est l'objectif de la mesure attentatoire puisque c'est cette dernière et rien d'autre que l'on cherche à justifier. Si l'on formule l'objectif d'une façon trop large, on risque d'en exagérer l'importance et d'en compromettre l'analyse. Comme mon collègue l'a fait remarquer, la *Loi réglementant les produits du tabac* ne constitue que l'une des facettes d'un régime complexe sur le plan de la loi et des principes destiné à protéger les Canadiens contre les méfaits de l'usage du tabac sur la santé. Cependant, l'objectif des mesures contestées est un peu plus restreint que cela. L'interdiction de publicité et les restrictions à l'usage des marques doivent viser à empêcher la population canadienne de se laisser convaincre par la publicité et la promotion de faire usage du tabac. L'objectif de la mise en garde obligatoire doit être de dissuader les gens qui voient l'emballage de faire usage du tabac. Ces deux objectifs sont importants, mais l'ampleur de la diminution de

Canadian magazine market will contain tobacco advertisements, given that the ban applies only to Canadian media and not to imported publications.

consommation visée perd de l'importance si l'on tient compte du fait que, selon une estimation gouvernementale, 65 pour 100 des magazines vendus au Canada contiendront des annonces sur les produits du tabac, puisque l'interdiction ne vise que les médias canadiens et non les publications importées.

145 I digress at this point to note that I do not share La Forest J.'s view (para. 66) that the trial judge erred in observing (at p. 491) that "much of the expert scientific evidence relating to the effects of tobacco on health . . . was . . . irrelevant to the case and . . . served . . . to colour the debate unnecessarily". The trial judge was simply pointing out that much of the evidence focused on a larger problem than that targeted by the legislation at issue. The critical question is not the evil tobacco works generally in our society, but the evil which the legislation addresses.

Je m'écarte ici du sujet pour préciser que je ne suis pas d'accord avec l'opinion du juge La Forest (par. 66) selon laquelle le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a fait observer (à la p. 2293) qu'«une grande partie de cette preuve d'expertise scientifique relativement aux effets du tabac sur la santé [. . .] était [. . .] non pertinente en l'espèce et ne servait [. . .] qu'à colorer inutilement le débat». Le juge de première instance faisait simplement ressortir que la majeure partie de la preuve portait sur un problème plus vaste que celui visé par la loi en cause. La question cruciale n'est pas le mal que le tabac cause dans l'ensemble de notre société, mais bien le mal auquel s'attaque la loi.

146 While the limited objective of reducing tobacco-associated health risks by reducing advertising-related consumption and providing warnings of dangers is less significant than the broad objective of protecting Canadians generally from the risks associated with tobacco use, it nevertheless constitutes an objective of sufficient importance to justify overriding the right of free expression guaranteed by the *Charter*. Even a small reduction in tobacco use may work a significant benefit to the health of Canadians and justify a properly proportioned limitation of right of free expression.

Bien que l'objectif restreint de diminuer les méfaits du tabac sur la santé, au moyen d'une diminution de l'usage du tabac causé par la publicité et de l'inscription de mises en garde, soit moins important que l'objectif général de protéger l'ensemble de la population canadienne contre les dangers liés à l'usage du tabac, cet objectif restreint est néanmoins suffisamment important pour justifier la suppression de la liberté d'expression garantie par la *Charte*. Même une infime diminution de l'usage du tabac peut entraîner un avantage important pour la santé des Canadiens et justifier une restriction de la liberté d'expression qui respecte le critère de la proportionnalité.

(e) *Proportionality*

e) *La proportionnalité*

(i) Findings of the Trial Judge (1991), 82 D.L.R. (4th) 449

(i) Les conclusions du juge de première instance, [1991] R.J.Q. 2260

147 The trial judge held that the impairment of rights effected by the law had not been shown to be proportionate to the objective of reducing tobacco use by eliminating advertising in Canadian media and requiring unattributed health warn-

Le juge de première instance a conclu que l'on n'avait pas établi que l'atteinte aux droits était proportionnelle à l'objectif de réduire l'usage du tabac par l'interdiction de la publicité dans les médias canadiens et l'inscription obligatoire de mises en

ings on tobacco packaging. In his view, none of the three requirements for proportionality under s. 1 had been established.

The first requirement is that there be a rational connection between the objective of reducing tobacco consumption and the advertising ban. Chabot J. found that the Attorney General for Canada had failed to establish on a balance of probabilities that a rational connection exists between the full prohibition on advertising and the objective of reducing tobacco consumption, describing "the connection which the state seeks to establish between health protection and tobacco advertising" as "tenuous and speculative" (p. 512). He stated (at p. 513): "[t]he virtual totality of the scientific documents in the state's possession at the time the Act was passed do not demonstrate that a ban on advertising would affect consumption".

The second requirement of proportionality is that the law impair the protected right as little as reasonably possible. In other words, the infringement on the right of free expression must go no further than reasonably required to achieve the legislative goal, in these cases the reduction of tobacco use caused by advertising and the absence of package warnings. The trial judge observed, at pp. 515-17, that the Attorney General had adduced no evidence that a complete ban would reduce tobacco consumption more than a partial ban, or that unattributed health warnings would be more effective than attributed health warnings. As a result, he found that the Attorney General had failed to meet the burden upon it of showing that the infringements of rights were carefully tailored to the legislative objective.

The third requirement is proportionality between the objective of the law and the limits it imposes on constitutionally guaranteed rights. Here too, Chabot J. ruled that the state had not discharged the onus upon it. In his view, the law constituted "social engineering" and "an extremely serious

garde non attribuées sur les emballages des produits du tabac. À son avis, on n'avait satisfait à aucune des trois exigences du critère de la proportionnalité dans le cadre de l'article premier.

La première exigence est qu'il y ait un lien rationnel entre l'objectif de réduire l'usage du tabac et l'interdiction de publicité. Le juge Chabot a conclu que le procureur général du Canada n'avait pas réussi à établir, suivant la prépondérance des probabilités, l'existence d'un lien rationnel entre l'interdiction totale de publicité et l'objectif de réduire l'usage du tabac, affirmant que «le lien que l'État cherche à établir entre la protection de la santé et la publicité des produits du tabac est ténu et aléatoire» (p. 2308). Il précise, à la p. 2309, que «[l]a presque totalité de la documentation scientifique en possession de l'État lors de l'adoption de la loi ne démontrait pas que le bannissement de la publicité aurait un effet sur la consommation».

La deuxième exigence du critère de la proportionnalité est que la loi restreigne le droit protégé aussi peu que cela est raisonnablement possible. En d'autres termes, la violation du droit à la liberté d'expression ne doit pas s'étendre au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif législatif, en l'occurrence, la diminution de l'usage du tabac imputable à la publicité et à l'absence de mises en garde sur les emballages. Le juge de première instance a fait remarquer, aux pp. 2310 à 2312, que le procureur général n'avait pas présenté de preuve pour établir qu'une interdiction totale réduirait l'usage du tabac davantage qu'une interdiction partielle, ou que des messages non attribués relatifs à la santé seraient plus efficaces que des messages attribués. En définitive, il a conclu que le procureur général ne s'était pas acquitté du fardeau qu'il avait d'établir que la violation des droits était soigneusement adaptée à l'objectif législatif.

La troisième exigence est qu'il doit y avoir proportionnalité entre l'objectif de la loi et les restrictions qu'elle impose aux droits garantis par la Constitution. Le juge Chabot a également conclu que l'État ne s'était pas acquitté de la charge qu'il avait. À son avis, la loi constitue un genre «d'ingé-

148

1995 CanLII 64 (SCC)

149

150

impairment of the principles inherent in a free and democratic society". This effect he found (at p. 517) to be "disproportionate to the objective of the [Act]".

nierie sociale» et «une atteinte extrêmement grave aux principes inhérents d'une société libre et démocratique». Il affirme, à la p. 2312, que cet effet est «incommensurable avec l'objectif de la [Loi]».

151 To what extent should this Court defer to the trial judge's findings? As discussed earlier, this depends on whether the findings relate to purely factual matters or whether they relate to complex social science evidence from which it is difficult to draw firm factual and scientific conclusions. In the cases at bar, the trial lasted more than one year and a massive amount of evidence was adduced through experts and through documentary evidence on which the experts were examined. I agree with *La Forest J.* that it would be wrong to discard completely the trial judge's findings in these cases with respect to the credibility of witnesses and with respect to the defective methodology used in compiling the data for certain reports. In my view, *Chabot J.* was in a stronger position than are appellate courts to make such determinations, having listened to extensive testimony from experts on both sides of the debate. On the other hand, it may be that less deference should be accorded to the trial judge's finding that the complete ban on advertising was not rationally connected to the aim of reducing advertising-induced consumption. Much of the evidence adduced on this point was social science evidence predictive of human behaviour from which it was difficult to draw firm factual conclusions. In assessing this evidence *Chabot J.* erred in failing to consider factors which could suggest as a matter of logic or reason that there was, on a balance of probabilities, a rational connection between the objective and the means chosen.

Dans quelle mesure notre Cour devrait-elle faire preuve de retenue à l'égard des conclusions du juge de première instance? Comme je l'ai déjà dit, il faut déterminer si les conclusions se rapportent à des questions purement factuelles ou à des éléments de preuve complexes en matière de sciences humaines à partir desquels il est difficile de tirer de solides conclusions factuelles et scientifiques. En l'espèce, le procès a duré plus d'un an et une preuve volumineuse a été présentée, que ce soit par témoignages d'expert ou par dépôt de documents sur lesquels les experts ont été interrogés. Tout comme le juge *La Forest*, j'estime qu'il serait erroné d'écarter complètement les conclusions du juge de première instance dans les présents pourvois relativement à la crédibilité des témoins et à la mauvaise méthodologie employée pour recueillir les données de certains rapports. À mon avis, le juge *Chabot* était mieux placé qu'une cour d'appel pour tirer ces conclusions puisqu'il avait entendu les longs témoignages des experts des deux parties. Par contre, il y a peut-être lieu de faire preuve d'une moins grande retenue à l'égard de la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'interdiction totale de publicité n'avait pas de lien rationnel avec l'objectif de diminution de la consommation provoquée par la publicité. La majeure partie de la preuve présentée sur ce point consistait en des données en matière de sciences humaines concernant le comportement humain prévisible, à partir desquelles il était difficile de tirer de solides conclusions factuelles. Dans l'appréciation de ces données, le juge *Chabot* a commis une erreur en omettant d'examiner des facteurs qui, logiquement ou rationnellement, aurait pu établir, suivant la prépondérance des probabilités, l'existence d'un lien rationnel entre l'objectif et les moyens choisis.

1995 CanLII 64 (SCC)

152 With respect to the minimal impairment element of the proportionality analysis, I accept *Chabot J.*'s finding that the impugned provisions mandating a complete ban and unattributed package warnings

En ce qui concerne le volet atteinte minimale de l'analyse de la proportionnalité, j'accepte la conclusion du juge *Chabot* voulant que les dispositions attaquées qui interdisent toute publicité et

do not minimally impair the right to free expression. Under the minimal impairment analysis, Chabot J. did not rely on problematic social science data, but on the fact that the government had adduced no evidence to show that less intrusive regulation would not achieve its goals as effectively as an outright ban. Nor had the government adduced evidence to show that attributed health warnings would not be as effective as unattributed warnings on tobacco packaging.

(ii) Rational Connection

As a first step in the proportionality analysis, the government must demonstrate that the infringements of the right of free expression worked by the law are rationally connected to the legislative goal of reducing tobacco consumption. It must show a causal connection between the infringement and the benefit sought on the basis of reason or logic. To put it another way, the government must show that the restriction on rights serves the intended purpose. This must be demonstrated on a balance of probabilities.

The causal relationship between the infringement of rights and the benefit sought may sometimes be proved by scientific evidence showing that as a matter of repeated observation, one affects the other. Where, however, legislation is directed at changing human behaviour, as in the case of the *Tobacco Products Control Act*, the causal relationship may not be scientifically measurable. In such cases, this Court has been prepared to find a causal connection between the infringement and benefit sought on the basis of reason or logic, without insisting on direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 768 and 777; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 503. As Sopinka J. wrote of the causal link

exigent l'apposition de mises en garde non attribuées sur les emballages ne constituent pas une atteinte minimale au droit à la liberté d'expression. Dans le cadre de l'analyse de l'atteinte minimale, le juge Chabot ne s'est pas fié à des données problématiques en matière de sciences humaines mais plutôt au fait que le gouvernement n'avait pas présenté d'éléments de preuve établissant qu'un règlement moins attentatoire n'atteindrait pas ses objectifs aussi efficacement qu'une interdiction totale. Le gouvernement n'avait pas non plus présenté d'éléments de preuve pour établir que des mises en garde attribuées sur les emballages des produits du tabac ne seraient pas aussi efficaces que des mises en garde non attribuées.

(ii) Le lien rationnel

À la première étape de l'analyse de la proportionnalité, le gouvernement doit démontrer que l'atteinte à la liberté d'expression entraînée par la loi a un lien rationnel avec l'objectif législatif de réduire l'usage du tabac. Il doit établir un lien causal, fondé sur la raison ou la logique, entre la violation et l'avantage recherché. En d'autres termes, le gouvernement doit établir que la restriction des droits sert la fin visée. Cette preuve doit être faite suivant la prépondérance des probabilités.

Le lien causal entre l'atteinte aux droits et l'avantage recherché peut parfois être établi par une preuve scientifique démontrant à la suite d'une observation répétée que l'un influe sur l'autre. Par contre, dans les cas où une loi vise une modification du comportement humain, comme dans le cas de la *Loi réglementant les produits du tabac*, le lien causal pourrait bien ne pas être mesurable du point de vue scientifique. Dans ces cas, notre Cour s'est montrée disposée à reconnaître l'existence d'un lien causal entre la violation et l'avantage recherché sur le fondement de la raison ou de la logique, sans insister sur la nécessité d'une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l'objectif législatif: *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, aux pp. 768 et 777; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, à la p. 503. Voici comment le juge Sopinka envisage le lien causal entre l'obscénité et

between obscenity and harm to society in *Butler*, at p. 502:

While a direct link between obscenity and harm to society may be difficult, if not impossible, to establish, it is reasonable to presume that exposure to images bears a causal relationship to changes in attitudes and beliefs.

le préjudice causé à la société, dans l'arrêt *Butler*, à la p. 502:

Bien qu'il puisse être difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance.

155

The trial judge in the cases at bar found that the government had not established a rational connection between the advertising ban and unattributed warnings and a reduction in tobacco use in the first, scientific sense. The only direct or scientific evidence offered of the link between advertising bans and smoking reduction consisted of a report of the New Zealand Toxic Substances Board entitled *Health or Tobacco: An End to Tobacco Advertising and Promotion* (1989), which reviewed the effect of advertising restrictions in 33 countries and concluded that there was a correlation between the degree of restrictions imposed in each country and decline in tobacco use and of the evidence of Dr. Jeffrey Harris, affirming the accuracy of the New Zealand Report. The trial judge, after lengthy consideration, rejected this evidence. The report was found, at p. 513, to contain serious methodological errors which rendered it "for all intents and purposes devoid of any probative value". As for Dr. Harris, the trial judge found, at p. 514, that he used unreliable input data and a methodology which "led necessarily to the desired result". As noted above, these findings relating to the credibility of witnesses and the soundness of various methodological approaches fall within the scope of the trial judge's traditional and accepted expertise of weighing and evaluating competing expert testimony. They have not been seriously challenged. No reason has been cited for interfering with them. We may therefore take it that there was no direct evidence of a scientific nature showing a causal

Le juge du procès a conclu que le gouvernement n'avait pas établi de lien rationnel entre l'interdiction de publicité et les mises en garde non attribuées, d'une part, et une diminution de l'usage du tabac au sens scientifique premier, d'autre part. La seule preuve directe ou scientifique présentée quant à l'existence du lien entre l'interdiction de publicité et la diminution de l'usage du tabac était composée d'un rapport du Toxic Substances Board de la Nouvelle-Zélande, intitulé *Health or Tobacco: An End to Tobacco Advertising and Promotion* (1989), dans lequel l'organisme, après avoir examiné les effets de restrictions imposées à la publicité dans 33 pays, est arrivé à la conclusion qu'il y avait corrélation entre le degré des restrictions imposées dans chaque pays et la diminution de l'usage du tabac, ainsi que du témoignage de Jeffrey Harris, qui a confirmé l'exactitude du rapport néo-zélandais. Après un long examen, le juge de première instance a rejeté cette preuve. Il s'est dit d'avis, à la p. 2309, que ce rapport contenait des erreurs graves de méthodologie «qui le rendent à toutes fins utiles sans valeur probante». En ce qui concerne le témoignage de Harris, le juge de première instance a affirmé, à la p. 2309, qu'il s'était servi de données non fiables et que sa méthodologie «conduit nécessairement au résultat recherché». Comme je l'ai déjà fait remarquer, ces conclusions relatives à la crédibilité des témoins et à la justesse des divers processus méthodologiques relèvent de la compétence traditionnelle que l'on reconnaît au juge de première instance de faire l'appréciation de témoignages d'experts contradictoires. Ces conclusions n'ont pas été sérieusement contestées. On ne nous a donné aucune raison de les modifier. Nous pouvons en conséquence affirmer qu'il n'existait aucune preuve directe de nature scientifique de l'existence d'un lien causal

link between advertising bans and decrease in tobacco consumption.

This leaves the question of whether there is less direct evidence that suggests as a matter of “reason” or “logic” that advertising bans and package warnings lead to a reduction in tobacco use. The evidence relied upon by La Forest J. in support of rational connection falls into this category. Without duplicating his thorough review, it may be seen as consisting largely of evidence of advertising practices as well as the assumptions and conclusions of bodies concerned with reducing the health risk associated with tobacco use.

The question is whether this evidence establishes that it is reasonable or logical to conclude that there is a causal link between tobacco advertising and unattributed health warnings and tobacco use. To use the words of the Meese Commission on Pornography relied on in *Butler*, at p. 502, “would [it] be surprising . . . to find otherwise”? The government argues that it would be “surprising . . . to find otherwise”. Why would tobacco companies spend great sums on advertising if not to increase the consumption of tobacco, it asks?

To this the tobacco companies reply that their advertising is directed not at increasing the size of the total market but at obtaining a larger share of the existing market. The evidence indicates that one of the thrusts of the advertising programs of tobacco companies is securing a larger market share, but there is also evidence suggesting that advertising is used to increase the total market. For example, the Court was referred to an Imperial Tobacco Ltd. (“Imperial”) document, *Project Viking*, vol. I: *A Behavioural Model of Smoking*, a market research study carried out to determine an advertising strategy for the company. The report suggests that advertising should be directed to “expanding the market, or at the very least, forestalling its decline” by proactively recruiting new smokers and reassuring present smokers who

entre une interdiction de publicité et la diminution de l’usage du tabac.

Il reste à déterminer s’il existe une preuve moins directe qui, «rationnellement» ou «logiquement», permet d’affirmer qu’une interdiction de publicité et des mises en garde sur les emballages amènent une diminution de l’usage du tabac. Les éléments de preuve sur lesquels se fonde le juge La Forest pour conclure à l’existence d’un lien rationnel font partie de cette catégorie. Sans reprendre son examen approfondi, je constate que cette preuve se compose en grande partie de données sur les pratiques publicitaires et des hypothèses et conclusions des organismes qui se préoccupent de la diminution des méfaits de l’usage du tabac sur la santé.

La question est de savoir si cette preuve établit qu’il est raisonnable ou logique de conclure qu’il existe un lien causal entre la publicité en faveur du tabac et les mises en garde non attribuées, d’une part, et l’usage du tabac, d’autre part. Pour citer le rapport de la Commission Meese sur la pornographie, sur lequel notre Cour s’est appuyée dans l’arrêt *Butler*, à la p. 502, «[c]ela n’est guère étonnant. Le contraire le serait». Le gouvernement soutient que «[l]e contraire serait étonnant». Pourquoi, demande-t-il, les compagnies de tabac consacreraient-elles tant d’argent à la publicité si ce n’est pour accroître l’usage du tabac?

À cela, les compagnies de tabac répondent que leur publicité ne vise pas à accroître la taille du marché global, mais bien à obtenir une plus grande part du marché existant. La preuve révèle que les campagnes publicitaires des compagnies de tabac visent à leur permettre d’acquérir une plus grande part du marché, mais d’autres éléments de preuve montrent qu’elles servent aussi à accroître l’ensemble du marché. Par exemple, on a soumis à notre Cour un document de la compagnie Imperial Tobacco Ltd. («Imperial»), intitulé *Project Viking*, vol. I. *A Behavioural Model of Smoking*, une étude de marché réalisée aux fins de l’établissement d’une stratégie publicitaire pour la compagnie. Ce rapport dit que la publicité devrait viser à [TRADUCTION] «faire croître la taille du marché ou, tout au moins, à prévenir son déclin» en cherchant proacti-

156

1995 CanLII 64 (SCC)

157

158

might otherwise quit in response to vigorous anti-smoking publicity. Moreover, while purely informational advertising may not increase the total market, lifestyle advertising may, as a matter of common sense, be seen as having a tendency to discourage those who might otherwise cease tobacco use from doing so. Conversely, package warnings, attributed or not, may be seen as encouraging people to reduce or cease using tobacco. All this taken together with the admittedly inconclusive scientific evidence is sufficient to establish on a balance of probabilities a link based on reason between certain forms of advertising, warnings and tobacco consumption.

vement à intéresser de nouveaux fumeurs et en rassurant les fumeurs actuels qui seraient susceptibles d'abandonner en raison de la vigoureuse publicité contre le tabac. En outre, bien que la publicité purement informative puisse ne pas donner lieu à un accroissement du marché global, la publicité de style de vie peut logiquement être considérée comme ayant une tendance à dissuader de cesser de fumer ceux qui autrement cesseraient. En revanche, les mises en garde sur les emballages, attribuées ou non, peuvent être considérées comme une façon d'inciter les gens à diminuer ou abandonner leur usage du tabac. Ces facteurs, conjugués à la preuve scientifique considérée comme non concluante, suffisent à établir, suivant la prépondérance des probabilités, l'existence d'un lien fondé sur la raison entre certaines formes de publicité, les mises en garde et l'usage du tabac.

1995 CanLII 64 (SCC)

159

On the other hand, there does not appear to be any causal connection between the objective of decreasing tobacco consumption and the absolute prohibition on the use of a tobacco trade mark on articles other than tobacco products which is mandated by s. 8 of the Act. There is no causal connection based on direct evidence, nor is there, in my view, a causal connection based in logic or reason. It is hard to imagine how the presence of a tobacco logo on a cigarette lighter, for example, would increase consumption; yet, such use is banned. I find that s. 8 of the Act fails the rational connection test.

(iii) Minimal Impairment

Par contre, il ne paraît pas y avoir de lien causal entre l'objectif de diminution de l'usage du tabac et l'interdiction absolue quant à l'usage des marques sur des articles autres que les produits du tabac, imposée par l'art. 8 de la Loi. Il n'existe ni lien causal fondé sur une preuve directe, ni d'ailleurs à mon avis, de lien causal fondé sur la logique ou la raison. Il est difficile de s'imaginer comment la présence d'un logo sur un briquet, par exemple, permettrait d'accroître l'usage du tabac mais pourtant, cette pratique est interdite. À mon avis, l'art. 8 de la Loi ne satisfait pas au critère du lien rationnel.

(iii) L'atteinte minimale

160

As the second step in the proportionality analysis, the government must show that the measures at issue impair the right of free expression as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective. The impairment must be "minimal", that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement: see *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of*

À la deuxième étape de l'analyse de la proportionnalité, le gouvernement doit établir que les mesures en cause restreignent le droit à la liberté d'expression aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l'objectif législatif. La restriction doit être «minimale», c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement

the Criminal Code (Man.), [1990] 1 S.C.R. 1123, at pp. 1196-97; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at pp. 1340-41; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084, at pp. 1105-06. On the other hand, if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen, the law may fail.

The trial judge, as we have seen, was troubled by the fact that the government had presented no evidence showing that a less comprehensive ban on advertising would not have been equally effective, or that an attributed warning would not have been equally effective as an unattributed one.

I turn first to the prohibition on advertising contained in s. 4 of the Act. It is, as has been observed, complete. It bans all forms of advertising of Canadian tobacco products while explicitly exempting all foreign advertising of non-Canadian products which are sold in Canada. It extends to advertising which arguably produces benefits to the consumer while having little or no conceivable impact on consumption. Purely informational advertising, simple reminders of package appearance, advertising for new brands and advertising showing relative tar content of different brands — all these are included in the ban. Smoking is a legal activity yet consumers are deprived of an important means of learning about product availability to suit their preferences and to compare brand content with an aim to reducing the risk to their health.

As this Court has observed before, it will be more difficult to justify a complete ban on a form of expression than a partial ban: *Ramsden v. Peterborough (City)*, *supra*, at pp. 1105-06; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, at pp. 772-73.

parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation; voir *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, aux pp. 1196 et 1197; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, aux pp. 1340 et 1341, et *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084, aux pp. 1105 et 1106. Par contre, si le gouvernement omet d'expliquer pourquoi il n'a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide.

Comme nous l'avons vu, le juge de première instance était troublé par le fait que le gouvernement n'avait pas présenté d'éléments de preuve pour établir qu'une interdiction de publicité moins globale n'aurait pas été aussi efficace qu'une interdiction totale ou qu'une mise en garde attribuée n'aurait pas été tout aussi efficace qu'une mise en garde non attribuée.

J'examine tout d'abord l'interdiction de publicité prévue à l'art. 4 de la Loi. Comme on l'a fait remarquer, il s'agit d'une interdiction totale. Cette disposition interdit toutes les formes de publicité en faveur des produits du tabac canadiens et exclut explicitement toute publicité étrangère en faveur de produits non canadiens vendus au Canada. Elle vise toute publicité qui, pourrait-on soutenir, présente des avantages pour le consommateur, tout en n'ayant pratiquement aucune incidence sur l'usage. L'interdiction vise toute publicité purement informative, les simples notes quant à l'apparence de l'emballage, la publicité en faveur de nouvelles marques et la publicité indiquant le contenu relatif de goudron des différentes marques de tabac. Fumer est une activité légale; cependant, le consommateur est privé d'un important moyen de se renseigner sur l'offre de produits susceptibles de satisfaire à ses préférences et de comparer le contenu des produits de diverses marques dans le but de diminuer les méfaits du tabac pour sa santé.

Comme notre Cour l'a déjà fait remarquer, il sera plus difficile de justifier l'interdiction totale d'une forme d'expression que l'interdiction partielle: *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, précité, aux pp. 1105 et 1106, et *Ford c. Québec (Procureur général)*, précité, aux pp. 772-73.

The distinction between a total ban on expression, as in *Ford* where the legislation at issue required commercial signs to be exclusively in French, and a partial ban such as that at issue in *Irwin Toy*, *supra*, is relevant to the margin of appreciation which may be allowed the government under the minimal impairment step of the analysis. In *Rocket*, *supra*, the law imposed a complete advertising ban on professionals seeking to advertise their services. I concluded that while the government had a pressing and substantial objective, and while that objective was rationally connected to the means chosen, the minimal impairment requirement was not met since the government had exceeded a reasonable margin of appreciation given the need for consumers to obtain useful information about the services provided. A full prohibition will only be constitutionally acceptable under the minimal impairment stage of the analysis where the government can show that only a full prohibition will enable it to achieve its objective. Where, as here, no evidence is adduced to show that a partial ban would be less effective than a total ban, the justification required by s. 1 to save the violation of free speech is not established.

reur général), précité, aux pp. 772 et 773. La distinction entre une interdiction totale d'une forme d'expression, comme dans l'arrêt *Ford* dans lequel la loi en cause exigeait que l'affichage commercial se fasse uniquement en français, et une interdiction partielle, comme celle dont il était question dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, est pertinente pour ce qui est du degré de latitude dont peut bénéficier le gouvernement en vertu du critère de l'atteinte minimale de l'analyse. Dans *Rocket*, précité, la loi imposait une interdiction totale de publicité aux professionnels cherchant à annoncer leurs services. J'y ai conclu que, même si le gouvernement avait un objectif urgent et réel et si cet objectif avait un lien rationnel avec les moyens choisis, l'exigence de l'atteinte minimale n'avait pas été remplie puisque le gouvernement avait excédé la latitude raisonnable dont il disposait, vu qu'il était nécessaire que les consommateurs obtiennent des renseignements utiles sur les services offerts. Une interdiction totale ne sera acceptable, sur le plan constitutionnel, en vertu du volet atteinte minimale de l'analyse que dans le cas où le gouvernement peut établir que seule une interdiction totale lui permettra d'atteindre son objectif. Si, comme en l'espèce, aucune preuve n'a été présentée pour démontrer qu'une interdiction partielle serait moins efficace qu'une interdiction totale, on n'a pas établi la justification requise en vertu de l'article premier visant à sauvegarder la violation de la liberté d'expression.

As noted in my analysis of rational connection, while one may conclude as a matter of reason and logic that lifestyle advertising is designed to increase consumption, there is no indication that purely informational or brand preference advertising would have this effect. The government had before it a variety of less intrusive measures when it enacted the total ban on advertising, including: a partial ban which would allow information and brand preference advertising; a ban on lifestyle advertising only; measures such as those in Quebec's *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, to prohibit advertising aimed at children and adolescents; and labelling requirements only (which Health and Welfare believed would be preferable to an advertising ban: A. J. Liston's testi-

Comme je l'ai fait remarquer dans mon analyse du lien rationnel, bien que l'on puisse conclure, de façon rationnelle et logique, que la publicité de style de vie vise à accroître la consommation, rien n'indique que la publicité purement informative ou de fidélité aux marques aurait cet effet. Au moment où il a adopté l'interdiction totale de la publicité, le gouvernement disposait de toute une gamme de mesures moins attentatoires: une interdiction partielle qui aurait permis la publicité informative et de fidélité aux marques, une interdiction de publicité de style de vie seulement, des mesures comme celles prévues dans la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec, L.R.Q., ch. P-40.1, dans le but d'interdire la publicité destinée aux enfants et aux adolescents, et des exi-

mony). In my view, any of these alternatives would be a reasonable impairment of the right to free expression, given the important objective and the legislative context.

These considerations suggest that the advertising ban imposed by s. 4 of the Act may be more intrusive of freedom of expression than is necessary to accomplish its goals. Indeed, Health and Welfare proposed less-intrusive regulation instead of a complete prohibition on advertising. Why then, did the government adopt such a broad ban? The record provides no answer to this question. The government presented no evidence in defence of the total ban, no evidence comparing its effects to less invasive bans.

This omission is all the more glaring in view of the fact that the government carried out at least one study of alternatives to a total ban on advertising before enacting the total ban. The government has deprived the courts of the results of that study. The Attorney General of Canada refused to disclose this document and approximately 500 others demanded at the trial by invoking s. 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, thereby circumventing an application by the tobacco companies for disclosure since the courts lack authority to review the documents for which privilege is claimed under s. 39. References to the study were blanked out of such documents as were produced: *Reasons at Trial*, at p. 516. In the face of this behaviour, one is hard-pressed not to infer that the results of the studies must undercut the government's claim that a less invasive ban would not have produced an equally salutary result.

Not only did the government present no evidence justifying its choice of a total ban, it also

gences en matière d'étiquetage seulement (qui selon Santé et Bien-être social seraient préférables à une interdiction de publicité: voir le témoignage de A. J. Liston). À mon avis, chacune de ces mesures constituerait une atteinte raisonnable au droit à la liberté d'expression, étant donné l'importance de l'objectif et du contexte législatif.

Il appert de ces réflexions que l'interdiction de publicité imposée par l'art. 4 de la Loi pourrait bien porter davantage atteinte à la liberté d'expression qu'elle n'a à le faire pour que ses objectifs soient atteints. En fait, le ministère de la Santé et du Bien-être social a proposé un règlement moins attentatoire en remplacement d'une interdiction totale de la publicité. Alors, pourquoi le gouvernement a-t-il adopté une interdiction si générale? Le dossier ne renferme rien sur cette question. Le gouvernement n'a pas présenté d'éléments de preuve pour défendre l'interdiction totale ni de données établissant une comparaison entre les effets d'une interdiction totale et des interdictions moins attentatoires.

Cette omission est d'autant plus flagrante que le gouvernement avait effectué au moins une étude des solutions de rechange avant d'opter pour l'interdiction totale. Le gouvernement a privé les tribunaux des résultats de cette étude. Le procureur général du Canada a refusé de divulguer ce document, de même qu'environ 500 autres dont la production avait été demandée en première instance; il a, à cette fin, invoqué l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, faisant ainsi échec à une demande de divulgation présentée par les compagnies de tabac puisque les tribunaux n'ont pas compétence pour examiner les documents selon lesquels un privilège est réclamé en vertu de cette disposition. Les mentions de cette étude ont été biffées des documents produits: motifs de la première instance, à la p. 2311. Face à cette attitude, il est difficile de ne pas inférer que les résultats de ces études font échec à la prétention du gouvernement qu'une interdiction moins attentatoire n'aurait pas donné lieu à un résultat tout aussi valable.

Non seulement le gouvernement n'a pas produit d'éléments de preuve pour justifier l'interdiction

presented no argument before us on the point. The appellants argued that there were undisclosed alternatives to a complete ban. The Attorney General's factum offered no response. Instead, the Attorney General contented himself with the bland statement that a complete ban is justified because Parliament "had to balance competing interests" somehow. Its response to the minimal impairment argument is not evidence, but a simple assertion that Parliament has the right to set such limits as it chooses:

... Parliament was certainly entitled to conclude that nothing short of the means it designed would meet the public health objectives set out in s. 3 of the [Act]. The Act is a justified preventative health measure. Parliament has the ability to set the exact limits of this measure. [Emphasis added.]

totale qu'il a choisi d'imposer, il ne nous a non plus présenté aucun argument sur ce point. Selon les appelantes, d'autres mesures non divulguées auraient pu remplacer une interdiction totale. Le mémoire du procureur général n'a pas apporté de réponse. En fait, le procureur général s'est contenté d'affirmer d'une manière imperturbable qu'une interdiction totale est justifiée parce que le Parlement [TRADUCTION] «devait soupeser des intérêts contradictoires». La façon dont il répond à l'argument concernant l'atteinte minimale ne constitue pas une preuve, mais bien une simple affirmation que le Parlement a le droit de fixer les limites qu'il choisit:

[TRADUCTION] ... le Parlement avait certainement le droit de conclure que seuls les moyens qu'il avait conçus permettraient d'atteindre les objectifs en matière de santé publique, énoncés à l'art. 3 [de la Loi]. La Loi est une mesure préventive justifiée en matière de santé. Le Parlement peut en fixer les limites exactes. [Je souligne.]

168

My colleague La Forest J., while recognizing that the government's refusal to release the documents puts this Court in a difficult position given that the onus is on the government to make out minimal impairment, nonetheless concludes that the legislation is minimally impairing based on the importance of the legislative objective and the legislative context. With respect, I cannot agree. Even on difficult social issues where the stakes are high, Parliament does not have the right to determine unilaterally the limits of its intrusion on the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. The Constitution, as interpreted by the courts, determines those limits. Section 1 specifically stipulates that the infringement may not exceed what is reasonable and "demonstrably justified in a free and democratic society", a test which embraces the requirement of minimal impairment, and places on the government the burden of demonstrating that Parliament has respected that limit. This the government has failed to do, notwithstanding that it had at least one study on the comparative effectiveness of a partial and complete ban. In the face of this omission, the fact that full bans have been imposed in certain other countries and the fact that opinions

Néanmoins, mon collègue le juge La Forest conclut, tout en reconnaissant que le refus du gouvernement de divulguer les documents place notre Cour dans une situation difficile puisqu'il appartient au gouvernement d'établir l'atteinte minimale, que la loi crée une atteinte minimale compte tenu de l'importance de l'objectif et du contexte de la loi. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Même dans le cas de problèmes sociaux difficiles qui présentent des enjeux élevés, le Parlement n'a pas le droit de déterminer unilatéralement les limites qu'il peut imposer aux droits et libertés garantis par la *Charte*. C'est la Constitution, selon l'interprétation que lui donnent les tribunaux, qui détermine ces limites. L'article premier édicte expressément que la violation ne peut aller au-delà de limites qui soient «raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», critère qui englobe l'exigence de l'atteinte minimale et impose au gouvernement le fardeau d'établir que le Parlement a respecté cette limite. C'est ce que le gouvernement a omis de faire, même s'il disposait d'au moins une étude sur l'efficacité comparative d'une interdiction partielle et d'une interdiction totale.

favouring total bans can be found, fall short of establishing minimal impairment.

La Forest J. supports his conclusion that Parliament should be permitted to choose such measures as it sees fit by contrasting the importance of Parliament's objective with the low value of the expression at issue. This way of answering the minimal impairment requirement raises a number of concerns. First, to argue that the importance of the legislative objective justifies more deference to the government at the stage of evaluating minimal impairment, is to engage in the balancing between objective and deleterious effect contemplated by the third stage of the proportionality analysis in *Oakes*. While it may not be of great significance where this balancing takes place, care must be taken not to devalue the need for demonstration of minimum impairment by arguing the legislation is important and the infringement of no great moment.

Second, just as care must be taken not to overvalue the legislative objective beyond its actual parameters, so care must be taken not to undervalue the expression at issue. Commercial speech, while arguably less important than some forms of speech, nevertheless should not be lightly dismissed. For example, in *Rocket*, *supra*, this Court struck down restrictions on dental advertising on the ground that the minimal impairment requirement had not been met. The *Health Disciplines Act*, R.S.O. 1980, c. 196, prohibited forms of advertising which far from being unprofessional, might have benefited consumers and contributed to their health. The same may be said here. Tobacco consumption has not been banned in Canada. Yet the advertising ban deprives those who lawfully choose to smoke of information relating to price, quality and even health risks associated with different brands. It is no answer to suggest, as does my colleague, (para. 108) that the tobacco companies have failed to establish the true benefits of

Compte tenu de cette omission, le fait que des interdictions totales ont été imposées dans certains autres pays et qu'il existe des opinions favorables à une interdiction totale ne réussit pas à établir une atteinte minimale.

Le juge La Forest base sa conclusion selon laquelle le Parlement devrait avoir le droit de choisir les mesures qu'il juge appropriées sur la comparaison entre l'importance de l'objectif du Parlement et la faible valeur de l'expression en cause. Cette façon de satisfaire à l'exigence de l'atteinte minimale soulève certaines préoccupations. Premièrement, soutenir que l'importance de l'objectif législatif justifie un plus grand respect envers le gouvernement à l'étape de l'évaluation de l'atteinte minimale, c'est procéder à la pondération des effets objectifs et des effets préjudiciables, prévue à la troisième étape de l'analyse de la proportionnalité dans l'arrêt *Oakes*. Le moment de cette pondération n'a peut-être pas beaucoup d'importance en soi; cependant, on doit veiller à ne pas minimiser la nécessité de démontrer l'existence d'une atteinte minimale en faisant valoir que la loi est importante mais que la violation ne l'est pas vraiment.

Deuxièmement, tout comme il faut prendre soin de ne pas surestimer l'objectif législatif par rapport à ses véritables paramètres, il faut veiller à ne pas sous-estimer l'importance de l'expression en cause. Quoique l'on puisse soutenir que le discours commercial est moins important que certaines formes d'expression, on ne devrait néanmoins pas l'écarter à la légère. Par exemple, dans l'arrêt *Rocket*, précité, notre Cour a annulé des restrictions imposées à la publicité des dentistes pour le motif que l'on n'avait pas satisfait à l'exigence de l'atteinte minimale. La *Loi sur les sciences de la santé*, L.R.O. 1980, ch. 196, interdisait certains types de publicité qui, loin d'être non professionnels, auraient pu présenter des avantages pour les consommateurs et contribuer à leur santé. On peut reprendre le même argument ici. L'usage du tabac n'a pas été interdit au Canada. Cependant, l'interdiction de publicité prive les fumeurs légitimes de renseignements sur le prix, la qualité, voire même les méfaits des différentes marques de tabac sur la

such information. Under s. 1 of the *Charter*, the onus rests on the government to show why restrictions on these forms of advertising are required.

santé. Il ne suffit pas d'affirmer, comme le fait mon collègue (par. 108), que les compagnies de tabac n'ont pas établi les véritables avantages de ces renseignements. En vertu de l'article premier de la *Charte*, il appartient au gouvernement d'établir pourquoi il faut imposer des restrictions relativement à ces types de publicité.

171

Third, in finding that the commercial speech here at issue is entitled "to a very low degree of protection under s. 1" (para. 75) and that "an attenuated level of s. 1 justification is appropriate in these cases" (para. 77), La Forest J. places a great deal of reliance on the fact that the appellants are motivated by profit. I note that the same may be said for many business persons or corporations that challenge a law as contrary to freedom of expression. While this Court has stated that restrictions on commercial speech may be easier to justify than other infringements, no link between the claimant's motivation and the degree of protection has been recognized. Book sellers, newspaper owners, toy sellers — all are linked by their shareholders' desire to profit from the corporation's business activity, whether the expression sought to be protected is closely linked to the core values of freedom of expression or not. In my view, motivation to profit is irrelevant to the determination of whether the government has established that the law is reasonable or justified as an infringement of freedom of expression.

Troisièmement, en affirmant que le discours commercial en cause n'a droit «qu'à une faible protection en vertu de l'article premier» (par. 75) et qu'«il convient en l'espèce de faire preuve de souplesse dans la justification au regard de l'article premier» (par. 77), le juge La Forest accorde beaucoup d'importance au fait que les appelantes sont motivées par le profit. Il en est de même de nombreux entrepreneurs ou sociétés qui contestent une loi pour le motif qu'elle contrevient à la liberté d'expression. Bien qu'elle ait affirmé que des restrictions au discours commercial puissent être plus faciles à justifier que d'autres violations, notre Cour n'a pas reconnu de lien entre la motivation d'une demanderesse et le degré de protection accordée. Les libraires, les propriétaires de journaux, les vendeurs de jouets ont tous en commun le désir des actionnaires de tirer profit de l'activité commerciale de la compagnie, que l'expression que l'on veut protéger soit ou non étroitement liée aux valeurs fondamentales de la liberté d'expression. À mon avis, la volonté de faire un profit ne constitue pas une considération pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si le gouvernement a établi que la loi est raisonnable ou justifiée en tant qu'atteinte à la liberté d'expression.

172

It remains to consider whether the requirement that the warning be unattributed pursuant to s. 9 of the Act fails to meet the minimum impairment requirement of proportionality. The appellant corporations contend that a warning similar to that used in the United States, which identifies the author as the Surgeon General, would be equally effective while avoiding the inference some may draw that it is the corporations themselves who are warning of the danger. They object not only to being forced to say what they do not wish to say, but also to being required to do so in a way that associates them with the opinion in question. This

Il reste à établir si l'exigence de la non-attribution des mises en garde, prévue à l'art. 9 de la Loi, ne satisfait pas à l'exigence de l'atteinte minimale du critère de la proportionnalité. Selon les appelantes, une mise en garde semblable à celle utilisée aux États-Unis, émanant du Surgeon General, serait tout aussi efficace, et empêcherait certains d'inférer que ce sont les compagnies qui font la mise en garde. Les compagnies s'opposent non seulement à ce qu'on leur attribue des propos qu'elles n'ont pas l'intention de tenir, mais aussi à se voir obligées de le faire d'une façon qui les associe au message en question. À leur avis, cela

1995 CanLII 64 (SCC)

impairs their freedom of expression, they contend, more than required to achieve the legislative goal.

The government is clearly justified in requiring the appellants to place warnings on tobacco packaging. The question is whether it was necessary to prohibit the appellants from attributing the message to the government and whether it was necessary to prevent the appellants from placing on their packaging any information other than that allowed by the regulations.

As with the advertising ban, it was for the government to show that the unattributed warning, as opposed to an attributed warning, was required to achieve its objective of reducing tobacco consumption among those who might read the warning. Similarly, it was for the government to show why permitting tobacco companies to place additional information on tobacco packaging, such as a statement announcing lower tar levels, would defeat the government's objective. This it has failed to do. Again, my colleague La Forest J. responds (para. 116) with the belief that "a lower level of constitutional scrutiny is justified in this context". For the reasons given with respect to the advertising ban, I respectfully disagree.

(iv) Proportionality Between the Effects of the Legislation and the Objective

Having found the requirement of minimum impairment is not satisfied for ss. 4 and 9 of the Act, it is unnecessary to proceed to the final stage of the proportionality analysis under s. 1 — balancing the negative effects of the infringement of rights against the positive benefits associated with the legislative goal. A finding that the law impairs the right more than required contradicts the assertion that the infringement is proportionate. Neither the fact that commercial expression may be entitled to a lesser degree of protection than certain other forms of expression, nor the importance of reducing tobacco consumption, even to a small extent, negate this proposition. Freedom of expression, even commercial expression, is an important

porte atteinte à leur liberté d'expression plus qu'il n'est nécessaire de le faire pour atteindre l'objectif de la loi.

Le gouvernement est clairement justifié d'exiger des appelantes qu'elles apposent des mises en garde sur les emballages des produits du tabac. La question est de savoir s'il était nécessaire d'interdire aux appelantes d'attribuer le message au gouvernement et s'il était nécessaire de les empêcher d'apposer sur leur emballage des renseignements autres que ceux autorisés par règlement.

Comme pour l'interdiction de publicité, il appartenait au gouvernement d'établir que la mise en garde non attribuée, par opposition à une mise en garde attribuée, était nécessaire pour atteindre l'objectif visé de réduire la consommation du tabac chez les personnes susceptibles de la lire. De même, le gouvernement devait établir pourquoi l'inscription de renseignements additionnels sur les emballages par les compagnies de tabac, comme un message sur la faible teneur en goudron, irait à l'encontre de son objectif. Il n'a pas réussi à le faire. De nouveau, mon collègue le juge La Forest affirme (par. 116) que, selon lui, «en l'occurrence l'analyse constitutionnelle n'a pas à être aussi approfondie». Avec égards, pour les motifs exposés relativement à l'interdiction de publicité, je ne suis pas d'accord.

(iv) La proportionnalité entre les effets de la loi et son objectif

Puisque j'ai conclu que l'on n'a pas satisfait à l'exigence de l'atteinte minimale relativement aux art. 4 et 9 de la Loi, j'estime inutile de procéder à l'examen de la dernière étape du critère de la proportionnalité dans la cadre de l'article premier: soupeser les effets négatifs de la violation des droits par rapport aux avantages positifs liés à l'objectif législatif. Conclure que la loi porte atteinte au droit en question plus qu'il n'est nécessaire contredit l'affirmation que la violation satisfait au critère de la proportionnalité. Ni le fait que l'expression commerciale peut bénéficier d'une protection moindre que certaines autres formes d'expression, ni l'importance de réduire la consommation du tabac, même légèrement, ne viennent repousser

and fundamental tenet of a free and democratic society. If Parliament wishes to infringe this freedom, it must be prepared to offer good and sufficient justification for the infringement and its ambit. This it has not done.

2. Remedy

176 I have found ss. 4, 8 and 9 of the *Tobacco Products Control Act* constitute unjustified infringements on free expression. These provisions spearhead the scheme under the Act and cannot be severed cleanly from other provisions dealing with promotion and trade mark usage, ss. 5 and 6. I would consequently hold that ss. 4, 5, 6, 8, and 9 are inconsistent with the *Charter* and hence are of no force or effect by reason of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

177 Section 7 of the Act prohibits the free distribution of any tobacco product in any form, a provision which is closely connected to the law's objective. In my view, this provision should stand, together with the remaining provisions of the Act which deal with reporting, enforcement, regulations and offences and punishment, in so far as these sections operate in relation to provisions other than those declared invalid.

178 This leaves the question of costs. The appellant Imperial has been successful in these appeals. The appellant RJR-MacDonald has been substantially successful. Having requested that the whole of the *Tobacco Products Control Act* be struck down, it has succeeded in having a significant portion of it struck down. I would allow the appeals with costs to both appellants.

The following are the reasons delivered by

179 IACOBUCCI J. — These appeals concern the constitutional legitimacy of the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20 (the "Act"), a federal statute which effectively establishes a total ban on cigarette advertising in Canada.

cette affirmation. La liberté d'expression, même l'expression commerciale, constitue un précepte important et fondamental d'une société libre et démocratique. Si le Parlement a l'intention de porter atteinte à cette liberté, il doit être disposé à justifier l'étendue de cette atteinte de façon adéquate et suffisante. Il ne l'a pas fait.

2. La réparation

J'ai conclu que les art. 4, 8 et 9 de la *Loi réglementant les produits du tabac* constituent des atteintes injustifiées à la liberté d'expression. Ces dispositions sont le fer de lance de l'économie de la Loi et ne peuvent être nettement dissociées des autres qui traitent de promotion et d'usage des marques, les art. 5 et 6. Je conclus donc que les art. 4, 5, 6, 8 et 9 sont incompatibles avec la *Charte* et sont de ce fait inopérants en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'article 7 de la Loi interdit la distribution à titre gratuit des produits du tabac, sous quelque forme que ce soit, disposition qui se rattache étroitement à l'objectif de la Loi. À mon avis, cette disposition devrait être déclarée valide, de même que les autres dispositions de la Loi relatives aux rapports, à la mise en œuvre, aux règlements, aux infractions et aux peines, dans la mesure où elles s'appliquent aux dispositions autres que celles qui ont été déclarées non valides.

Il reste à trancher la question des dépens. L'appelante Imperial a eu gain de cause en l'espèce. L'appelante RJR-MacDonald a elle aussi eu essentiellement gain de cause. Elle avait demandé l'annulation intégrale de la *Loi réglementant les produits du tabac* et a réussi à en faire annuler une bonne partie. Je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens aux deux appelantes.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE IACOBUCCI — Les présents pourvois portent sur la constitutionnalité de la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20 (la «Loi»), loi fédérale qui établit en fait une interdiction totale de la publicité en faveur de la cigarette au Canada.

The appellants submit that there are two alternative grounds that support the constitutional invalidity of the Act: (1) that it is *ultra vires* the powers accorded to Parliament by s. 91 of the *Constitution Act, 1867*; and (2) that it infringes the appellants' right to freedom of expression in a manner that does not constitute a reasonable limit under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

My colleague Justice La Forest details at length the reasons why the Act is properly enacted pursuant to the federal power over criminal law (s. 91(27)). I find myself in full agreement with him in this regard. I also agree with his approach to appellate court intervention on legislative or social facts as found by a trial judge.

I diverge, however, with La Forest J. on the *Charter* issue; specifically, I do not believe that the Act minimally impairs the appellants' s. 2(b) *Charter* rights. More broadly, I also have reservations about the somewhat attenuated minimal impairment analysis propounded by La Forest J. As I noted in my reasons in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, unduly diluting the s. 1 principles from their original form cast in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and related cases causes me concern in so far as it creates a risk that *Charter* violations will be too readily justified and, as a result, *Charter* values too easily undercut. In this respect, I find myself generally attracted to Justice McLachlin's reasons and disposition in this appeal. Nevertheless, although I concur with many of her general conclusions, I differ somewhat with her s. 1 analysis and proposed remedy and therefore prefer to express my own reasons.

The two principal issues underlying the *Charter* analysis in these appeals are: (1) whether the Act is rationally connected to its goal of protecting Canadians from the health risks associated with

Les appelantes soutiennent que deux motifs subsidiaires viennent étayer l'inconstitutionnalité de la Loi: (1) elle excède les pouvoirs conférés au Parlement par l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et (2) elle porte atteinte à la liberté d'expression des appelantes d'une façon qui ne constitue pas une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Mon collègue le juge La Forest expose en détail les motifs pour lesquels il s'agit d'une loi valide-ment adoptée conformément à la compétence fédérale en matière de droit criminel (par. 91(27)). Je suis tout à fait d'accord avec lui sur ce point. Je suis également d'accord avec la démarche qu'il adopte relativement à l'intervention des tribunaux d'appel quant aux faits législatifs ou sociaux constatés par le juge de première instance.

Cependant, je ne partage pas l'opinion du juge La Forest sur la question de la *Charte* et, plus précisément, je ne crois pas que la Loi constitue une atteinte minimale aux droits garantis aux appelantes par l'al. 2b) de la *Charte*. D'une façon plus générale, j'ai aussi des réserves sur l'analyse quelque peu assouplie de l'atteinte minimale que propose le juge La Forest. Comme je l'ai fait remarquer dans mes motifs de l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, je crains un trop grand assouplissement des principes d'application de l'article premier par rapport à leur formulation initiale dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et les arrêts connexes, car cela crée un risque que les violations de la *Charte* ne soient trop facilement justifiées et, de ce fait, que les valeurs protégées par la *Charte* ne soient trop facilement contrecarrées. À cet égard, je trouve généralement intéressants les motifs et le dispositif du juge McLachlin en l'espèce. Néanmoins, bien que je souscrive à nombre de ses conclusions générales, j'ai une opinion quelque peu différente quant à son analyse de l'article premier et à la réparation proposée et je préfère donc formuler mes propres motifs.

Les deux principales questions en litige qui sous-tendent l'analyse fondée sur la *Charte* dans les présents pourvois sont de savoir (1) si la Loi a un lien rationnel avec son objectif de protéger les

tobacco use and, if so, (2) whether the legislation attains this rationally connected goal in a manner that minimally impairs the appellants' infringed *Charter* rights.

Canadiens contre les méfaits de l'usage du tabac sur la santé et, dans l'affirmative, (2) si la Loi atteint cet objectif d'une façon qui porte le moins possible atteinte aux droits que la *Charte* garantit aux appelantes.

184 Rational connection is to be established, upon a civil standard, through reason, logic or simply common sense. The existence of scientific proof is simply of probative value in demonstrating this reason, logic or common sense. It is by no means dispositive or determinative.

Le lien rationnel doit être établi, selon la norme de preuve en matière civile, par la raison, la logique ou le simple bon sens. L'existence d'une preuve scientifique n'a une valeur probante que lorsqu'il s'agit d'établir la raison, la logique ou le bon sens. Elle n'est en aucune façon déterminante.

185 Clarifying the standard upon which rational connection analysis ought to proceed is of great importance in appeals such as these, in which there is extremely lengthy yet generally inconclusive scientific evidence. In short, Chabot J. found much of the scientific evidence to be suspect and was of the mind that the Act was "social engineering". With respect, this latter proposition is one which I cannot accept. Consequently, I am reluctant to associate the reasons of this Court with those of Chabot J. and agree with La Forest J. in this respect in concluding that the trial judge's determination that the Act is not rationally connected to its legislative goal ought to be overturned. I should now like to turn to minimal impairment aspects.

Dans des pourvois comme en l'espèce, dans lesquels il existe une preuve scientifique extrêmement volumineuse, mais généralement non concluante, il est fort important de clarifier la norme sur laquelle doit se fonder l'analyse du lien rationnel. En résumé, le juge Chabot a conclu qu'une grande partie de la preuve scientifique était douteuse et que la Loi était une forme «d'ingénierie sociale». En toute déférence, je ne puis accepter cette dernière conclusion. C'est pourquoi j'hésite à associer les motifs de notre Cour à ceux du juge Chabot et je suis d'accord avec le juge La Forest pour conclure que la décision du juge de première instance portant que la Loi n'a pas de lien rationnel avec son objectif législatif devrait être infirmée. Je traiterai maintenant des aspects de l'atteinte minimale.

186 Minimal impairment analysis requires this Court to consider whether the legislature turned its mind to alternative and less rights-impairing means to promote the legislative goal in question. In these appeals, I am concerned by the fact that the Attorney General of Canada chose to withhold from the factual record evidence related to the options it had considered as alternatives to the total ban it chose to put in place. It is no answer to this conduct to suggest, as my colleague La Forest J. does, that part of the responsibility for this incomplete factual record lies with the appellants, purportedly owing to the fact that their counsel did not pursue every conceivable legal avenue in order to attempt to secure the publication of the undisclosed documents. I am reluctant to permit the justification of a conceded constitutional violation because of the inability of a party to the litigation to have pursued all possible avenues to obtain the non-disclosed

Lorsqu'elle analyse l'atteinte minimale, notre Cour doit déterminer si le législateur a examiné d'autres mesures moins attentatoires pour atteindre l'objectif législatif en question. Dans les présents pourvois, je suis préoccupé par le fait que le procureur général du Canada a choisi de ne pas dévoiler la preuve factuelle au dossier concernant les options envisagées comme solutions de rechange à l'interdiction totale que le législateur a choisi de mettre en place. On ne saurait expliquer cette conduite, comme le fait mon collègue le juge La Forest, en affirmant que les appelantes sont en partie responsables de l'existence de ce dossier factuel incomplet, présumément parce que leurs avocats n'ont pas épuisé tous les moyens juridiques possibles pour tenter d'obtenir la publication des documents non divulgués. J'hésite à permettre la justification d'une violation admise de la Constitution parce qu'une partie au litige n'a pas

information. These cases are of wide public interest constitutional litigation in which the government should remain non-adversarial and make full disclosure. Without this requirement, courts will be constrained to decide the constitutionality of legislation without full information. In any event, the burden of proof at the s. 1 stage lies solely with the government.

I underscore that the rights violation in these cases does not involve the prohibition of the sale or consumption of tobacco. It involves the total ban on the advertising of tobacco products. I do not believe that the jurisprudence supports La Forest J.'s conclusion that the impugned *Charter* right, in these cases s. 2(b), is minimally impaired because the government chose not to pursue a course of conduct (i.e., prohibiting tobacco products) which bears no relevance to s. 2(b), especially when it is clear that this alternative was never, by the government's own admission, feasible or viable.

In my opinion, the question in these appeals is not whether a partial prohibition (the lesser rights-impairing approach) would be acceptable only if there were information establishing that some forms of advertising do not stimulate consumption. On the contrary, it is the total prohibition (the full rights-impairing option) that is only constitutionally acceptable if information is provided that such a total prohibition is necessary in order for the legislation to achieve a pressing and substantial goal. When, as in the case at bar, the evidence is unclear whether a partial prohibition is as effective as a full prohibition, the *Charter* requires that the legislature enact the partial denial of the implicated *Charter* right. In the absence of the discharge of this evidentiary burden (which is to be wholly borne by the government), the least rights-impairing option is to be preferred. Although tobacco advertising as a whole certainly affects consumption, the evidence is unclear whether all types of tobacco ads affect consumption. I believe that some attention

épuisé tous les moyens possibles pour obtenir les renseignements non divulgués. Il s'agit en l'espèce d'un litige d'un grand intérêt public en matière constitutionnelle, dans lequel le gouvernement ne devrait pas s'en tenir à un débat contradictoire et devrait faire une pleine divulgation. Sinon, les tribunaux seront forcés de trancher la constitutionnalité d'une loi sans avoir tous les renseignements. Quoi qu'il en soit, à l'étape de l'article premier, c'est au gouvernement seul qu'incombe la charge de la preuve.

Je tiens à faire ressortir que la violation des droits en l'espèce ne découle pas d'une interdiction de la vente ou de l'usage du tabac, mais plutôt d'une interdiction totale de la publicité en faveur des produits du tabac. Je ne crois pas que la jurisprudence appuie la conclusion du juge La Forest qu'il y a atteinte minimale au droit garanti par la *Charte*, en l'espèce à l'al. 2b), parce que le gouvernement a choisi de ne pas opter pour une ligne de conduite (l'interdiction des produits du tabac) qui n'a aucun rapport avec l'al. 2b), particulièrement lorsqu'il est évident que cette solution de rechange n'a jamais été, de l'aveu même du gouvernement, possible ou viable.

À mon avis, la question en l'espèce n'est pas de savoir si une interdiction partielle (la mesure moins attentatoire aux droits) ne serait acceptable que s'il existait des données établissant que certaines formes de publicité n'encouragent pas la consommation. Au contraire, c'est l'interdiction totale (l'option pleinement attentatoire aux droits) qui n'est acceptable du point de vue constitutionnel que s'il existe des renseignements établissant qu'une telle interdiction est nécessaire pour qu'un objectif urgent et réel de la loi soit atteint. Si, comme en l'espèce, la preuve ne permet pas d'établir clairement si une interdiction partielle est aussi efficace qu'une interdiction totale, la *Charte* exige que le législateur opte pour la mesure qui constitue une atteinte partielle au droit garanti par la *Charte*. Lorsque cette preuve n'a pas été établie (dont le fardeau de présentation incombe en totalité au gouvernement), il faut préférer l'option la moins attentatoire. Bien que la publicité du tabac dans son ensemble influe certainement sur la consomma-

must be paid to whether the legislature endeavoured to differentiate the harmful advertising from the benign advertising before it decided to ban all advertising or sought to identify whether, as claimed by the appellants, informational and brand-name advertising do not have the effects that the Act seeks to curb.

tion, la preuve n'établit pas clairement si tous les types de publicité influent sur la consommation. À mon avis, il faut examiner si le législateur s'est efforcé de distinguer la publicité néfaste de la publicité bénigne avant de décider d'imposer une interdiction totale de la publicité ou s'il a cherché à déterminer si, comme le soutiennent les appelantes, la publicité informative et la publicité de marques n'entraînent pas les effets contre lesquels la Loi cherche à lutter.

1995 CanLII 64 (SCC)

189 I agree with La Forest J. that a contextual approach must be taken to s. 1 analysis, and, when reduced to its essence, the impugned right in this case amounts to the ability of tobacco companies to advertise — solely for the purposes of financial profit — a product with known deleterious effects to public health. To this end, the amount of legislative tailoring required to sustain minimal impairment analysis would not be very significant. However, context does not eliminate the need for any tailoring at all. In this appeal, the government chose not to do any tailoring and, ultimately, this constitutes the lynch-pin of the Act's unconstitutionality. I note that the partialness of bans on commercial expression has often been key to their constitutional validity: *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

Je suis d'accord avec le juge La Forest pour dire qu'il faut adopter une analyse contextuelle relativement à l'article premier et que, ramené à sa plus simple expression, le droit attaqué en l'espèce est celui des compagnies de tabac de faire la publicité — strictement à des fins de profits — d'un produit ayant des effets néfastes connus sur la santé publique. À cette fin, le législateur n'aurait pas à faire de très importantes adaptations pour satisfaire à l'analyse de l'atteinte minimale. Cependant, le contexte n'élimine pas la nécessité de toute adaptation. Dans le cadre des présents pourvois, le gouvernement a choisi de ne pas faire d'adaptations et, en fin de compte, c'est là le motif clé pour lequel la Loi est inconstitutionnelle. Je constate que le caractère partiel des interdictions imposées à l'expression commerciale a souvent été la clé de leur constitutionnalité: *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

190 Section 9 of the Act (obliging the placing of unattributed health messages on cigarette packages) raises similar concerns. I find that this provision trenches upon s. 2(b) and is unjustifiable under s. 1 and I agree with McLachlin J. in this respect. The question here is whether the reduction of tobacco consumption can be equally advanced by adopting the less intrusive remedy of governmentally attributed warnings or whether such a method would only yield results more modest than the full rights-impairing approach presently adopted by s. 9. Given the evidence before this

L'article 9 de la Loi (qui exige l'apposition de messages non attribués sur les emballages de cigarettes) soulève des préoccupations similaires. À mon avis, cette disposition empiète sur l'al. 2b) et ne peut se justifier en vertu de l'article premier, et je suis d'accord avec le juge McLachlin sur ce point. En l'espèce, la question est de savoir si la diminution de l'usage du tabac peut également être encouragée par la mesure moins attentatoire que constituent des messages attribués au gouvernement ou si cette mesure ne donnerait lieu qu'à des résultats plus modestes que la disposition pleinement attentatoire aux droits que constitue l'art. 9. Vu la preuve présentée à notre Cour, j'ai tendance

Court, I am inclined to opt for the lesser rights-impairing approach.

At this juncture, I should like to offer some indication of what sorts of measures would, in my mind, have survived *Charter* scrutiny. As I have already mentioned, it is clear that health warnings can and should be placed on the packages, but the strictures of the *Charter* necessitate that they be attributed to their author, in all likelihood Health and Welfare Canada. Regarding the advertising ban, it is clear to me that an effort could have been made to regulate tobacco advertising along the lines of alcohol advertising. Given that the tobacco companies had agreed as early as 1972 (through the *Voluntary Code*) to refrain from advertising on television and radio, these regulations would only involve advertising in the print media anyway. Alternatively, as evidenced in some of the testimony at trial, partial bans in the order of prohibitions on lifestyle advertising only and limitations on advertising aimed at adolescents could have been given more constructive attention. The main point I wish to make is that in this case we are faced with a total and absolute ban on advertising without a justifiable basis for it. Perhaps proof exists for such a ban, but in my view the record does not establish it.

In the end, I would allow these appeals, with costs throughout to the appellants. For the reasons set out above, ss. 4, 5, 6, 8, and 9 of the Act should be struck. However, I am of the mind, for the reasons I advanced in *Egan, supra*, that this, too, is the appropriate case for a suspensive declaration of invalidity of one year. I thus disagree with McLachlin J. in terms of the remedy. Immediately striking down the legislation would permit the tobacco companies the untrammelled ability to advertise until minimally impairing legislation is drafted; the suspensive veto would permit the government to design such legislation while the *status quo* remains in force. In my view, that is warranted in light of the deleterious effects of tobacco prod-

à opter pour la démarche moins attentatoire aux droits.

À cette étape, j'aimerais donner des précisions sur les mesures qui, à mon avis, auraient résisté à un examen fondé sur la *Charte*. Comme je l'ai déjà mentionné, il est évident que des messages relatifs à la santé peuvent et doivent être apposés sur les emballages, mais les contraintes de la *Charte* exigent qu'ils soient attribuées à un auteur, en toute vraisemblance Santé et Bien-être social Canada. En ce qui concerne l'interdiction de publicité, il est, à mon avis, clair que l'on aurait pu s'efforcer de réglementer la publicité du tabac de la même façon que celle de l'alcool. Puisque les compagnies de tabac avaient convenu dès 1972 (le *Voluntary Code*) de s'abstenir de faire de la publicité à la télévision et à la radio, ce règlement ne porterait de toute façon que sur la publicité dans la presse écrite. Par ailleurs, comme l'indiquent certains témoignages au procès, on aurait pu s'intéresser de manière plus constructive à une interdiction partielle, sous forme d'interdiction de la publicité de style de vie seulement et de restrictions sur la publicité relative aux adolescents. Je tiens à souligner principalement qu'il s'agit, en l'espèce, d'une interdiction de la publicité totale et absolue, qui n'est pas justifiée. Il existe peut-être une preuve appuyant une telle interdiction mais, à mon avis, elle ne ressort pas du dossier.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir les pourvois, avec dépens dans toutes les cours en faveur des appelantes. Pour les motifs qui précèdent, les art. 4, 5, 6, 8 et 9 de la Loi devraient être annulés. Cependant, pour les motifs formulés dans l'arrêt *Egan*, précité, je suis d'avis qu'il est également approprié en l'espèce d'ordonner une suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité pour une période d'un an. Je ne partage donc pas l'opinion du juge McLachlin quant à la réparation. L'annulation immédiate de la loi aurait pour effet de permettre aux compagnies de tabac de mener librement des campagnes publicitaires jusqu'à l'établissement d'une loi satisfaisant au critère de l'atteinte minimale; par contre, le veto suspensif permettrait au gouvernement de procéder à l'élaboration d'une telle loi et au statu quo de demeurer

ucts on those who use them and on society generally.

The following are the reasons delivered by

193 MAJOR J. — I agree with Justice McLachlin's disposition of these appeals but disagree that Parliament may impose an advertising ban on tobacco products, trade marks, and brand names under its criminal law power.

194 I agree with Justice La Forest that Parliament could prohibit the sale of tobacco products without printed health warnings under its criminal law power but that is not the issue in these appeals.

195 It is undisputed that Parliament may legislate with respect to hazardous, unsanitary, adulterated and otherwise dangerous foods and drugs pursuant to its power to legislate in the field of criminal law.

196 It follows that Parliament can require manufacturers to place warnings on tobacco products which are known to have harmful effects on health. Manufacturers of tobacco products are under a duty to disclose and warn of the dangers inherent in the consumption of tobacco products. Failure to place warnings on tobacco products can validly constitute a crime, a "public wrong" which merits proscription and punishment and ought to be suppressed as "socially undesirable conduct" (*R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at p. 488). Section 9 of the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20 ("the Act"), falls within Parliament's power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

197 However, I do not agree that Parliament under its criminal law power is entitled to prohibit all advertising and promotion of tobacco products and restrict the use of tobacco trademarks as provided for in ss. 4, 5, 6, 8 and 9 of the Act. In *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of*

en vigueur. À mon avis, cette mesure se justifie par les effets néfastes des produits du tabac sur ceux qui les utilisent et sur la société en général.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR — Je souscris au dispositif proposé par le juge McLachlin en l'espèce, mais je ne puis convenir que le Parlement peut, en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, imposer une interdiction sur la publicité en faveur des produits du tabac, de leurs marques et de leurs noms.

À l'instar du juge La Forest, je suis d'avis que le Parlement peut, en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, interdire la vente des produits du tabac sur lesquels aucune mise en garde n'a été apposée, mais là n'est pas la question en litige en l'espèce.

Il est incontesté que, conformément à sa compétence en matière de droit criminel, le Parlement peut légiférer relativement aux aliments et drogues dangereux, insalubres ou altérés, ou présentant autrement un danger.

Le Parlement peut par conséquent obliger les fabricants à apposer des mises en garde sur les produits du tabac qui sont reconnus comme nocifs pour la santé. Les fabricants de produits du tabac ont l'obligation de mettre la population en garde contre les dangers inhérents à la consommation des produits du tabac. L'omission d'apposer des mises en garde sur ces produits peut valablement constituer un crime, un «méfait public» qui justifie interdiction et sanctions et qui doit être enrayé puisqu'il constitue un «acte socialement indésirable» (*R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, à la p. 488). L'article 9 de la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20 (la «Loi»), relève de la compétence du Parlement en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Par contre, je ne crois pas qu'en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, le Parlement puisse interdire toute publicité et promotion en faveur des produits du tabac et restreindre l'utilisation des marques de tabac comme le prévoient les art. 4, 5, 6, 8 et 9 de la Loi. Dans l'arrêt *Brasse-*

Canada, [1980] 1 S.C.R. 914, the test should be one of substance, not form, and excludes from the criminal jurisdiction legislative activity not having the prescribed characteristics of criminal law. It is not always easy to determine whether legislation comes within the purview of Parliament's criminal law power. Cory J. described this difficulty in *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338, at p. 347:

As a point of commencement, it may be helpful to consider what constitutes criminal law. While, like a work of art, it is something that may be easier to recognize than define, some guidelines have been established.

Cory J., at p. 348, then referred to the reasons of Rand J. in *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (the *Margarine Reference*), which he found to be a "very helpful definition of criminal law" and referred with approval to the dissenting reasons in *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984, *per* Dickson J. (as he then was) at p. 1026:

Head 27 of s. 91 of the *British North America Act* empowers Parliament to make substantive laws prohibiting, with penal consequences, acts or omissions considered to be harmful to the State, or to persons or property within the State.

The approach taken by this Court in *Knox Contracting*, *supra*, provides a solid foundation for defining the scope of Parliament's criminal law power.

In discussing the *Margarine Reference*, Professor Hogg notes that legislation which merely contains a prohibition and a consequent penalty cannot be upheld as a valid exercise of Parliament's criminal law power unless the legislation also addresses a "typically criminal public purpose" (*Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 18-5). The "typically criminal public purpose" can be determined in part by considering whether the act or omission is sufficiently harmful to the state, or

ries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada, [1980] 1 R.C.S. 914, le critère applicable devrait s'intéresser au fond et non à la forme, et il exclut de la compétence en matière de droit criminel toute activité législative qui ne revêt pas les caractéristiques requises du droit criminel. Il n'est pas toujours aisé de déterminer si un texte de loi s'inscrit dans le cadre de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Le juge Cory a exposé ainsi la difficulté dans l'arrêt *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338, à la p. 347:

Tout d'abord, il peut être utile d'examiner en quoi consiste le droit criminel. Bien que, comme une œuvre d'art, il s'agisse de quelque chose qui peut être plus facile à reconnaître qu'à définir, certaines lignes directrices ont été établies.

Le juge Cory cite ensuite, à la p. 348, un passage des motifs prononcés par le juge Rand dans *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (le *Renvoi sur la margarine*), où l'on trouve à son avis une «définition très utile du droit criminel», puis il renvoie en les approuvant aux motifs du juge Dickson (plus tard Juge en chef), dissident dans l'arrêt *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984, à la p. 1026:

Le paragraphe 27 de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* habilite le Parlement à édicter des lois qui interdisent, sous peine de sanctions pénales, des actes ou omissions jugés préjudiciables à l'État, à des personnes ou à des biens y situés.

La position adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Knox Contracting*, précité, fournit une assise solide aux fins de cerner l'étendue de la compétence du Parlement en matière de droit criminel.

Dans son analyse du *Renvoi sur la margarine*, le professeur Hogg remarque que la loi qui ne contient qu'une simple interdiction à laquelle est assortie une sanction pénale ne peut être considérée comme un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel que si cette loi vise également un [TRADUCTION] «objectif public habituellement reconnu du droit criminel» (*Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 18-5). On pourra établir en partie ce qu'est un

to persons or property within the state to warrant the exercise of Parliament's criminal law power.

«objectif public habituellement reconnu du droit criminel» en déterminant si l'acte ou l'omission est suffisamment préjudiciable à l'État, à des personnes ou à des biens y situés, pour justifier l'exercice par le Parlement de sa compétence en matière de droit criminel.

In *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49, it was held to be beyond Parliament's criminal power to impose criminal sanctions for infractions of a variety of provincial regulations such as failure to pay insurance premiums, civil judgments, taxes and licence fees. Licence suspensions are not related to the owner's ability to drive or to public safety on the highways, and hence criminal penalties flowing from their breach are *ultra vires* Parliament. Although Parliament's power to legislate in the field of criminal law is broad, it is subject to constitutional limits.

Dans l'arrêt *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49, on a conclu que la compétence du Parlement en matière criminelle ne lui permettait pas d'imposer des sanctions pénales relativement à des infractions commises contre divers règlements provinciaux, comme l'omission de payer des primes d'assurance, un montant alloué par un jugement civil, une taxe ou un droit de délivrance d'un permis. Les suspensions de permis n'ont pas de rapport avec la capacité de conduire ou la sécurité du public sur les routes, de sorte que les sanctions pénales assorties à leur non-respect excèdent les pouvoirs du Parlement. Bien que le pouvoir de ce dernier de légiférer en matière criminelle soit vaste, il est assujéti à certaines limites constitutionnelles.

A definitive and all-encompassing test to determine what constitutes a "criminal offence" remains elusive but the activity which Parliament wishes to suppress through criminal sanction must pose a significant, grave and serious risk of harm to public health, morality, safety or security before it can fall within the purview of the criminal law power. While there is a range of conduct between the most and less serious, not every harm or risk to society is sufficiently grave or serious to warrant the application of the criminal law.

Il demeure impossible d'établir un critère définitif et exhaustif qui permette de déterminer ce qui constitue une «infraction criminelle» mais, pour qu'elle puisse tomber sous le coup de la compétence en matière de droit criminel, l'activité que le Parlement souhaite réprimer à l'aide d'une sanction pénale doit présenter un risque de préjudice grave et important pour la santé du public, sa moralité ou sa sécurité. S'il existe une gamme de comportements entre celui qui est le plus grave et celui qui l'est le moins, ce ne sont pas tous les préjudices ou dangers pour la société qui sont suffisamment graves et importants pour justifier l'application du droit criminel.

The heart of criminal law is the prohibition of conduct which interferes with the proper functioning of society or which undermines the safety and security of society as a whole. *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, held that a crime is a public wrong involving a violation of the public rights and duties to the whole community, considered as a community, in its social aggregate capacity. Matters which pose a significant and serious risk of harm or which cause significant and serious

Au cœur du droit criminel se situe l'interdiction du comportement qui entrave le bon fonctionnement de la société ou qui compromet la sécurité de la société considérée dans son ensemble. Dans *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, la Cour a conclu qu'un crime est un méfait public qui implique la violation des droits et des devoirs publics envers la collectivité tout entière, considérée comme telle, dans sa capacité d'agir en tant que collectivité. Tout ce qui pose un risque de pré-

harm to public health, safety or security can be proscribed by Parliament as criminal.

Consequently, lesser threats to society and its functioning do not fall within the criminal law, but are addressed through non-criminal regulation, either by Parliament or provincial legislatures, depending on the subject matter of the regulation.

The regulation of manipulative children's advertising was upheld as *intra vires* the province in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, even though the impugned legislation contained sanctions that included fines and possible imprisonment. While manipulative children's advertising exposes society to some harms, those harms are not sufficient to attract the sanction of the criminal law. In the same way, we must consider whether the ban on tobacco advertising is essentially a regulatory matter within provincial competence, or whether tobacco advertising truly constitutes criminal conduct, a public wrong which Parliament is entitled to punish as harmful, socially undesirable conduct violative of public rights and duties.

Sopinka J. in *Morgentaler*, *supra*, stated that to find a valid exercise of Parliament's criminal law power, the presence of a criminal public purpose or object is pivotal. I agree that criminal law is not frozen in time. Parliament can decriminalize what once was thought criminal, and can also criminalize conduct which was not part of the criminal law at the time of Confederation. I disagree that affinity with a traditional criminal law concern has no part to play in the analysis, whether the conduct proscribed by Parliament has an affinity with a traditional criminal law concern is a starting point in determining whether a particular matter comes within federal criminal competence. Cases such as *Morgentaler*, *supra*, and *Knox Construction*, *supra*, demonstrate that courts will often look for

judice grave et important ou qui entraîne pour la sécurité et la santé du public un préjudice grave ou important peut être interdit par le Parlement comme relevant du droit criminel.

Par conséquent, les menaces moins graves pour la société et son fonctionnement ne relèvent pas du droit criminel; elles sont toutefois ciblées dans les régimes de réglementation qui ne relèvent pas du droit criminel, soit par le Parlement, soit par les législatures provinciales, selon le sujet que vise le règlement.

Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, la Cour a jugé que le règlement relatif à la publicité manipulatrice destinée aux enfants relevait de la compétence de la province même s'il prévoit des sanctions telles des amendes et le risque d'emprisonnement. Si la publicité manipulatrice destinée aux enfants expose la société à certains préjudices, ceux-ci ne sont pas suffisamment graves pour que l'on fasse appel au droit criminel. De la même façon, il nous faut considérer si l'interdiction de la publicité en faveur des produits du tabac est dans son essence un sujet de réglementation qui relève de la compétence provinciale ou si la publicité en faveur des produits du tabac est véritablement un acte criminel, un méfait public que le Parlement a le droit de punir parce qu'il constitue un comportement préjudiciable, socialement indésirable et contraire aux droits et aux devoirs publics.

Dans l'arrêt *Morgentaler*, précité, le juge Sopinka a indiqué que, pour qu'un exercice par le Parlement de sa compétence en matière de droit criminel soit valide, l'existence d'un objectif public touchant le droit criminel est primordiale. Je conviens que le droit criminel n'est pas immuable. Le Parlement peut décriminaliser ce qui autrefois était jugé criminel et peut d'autre part criminaliser un comportement qui ne ressortissait pas au droit criminel à l'époque de la Confédération. Je ne peux convenir que l'existence d'une affinité avec une préoccupation traditionnelle du droit criminel ne joue aucun rôle dans l'analyse, puisque la question de savoir si le comportement interdit par le Parlement a une affinité avec une préoccupation traditionnelle du droit criminel est le point de

202

1995 CanLII 64 (SCC)

203

204

an affinity with a traditional criminal law concern, or affinity with activities historically recognized as criminal, to determine whether a certain exercise of legislative power falls within the field of criminal law.

départ de l'analyse visant à déterminer si un sujet donné relève de la compétence du Parlement en matière criminelle. Des arrêts comme *Morgentaler* et *Knox Construction*, précités, démontrent que, pour déterminer si un exercice donné du pouvoir de légiférer s'inscrit dans le domaine du droit criminel, les tribunaux chercheront souvent une affinité avec une préoccupation traditionnelle du droit criminel ou une affinité avec des activités qui, dans le passé, ont été reconnues comme étant criminelles.

205 In *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, at p. 811, the Court noted that the prohibition on the use of language in and of itself did not have an affinity with some traditional criminal law concern such as morality or public order.

Dans l'arrêt *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, à la p. 811, la Cour a signalé que l'interdiction relative à l'utilisation en soi d'une langue n'a aucune affinité en soi avec un sujet traditionnel du droit criminel comme la moralité ou l'ordre public.

206 Parliament has the power to make certain kinds of speech criminal, such as sedition and obscenity. These types of speech have an affinity with traditional criminal law concerns. These two examples are not determinative, but demonstrate the presence of a typically criminal public purpose where the speech in question causes serious harm or a serious risk of harm to society. In contrast, it is difficult to see how tobacco advertising causes the same type of harm.

Le Parlement a le pouvoir de qualifier de criminelles certaines formes d'expression, comme la sédition et l'obscénité. Ces formes d'expression ont des affinités avec des préoccupations traditionnelles du droit criminel. Si ces deux exemples ne sont pas déterminants, ils démontrent toutefois l'existence d'un objectif public habituellement reconnu du droit criminel, où l'expression en cause entraîne un préjudice grave ou un risque grave de préjudice à la société. Par contre, il est difficile de voir comment la publicité en faveur des produits du tabac peut causer pareil préjudice.

207 In his reasons, La Forest J. states that the "evil targeted by Parliament is the detrimental health effects caused by tobacco consumption" (para. 30). McLachlin J. writes that "[c]are must be taken not to overstate the objective" (para. 144). I endorse her conclusion that, if the objective is stated too broadly, its importance may be exaggerated and the analysis compromised.

Dans ses motifs, le juge La Forest indique que «le mal visé par le Parlement est l'effet nocif de l'usage du tabac sur la santé» (par. 30). Le juge McLachlin écrit pour sa part qu'«[i]l faut veiller à ne pas surestimer l'objectif» (par. 144). Je partage son avis lorsqu'elle conclut que, si l'on formule l'objectif d'une façon trop large, on risque d'en exagérer l'importance et d'en compromettre l'analyse.

208 The objective of the advertising ban and trade mark usage restrictions, as stated by McLachlin J., is to prevent Canadians from being persuaded by advertising and promotion to use tobacco products.

L'objectif de l'interdiction de publicité et des restrictions à l'usage des marques, ainsi que l'écrit le juge McLachlin, est d'empêcher la population canadienne de se laisser convaincre par la publicité et la promotion de faire usage du tabac. En toute déférence, je ne puis convenir avec le juge

I respectfully disagree with La Forest J. that this type of persuasion constitutes criminal conduct.

Tobacco advertising and promotion may encourage some people to start or to continue to smoke. For that reason, it is viewed by many as an undesirable form of commercial expression. I do not disagree that it may be an undesirable form of expression, but is this undesirability sufficient to make such expression criminal? Does tobacco advertising pose a significant, grave and serious danger to public health? Or does it simply encourage people to consume a legal but harmful product? I cannot agree that the commercial speech at issue poses such a significant, grave and serious danger to public health to fall within the purview of the federal criminal law power. In my opinion, the Act is too far removed from the injurious or undesirable effects of tobacco use to constitute a valid exercise of Parliament's criminal law power. Legislation prohibiting all advertising of a product which is both legal and licensed for sale throughout Canada lacks a typically criminal public purpose and is *ultra vires* Parliament under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. Such advertising can hardly be considered to be a public wrong involving a violation of public rights and duties to the whole community, the type of conduct that Parliament is entitled to proscribe and punish as harmful and socially undesirable under its criminal law power.

Parliament could have criminalized tobacco use, but has chosen not to do so for a variety of reasons. The Act does not directly address the injurious or undesirable effects of tobacco use. La Forest J., in response to this concern, notes that in some circumstances Parliament has criminalized ancillary activities without criminalizing the core activity itself, and that this Court has upheld such measures as a valid exercise of the criminal law power. With respect, the cases cited by La Forest J. — *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (solicitation

La Forest que ce genre de persuasion constitue un comportement criminel.

Il se peut que la publicité et la promotion en faveur du tabac incitent certaines personnes à commencer ou à continuer à fumer. Pour cette raison, plusieurs considèrent qu'il s'agit là d'une forme indésirable d'expression commerciale. J'admets qu'il puisse s'agir d'une forme indésirable d'expression, mais est-ce suffisant pour la rendre criminelle? La publicité en faveur du tabac présente-t-elle un risque grave et important pour la santé publique? Ou encourage-t-elle simplement les gens à consommer un produit légal, mais nocif? Je ne peux convenir que le discours commercial en question présente un risque grave et important pour la santé publique au point qu'il est assujéti à la compétence fédérale en matière de droit criminel. À mon avis, la Loi est trop éloignée des effets nocifs ou indésirables de l'utilisation du tabac pour constituer un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Une loi qui interdit toute publicité en faveur d'un produit légal dont la vente est réglementée partout au Canada est dénuée d'un objectif public habituellement reconnu du droit criminel et excède les pouvoirs du Parlement sous le régime du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. On peut difficilement considérer cette publicité comme un méfait public impliquant la violation des droits et des devoirs publics envers la collectivité tout entière, le genre de comportement que le Parlement peut interdire et punir, conformément à sa compétence en matière de droit criminel, parce qu'il est socialement préjudiciable et indésirable.

Le Parlement aurait pu criminaliser l'usage du tabac, mais il a choisi de ne pas le faire pour de multiples raisons. La Loi ne vise pas directement les effets nocifs ou indésirables de l'usage du tabac. En réponse à cet argument, le juge La Forest fait remarquer que, dans certaines circonstances, le Parlement a criminalisé des activités secondaires sans criminaliser l'activité principale même, et que notre Cour a confirmé que l'adoption de telles mesures était un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel. Avec égards, les arrêts cités par le juge La Forest — *Renvoi relatif à*

for the purposes of prostitution and the operation of bawdy houses) and *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519 (prohibition on assisted suicide) — concern matters which have traditionally been subject to criminal sanctions. Moreover, the “ancillary” activities proscribed in the above two examples pose significant and serious dangers in and of themselves.

l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123 (sollicitation à des fins de prostitution et tenue d'une maison de débauche), et *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 (prohibition de l'aide au suicide) — portent tous deux sur des sujets qui ont toujours fait l'objet de sanctions pénales. En outre, les activités «secondaires» interdites dans les deux exemples qui précèdent comportent en elles-mêmes des dangers graves et importants.

211 It is well known that crime often follows in the wake of prostitution and its related activities. It is also well known that assisted suicide can engender all manner of evils, not the least of which is involuntary euthanasia. Hence the criminalization of solicitation of prostitution where prostitution itself is legal, or the criminalization of assisted suicide where suicide itself is legal does not provide a useful analogy to the criminalization of tobacco advertising where tobacco consumption is legal. The fact that the “ancillary” activities in the *Prostitution Reference* and in *Rodriguez* of themselves pose serious risks of harm to society makes the analogy less than compelling.

Il est bien connu que la prostitution et les activités qui y sont liées entraînent souvent dans leur sillage une certaine criminalité. Il est également bien connu que l'aide au suicide peut engendrer toutes sortes de maux, dont l'euthanasie involontaire n'est pas le moindre. La criminalisation de la sollicitation à des fins de prostitution lorsque la prostitution même est légale, ou la criminalisation de l'aide au suicide lorsque le suicide même est légal, n'offre donc aucune analogie utile quant à la criminalisation de la publicité en faveur du tabac alors que la consommation du tabac est légale. Le fait que les activités «secondaires» dans le *Renvoi sur la prostitution* et dans l'arrêt *Rodriguez* posent en elles-mêmes des risques graves de préjudice à la société rend l'analogie moins que convaincante.

212 Since Parliament has chosen not to criminalize tobacco use, it is difficult to understand how tobacco advertising can somehow take on the character of criminal activity. The Act does not deal in any way with the regulation or prohibition of dangerous products or drugs. The underlying “evil” of tobacco use which the Act is designed to combat remains perfectly legal. Tobacco advertising is in itself not sufficiently dangerous or harmful to justify criminal sanctions. In my view, it is beyond Parliament's competence to criminalize this type of speech where Parliament has declined to criminalize the underlying activity of tobacco use.

Puisque le Parlement a choisi de ne pas criminaliser l'usage du tabac, il est difficile de comprendre comment la publicité en faveur du tabac peut d'une quelconque façon revêtir le caractère d'une activité criminelle. La Loi ne porte pas du tout sur la réglementation ou l'interdiction de produits dangereux ou de drogues. Le «mal» sous-jacent à l'usage du tabac que la Loi vise à combattre demeure parfaitement légal. La publicité en faveur du tabac en elle-même n'est pas suffisamment dangereuse ou préjudiciable pour justifier l'existence de sanctions pénales. À mon avis, il ne relève pas de la compétence du Parlement de criminaliser cette forme de discours lorsqu'il a refusé de criminaliser l'activité principale, soit l'usage du tabac.

213 On a final note, La Forest J. addressed the exemptions contained within the Act, most notably the exemption for foreign periodicals. He concluded that notwithstanding the exemptions,

Enfin, le juge La Forest s'est penché sur les exemptions prévues dans la Loi, plus particulièrement l'exemption concernant les publications étrangères. Il conclut que, nonobstant ces exemp-

tobacco advertising still constitutes criminal law. I disagree. La Forest J. cites a number of cases, such as *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, and *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89, for the proposition that exemptions in criminal legislation do not take away from the legislation's criminal character. While exemptions do not necessarily take a statute out of criminal law, broadly based exemptions are a factor which may lead a court to conclude that the proscribed conduct is not truly criminal. Both *Morgentaler* (dealing with abortion) and *Furtney* (dealing with gambling) involved conduct which has traditionally been viewed as criminal. The exemptions could not be described as "broadly based". For example, the *Criminal Code* only allowed abortions to be performed in limited circumstances and under strict conditions and guidelines. While the legislation may not have been applied uniformly at hospitals throughout the country, Parliament could still validly decide that abortion in general was criminal and could only be performed in hospitals in accordance with statutory requirements.

In *Furtney*, unrestricted and unregulated gambling could be seen as engaging a typically criminal public purpose because of the harm to society that often flows from gambling and its related activities. The fact that properly licensed and regulated gambling, such as bingo, could be exempted from the criminal law did not take away from the criminal public purpose engaged by the general prohibition on gambling. The exemptions discussed in the above two cases are limited in nature and the scope of activities that remained criminalized still engaged a typically criminal public purpose.

In these appeals, McLachlin J. notes that despite the advertising ban, 65 percent of the Canadian magazine market will contain tobacco advertisements, given that the ban applies only to Canadian media and not to imported publications. The

tions, la publicité en faveur du tabac demeure une matière qui relève du droit criminel. Je ne suis pas d'accord. Le juge La Forest cite certains arrêts, dont *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, et *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, pour soutenir que les exemptions prévues dans une loi en matière criminelle ne retirent pas à la loi son caractère criminel. Si les exemptions ne retirent pas nécessairement une loi du cadre criminel, l'existence d'exemptions générales est un facteur qui peut mener un tribunal à conclure que le comportement interdit n'est pas véritablement criminel. Aussi bien l'arrêt *Morgentaler* (concernant l'avortement) que l'arrêt *Furtney* (concernant le jeu) portaient sur un comportement qui a toujours été considéré comme criminel. Les exemptions ne pouvaient être qualifiées de «générales». Ainsi, le *Code criminel* n'autorisait les avortements que s'ils étaient pratiqués dans certaines circonstances et suivant des conditions et des directives strictes. Bien que la loi puisse ne pas avoir été appliquée de façon uniforme dans les hôpitaux du pays, le Parlement pouvait quand même valablement décider que l'avortement en général était criminel et ne pouvait être pratiqué que dans les hôpitaux conformément aux exigences prescrites dans la loi.

Dans *Furtney*, on a considéré qu'on pouvait envisager que le jeu non restreint et non réglementé engage un objectif public reconnu du droit criminel en raison du préjudice que le jeu et les activités qui s'y rattachent causent fréquemment à la société. Le fait qu'un jeu valablement réglementé et assujéti à l'obtention d'un permis, par exemple le bingo, puisse être exempté de l'application du droit criminel, ne diminue en rien l'objectif public de droit criminel qui sous-tend l'interdiction générale visant le jeu. Les exemptions analysées dans les deux affaires précitées sont limitées en nature et la portée des activités qui demeurent criminalisées engage toujours un objectif public reconnu du droit criminel.

Dans les présents pourvois, le juge McLachlin signale qu'en dépit de l'interdiction de publicité, 65 pour 100 du marché des revues au Canada contiendra de la publicité en faveur du tabac puisque l'interdiction ne s'applique qu'aux médias cana-

exemptions for advertising cannot be seen as being limited in nature because most Canadians will be exposed to advertising for tobacco products in newspapers, magazines and so forth. It is hard to understand how the respondent on the one hand claims that nothing short of a total ban will accomplish the goal of reducing tobacco consumption while at the same time the Act allows a very significant amount of advertising to enter the country. It is difficult to imagine how tobacco advertising produced by the United States or other countries and distributed in Canada through publications somehow becomes criminal when produced and distributed by Canadians. The broadly based exemptions contained in the Act, combined with the fact that the Act does not engage a typically criminal public purpose, leads to the conclusion that the prohibitions on advertising cannot be upheld as a valid exercise of Parliament's criminal law power.

diens et non aux publications importées au Canada. Les exemptions quant à la publicité ne peuvent être considérées comme étant limitées puisque la plupart des Canadiens seront exposés à la publicité en faveur des produits du tabac dans des journaux, des revues et le reste. Il est difficile de comprendre comment l'intimé peut soutenir d'une part, qu'il faut une interdiction générale, rien de moins, pour réaliser l'objectif qui consiste à réduire la consommation du tabac alors que, d'autre part, la Loi permet qu'une quantité considérable de publicité soit introduite au pays. On peut difficilement imaginer comment la publicité en faveur du tabac produite par les États-Unis ou d'autres pays et distribuée au Canada par voie de publications devient en quelque sorte criminelle lorsqu'elle est produite et distribuée par des Canadiens. L'existence d'exemptions générales prévues dans la Loi, combinée au fait qu'elle ne relève pas d'un objectif public habituellement reconnu du droit criminel, porte à conclure que les interdictions sur la publicité ne peuvent être maintenues à titre d'exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel.

216 The Act, except for s. 9 and its associated provisions relating to mandatory health warnings on tobacco packaging, cannot be upheld as valid criminal legislation. The Act is a regulatory measure aimed at decreasing tobacco consumption. While Parliament's desire to limit tobacco advertising may be desirable, its power to do so cannot be found in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

La Loi, à l'exception de l'art. 9 et de ses dispositions accessoires relatives aux mises en garde obligatoires sur les emballages, ne peut être maintenue comme étant une loi valide en matière criminelle. La Loi est une mesure de réglementation qui vise à diminuer la consommation du tabac. Bien que la volonté du Parlement de restreindre la publicité en faveur du tabac puisse être souhaitable, le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne lui confère pas le pouvoir de le faire.

217 In the Court of Appeal ((1993), 102 D.L.R. (4th) 289), Brossard J.A. held at p. 352 that the Act fell within the federal parliament's power to legislate for the "peace, order and good government" of Canada as the Act met national dimensions. I agree. Inasmuch as the legislations fails in any event for the reasons of McLachlin J., it is unnecessary to come to any conclusion on this point.

Le juge Brossard de la Cour d'appel ((1993) R.J.Q. 375) a conclu, à la p. 416, que la Loi relevait de la compétence du Parlement de légiférer pour la «paix, l'ordre et le bon gouvernement» du Canada puisqu'elle revêt des dimensions nationales. Toutefois, je suis d'accord que, puisque les dispositions législatives sont de toute façon invalides pour les motifs formulés par le juge McLachlin, il est inutile de tirer quelque conclusion à cet égard.

Appeals allowed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and CORY JJ. dissenting. The first

Pourvois accueillis, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et CORY sont dissi-

constitutional question dealing with the legislative competence of Parliament to enact the legislation under the criminal law power or for the peace, order and good government of Canada should be answered in the positive. With respect to the second constitutional question, ss. 4 (re advertising), 8 (re trade mark use) and 9 (re unattributed health warnings) of the Act are inconsistent with the right of freedom of expression as set out in s. 2(b) of the Charter and do not constitute a reasonable limit on that right as can be demonstrably justified pursuant to s. 1 thereof. *La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.* would find that they constitute a reasonable limit. Given that ss. 5 (re retail displays) and 6 (re sponsorships) could not be cleanly severed from ss. 4, 8 and 9, all are of no force or effect pursuant to s. 52 of the Constitution Act, 1982.

Solicitors for the appellant RJR-MacDonald Inc.: Mackenzie, Gervais, Montreal.

Solicitors for the appellant Imperial Tobacco Ltd.: Ogilvy, Renault, Montreal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Canada: Côté & Ouellet, Montreal.

Solicitor for the mis-en-cause the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervenor the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervenor the Heart and Stroke Foundation of Canada: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Solicitors for the intervenor the Canadian Cancer Society: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Solicitors for the intervenor the Canadian Council on Smoking and Health: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

*dents. La première question constitutionnelle sur la compétence du Parlement de légiférer en matière de droit criminel ou pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada reçoit une réponse positive. Pour ce qui est de la seconde question constitutionnelle, les art. 4 (la publicité), 8 (les marques) et 9 (les messages non attribués relatifs à la santé) de la Loi sont incompatibles avec le droit à la liberté d'expression garanti à l'al. 2b) de la Charte et n'apportent pas une limite raisonnable à l'exercice de ce droit, dont la justification puisse se démontrer au sens de l'article premier. Les juges *La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory* sont d'avis qu'ils apportent une limite raisonnable. Vu que les art. 5 (commerce au détail) et 6 (parrainage) ne peuvent pas nettement être distingués des art. 4, 8 et 9, ils sont tous inopérants aux termes de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982.*

Procureurs de l'appelante RJR-MacDonald Inc.: Mackenzie, Gervais, Montréal.

Procureurs de l'appelante Imperial Tobacco Ltd.: Ogilvy, Renault, Montréal.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Canada: Côté & Ouellet, Montréal.

Procureur du mis en cause le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

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

Procureurs de l'intervenante la Fondation des maladies du cœur du Canada: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne du cancer: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien sur le tabagisme et la santé: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Medical Association: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Lung Association: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association médicale canadienne: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association pulmonaire du Canada: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Tamim Albashir *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Kasra Mohsenipour *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario and
Attorney General of Quebec** *Intervenors*INDEXED AS: **R. v. ALBASHIR****2021 SCC 48**

File Nos.: 39277, 39278.

2021: May 14; 2021: November 19.

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

Constitutional law — Declaration of invalidity — Temporal nature of declaration of invalidity — Supreme Court of Canada in Bedford declaring void offence of living on avails of sex work and suspending declaration of invalidity for one year — Accused charged after expiry of suspension period for committing offence of living on avails of sex work while declaration suspended — Trial judge quashing charges on basis that offence was unconstitutional when committed — Court of Appeal holding that remedial legislation enacted by Parliament prior to expiry of suspension period pre-empted retroactive effect of declaration of invalidity — Whether provision prohibiting living on avails of sex work retroactively invalid such that it cannot ground conviction for offence committed prior to declaration taking effect — Canadian Charter of Rights and Freedoms,

Please see in particular paras. 35,
37 and 62

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Kasra Mohsenipour *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario et
procureur général du Québec** *Intervenants*RÉPERTORIÉ : **R. c. ALBASHIR****2021 CSC 48**

Nos du greffe : 39277, 39278.

2021 : 14 mai; 2021 : 19 novembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et
Kasirer.EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Déclaration d'invalidité — Nature temporelle d'une déclaration d'invalidité — Cour suprême du Canada invalidant dans Bedford l'infraction consistant à vivre des produits du travail du sexe et suspendant l'effet de la déclaration d'invalidité pour une période d'un an — Accusés inculpés après l'expiration de la période de suspension d'avoir commis pendant cette période l'infraction consistant à vivre des produits du travail du sexe — Annulation des accusations par le juge du procès au motif que l'infraction était inconstitutionnelle au moment où elle a été commise — Conclusion de la Cour d'appel portant que la mesure législative corrective édictée par le Parlement avant l'expiration de la période de suspension prenait le pas sur l'effet rétroactif de la déclaration d'invalidité — La disposition interdisant de vivre des produits du travail du

s. 24(1) — *Constitution Act, 1982*, s. 52(1) — *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 212(1)(j).

In *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, the Court found s. 212(1)(j) of the *Criminal Code*, which prohibited living on the avails of sex work, to be unconstitutionally overbroad because it criminalized non-exploitative actions that could enhance the safety and security of sex workers. The Court declared this offence to be inconsistent with the *Charter* and hence void. The declaration of invalidity did not take immediate effect but rather was suspended for one year. The Court did not explicitly state whether this declaration would apply retroactively or purely prospectively at the conclusion of the period of suspension. Two weeks before the suspension expired, the former s. 212(1)(j) was replaced with a new provision that prohibits obtaining a material benefit from sexual services but exempts legitimate, non-exploitive conduct. Parliament did not state whether the amendments were to apply retroactively or prospectively.

About two years after the declaration took effect, the accused were charged with numerous offences arising out of an escort operation. Some of the offences occurred during the one-year period of suspension, resulting in charges under s. 212(1)(j). The trial judge found the accused to be parasitic, exploitative pimps, but he quashed the charges against both accused for living on the avails of sex work. He reasoned that once the *Bedford* suspension expired, the offence was unconstitutional because suspended declarations under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, have a delayed retroactive effect — meaning that once the suspension expires, the law will have always been unconstitutional —, unless it is clearly stated otherwise. The Court of Appeal allowed the Crown's appeals and entered convictions on the counts of living on the avails of sex work. It held that the *Bedford* declaration never came into effect because the legislature enacted remedial legislation during the suspension, which pre-empted the retroactive effect of the suspended declaration of invalidity.

sexe est-elle invalide de manière rétroactive de sorte qu'elle ne peut fonder une déclaration de culpabilité relative à une infraction commise avant la prise d'effet de la déclaration d'invalidité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 212(1)(j).

Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, la Cour a conclu que l'al. 212(1)(j) du *Code criminel*, qui interdisait de vivre des produits du travail du sexe, était inconstitutionnel pour cause de portée excessive parce qu'il criminalisait des actes dénués d'exploitation qui étaient susceptibles d'accroître la sécurité des personnes travaillant dans l'industrie du sexe. La Cour a déclaré cette infraction incompatible avec la *Charte* et par conséquent nulle. La déclaration d'invalidité n'est pas entrée en vigueur immédiatement, mais son effet a plutôt été suspendu pour une période d'un an. La Cour n'a pas dit explicitement si cette déclaration s'appliquerait de manière rétroactive ou purement prospective à la fin de la période de suspension. Deux semaines avant l'expiration de cette période, l'ancien al. 212(1)(j) a été remplacé par une nouvelle disposition qui interdit d'obtenir un avantage matériel provenant de la prestation de services sexuels, mais qui prévoit une exception pour la conduite légitime exempte d'exploitation. Le Parlement n'a pas précisé si les modifications devaient s'appliquer de manière rétroactive ou prospective.

Environ deux ans après la prise d'effet de la déclaration, les accusés ont été inculpés de nombreuses infractions découlant de l'exploitation d'un service d'escortes. Certaines de ces infractions ont été commises pendant la période de suspension d'un an, ce qui a donné lieu à des accusations fondées sur l'al. 212(1)(j). Le juge du procès a conclu que les accusés étaient des proxénètes parasites et exploitateurs, mais il a annulé les accusations portées contre chacun d'eux relativement au fait d'avoir vécu des produits du travail du sexe. Il a estimé que l'infraction était inconstitutionnelle après l'expiration de la période de suspension prononcée dans *Bedford* parce que les déclarations fondées sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dont l'application est suspendue ont un effet rétroactif différé — ce qui signifie qu'une fois que la période de suspension prend fin, la règle de droit aura toujours été inconstitutionnelle —, à moins d'indication claire du contraire. La Cour d'appel a accueilli les appels interjetés par la Couronne et a prononcé des déclarations de culpabilité à l'égard des chefs d'accusation d'avoir vécu des produits du travail du sexe. Elle a conclu que la déclaration prononcée dans *Bedford* n'était jamais entrée en vigueur parce que la législature avait édicté la mesure législative corrective pendant la période de suspension, édiction qui prenait le pas sur l'effet rétroactif de la déclaration d'invalidité avec effet suspendu.

Held (Brown and Rowe JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Martin and Kasirer JJ.: In light of the purpose animating the suspension of the declaration of invalidity in *Bedford*, the presumption of retroactivity of a declaration of invalidity is rebutted by necessary implication. The purpose of a suspension must be considered in determining whether the declaration must logically operate retroactively or purely prospectively. In *Bedford*, the Court's remedy was purely prospective, because the purpose of the suspension — avoiding deregulation that would leave sex workers vulnerable — would be frustrated by a retroactive remedy. Accordingly, the accused could be charged and convicted, after the suspension expired and the declaration took effect, for committing the offence of living on the avails of sex work under s. 212(1)(j) during the suspension period. Because they engaged in exploitative and parasitic conduct, the exact conduct that was always legitimately criminalized, a remedy under s. 24(1) of the *Charter* is not available to them.

When legislation violates a *Charter* right, three foundational constitutional principles guide the interpretation of constitutional remedies: constitutionalism, the rule of law, and the separation of powers. To determine an appropriate remedy, a court must consider not only the principle of constitutional supremacy in s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, but also the entitlement of the public to the benefit of legislation, as well as the different institutional roles that courts and legislatures are called to play. These foundational principles also establish strong — but rebuttable — presumptions that legislation is prospective and judicial declarations are retroactive.

There is a strong presumption against retroactive application of legislation because the rule of law requires that people be able to order their affairs in light of an established legal order. In the instant case, in the absence of retroactive legislative intent either explicitly or by necessary implication, the strong presumption that legislation is prospective is not challenged. Whereas the rule of law dictates a presumption that legislation is prospective, the inverse is true for judicial remedies. The basic role of courts to decide disputes after they have arisen requires

Arrêt (les juges Brown et Rowe sont dissidents) : Les pourvois sont rejetés.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Martin et Kasirer : Compte tenu de l'objectif visé par la suspension de la déclaration d'invalidité dans l'arrêt *Bedford*, la présomption de rétroactivité d'une déclaration d'invalidité est réfutée par voie de conséquence nécessaire. Il faut examiner l'objectif d'une suspension lorsqu'il s'agit de décider si la déclaration doit logiquement s'appliquer de manière rétroactive ou purement prospective. Dans l'arrêt *Bedford*, la réparation accordée par la Cour s'appliquait de manière purement prospective, car une réparation avec effet rétroactif aurait contrecarré l'objectif de la suspension : éviter une déréglementation qui aurait laissé en situation de vulnérabilité les personnes travaillant dans l'industrie du sexe. Les accusés pouvaient donc, une fois la période de suspension expirée et la déclaration entrée en vigueur, être inculpés et déclarés coupables de l'infraction prévue à l'al. 212(1)(j) d'avoir vécu des produits du travail du sexe pendant la période de suspension. Comme ils se sont livrés à une conduite empreinte d'exploitation et de parasitisme, soit précisément la conduite qui a toujours été légitimement criminalisée, une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* ne peut être obtenue par ceux-ci.

Lorsqu'une mesure législative porte atteinte à un droit conféré par la *Charte*, trois principes constitutionnels fondamentaux guident l'interprétation des réparations constitutionnelles : le constitutionnalisme, la primauté du droit et la séparation des pouvoirs. Pour déterminer la réparation qu'il convient d'accorder, le tribunal doit prendre en considération non seulement le principe de la suprématie de la Constitution énoncé au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais aussi le droit du public au bénéfice de la loi, ainsi que les rôles institutionnels différents que les tribunaux et les législatures sont appelés à jouer. Ces principes fondamentaux établissent également des présomptions fortes — mais réfutables — qu'un texte législatif s'applique de manière prospective et que les déclarations judiciaires ont un effet rétroactif.

Il existe une forte présomption de non-rétroactivité des lois parce que la primauté du droit exige que les justiciables soient en mesure d'organiser leurs affaires eu égard à un ordre juridique établi. Dans la présente affaire, en l'absence d'une intention législative de rétroactivité exprimée explicitement ou par voie de conséquence nécessaire, la forte présomption selon laquelle les lois s'appliquent de manière prospective n'est pas contestée. Alors que la primauté du droit exige que les lois soient présumées s'appliquer de manière prospective, c'est l'inverse pour les réparations judiciaires. Le rôle

that judicial decisions operate (at least ordinarily) with retroactive effect.

When a court makes a s. 52(1) declaration of invalidity, the same presumption of retroactivity arises. A retroactive declaration changes the law for all time, both reaching into the past and affecting the future: the law is deemed to have been invalid from the moment of its enactment. However, many fundamental principles that are essential to Canada's constitutional system curtail the retroactive reach of judicial remedies. For example, the doctrine of *res judicata* and the *de facto* and qualified immunity doctrines balance the generally retroactive nature of judicial remedies with the need for finality and stability. When the declaration is purely prospective, the law was valid from its enactment but is invalid once the declaration takes effect.

The presumption of retroactivity can be rebutted explicitly or by necessary implication. The rare circumstances and constitutional considerations that warrant a suspension of a declaration of invalidity can justify an exception to the retroactive application of declarations where necessary to give effect to the purpose of the suspension. When retroactivity would defeat the compelling public interests that required the suspension, the presumption is rebutted and the declaration must apply purely prospectively. Courts in the future should explicitly state the temporal application of their s. 52(1) declarations to avoid any confusion.

The purpose animating the suspension in *Bedford* was to avoid the deregulation of sex work (thus maintaining the protection of vulnerable sex workers) while Parliament crafted replacement legislation. In light of that purpose, the declaration of invalidity was purely prospective, effective at the end of the period of suspension. A retroactive declaration would have rendered the regulatory system of criminal offences that was maintained by the suspension entirely unenforceable once the suspension expired, undermining the protection of the vulnerable victims that was at the root of the finding of unconstitutionality. Conversely, prospective application is far more consonant with the purpose of the *Bedford* suspension and more protective of sex workers' rights.

fondamental des tribunaux de trancher les différends après leur naissance exige que leurs décisions s'appliquent (du moins ordinairement) de manière rétroactive.

Quand un tribunal prononce une déclaration d'invalidité en vertu du par. 52(1), la même présomption de rétroactivité prend naissance. Une déclaration avec effet rétroactif modifie la règle de droit en cause pour toujours en s'appliquant tant dans le passé que dans le futur : la règle de droit est réputée invalide à partir du moment de son édicton. Cependant, de nombreux principes fondamentaux essentiels au système constitutionnel canadien restreignent la portée rétroactive des réparations judiciaires. À titre d'exemple, le principe de l'autorité de la chose jugée et les principes de la validité *de facto* et de l'immunité restreinte mettent en balance la nature généralement rétroactive des réparations judiciaires avec les impératifs que sont le caractère définitif et la stabilité. Lorsque la déclaration a un effet purement prospectif, la règle de droit est valide à partir du moment de son édicton, mais est invalide dès la prise d'effet de la déclaration.

La présomption de rétroactivité peut être réfutée explicitement ou par voie de conséquence nécessaire. Les rares circonstances et les considérations constitutionnelles qui justifient la suspension d'une déclaration d'invalidité peuvent légitimer une exception à l'application rétroactive d'une déclaration lorsque cela s'impose pour donner effet à l'objectif de la suspension. Quand la rétroactivité irait à l'encontre des intérêts publics impérieux qui exigeaient la suspension, la présomption est réfutée et la déclaration doit s'appliquer de manière purement prospective. Les tribunaux devraient à l'avenir énoncer explicitement l'application dans le temps de leurs déclarations fondées sur le par. 52(1) afin d'éviter toute confusion.

La suspension prononcée dans *Bedford* visait à éviter la déréglementation du travail du sexe (et ainsi à maintenir la protection des personnes vulnérables qui exercent leurs activités dans cette industrie) pendant que le Parlement concevait une mesure législative de remplacement. Compte tenu de cet objectif, la déclaration d'invalidité avait un effet purement prospectif et entraînait en vigueur à la fin de la période de suspension. Une déclaration avec effet rétroactif aurait rendu le régime réglementaire des infractions criminelles ayant été maintenu par la période de suspension entièrement inapplicable une fois cette période terminée, ce qui aurait compromis la protection des victimes vulnérables qui était à l'origine de la conclusion d'inconstitutionnalité. À l'inverse, une application prospective est beaucoup plus conforme à l'objectif de la suspension accordée dans *Bedford* et protège davantage les droits des personnes travaillant dans l'industrie du sexe.

When a s. 52(1) declaration is prospective, a person whose *Charter* rights are breached by the law declared to be unconstitutional is not left without a remedy. A prospective declaration does not deprive people of individual remedies and would not contravene the principle that nobody may be convicted of an offence under an unconstitutional law. Where the compelling public interests that required suspending the declaration would not be undermined and when additional relief is necessary to provide an effective remedy in a specific case, s. 24(1) is a flexible vehicle that can be combined with s. 52(1). The findings of unconstitutionality by the court can operate retroactively in individual cases, giving remedial effect to both ss. 24(1) and 52(1). Following the findings of *Bedford*, if an accused is charged with conduct that bears no relation to the purpose of the living on the avails offence — for example because they were a legitimate driver or bodyguard — an application judge may find a breach of that accused's s. 7 rights and grant a s. 24(1) remedy.

Per Brown and Rowe JJ. (dissenting): The declaration of invalidity in *Bedford* had retroactive effect as of the date the suspension expired, rendering s. 212(1)(j) of the *Criminal Code* void *ab initio*. Remedial legislation did nothing to cure the constitutional defect in s. 212(1)(j) as it existed in the past, and could do nothing to alter the Court's declaration that s. 212(1)(j) is unconstitutional. As such, s. 212(1)(j) was unconstitutional at the time the accused were found guilty, and the s. 212(1)(j) counts must accordingly be quashed.

Ordinarily, constitutional declarations of invalidity are retroactive, and have immediate effect. This is the logical implication of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The retroactive nature of constitutional declarations of invalidity also flows from the nature of judicial remedies generally. An immediate retroactive declaration of invalidity renders the law invalid from the date of the declaration, back to the date the law was enacted.

Although the Court recognized the predominance of the retroactive approach, it also recognized two important exceptions: prospective declarations and suspended declarations. Prospective declarations of invalidity apply

Lorsqu'une déclaration fondée sur le par. 52(1) a un effet prospectif, une personne dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés par la règle de droit déclarée inconstitutionnelle n'est pas dépourvue de réparation. Une déclaration avec effet prospectif ne prive pas les gens de réparations individuelles et ne contreviendrait pas au principe selon lequel nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle. Dans le cas où les intérêts publics impérieux ayant nécessité la suspension de l'effet de la déclaration ne seraient pas compromis et où une réparation additionnelle est nécessaire pour accorder une mesure de redressement efficace dans une situation donnée, le par. 24(1) constitue un moyen souple qui peut être combiné au par. 52(1). Les conclusions d'inconstitutionnalité du tribunal peuvent s'appliquer rétroactivement dans des cas particuliers, ce qui donne un effet réparateur tant au par. 24(1) qu'au par. 52(1). Suivant les conclusions tirées dans *Bedford*, si un accusé est inculpé d'une conduite qui est sans rapport avec l'objectif de l'infraction de vivre des produits du travail du sexe — par exemple parce qu'il était un chauffeur ou un garde du corps légitime —, le juge saisi de la demande pourrait conclure à une violation des droits que l'art. 7 garantit à cette personne et lui accorder une réparation fondée sur le par. 24(1).

Les juges Brown et Rowe (dissidents) : La déclaration d'invalidité dans *Bedford* avait un effet rétroactif à compter de la date à laquelle a pris fin la période de suspension, ce qui a rendu nul *ab initio* l'al. 212(1)j) du *Code criminel*. La mesure législative corrective n'a rien fait pour remédier au vice constitutionnel de l'al. 212(1)j) tel qu'il existait dans le passé, et ne pouvait rien faire pour changer la déclaration de la Cour selon laquelle l'al. 212(1)j) est inconstitutionnel. Par conséquent, l'al. 212(1)j) était inconstitutionnel au moment où les accusés ont été déclarés coupables et les chefs d'accusation fondés sur cette disposition doivent donc être annulés.

Normalement, les déclarations d'invalidité constitutionnelle ont un effet rétroactif et immédiat. Il s'agit là de la conséquence logique du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La nature rétroactive des déclarations d'invalidité constitutionnelle découle également de la nature des réparations judiciaires en général. Une déclaration d'invalidité avec effet rétroactif immédiat rend la règle de droit invalide à compter de la date de la déclaration, et l'invalidité remonte jusqu'à la date d'édiction de la règle en question.

Bien qu'elle ait reconnu la prédominance de l'approche de la rétroactivité, la Cour a aussi reconnu deux exceptions importantes : les déclarations avec effet prospectif et les déclarations avec effet suspendu. Les déclarations

only forward in time from the moment of the declaration, but do not render a law invalid back in time from the moment of its enactment, as though the law never existed. Suspended declarations of invalidity delay the moment when the effects of a declaration of invalidity, whether retroactive or prospective, become operative. When a retroactive declaration of invalidity is suspended, the law is treated as valid for the period of the suspension, but when the suspension period expires, it is as though the law had always been invalid. An immediate prospective declaration of invalidity renders a law invalid from the date of the declaration forward into the future, but not back into the past. The law was and remains valid from the date it was enacted until the date of the prospective declaration. A prospective declaration of invalidity with a suspension, often called a transition period, works in a similar way to an immediate prospective declaration, except that the declaration becomes effective only when the transition period ends.

Prospective declarations raise concerns, because they fail to address any past unconstitutional effects of a law. Similarly, suspended declarations of invalidity are deeply controversial, because they allow an unconstitutional state of affairs to persist, thereby posing a threat to the very idea of constitutional supremacy.

When a court issues a declaration of constitutional invalidity and intends that declaration to deviate from the traditional norm of retroactivity and immediacy, it must say so deliberately and explicitly, in order to avoid confusion. Only a clear statement that a declaration is prospective, suspended, or prospective with a transition period, will suffice, because of the strong presumption that constitutional declarations are retroactive and immediate. While prospective and suspended remedies are available, it must be borne in mind that they are not explicitly authorized by the text of s. 52(1). They are deviations from the traditional and widespread understanding of the role of the judiciary in which courts grant retroactive relief applying existing law or rediscovered rules which are deemed to have always existed.

d’invalidité avec effet prospectif ne s’appliquent que pour l’avenir à partir du moment où elles ont été prononcées, mais elles ne rendent pas une règle de droit invalide pour le passé à partir du moment de son édicition, comme si elle n’avait jamais existé. Les déclarations d’invalidité avec effet suspendu reportent le moment de l’entrée en vigueur de la déclaration d’invalidité, qu’elle soit d’application rétroactive ou prospective. Quand l’effet d’une déclaration d’invalidité avec effet rétroactif est suspendu, la règle de droit est considérée comme valide pendant la période de suspension, mais lorsque cette période prend fin, c’est comme si la règle avait toujours été invalide. Une déclaration d’invalidité avec effet prospectif immédiat rend la règle de droit invalide à compter de la date de la déclaration, et ce, pour l’avenir, mais non pas pour le passé. La règle de droit visée était et demeure valide de la date de son édicition jusqu’à la date du prononcé de la déclaration avec effet prospectif. Une déclaration d’invalidité avec effet prospectif assortie d’une période de suspension, souvent appelée période de transition, a un fonctionnement similaire à celui d’une déclaration avec effet prospectif immédiat, sauf qu’elle entre en vigueur seulement lorsque la période de transition prend fin.

Les déclarations avec effet prospectif soulèvent des préoccupations parce qu’elles ne remédient pas aux effets inconstitutionnels antérieurs d’une règle de droit. De même, les déclarations d’invalidité avec effet suspendu sont très controversées, car elles permettent à une situation inconstitutionnelle de se perpétuer, ce qui constitue une menace pour l’idée même de la suprématie de la Constitution.

Quand un tribunal prononce une déclaration d’invalidité constitutionnelle et qu’il veut que cette déclaration s’écarte de la norme traditionnelle de la rétroactivité et du caractère immédiat, il doit l’indiquer délibérément et explicitement afin d’éviter toute confusion. Compte tenu de la forte présomption selon laquelle les déclarations d’invalidité constitutionnelle ont un effet rétroactif et immédiat, seule une affirmation claire selon laquelle une déclaration a un effet prospectif, un effet suspendu ou un effet prospectif assorti d’une période de transition suffira. Bien qu’il soit possible d’accorder des réparations avec effet prospectif et des réparations avec effet suspendu, il faut se rappeler que ces mesures ne sont pas expressément autorisées par le libellé du par. 52(1). Celles-ci s’écartent de la conception classique et fort répandue du rôle des tribunaux selon laquelle le tribunal accorde une réparation rétroactive en appliquant le droit existant ou une règle redécouverte qui est réputée avoir toujours existé.

Similarly, when a legislature enacts new legislation in order to correct the unconstitutional effects of a law during a period of suspension of invalidity, the temporal effect of the new law should be stated explicitly so as to avoid confusion. There is a strong presumption that laws are of prospective, and not of retroactive, effect. However, the presumption that legislation applies prospectively can be rebutted by either express words or necessary implication. Therefore, where a legislature wishes legislation to be retroactive, so as to avoid a legal gap that would arise when the period of suspension of invalidity of a retroactive declaration of invalidity expires, it should make this explicit in the legislation.

Suspending a retroactive declaration of invalidity can be an uneasy fit in the criminal law context, because criminal prosecutions take time. When an offence is declared void *ab initio* by a court, no one can thereafter be convicted of that offence, even for conduct that occurred prior to the declaration. This is because the offence will be deemed to have never existed and no one can be found guilty of an unconstitutional (and non-existing) law. Accused persons can only be convicted of the offence during the brief window of the suspension. The suspension therefore accomplishes little, precisely because criminal prosecutions take time to move through the system.

The Court could have issued a prospective declaration in *Bedford*, but did not. *Bedford* did not say that the declaration was prospective, and retroactivity is the default position. The absence of any explicit justification for a prospective ruling weighs against interpreting a declaration as having a prospective effect only, especially in the criminal context, because of the general rule that no one should be convicted of an offence under an unconstitutional law. The potential for continued, active enforcement of an unconstitutional criminal law gives rise to rule of law concerns and weighs against imposing a declaration that is prospective only. It also weighs against interpreting an ambiguous declaration as prospective, after the fact. Accordingly, the declaration from *Bedford* had retroactive effect, as of the date the suspension expired.

De même, lorsque, pendant la période de suspension d'invalidité, une législature édicte une nouvelle mesure législative afin de remédier aux effets inconstitutionnels d'une règle de droit, l'effet dans le temps de la nouvelle mesure devrait être énoncé explicitement afin d'éviter toute confusion. Il existe une forte présomption selon laquelle les lois ont un effet prospectif, et non un effet rétroactif. Cependant, la présomption selon laquelle la loi s'applique de manière prospective peut être réfutée par des termes exprès ou par voie de conséquence nécessaire. En conséquence, lorsqu'une législature veut qu'une mesure législative soit rétroactive pour éviter qu'un vide juridique ne se creuse une fois expirée la période de suspension d'invalidité d'une déclaration d'invalidité avec effet rétroactif, elle devrait l'indiquer expressément dans le texte.

La suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité avec effet rétroactif pourrait ne pas s'inscrire facilement dans le contexte du droit criminel, car les poursuites criminelles prennent du temps. Lorsqu'un tribunal déclare une infraction nulle *ab initio*, nul ne peut ensuite être reconnu coupable de cette infraction, même si la conduite en cause remonte à avant le prononcé de la déclaration. Il en est ainsi parce que l'infraction sera réputée ne jamais avoir existé et que nul ne peut être déclaré coupable d'avoir enfreint une règle de droit inconstitutionnelle (et non existante). Les personnes accusées peuvent seulement être déclarées coupables de l'infraction pendant la courte période de suspension. La suspension est donc peu utile, précisément parce que le traitement des poursuites criminelles prend du temps.

La Cour aurait pu prononcer une déclaration avec effet prospectif dans *Bedford*, mais elle ne l'a pas fait. Il n'a pas été dit dans cet arrêt que la déclaration s'appliquait de manière prospective et la rétroactivité est la solution par défaut. L'absence de justification explicite d'une décision avec effet prospectif milite à l'encontre d'une interprétation selon laquelle une déclaration a un effet prospectif seulement, en particulier dans le contexte du droit criminel, en raison de la règle générale selon laquelle nul ne devrait être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle. La possibilité qu'une règle de droit criminel inconstitutionnelle soit appliquée de façon continue et active soulève des préoccupations quant à la primauté du droit et milite contre l'imposition d'une déclaration dont l'effet est prospectif seulement. Elle milite également contre une interprétation après coup selon laquelle une déclaration ambiguë s'applique de manière prospective. En conséquence, la déclaration dans *Bedford* avait un effet rétroactif à compter de la date à laquelle a pris fin la période de suspension.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Explained: *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; **considered:** *Ontario (Attorney General) v. G*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2016 SCC 4, [2016] 1 S.C.R. 13; **referred to:** *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Li*, 2020 SCC 12, [2020] 1 S.C.R. 675; *R. v. Magoon*, 2018 SCC 14, [2018] 1 S.C.R. 309; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246; *R. v. Thomas*, [1990] 1 S.C.R. 713; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *In re Spectrum Plus Ltd.*, [2005] UKHL 41, [2005] 2 A.C. 680; *Johnson v. New Jersey*, 384 U.S. 719 (1966); *Semenyih Jaya Sdn Bhd v. Pentadbir Tanah Daerah Hulu Langat*, [2017] 3 M.L.J. 561; *India Cement Ltd. v. State of Tamil Nadu*, A.I.R. 1990 S.C. 85; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773.

By Rowe J. (dissenting)

Schachter v. Canada, [1992] 2 S.C.R. 679; *Ontario (Attorney General) v. G*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54,

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêt expliqué : *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; **arrêts examinés :** *Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2016 CSC 4, [2016] 1 R.C.S. 13; **arrêts mentionnés :** *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *R. c. Li*, 2020 CSC 12, [2020] 1 R.C.S. 675; *R. c. Magoon*, 2018 CSC 14, [2018] 1 R.C.S. 309; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246; *R. c. Thomas*, [1990] 1 R.C.S. 713; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *In re Spectrum Plus Ltd.*, [2005] UKHL 41, [2005] 2 A.C. 680; *Johnson c. New Jersey*, 384 U.S. 719 (1966); *Semenyih Jaya Sdn Bhd c. Pentadbir Tanah Daerah Hulu Langat*, [2017] 3 M.L.J. 561; *India Cement Ltd. c. State of Tamil Nadu*, A.I.R. 1990 S.C. 85; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à l'art. 193 et l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773.

Citée par le juge Rowe (dissident)

Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679; *Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54,

[2003] 2 S.C.R. 504; *Reference Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3; *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Campbell v. Campbell* (1995), 130 D.L.R. (4th) 622; *Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] S.C.R. 47; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539; *R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566; *R. v. Thomas*, [1990] 1 S.C.R. 713; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(g), (i), 12, 24(1).
Constitution Act, 1867.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
 Constitution of South Africa, s. 172(b).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 212(1)(j) [rep. 2014, c. 25, s. 13], 286.2.

Authors Cited

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book I. Oxford: Clarendon Press, 1765.
 Choudhry, Sujit, and Kent Roach. “Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies” (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205.
 Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
 Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 5, 2nd ed. Toronto: Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated March 2021, release 2).
 Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Thomson Reuters, 2021 (updated 2021, release 1).

[2003] 2 R.C.S. 504; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3; *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Campbell c. Campbell* (1995), 130 D.L.R. (4th) 622; *Acme Village School District (Board of Trustees of) c. Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539; *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566; *R. c. Thomas*, [1990] 1 R.C.S. 713; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11(g), (i), 12, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 212(1)(j) [abr. 2014, c. 25, art. 13], 286.2.
 Constitution de l'Afrique du Sud, art. 172(b).
Loi constitutionnelle de 1867.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Doctrine et autres documents cités

Blackstone, William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. I, traduit par N. M. Chompré, Paris, Bossange, 1822.
 Choudhry, Sujit, and Kent Roach. « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205.
 Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009.
 Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 5, 2nd ed., Toronto, Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated March 2021, release 2).
 Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Thomson Reuters, 2021 (updated 2021, release 1).

Kuo, Ming-Sung. “Between Choice and Tradition: Rethinking Remedial Grace Periods and Unconstitutionality Management in a Comparative Light” (2019), 36 *U.C.L.A. Pac. Basin L.J.* 157.

Leckey, Robert. “The harms of remedial discretion” (2016), 14 *Int’l J. Const. L.* 584.

McLeod, Roderick M., et al. *The Canadian Charter of Rights: The Prosecution and Defence of Criminal and Other Statutory Offences*, vol. 4. Toronto: Carswell, 1983 (loose-leaf updated August 2021, release 7).

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed. Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated October 2020, release 36).

Roach, Kent. “Principled Remedial Discretion Under the Charter” (2004), 25 *S.C.L.R.* (2d) 101.

Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2016.

Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2021.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Traynor, Roger J. “Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility” (1977), 28 *Hastings L.J.* 533.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Groberman and Bennett JJ.A.), 2020 BCCA 160, 464 C.R.R. (2d) 272, 389 C.C.C. (3d) 163, [2020] B.C.J. No. 909 (QL), 2020 CarswellBC 1410 (WL Can.), setting aside Masuhara J.’s order quashing counts, 2018 BCSC 736, and entering convictions. Appeals dismissed, Brown and Rowe JJ. dissenting.

Eric Purtzki and Alix Tolliday, for the appellant Tamim Albashir.

Joven Narwal and Angela M. Boldt, for the appellant Kasra Mohsenipour.

Lara Vizsolyi and Janet Dickie, for the respondent.

Anne M. Turley, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michael S. Dunn, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Kuo, Ming-Sung. « Between Choice and Tradition : Rethinking Remedial Grace Periods and Unconstitutionality Management in a Comparative Light » (2019), 36 *U.C.L.A. Pac. Basin L.J.* 157.

Leckey, Robert. « The harms of remedial discretion » (2016), 14 *Int’l J. Const. L.* 584.

McLeod, Roderick M., et al. *The Canadian Charter of Rights : The Prosecution and Defence of Criminal and Other Statutory Offences*, vol. 4, Toronto, Carswell, 1983 (loose-leaf updated August 2021, release 7).

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed., Toronto, Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated October 2020, release 36).

Roach, Kent. « Principled Remedial Discretion Under the Charter » (2004), 25 *S.C.L.R.* (2d) 101.

Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2016.

Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2021.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Traynor, Roger J. « Quo Vadis, Prospective Overruling : A Question of Judicial Responsibility » (1977), 28 *Hastings L.J.* 533.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Groberman et Bennett), 2020 BCCA 160, 464 C.R.R. (2d) 272, 389 C.C.C. (3d) 163, [2020] B.C.J. No. 909 (QL), 2020 CarswellBC 1410 (WL Can.), qui a infirmé une ordonnance du juge Masuhara annulant les chefs d’accusation, 2018 BCSC 736, et prononçant des déclarations de culpabilité. Pourvois rejetés, les juges Brown et Rowe sont dissidents.

Eric Purtzki et Alix Tolliday, pour l’appellant Tamim Albashir.

Joven Narwal et Angela M. Boldt, pour l’appellant Kasra Mohsenipour.

Lara Vizsolyi et Janet Dickie, pour l’intimée.

Anne M. Turley, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Michael S. Dunn, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Fiona Émond, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Fiona Émond, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

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

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Martin et Kasirer rendu par

[1] **KARAKATSANIS J.** — In *Ontario (Attorney General) v. G*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629, this Court provided a framework for identifying those exceptionally rare cases where a declaration of constitutional invalidity should be temporarily suspended to permit the legislature to respond. A suspended declaration is only justified where a compelling public interest, grounded in the Constitution, outweighs the harms of temporarily maintaining the unconstitutional law. This case requires us to determine the legal consequences of suspending declarations of invalidity of a criminal offence. In particular, can persons who commit that offence prior to the expiry of the suspension be convicted once the suspension expires and the declaration takes effect? The answer depends on whether the declaration (or any remedial legislation) has retroactive or purely prospective application.

[1] **LA JUGE KARAKATSANIS** — Dans l'arrêt *Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629, notre Cour a établi un cadre permettant de reconnaître les cas exceptionnellement rares où il y a lieu de suspendre temporairement l'effet d'une déclaration d'invalidité constitutionnelle afin de permettre à la législature de répondre. Une déclaration avec effet suspendu n'est justifiée que si un intérêt public impérieux fondé sur la Constitution l'emporte sur les préjudices causés par le maintien, de façon temporaire, de la règle de droit inconstitutionnelle. Dans la présente affaire, nous devons déterminer les conséquences juridiques d'une suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité d'une infraction criminelle. Plus particulièrement, il faut se demander si les personnes qui commettent cette infraction avant l'expiration de la période de suspension peuvent être déclarées coupables une fois que cette période aura pris fin et que la déclaration prendra effet. La réponse à cette question dépend de celle de savoir si la déclaration (ou toute mesure législative corrective) est d'application rétroactive ou purement prospective, c'est-à-dire pour l'avenir uniquement.

[2] Retroactive declarations change the law for all time, both reaching into the past and affecting the future. Once the declaration takes effect, the law is deemed to have been invalid from the moment of its enactment. Conversely, when the declaration is purely prospective, the law was valid from its enactment but is invalid once the declaration takes effect.

[2] Les déclarations d'invalidité avec effet rétroactif modifient la règle de droit en cause pour toujours en s'appliquant tant dans le passé que dans le futur. Une fois que la déclaration prend effet, la règle de droit est réputée invalide à partir du moment de son édicton. À l'inverse, lorsque la déclaration a un effet purement prospectif, la règle de droit est valide à partir du moment de son édicton, mais est invalide dès la prise d'effet de la déclaration.

[3] In *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, this Court found s. 212(1)(j) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which prohibited living on the avails of sex work, to be unconstitutionally overbroad because it criminalized non-exploitative actions that could

[3] Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, la Cour a conclu que l'al. 212(1)j) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qui interdisait de vivre des produits du travail du sexe, était inconstitutionnel pour cause de portée excessive parce qu'il criminalisait

enhance the safety and security of sex workers. By criminalizing, for example, legitimate bodyguards, the offence violated the rights of sex workers under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This declaration did not take immediate effect but rather was suspended for one year. The Court did not explicitly state whether this declaration would apply retroactively or purely prospectively at the conclusion of the period of suspension.

[4] Parliament enacted remedial legislation before the suspension expired. The former s. 212(1)(j) was replaced with a new provision that prohibits obtaining a material benefit from sexual services but exempts legitimate, non-exploitative conduct. The new legislation did not include any transitional or retroactive provisions.

[5] The appellants were found by the trial judge to be parasitic, exploitative pimps during the one-year period of suspension, contrary to s. 212(1)(j). The prosecution proceeded after the suspension expired. The appellants successfully applied to quash the resulting charges at trial. The British Columbia Court of Appeal allowed the Crown's appeals, set aside the trial judge's order and entered convictions on each count. The appellants now ask this Court to set aside the Court of Appeal's order and restore the trial judge's order quashing the counts.

[6] I would dismiss the appeals and affirm the appellants' convictions. The purpose animating the suspension in *Bedford* was to avoid the deregulation of sex work (thus maintaining the protection of vulnerable sex workers) while Parliament crafted replacement legislation. In light of that purpose, I conclude that the declaration of invalidity was purely prospective, effective at the end of the period of

des actes dénués d'exploitation qui étaient susceptibles d'accroître la sécurité des personnes travaillant dans l'industrie du sexe. En criminalisant par exemple l'embauche de gardes du corps légitimes, l'infraction portait atteinte aux droits que garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux personnes travaillant dans l'industrie du sexe. Cette déclaration n'est pas entrée en vigueur immédiatement, mais son effet a plutôt été suspendu pour une période d'un an. La Cour n'a pas dit explicitement si cette déclaration s'appliquerait de manière rétroactive ou purement prospective à la fin de la période de suspension.

[4] Le Parlement a édicté une mesure législative corrective avant l'expiration de la période de suspension. L'ancien al. 212(1)j) a été remplacé par une nouvelle disposition qui interdit d'obtenir un avantage matériel provenant de la prestation de services sexuels, mais qui prévoit une exception pour la conduite légitime exempte d'exploitation. Le nouveau texte législatif ne renfermait aucune disposition transitoire ni aucune disposition rétroactive.

[5] Le juge du procès a conclu que les appelants étaient des proxénètes parasitaires et exploiteurs pendant la période de suspension d'un an, en contravention de l'al. 212(1)j). Des poursuites ont été intentées après l'expiration de cette période. Au procès, les appelants ont demandé avec succès l'annulation des accusations en découlant. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli les appels interjetés par la Couronne, a annulé l'ordonnance du juge et a prononcé des déclarations de culpabilité à l'égard de chaque chef d'accusation. Les appelants demandent maintenant à notre Cour d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance du juge du procès annulant les chefs d'accusation.

[6] Je rejeterais les pourvois et je confirmerais les déclarations de culpabilité des appelants. La suspension prononcée dans *Bedford* visait à éviter la déréglementation du travail du sexe (et ainsi à maintenir la protection des personnes vulnérables qui exercent leurs activités dans cette industrie) pendant que le Parlement concevait une mesure législative de remplacement. Compte tenu de cet objectif, je

suspension. Thus, the appellants were liable under s. 212(1)(j) for their conduct during the suspension period, and could be charged and convicted under this provision even after the suspension expired.

[7] The temporal application of a declaration is grounded in foundational constitutional principles and the presumptions to which they give rise.

[8] As I shall explain, judicial declarations are presumptively retroactive but that presumption is rebutted when retroactivity would defeat the compelling public interests that required the suspension. However, this does not leave those who may be personally prejudiced by a *Charter* breach during the suspension without a remedy. Where the remedial declaration operates prospectively, the findings of unconstitutionality by this Court can operate retroactively in individual cases, giving remedial effect to both s. 24(1) of the *Charter* and s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Such a result respects the constitutional roles of both the legislature and the judiciary, ensures that the public and vulnerable persons maintain the protections of the criminal law, ensures that Parliament has the option to design a specific regime, and gives remedial protection to those whose *Charter* rights have been violated.

[9] As the *Bedford* declaration applied purely prospectively, the appellants could be charged and convicted after the suspension expired and the declaration took effect for committing the offence of living on the avails during the suspension period. Because the trial judge found them to be abusive and exploitative, it cannot be said that they were prejudiced by the constitutional infirmity identified in *Bedford*. I would dismiss the appeals.

conclus que la déclaration d’invalidité avait un effet purement prospectif et entrait en vigueur à la fin de la période de suspension. En conséquence, les appelants étaient responsables en vertu de l’al. 212(1)(j) de leur conduite pendant la période de suspension, et ils pouvaient être accusés et déclarés coupables en application de cette disposition même après l’expiration de cette période.

[7] L’application dans le temps d’une déclaration repose sur des principes constitutionnels fondamentaux et les présomptions auxquelles ils donnent lieu.

[8] Comme je l’expliquerai, il existe une présomption selon laquelle les déclarations judiciaires ont un effet rétroactif, mais cette présomption est réfutée dans le cas où la rétroactivité irait à l’encontre des intérêts publics impérieux qui exigeaient la suspension. Cependant, les personnes qui peuvent personnellement avoir subi un préjudice en raison d’une violation de la *Charte* pendant la période de suspension ne sont pas pour autant privées de réparation. Lorsque la déclaration réparatrice s’applique de manière prospective, les conclusions d’inconstitutionnalité de la Cour peuvent s’appliquer rétroactivement dans des cas particuliers, ce qui donne un effet réparateur tant au par. 24(1) de la *Charte* qu’au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Un tel résultat respecte les rôles constitutionnels de la législature et des juges, permet à la population et aux personnes vulnérables de conserver les mesures de protection prévues par le droit criminel, fait en sorte que le Parlement ait la possibilité de concevoir un régime particulier et confère une protection réparatrice aux personnes dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés.

[9] Étant donné que la déclaration prononcée dans *Bedford* s’appliquait de manière purement prospective, les appelants pouvaient être accusés et déclarés coupables de l’infraction d’avoir vécu des produits du travail du sexe pendant la période de suspension une fois la période de suspension expirée et la déclaration entrée en vigueur. Comme le juge du procès a conclu que les appelants étaient violents et exploités, on ne peut pas affirmer qu’ils ont subi un préjudice en raison de la faille constitutionnelle constatée dans *Bedford*. Je rejeterais les pourvois.

I. Background

A. *Bedford and Responding Legislation*

[10] On December 20, 2013, this Court released its decision in *Bedford*. The *Bedford* applicants had challenged three provisions of the *Criminal Code* that criminalized various activities related to sex work. One of those provisions, the former s. 212(1)(j), criminalized living on the avails of sex work. While this offence was intended to prevent the exploitation of sex workers by “the person who lives parasitically off a [sex worker’s] earnings” (*R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10, at p. 32; see also *Bedford*, at para. 142), it also prevented sex workers from accessing security-enhancing safeguards, such as drivers and bodyguards. The offence was therefore overbroad and a violation of the s. 7 rights of the sex workers that was not saved under s. 1 of the *Charter*: *Bedford*, at paras. 66-67, 142, 145 and 162-63.

[11] This Court declared the living on the avails offence, as well as the two other challenged offences, to be inconsistent with the *Charter* and hence void: *Bedford*, at para. 164. However, because “moving abruptly from a situation where prostitution is regulated to a situation where it is entirely unregulated would be a matter of great concern to many Canadians”, the declaration of invalidity was suspended for a period of one year: *Bedford*, at paras. 167 and 169. The Court did not state whether this declaration was to operate retroactively or purely prospectively.

[12] Two weeks before the suspension expired, Parliament enacted remedial legislation, replacing the living on the avails offence with the offence of obtaining a material benefit from sexual services provided for consideration: *Criminal Code*, s. 286.2. The new offence includes a number of exceptions but they do not apply in abusive or exploitative situations: *Criminal Code*, s. 286.2(5). Parliament did

I. Contexte

A. *Arrêt Bedford et mesure législative adoptée en réponse*

[10] Le 20 décembre 2013, notre Cour a rendu l’arrêt *Bedford*. Dans cette affaire, les demanderesse contestaient trois dispositions du *Code criminel* qui criminalisaient diverses activités liées au travail du sexe. L’une de ces dispositions, l’ancien al. 212(1)j), criminalisait le fait de vivre des produits du travail du sexe. Cette disposition visait certes à empêcher l’exploitation des personnes exerçant leurs activités dans cette industrie par celle « qui vit en parasite [de leur] revenu » (*R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10, p. 32; voir aussi *Bedford*, par. 142), mais elle empêchait aussi ces personnes de prendre des mesures visant à accroître leur sécurité, telles que l’embauche de chauffeurs et gardes du corps. L’infraction avait donc une portée excessive, violait les droits que garantit l’art. 7 aux personnes travaillant dans l’industrie du sexe et n’était pas sauvegardée par l’article premier de la *Charte* : *Bedford*, par. 66-67, 142, 145 et 162-163.

[11] La Cour a déclaré incompatibles avec la *Charte* et par conséquent nulles l’infraction consistant à vivre des produits du travail du sexe ainsi que les deux autres infractions contestées : *Bedford*, par. 164. Cependant, étant donné que « passer carrément de la situation où la prostitution est réglementée à la situation où elle ne le serait pas du tout susciterait de vives inquiétudes chez de nombreux Canadiens », l’effet de la déclaration d’invalidité a été suspendu pendant une période d’un an : *Bedford*, par. 167 et 169. La Cour n’a pas dit si cette déclaration devait s’appliquer de manière rétroactive ou purement prospective.

[12] Deux semaines avant l’expiration de la période de suspension, le Parlement a édicté une mesure législative corrective et remplacé l’infraction de vivre des produits du travail du sexe par celle d’obtenir un avantage matériel provenant de la prestation de services sexuels moyennant rétribution : *Code criminel*, art. 286.2. La nouvelle infraction comporte un certain nombre d’exceptions, mais celles-ci ne s’appliquent

not state whether the amendments were to apply retroactively or prospectively.

B. *Supreme Court of British Columbia, 2018 BCSC 736 (Masuhara J.)*

[13] About two years after the declaration took effect, the appellants, Tamim Albashir and Kasra Mohsenipour, were charged with numerous offences arising out of an “escort” operation. They managed practically all aspects of the operation — clients, service locations, advertising, supplies, and transportation.

[14] The trial judge found that the appellants were abusive towards the sex workers in their employ. One of the complainants, K.C., testified that Albashir was repeatedly violent towards her. The trial judge found that Albashir’s “use of violence for the purpose of controlling [K.C.’s] conduct was normalized”: para. 228. Another complainant, S.C., testified that Mohsenipour had pointed a gun at her and threatened to kill her, and that Albashir had threatened to kill her son.

[15] Thus, far from providing safety and security-enhancing services, on the trial judge’s findings the appellants were precisely the type of “controlling and abusive pimps” that were the legitimate targets of the living on the avails offence: *Bedford*, at para. 142.

[16] Despite that, the trial judge quashed the charges against both appellants for living on the avails of the sex work of K.C. and S.C. The trial judge found that both offences had been established by the Crown but he quashed the charges because, once the *Bedford* suspension expired, the offence was unconstitutional.

[17] The trial judge relied on this Court’s decision in *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC

pas dans les situations de violence ou d’exploitation : *Code criminel*, par. 286.2(5). Le Parlement n’a pas précisé si les modifications devaient s’appliquer de manière rétroactive ou prospective.

B. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2018 BCSC 736 (le juge Masuhara)*

[13] Environ deux ans après la prise d’effet de la déclaration, les appelants, Tamim Albashir et Kasra Mohsenipour, ont été accusés de nombreuses infractions découlant de l’exploitation d’un service d’« escortes ». Ils en géraient presque tous les aspects : les clients, les lieux de prestation des services, la publicité, le matériel et le transport.

[14] Le juge du procès a conclu que les appelants étaient violents envers les personnes travaillant dans l’industrie du sexe pour eux. L’une des plaignantes, K.C., a témoigné que M. Albashir avait été à plusieurs reprises violent à son égard. Le juge a constaté que [TRADUCTION] « le recours à la violence [par M. Albashir] dans le but de contrôler [l]a conduite [de K.C.] était devenu la norme » : par. 228. Une autre plaignante, S.C., a témoigné que M. Mohsenipour avait braqué une arme à feu sur elle et menacé de la tuer, et que M. Albashir avait menacé de tuer son fils.

[15] Par conséquent, loin de fournir des services visant à accroître la sécurité, les appelants, selon les conclusions tirées par le juge du procès, correspondaient précisément au type de « proxénète[s] contrôlant[s] et violent[s] » que visait légitimement l’infraction consistant à vivre des produits du travail du sexe : *Bedford*, par. 142.

[16] Malgré cela, le juge du procès a annulé les accusations portées contre les deux appelants relativement au fait pour ceux-ci d’avoir vécu des produits du travail de K.C. et de S.C. dans l’industrie du sexe. Il a conclu que les deux infractions avaient été établies par la Couronne, mais il a annulé les accusations parce que l’infraction était inconstitutionnelle après l’expiration de la période de suspension prononcée dans *Bedford*.

[17] Le juge du procès s’est fondé sur l’arrêt rendu par notre Cour dans *Canada (Procureur général)*

10, [2007] 1 S.C.R. 429, as saying that suspended s. 52(1) declarations have a “delayed retroactive effect”, unless the court clearly states otherwise: para. 345. Thus, “[o]nce the suspension expires, the law will always have been unconstitutional” and the effect of the *Bedford* suspension expiring was that “s. 212(1)(j) has always been invalid”: paras. 345 and 350.

C. *Court of Appeal for British Columbia*, 2020 BCCA 160, 389 C.C.C. (3d) 163 (Bennett J.A., Saunders and Groberman J.J.A. concurring)

[18] The British Columbia Court of Appeal allowed the Crown’s appeals. In the Court of Appeal’s view, *Hislop* stood for the proposition that a suspended declaration operates retroactively if the legislature fails to enact remedial legislation during the suspension. However, if the legislature *does* enact such remedial legislation then “the retroactive effect of a suspended declaration of invalidity is pre-empted”: para. 90. Therefore, the *Bedford* declaration never came into effect and the trial judge should not have quashed the counts.

D. *Positions of the Parties*

[19] Albashir submits that the trial judge was right to quash the charges because the *Bedford* declaration operated retroactively once the suspension expired. In his view, the “Blackstonian” theory posits that because the legislature never had authority to enact an unconstitutional law, a declaration of constitutional invalidity nullifies the law from the outset. A suspension is only a temporary limit on the retroactive effect of the declaration to give Parliament time to cure the constitutional defect. If the impugned provision is a criminal offence, nobody may be prosecuted for that offence once the declaration comes into effect because no one can be convicted of an offence under an unconstitutional law. Otherwise, the Crown could

c. Hislop, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429, comme établissant que les déclarations fondées sur le par. 52(1) dont l’application est suspendue ont un [TRADUCTION] « effet rétroactif différé », sauf si le tribunal indique clairement le contraire : par. 345. En conséquence, [TRADUCTION] « [u]ne fois que la période de suspension prend fin, la règle de droit aura toujours été inconstitutionnelle », et l’expiration de la période de suspension prononcée dans *Bedford* faisait en sorte que « l’al. 212(1)(j) a toujours été invalide » : par. 345 et 350.

C. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique*, 2020 BCCA 160, 389 C.C.C. (3d) 163 (la juge Bennett, avec l’accord des juges Saunders et Groberman)

[18] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a accueilli les appels interjetés par la Couronne. Selon elle, l’arrêt *Hislop* permettait d’affirmer qu’une déclaration avec effet suspendu s’applique rétroactivement si la législature n’édicte pas de mesure législative corrective pendant la période de suspension. Cependant, si la législature *édicte* une telle mesure, cette édicte [TRADUCTION] « prend le pas sur l’effet rétroactif d’une déclaration d’invalidité avec effet suspendu » : par. 90. En conséquence, la déclaration prononcée dans *Bedford* n’est jamais entrée en vigueur et le juge du procès n’aurait pas dû annuler les chefs d’accusation.

D. *Positions des parties*

[19] Monsieur Albashir soutient que le juge du procès a eu raison d’annuler les accusations parce que la déclaration prononcée dans *Bedford* s’appliquait rétroactivement une fois la période de suspension terminée. À son avis, suivant la théorie « blackstonienne », comme la législature n’a jamais eu le pouvoir d’édicter une règle de droit inconstitutionnelle, une déclaration d’invalidité constitutionnelle rend cette règle nulle dès le départ. Une suspension ne fait que limiter temporairement l’effet rétroactif de la déclaration afin de donner au Parlement le temps de remédier au vice constitutionnel. Si la disposition contestée est une infraction criminelle, nul ne peut être poursuivi pour avoir commis cette infraction

use the former s. 212(1)(j) to indefinitely prosecute anybody who was paid to provide legitimate security services to sex workers prior to the expiry of the suspension.

[20] Mohsenipour similarly argues that, unless expressly stated otherwise, declarations of invalidity have retroactive effect, including when they are suspended. It is then up to the legislature to determine how best to respond, whether through purely prospective or retroactive remedial legislation. As the *Bedford* declaration was not explicitly prospective, it must have applied retroactively, rendering s. 212(1)(j) void *ab initio* once the suspension ended.

[21] The Crown submits that because Parliament enacted remedial legislation, the *Bedford* declaration never came into force and those who committed the offence of living on the avails under s. 212(1)(j) prior to the remedial legislation may still be prosecuted for that conduct. To the extent that legitimate bodyguards, drivers, or accountants could also be prosecuted, s. 24(1) is sufficiently flexible to provide them a remedy. This remedy is not available to the appellants, however, because their exploitative conduct did not fall within the unconstitutional overbreadth of s. 212(1)(j).

[22] The intervenor the Attorney General of Canada argues in favour of a different approach: that the *Bedford* declaration was prospective. This Court should take a purposive approach to the temporal application of suspended s. 52(1) declarations, looking to the purpose of the suspension to determine whether the declaration must logically operate retroactively or purely prospectively. The *Bedford*

une fois que la déclaration prend effet, car nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle. Autrement, la Couronne pourrait recourir à l'ancien al. 212(1)j) pour tenter indéfiniment des poursuites contre toute personne ayant été rémunérée pour fournir des services de sécurité légitimes à des personnes travaillant dans l'industrie du sexe avant l'expiration de la période de suspension.

[20] Monsieur Mohsenipour soutient également qu'à moins d'indication expresse du contraire, les déclarations d'invalidité s'appliquent rétroactivement, y compris lorsque leur effet est suspendu. Il revient donc à la législature de déterminer la meilleure façon de répondre, que ce soit au moyen d'une mesure législative corrective avec effet purement prospectif ou d'une mesure législative corrective avec effet rétroactif. Comme la déclaration prononcée dans *Bedford* n'avait pas un effet explicitement prospectif, elle devait s'appliquer de manière rétroactive, ce qui rendait nul *ab initio* l'al. 212(1)j) après l'expiration de la période de suspension.

[21] La Couronne fait valoir que, comme le Parlement a édicté une mesure législative corrective, la déclaration prononcée dans *Bedford* n'est jamais entrée en vigueur et les personnes ayant, préalablement à la mesure corrective, commis l'infraction de vivre des produits du travail du sexe établie à l'al. 212(1)j) peuvent toujours être poursuivies relativement à cette conduite. Dans la mesure où des gardes du corps, des chauffeurs ou des comptables légitimes pourraient aussi faire l'objet de poursuites, le par. 24(1) est assez souple pour leur fournir une réparation. Cependant, les appelants ne peuvent obtenir celle-ci, car la conduite empreinte d'exploitation à laquelle ils se sont livrés ne s'inscrivait pas dans la portée excessive inconstitutionnelle de l'al. 212(1)j).

[22] L'intervenant le procureur général du Canada plaide en faveur d'une approche différente, à savoir que la déclaration prononcée dans l'arrêt *Bedford* avait un effet prospectif. La Cour devrait adopter une approche téléologique en ce qui a trait à l'application dans le temps des déclarations fondées sur le par. 52(1) dont l'effet est suspendu, et examiner l'objectif de la suspension pour déterminer si la

declaration must be purely prospective because the purpose of its suspension would be undermined by a retroactive declaration. This is because criminal offences during the suspension would be unenforceable unless a prosecution could be entirely disposed of before the suspension expired. In other words, a retroactive declaration would result in sex work being effectively unregulated during the suspension period — despite the very purpose of the suspension being to maintain the regulation of sex work.

II. Analysis

[23] For the reasons that follow, I agree with the Attorney General of Canada that the *Bedford* declaration operated prospectively. Accordingly, the appellants could be tried and convicted under s. 212(1)(j) after the declaration took effect.

[24] As a preliminary matter, the parties were invited to make submissions on whether this Court has jurisdiction to hear these appeals as of right. The parties all agreed that the reinstatement of quashed counts by the Court of Appeal was tantamount to the reversal of an acquittal. Because the factual guilt of the appellants was established at trial, I agree that a reversal on appeal would result in findings of guilt on the quashed counts. There needs to be at least one level of court that can review the questions of law arising from the convictions: *R. v. Li*, 2020 SCC 12, [2020] 1 S.C.R. 675, at para. 1, citing *R. v. Magoon*, 2018 SCC 14, [2018] 1 S.C.R. 309, at para. 38. For this reason, this Court has jurisdiction to hear these appeals as of right.

[25] The key issue on appeal is whether s. 212(1)(j) was retroactively invalid such that it could not subsequently ground a conviction. The answer to this turns

déclaration en cause doit logiquement s'appliquer de manière rétroactive ou purement prospective. La déclaration de l'arrêt *Bedford* doit avoir une application purement prospective, car l'objectif de la suspension de son effet serait compromis par une déclaration avec effet rétroactif. Il en est ainsi parce que les infractions criminelles commises pendant la période de suspension ne seraient pas exécutables, à moins que la poursuite ne puisse être réglée entièrement avant l'expiration de la période de suspension. En d'autres termes, une déclaration avec effet rétroactif entraînerait en réalité une déréglementation du travail du sexe pendant la période de suspension — malgré l'objectif même de la suspension qui est de maintenir la réglementation à cet égard.

II. Analyse

[23] Pour les motifs qui suivent, je suis d'accord avec le procureur général du Canada pour dire que la déclaration prononcée dans *Bedford* s'appliquait de manière prospective. Les appelants pouvaient donc être jugés et déclarés coupables en vertu de l'al. 212(1)(j) après l'entrée en vigueur de la déclaration.

[24] À titre préliminaire, les parties ont été invitées à présenter des observations sur la question de savoir si notre Cour a compétence pour entendre de plein droit les présents pourvois. Les parties ont toutes convenu que le rétablissement par la Cour d'appel de chefs d'accusation annulés équivalait à l'annulation d'un acquittement. Comme la culpabilité effective des appelants a été établie au procès, je conviens qu'une annulation en appel donnerait lieu à des conclusions de culpabilité à l'égard des chefs d'accusation annulés. Il est nécessaire qu'au moins un niveau de juridiction puisse examiner les questions de droit découlant des déclarations de culpabilité : *R. c. Li*, 2020 CSC 12, [2020] 1 R.C.S. 675, par. 1, citant *R. c. Magoon*, 2018 CSC 14, [2018] 1 R.C.S. 309, par. 38. Pour cette raison, notre Cour a compétence pour entendre de plein droit les présents pourvois.

[25] La question clé qui se pose en l'espèce est de savoir si l'al. 212(1)(j) était invalide de manière rétroactive, de sorte qu'il ne pouvait pas par la suite

on the temporal nature of judicial remedies. I will then consider the relationship between a declaration of invalidity under s. 52(1) and individual remedies under s. 24(1).

A. *Temporal Nature of Remedies*

[26] When a court makes a declaration of invalidity under s. 52(1), the temporal effect of that constitutional remedy is rooted in the nature of the remedy itself. Constitutional remedies must be purposively interpreted in their “proper linguistic, philosophic and historical contexts”: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344. They must also be interpreted in a “generous and expansive” manner that is sensitive to evolving circumstances: *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 24; see also *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342, at para. 52.

[27] When legislation violates a *Charter* right, three foundational constitutional principles guide the interpretation of constitutional remedies: constitutionalism, the rule of law, and the separation of powers (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (*P.E.I. Judges Reference (1997)*), at paras. 90-95; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 54; *G*, at paras. 153-59).

[28] Constitutionalism requires that all laws comply with the Constitution as the supreme law of Canada. Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, reads:

The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

[29] This supremacy clause has existed in other forms since Canada’s original constitution, the

fonder une déclaration de culpabilité. La réponse à cette question repose sur la nature temporelle des réparations judiciaires. J’examinerai ensuite le lien entre une déclaration d’invalidité fondée sur le par. 52(1) et les réparations individuelles accordées en vertu du par. 24(1).

A. *Nature temporelle des réparations*

[26] Quand un tribunal prononce une déclaration d’invalidité en vertu du par. 52(1), l’effet dans le temps de cette réparation constitutionnelle tient à la nature de la réparation elle-même. Les réparations constitutionnelles doivent être interprétées de façon téléologique dans leurs « contextes linguistique, philosophique et historique appropriés » : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344. Il faut également leur donner une interprétation « large et libérale » qui tienne compte de l’évolution des circonstances : *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 24; voir aussi *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 52.

[27] Lorsqu’une mesure législative porte atteinte à un droit conféré par la *Charte*, trois principes constitutionnels fondamentaux guident l’interprétation des réparations constitutionnelles : le constitutionnalisme, la primauté du droit et la séparation des pouvoirs (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (*Renvoi relatif aux juges de l’I.-P.-É. (1997)*), par. 90-95; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 54; *G*, par. 153-159).

[28] Le constitutionnalisme exige que toutes les règles de droit soient conformes à la Constitution, qui est la loi suprême du Canada. Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est ainsi libellé :

La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

[29] Cette disposition relative à la suprémacie de la Constitution a existé sous d’autres formes depuis la

Constitution Act, 1867: Operation Dismantle Inc. v. The Queen, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 482. The Canadian judiciary's role in reviewing the constitutionality of legislation thus has a considerable history: P. W. Hogg and W. K. Wright, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at § 5:20. In *Manitoba Language Reference*, the Court explained that “[s]ection 52 of the *Constitution Act, 1982* does not alter the principles which have provided the foundation for judicial review over the years”: *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 746.

[30] When a court finds legislation to be inconsistent with the Constitution, it must consider not only the principle of constitutional supremacy in s. 52(1), but other — at times competing — constitutional imperatives to determine an appropriate remedy: K. Roach, “Principled Remedial Discretion Under the Charter” (2004), 25 *S.C.L.R.* (2d) 101, at pp. 105 and 111-13. In this way, courts are also guided in their remedial discretion by the principles of the rule of law and the separation of powers. They can take into account, for example, the entitlement of the public to the benefit of legislation, as well as the different institutional roles that courts and legislatures are called to play: *G*, at para. 94. As LeBel and Rothstein JJ. stated for the majority in *Hislop*, “[t]he text of the Constitution establishes the broad confines of the supreme law, but it is up to the courts to interpret and apply the Constitution in any given context”: para. 114.

[31] Thus, despite the absolute language of s. 52(1), when a court exercises its remedial jurisdiction to grant a declaration of unconstitutionality, it has discretion to give the principle of constitutional supremacy immediate effect or to suspend the declaration for a given period of time: *G*, at paras. 120-21. In rare circumstances, a compelling public interest will warrant a suspension, although this suspension must not last longer than is necessary for the

première constitution canadienne, soit la *Loi constitutionnelle de 1867 : Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 482. Le rôle du pouvoir judiciaire canadien dans le contrôle de la constitutionnalité des lois a donc une histoire considérable : P. W. Hogg et W. K. Wright, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), § 5:20. Dans le *Renvoi linguistique au Manitoba*, notre Cour a expliqué que « [l]’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne modifie pas les principes qui, au cours des années, ont constitué le fondement du contrôle judiciaire » : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 746.

[30] Quand un tribunal conclut qu’une mesure législative est incompatible avec la Constitution, il doit tenir compte non seulement du principe de la suprématie de la Constitution énoncé au par. 52(1), mais aussi d’autres impératifs constitutionnels — qui sont parfois contradictoires — pour déterminer la réparation qu’il convient d’accorder : K. Roach, « Principled Remedial Discretion Under the Charter » (2004), 25 *S.C.L.R.* (2d) 101, p. 105 et 111-113. Ainsi, les tribunaux sont également guidés par les principes de la primauté du droit et de la séparation des pouvoirs dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire de réparation. Ils peuvent prendre en considération, par exemple, le droit du public au bénéfice de la loi, ainsi que les rôles institutionnels différents que les tribunaux et les législatures sont appelés à jouer : *G*, par. 94. Comme l’ont affirmé les juges LeBel et Rothstein au nom des juges majoritaires dans l’arrêt *Hislop*, « [l]e texte de la Constitution établit les paramètres généraux de la loi suprême, et il appartient aux tribunaux de l’interpréter et de l’appliquer dans un contexte donné » : par. 114.

[31] En conséquence, malgré les termes absolus employés au par. 52(1), lorsqu’un tribunal exerce sa compétence réparatrice d’accorder une déclaration d’inconstitutionnalité, il a le pouvoir discrétionnaire de donner un effet immédiat au principe de la suprématie de la Constitution, ou encore de suspendre l’effet de la déclaration pendant une période donnée : *G*, par. 120-121. En de rares cas, un intérêt public impérieux justifiera une suspension, bien que celle-ci

government to address the constitutional infirmity: *G*, at paras. 132 and 135.

[32] In the face of unconstitutional legislation, s. 52(1) is not the only remedial provision in the *Constitution Act, 1982*. Section 24(1) may also provide a remedy:

Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

[33] Unlike a formal declaration under s. 52(1) that renders the legislation invalid, s. 24(1) is an entirely personal remedy that can only be invoked by a claimant alleging a violation of their own constitutional rights: *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at para. 61.

[34] Thus, the principles of constitutionalism, the rule of law, and the separation of powers shape the remedial relief for legislation that is inconsistent with the Constitution. These foundational principles also establish strong — but rebuttable — presumptions that legislation is prospective and judicial declarations are retroactive.

[35] There is a strong presumption against retroactive application of legislation because the rule of law requires that people be able to order their affairs in light of an established legal order: R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3rd ed. 2016), at p. 354. As Professor Sullivan aptly puts it, when legislation is retroactive, “the content of the law becomes known only when it is too late to do anything about it”: p. 354. Even so, the rule of law does not prohibit retroactive legislation. When they can do so within the confines of the *Charter* (for example, when it does not offend the protections of s. 11(g) or (i)), legislatures can decide how and when their laws

ne doit pas durer plus longtemps qu’il n’est nécessaire au gouvernement pour remédier à la faille constitutionnelle : *G*, par. 132 et 135.

[32] Devant une mesure législative inconstitutionnelle, le par. 52(1) n’est pas la seule disposition réparatrice de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 24(1) peut également permettre d’obtenir une réparation :

Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s’adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

[33] Contrairement à une déclaration formelle prononcée en vertu du par. 52(1) qui a pour effet de rendre le texte de loi invalide, la réparation offerte par le par. 24(1) est une réparation entièrement personnelle et seul le demandeur qui allègue une atteinte à ses propres droits constitutionnels peut se prévaloir de cette dernière disposition : *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 61.

[34] Par conséquent, les principes du constitutionnalisme, de la primauté du droit et de la séparation des pouvoirs déterminent la réparation à accorder dans le cas où une mesure législative est incompatible avec la Constitution. Ces principes fondamentaux établissent également des présomptions fortes — mais réfutables — qu’un texte législatif s’applique de manière prospective et que les déclarations judiciaires ont un effet rétroactif.

[35] Il existe une forte présomption de non-rétroactivité des lois parce que la primauté du droit exige que les justiciables soient en mesure d’organiser leurs affaires eu égard à un ordre juridique établi : R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3^e éd. 2016), p. 354. Comme le dit si bien la professeure Sullivan, lorsqu’une mesure législative a un effet rétroactif, [TRADUCTION] « le contenu de celle-ci ne devient connu que lorsqu’il est trop tard pour faire quoi que ce soit à cet égard » : p. 354. Pourtant, la primauté du droit n’interdit pas les dispositions législatives ayant un effet rétroactif. Quand elles peuvent le faire en respectant les limites de la *Charte* (par exemple,

will apply. It may thus be open to them to correct a constitutional infirmity retroactively.

[36] Choudhry and Roach posit that legislatures have internalized the principles underlying the presumption against retroactivity and are reluctant to enact retroactive legislation as a result: S. Choudhry and K. Roach, “Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies” (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205, at pp. 241-42. Especially when working with remedial legislation that is a direct response to a court’s declaration of constitutional invalidity, I agree with those authors that it would be helpful for the legislatures to turn their mind to the temporal application of their laws and explicitly explain what provision will govern during the transitional period in order to provide certainty and clarity.

[37] No one in this case has argued that the remedial legislation was intended to be retroactive. Thus, in the absence of retroactive legislative intent either explicitly or by necessary implication, the strong presumption that legislation is prospective is not challenged.

[38] Whereas the rule of law dictates a presumption that legislation is prospective, the inverse is true for judicial remedies. Generally, legal determinations of this Court are effective immediately, and all courts are bound to apply this Court’s decisions about the constitutional infirmities of legislation in outstanding matters before them. In this sense, this Court’s decisions are retroactive, applying even to cases arising before the decision. As one author notes, “it is the basic role of courts to decide disputes after they have arisen. That function requires that judicial decisions operate (at least ordinarily) with retroactive effect”: R. J. Traynor, “Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility” (1977), 28 *Hastings L.J.* 533, at p. 536, quoting P. Mishkin, “The High Court, The Great Writ, and the

quand elles ne portent pas atteinte aux protections offertes par l’al. 11g) ou 11i)), les législatures peuvent décider comment et quand s’appliqueront leurs lois. Il peut donc leur être loisible de corriger une faille constitutionnelle de manière rétroactive.

[36] Choudhry et Roach affirment que les législatures ont fait leurs les principes qui sous-tendent la présomption de non-rétroactivité et qu’elles sont donc réticentes à édicter des mesures législatives avec effet rétroactif : S. Choudhry et K. Roach, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205, p. 241-242. Je conviens avec ces auteurs qu’il serait utile, afin d’apporter certitude et clarté, que les législatures se penchent sur l’application dans le temps de leurs règles de droit et qu’elles expliquent clairement quelle disposition s’appliquera pendant la période de transition, surtout quand il est question d’une mesure législative corrective adoptée en réponse directe à une déclaration judiciaire d’invalidité constitutionnelle.

[37] Personne en l’espèce n’a fait valoir que l’intention était que la mesure législative corrective ait un effet rétroactif. Par conséquent, en l’absence d’une telle intention législative exprimée explicitement ou par voie de conséquence nécessaire, la forte présomption selon laquelle les lois s’appliquent de manière prospective n’est pas contestée.

[38] Alors que la primauté du droit exige que les lois soient présumées s’appliquer de manière prospective, c’est l’inverse pour les réparations judiciaires. En général, les conclusions juridiques de notre Cour prennent effet immédiatement, et tous les tribunaux sont liés par ses décisions sur les failles constitutionnelles de certaines mesures législatives dans le cadre des affaires dont ils sont saisis. En ce sens, les arrêts de notre Cour s’appliquent rétroactivement, y compris aux affaires ayant pris naissance avant qu’ils ne soient rendus. Comme le souligne un auteur, [TRADUCTION] « le rôle fondamental des tribunaux est de trancher les différends après leur naissance. Pour ce faire, leurs décisions doivent s’appliquer de manière rétroactive (du moins ordinairement) » : R. J. Traynor, « Quo Vadis, Prospective Overruling :

Due Process of Time and Law” (1965), 79 *Harv. L. Rev.* 56, at p. 60.

[39] When a court makes a s. 52(1) declaration of invalidity, the same presumption of retroactivity arises. The appellants say that this arises from the Blackstonian theory that judges do not create but merely discover the law so that a constitutionally invalid law is “invalid from the moment it is enacted”: Hogg and Wright, at §58:1, quoting *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at para. 28; see also W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765), Book 1, at pp. 69-70; *Hislop*, at para. 79.

[40] A strict Blackstonian theory, however, cannot easily be reconciled with modern constitutional law. Many fundamental principles that are essential to our constitutional system curtail the retroactive reach of judicial remedies. *Res judicata*, for example, prevents the reopening of settled matters due to later judicial pronouncements, even maintaining convictions for offences later declared unconstitutional if the accused has exhausted their appeals such that they are no longer “in the judicial system”: *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, at p. 257; see also *R. v. Thomas*, [1990] 1 S.C.R. 713. Similarly, the *de facto* and qualified immunity doctrines validate and preclude financial liability for government actions taken under laws that are later found to be unconstitutional: K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), at ¶ 14.1980; *Hislop*, at para. 102, citing *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347, and *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405. These doctrines balance the generally retroactive nature of judicial remedies with the need for finality and stability. Finally, it is also difficult to square the Blackstonian view with the judicial discretion to suspend a declaration of invalidity: *G*, at paras. 87-89. Thus, the theory is subject to numerous exceptions and qualifications. It cannot preclude purely prospective constitutional remedies. Indeed, this has been recognized in many other

A Question of Judicial Responsibility » (1977), 28 *Hastings L.J.* 533, p. 536, citant P. Mishkin, « The High Court, The Great Writ, and the Due Process of Time and Law » (1965), 79 *Harv. L. Rev.* 56, p. 60.

[39] Quand un tribunal prononce une déclaration d’invalidité en vertu du par. 52(1), la même présomption de rétroactivité entre en jeu. Les appelants affirment que cela découle de la théorie blackstonienne selon laquelle les juges ne créent pas le droit, mais ne font que le découvrir, de sorte qu’une règle de droit inconstitutionnelle est « invalide dès son adoption » : Hogg et Wright, §58:1, citant *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 28; voir aussi W. Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises* (1822), t. 1, p. 103-107; *Hislop*, par. 79.

[40] L’application stricte de la théorie blackstonienne n’est toutefois pas facilement conciliable avec le droit constitutionnel moderne. De nombreux principes fondamentaux essentiels à notre système constitutionnel restreignent la portée rétroactive des réparations judiciaires. Par exemple, l’autorité de la chose jugée fait en sorte d’empêcher que des affaires déjà tranchées ne soient rouvertes en raison de décisions judiciaires rendues ultérieurement, et même de maintenir des déclarations de culpabilité relatives à des infractions qui ont plus tard été déclarées inconstitutionnelles si l’accusé a épuisé ses voies d’appel et que son affaire n’est donc plus « en cours » : *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246, p. 257; voir aussi *R. c. Thomas*, [1990] 1 R.C.S. 713. De même, les principes de la validité *de facto* et de l’immunité restreinte confirment et écartent la responsabilité financière à l’égard d’actions gouvernementales fondées sur des règles de droit qui sont ultérieurement jugées inconstitutionnelles : K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), ¶ 14.1980; *Hislop*, par. 102, citant *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, et *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405. Ces principes mettent en balance la nature généralement rétroactive des réparations judiciaires avec les impératifs que sont le caractère définitif et la stabilité. Enfin, il est également difficile

jurisdictions that have grappled with the Blackstonian theory: *In re Spectrum Plus Ltd*, [2005] UKHL 41, [2005] 2 A.C. 680, at paras. 17, 35, 41-42, 74 and 161-62; *Johnson v. New Jersey*, 384 U.S. 719 (1966); Constitution of South Africa, s. 172(b); *Semenyih Jaya Sdn Bhd v. Pentadbir Tanah Daerah Hulu Langat*, [2017] 3 M.L.J. 561 (Federal Court of Malaysia); *India Cement Ltd. v. State of Tamil Nadu*, A.I.R. 1990 S.C. 85.

[41] That said, the general presumption that declarations of constitutional invalidity have retroactive effect is firmly rooted in principles of constitutional interpretation and s. 52(1).

[42] Section 52(1), the cornerstone of constitutionalism, enshrining the supremacy of the Constitution, must be read in light of all constitutional principles. A s. 52(1) declaration will generally be both immediate and retroactive. Retroactive remedies that immediately apply to everybody who is still “in the system” maximize the protection and vindication of *Charter* rights, as a general system of delayed prospective remedies would risk leaving those harmed in the past by an unconstitutional law without a remedy: Choudhry and Roach, at pp. 247-48. Furthermore, legislatures would have lesser incentives to ensure that new legislation complies with the *Charter* if they could rely on the second chances provided by consequence-free prospective declarations: see R. Leckey, “The harms of remedial discretion” (2016), 14 *Int’l J. Const. L.* 584, at pp. 595-96.

[43] However, that judicial declarations are *generally* immediate and retroactive does not mean

de concilier la théorie blackstonienne avec le pouvoir discrétionnaire judiciaire de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité : *G*, par. 87-89. En conséquence, la théorie comporte de nombreuses exceptions et restrictions. Elle ne saurait empêcher l’octroi de réparations constitutionnelles dont l’effet est purement prospectif. Cela a d’ailleurs été reconnu dans nombreux autres pays où il a fallu se pencher sur la théorie blackstonienne : *In re Spectrum Plus Ltd*, [2005] UKHL 41, [2005] 2 A.C. 680, par. 17, 35, 41-42, 74 et 161-162; *Johnson c. New Jersey*, 384 U.S. 719 (1966); Constitution de l’Afrique du Sud, al. 172(b); *Semenyih Jaya Sdn Bhd c. Pentadbir Tanah Daerah Hulu Langat*, [2017] 3 M.L.J. 561 (Cour fédérale de Malaisie); *India Cement Ltd. c. State of Tamil Nadu*, A.I.R. 1990 S.C. 85.

[41] Cela dit, la présomption générale selon laquelle les déclarations d’invalidité constitutionnelle ont un effet rétroactif est fermement enracinée dans les principes d’interprétation constitutionnelle et le par. 52(1).

[42] Le paragraphe 52(1), qui est la pierre angulaire du constitutionnalisme et qui consacre la suprématie de la Constitution, doit être interprété à la lumière de tous les principes constitutionnels. Une déclaration fondée sur le par. 52(1) aura généralement un effet immédiat et rétroactif. Des réparations rétroactives applicables immédiatement à toutes les personnes dont l’affaire est toujours « en cours » maximisent la protection et la défense des droits conférés par la *Charte*, car un système général de réparations dont l’effet prospectif est différé risquerait de priver de réparation les personnes qui ont subi un préjudice par le passé en raison d’une règle de droit inconstitutionnelle : Choudhry et Roach, p. 247-248. De plus, les législatures seraient moins incitées à assurer la conformité d’une nouvelle mesure législative avec la *Charte* si elles pouvaient s’en remettre à la deuxième chance offerte par des déclarations avec effet prospectif libres de conséquences : voir R. Leckey, « The harms of remedial discretion » (2016), 14 *Int’l J. Const. L.* 584, p. 595-596.

[43] Cependant, le fait que les déclarations judiciaires aient *généralement* un effet immédiat et

they are *necessarily* so: *Hislop*, at para. 86. As I will explain, the rare circumstances and constitutional considerations that warrant a suspended declaration can justify an exception to the retroactive application of declarations where necessary to give effect to the purpose of the suspension.

B. *Temporal Nature of Suspended Declarations*

[44] When compelling public interests outweigh the continued violation of *Charter* rights, courts may suspend a declaration of invalidity: *G*, at paras. 117 and 126. The tool of a suspended declaration allows courts to temper the retroactive effects of a declaration. However, a court's decision to suspend a declaration does not alter the presumptively retroactive application of the declaration but merely changes when it comes into effect. The presumption of retroactivity persists, although it may be rebutted explicitly or by necessary implication. For example, this Court's first experience issuing a suspended declaration of invalidity was in *Manitoba Language Reference*. Nearly all of Manitoba's legislation was found to be unconstitutional because it was enacted in English only. Because an immediate retroactive remedy would have created a legal vacuum in Manitoba, with catastrophic consequences for the rule of law, the Court suspended its declaration of invalidity to give the legislature time to pass new, constitutionally sound laws: p. 758. Nonetheless, the declaration was retroactive.

[45] In *Hislop*, this Court explained some circumstances where “judges may rule prospectively”: para. 96. In these circumstances, the presumption of retroactivity is rebutted and a s. 52(1) declaration will operate prospectively. A prospective remedy could be appropriate if there is a “substantial change in the law”: para. 99. *Hislop* set out some further factors that courts should consider in determining whether to issue a prospective remedy, including good faith

rétroactif ne signifie pas qu'elles ont *nécessairement* un tel effet : *Hislop*, par. 86. Comme je l'expliquerai, les rares circonstances et les considérations constitutionnelles qui justifient une déclaration avec effet suspendu peuvent légitimer une exception à l'application rétroactive d'une déclaration lorsque cela s'impose pour donner effet à l'objectif de la suspension.

B. *Nature temporelle des déclarations avec effet suspendu*

[44] Lorsque des intérêts publics impérieux l'emportent sur la violation continue de droits garantis par la *Charte*, les tribunaux peuvent suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité : *G*, par. 117 et 126. Une telle suspension permet aux tribunaux de tempérer les effets rétroactifs de la déclaration. Cependant, la décision d'un tribunal de suspendre l'effet d'une déclaration ne modifie pas l'application présumée rétroactive de celle-ci, mais seulement la date de sa prise d'effet. La présomption de rétroactivité subsiste, quoiqu'elle puisse être réfutée explicitement ou par voie de conséquence nécessaire. Par exemple, notre Cour a suspendu pour la première fois l'effet d'une déclaration d'invalidité dans le *Renvoi linguistique au Manitoba*. Presque toutes les lois du Manitoba ont été jugées inconstitutionnelles parce qu'elles avaient été édictées en anglais seulement. Comme une réparation avec effet rétroactif immédiat aurait créé un vide juridique au Manitoba, ce qui aurait eu des conséquences catastrophiques sur le plan de la primauté du droit, la Cour a suspendu l'effet de sa déclaration d'invalidité pour donner à la législature le temps d'adopter de nouvelles lois qui soient conformes à la Constitution : p. 758. La déclaration avait néanmoins un effet rétroactif.

[45] Dans *Hislop*, notre Cour a expliqué certaines circonstances où « le tribunal [...] peut statuer [pour l'avenir] » : par. 96. En pareilles circonstances, la présomption de rétroactivité est réfutée et une déclaration fondée sur le par. 52(1) s'appliquera de manière prospective. Une réparation avec effet prospectif pourrait convenir s'il y a une « modification fondamentale du droit applicable » : par. 99. L'arrêt *Hislop* énonce certains autres facteurs que devraient

government reliance, fairness to the litigants, and whether a retroactive remedy would unduly interfere with the allocation of public resources: para. 100. *Hislop* was clear that this was not an exhaustive list: para. 100. The question then becomes what other “conditions will justify the crafting of judicial prospective remedies”: para. 86.

[46] In my view, a suspended declaration of invalidity may provide another exception to the presumption of retroactivity where the purpose of the suspension, by necessary implication, requires a purely prospective declaration. Suspended declarations will only issue where the government demonstrates that compelling public interests, grounded in the Constitution, outweigh the continued breach of constitutional rights and require that the legislature have an opportunity to remedy the constitutional infirmity: *G*, at paras. 133 and 139. Furthermore, declarations of invalidity will be issued only if more tailored remedies, such as reading in, reading down, or severance, are inappropriate: *G*, at paras. 112 and 114. When these rare and exceptional circumstances arise, a retroactive application of the declaration at the conclusion of the suspension could frustrate the purpose — the compelling public interests — that required a period of transition, creating uncertainty and removing the protection that justified the suspension in the first place. The necessary implication of the suspension may be that the declaration, when it comes into effect, must operate purely prospectively so that it does not defeat the very purpose of the suspension.

[47] The appellants suggest that concerns with self-defeating retroactive declarations can be alleviated by Parliament enacting retroactive remedial legislation. Ultimately, however, the choice of whether to make remedial legislation retroactive belongs to the legislature. The suggestion that the courts should

prendre en compte les tribunaux pour déterminer s’il y a lieu d’accorder une réparation avec effet prospectif, dont la confiance accordée de bonne foi par le gouvernement, l’équité envers les parties et la question de savoir si une réparation avec effet rétroactif empiéterait indûment sur la répartition des ressources publiques : para. 100. Il a clairement été indiqué dans *Hislop* que cette liste n’était pas exhaustive : para. 100. Il faut alors se demander quelles sont les autres « situations justifiant l’octroi d’une réparation pour l’avenir » : para. 86.

[46] À mon avis, une déclaration d’invalidité avec effet suspendu peut constituer une autre exception à la présomption de rétroactivité lorsque l’objectif de la suspension exige, par voie de conséquence nécessaire, une déclaration avec effet purement prospectif. Des déclarations avec effet suspendu ne seront prononcées que dans les cas où le gouvernement aura démontré que des intérêts publics impérieux, fondés sur la Constitution, l’emportent sur la violation continue de droits constitutionnels et exigent que la législature ait la possibilité de remédier à la faille constitutionnelle : *G*, par. 133 et 139. De plus, des déclarations d’invalidité seront prononcées seulement si des réparations plus adaptées, telles que l’interprétation large, l’interprétation atténuée ou la dissociation, sont inappropriées : *G*, par. 112 et 114. Lorsque ces circonstances rares et exceptionnelles se présentent, une application rétroactive de la déclaration à la fin de la période de suspension pourrait contrecarrer l’objectif — les intérêts publics impérieux — ayant nécessité une période de transition, ce qui créerait de l’incertitude et supprimerait la protection qui, au départ, avait justifié la suspension. Il se peut que la suspension ait pour conséquence nécessaire que la déclaration, lorsqu’elle entre en vigueur, doit s’appliquer de manière purement prospective afin de ne pas aller à l’encontre de l’objectif même de la suspension.

[47] Les appelants suggèrent que l’édiction par le Parlement d’une mesure législative corrective rétroactive est susceptible d’atténuer les préoccupations relatives aux déclarations rétroactives qui vont à l’encontre de l’objectif visé. En définitive, toutefois, il appartient à la législature de décider d’adopter ou

rely on this legislative choice fails to give full effect to the separation of powers and the responsibility of the courts as “guardians of the Constitution”: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169. The judiciary must give effect to the supremacy clause in s. 52(1) through judicial declarations that stand on their own.

[48] Similarly, I cannot accept the proposition of the Court of Appeal and the Crown that remedial legislation can somehow amend a court’s declaration or “pre-empt” its retroactive effect. Remedial legislation may impact the ultimate state of the law but it cannot change the court’s order. Nothing in *Hislop* (at para. 92) says otherwise. Furthermore, the legislature may legitimately choose to not enact remedial legislation. Thus, the courts must exercise their duty to craft coherent, principled s. 52(1) remedies that give effect to the interests and the various foundational principles of the Constitution at stake — including when establishing the temporal application of a declaration.

[49] The appellants further submit that a declaration cannot be prospective unless the court explicitly directs. While such precision is strongly advised, this Court has rarely stated explicitly when a declaration will apply purely prospectively. *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3 (*P.E.I. Judges Reference* (1998)), appears to stand alone in this regard, where this Court clarified the temporal nature of the declaration in *P.E.I. Judges Reference* (1997), which was silent on the issue: para. 18. However, *P.E.I. Judges Reference* (1998) is not the only purely prospective judgment in this Court’s history. More frequently, the necessary implications of transition periods or suspended declarations of invalidity demonstrate that, even in the absence of

non une mesure législative corrective rétroactive. La suggestion selon laquelle les tribunaux devraient s’en remettre à la décision du législateur à cet égard ne donne pas pleinement effet à la séparation des pouvoirs et à la responsabilité qu’ont les tribunaux à titre de « gardiens de la Constitution » : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 169. Les juges doivent donner effet à la disposition relative à la suprématie de la Constitution, énoncée au par. 52(1), au moyen de déclarations judiciaires qui sont autonomes.

[48] De même, je ne puis souscrire à la thèse de la Cour d’appel et de la Couronne selon laquelle une mesure législative corrective peut, d’une manière ou d’une autre, modifier une déclaration judiciaire ou « prendre le pas sur » son effet rétroactif. Une telle mesure peut avoir une incidence sur l’état ultime du droit, mais elle ne saurait modifier l’ordonnance du tribunal. Rien dans l’arrêt *Hislop* (au par. 92) n’indique qu’il en est autrement. De plus, la législature peut légitimement décider de ne pas édicter de mesure législative corrective. Les tribunaux doivent donc s’acquitter de leur obligation de concevoir des réparations fondées sur le par. 52(1) qui soient cohérentes et fondées sur des principes, et qui donnent effet aux intérêts et aux divers principes constitutionnels fondamentaux en jeu, y compris au moment d’établir l’application dans le temps d’une déclaration.

[49] Les appelants font en outre valoir qu’une déclaration ne peut avoir un effet prospectif que si le tribunal l’ordonne explicitement. Bien qu’une telle précision soit fortement recommandée, notre Cour a rarement dit explicitement qu’une déclaration s’appliquait de manière purement prospective. Il semble que le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3 (*Renvoi relatif aux juges de l’I.-P.-É.* (1998)), se distingue à cet égard; dans cet arrêt, la Cour a clarifié la nature temporelle de la déclaration du *Renvoi relatif aux juges de l’I.-P.-É.* (1997), où rien n’avait été dit sur la question : par. 18. Cependant, le *Renvoi relatif aux juges de l’I.-P.-É.* (1998) n’est pas le seul jugement de notre Cour dont l’effet est purement prospectif. Plus fréquemment,

explicit language, the Court's declaration operates purely prospectively.¹

[50] For example, in *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, this Court found that the right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* includes the right to be informed of the existence and availability of legal aid and duty counsel: p. 211. Recognizing that police officers generally fulfilled their informational duties by reading from printed caution cards, the declaration was suspended for 30 days to allow police departments across Canada to prepare new caution cards that included information about legal aid and duty counsel: p. 217. The prospective application of this declaration is necessarily implied from the reason for the suspension. It would have defeated the purpose of the suspension to suspend the declaration because police officers could not realistically comply with the judgment for the next 30 days, only to then have the declaration apply retroactively to everybody detained in the previous 30 days.

[51] Suspended declarations invalidating legislation have also operated in this way. For example, in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, this Court held that the Crown's disproportionate number of juror stand-asides was unconstitutional, but suspended that declaration for six months to "avoid a hiatus": p. 104. Again, the necessary implication of the suspension

les conséquences nécessaires des périodes de transition ou des déclarations d'invalidité avec effet suspendu démontrent que, même en l'absence de termes explicites en ce sens, les déclarations de notre Cour s'appliquent de manière purement prospective¹.

[50] Par exemple, dans *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, la Cour a conclu que le droit à l'assistance d'un avocat conféré par l'al. 10b) de la *Charte* comprenait le droit d'être informé de l'existence de l'aide juridique et des avocats de garde, et de la possibilité d'y recourir : p. 211. Après avoir reconnu que les policiers s'acquittaient généralement de leurs obligations d'information en lisant des cartons de mise en garde imprimés, la Cour a suspendu l'effet de la déclaration pour une période de 30 jours afin de permettre aux services de police de partout au Canada de préparer de nouveaux cartons de mise en garde comprenant des renseignements sur l'aide juridique et les avocats de garde : p. 217. L'application prospective de cette déclaration est la conséquence nécessaire de la raison justifiant la suspension. Suspendre l'effet de la déclaration au motif que les policiers ne pouvaient pas, de façon réaliste, se conformer au jugement dans les 30 jours suivant le prononcé de celui-ci, pour ensuite permettre que la déclaration s'applique rétroactivement à toutes les personnes qui avaient été détenues dans les 30 jours qui avaient précédé, aurait été à l'encontre de l'objectif de la suspension.

[51] Des déclarations avec effet suspendu qui invalidaient une mesure législative se sont également appliquées ainsi. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, la Cour a statué que le nombre disproportionné de mises à l'écart de jurés par la Couronne était inconstitutionnel, mais elle a suspendu l'effet de cette déclaration pendant six

¹ In this regard, while some have read the words "transition period" to indicate prospective remedies and "suspension period" to indicate retroactive ones (Choudhry and Roach, at pp. 216-17), the language used by this Court has varied over cases and years and the two expressions have similar effects. In evaluating the temporal application of judicial remedies, the focus ought not to be placed on the terminology used but rather on the purpose and effects of the remedy.

¹ À cet égard, bien que certains aient considéré que l'expression « période de transition » indiquait que les réparations en cause avaient un effet prospectif et que l'expression « période de suspension » montrait que celles-ci avaient un effet rétroactif (Choudhry et Roach, p. 216-217), les termes employés par la Cour ont varié au fil des affaires et des années, et ces deux expressions ont des effets similaires. Lorsqu'il s'agit d'évaluer l'application dans le temps des réparations judiciaires, l'accent ne devrait pas être mis sur la terminologie utilisée, mais plutôt sur l'objectif et les effets de la réparation.

was that the declaration applied purely prospectively. A retroactive application, invalidating any juries selected during the suspension period, would have defeated the very purpose of the suspension.

[52] In sum, I agree with the Attorney General of Canada that the court should look to the purpose of a suspension in determining whether the declaration must logically operate retroactively or purely prospectively. The purpose of a suspension is to protect a compelling public interest that would be endangered by an immediate declaration to such an extent that it outweighs the harms of continuing the violation of *Charter* rights for a limited period: *G*, at para. 83. If retroactivity would undermine that purpose, the declaration must apply purely prospectively.

[53] This Court has not always explained why a declaration is suspended, nor explained the temporal application of that declaration. *G* emphasized the importance of transparently explaining the reasons for suspending a s. 52(1) declaration: paras. 125-26 and 159. While those explanations will assist in deducing the necessary temporal implications of suspended declarations, I would expect courts in the future to explicitly state the temporal application of their s. 52(1) declarations to avoid any confusion. Where the court has been explicit, it is unnecessary to consider the necessary implications of a suspension.

C. Temporal Nature of the Bedford Suspended Declaration

[54] This brings us to the temporal application of the *Bedford* declaration. *Bedford* represented a substantial change in the law, with this Court revisiting its conclusion in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123:

mois afin « d'éviter qu'il y ait une interruption » : p. 104. Encore une fois, la conséquence nécessaire de la suspension était que la déclaration s'appliquait de manière purement prospective. Une application rétroactive de la déclaration, qui aurait invalidé tout jury sélectionné pendant la période de suspension, serait allée à l'encontre de l'objectif même de la suspension.

[52] En somme, je conviens avec le procureur général du Canada que le tribunal devrait examiner l'objectif d'une suspension lorsqu'il décide si la déclaration doit logiquement s'appliquer de manière rétroactive ou purement prospective. L'objectif d'une suspension est de protéger un intérêt public impérieux qui est à ce point menacé par une déclaration avec effet immédiat qu'il l'emporte sur les préjudices causés par la violation continue, pendant une période limitée, de droits garantis par la *Charte* : *G*, par. 83. Si la rétroactivité est susceptible de miner cet objectif, la déclaration doit s'appliquer de manière purement prospective.

[53] Notre Cour n'a pas toujours expliqué pourquoi l'effet d'une déclaration est suspendu ni l'application dans le temps de cette déclaration. L'arrêt *G* a souligné l'importance d'expliquer de façon transparente les raisons pour lesquelles l'effet d'une déclaration fondée sur le par. 52(1) est suspendu : par. 125-126 et 159. Ces explications aideront certes à déduire les conséquences nécessaires dans le temps des déclarations avec effet suspendu, mais je m'attendrais à ce qu'à l'avenir, les tribunaux énoncent explicitement l'application dans le temps de leurs déclarations fondées sur le par. 52(1) afin d'éviter toute confusion. Quand le tribunal s'est exprimé de façon explicite, il n'est pas nécessaire d'examiner les conséquences nécessaires d'une suspension.

C. Nature temporelle de la déclaration avec effet suspendu prononcée dans Bedford

[54] Cela nous amène à l'application dans le temps de la déclaration prononcée dans *Bedford*. Cet arrêt a modifié fondamentalement le droit, car, dans cette affaire, la Cour a réexaminé la conclusion qu'elle a tirée dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à*

see *Hislop*, at para. 99. The key issue in this case is whether, in the absence of explicit language, the presumption of retroactivity is rebutted by necessary implication. In my view, the purpose of the *Bedford* suspension required the declaration to operate purely prospectively.

[55] The *Bedford* suspension emanated from a concern about immediately leaving sex work entirely unregulated: para. 167. A retroactive declaration would have rendered the regulatory system of criminal offences that was maintained by the suspension entirely unenforceable once the suspension expired, undermining the protection of the vulnerable victims that was at the root of the finding of unconstitutionality and defeating the purpose of the suspension.

[56] Nor would a retroactive declaration have given effect to and vindicated *Charter* rights. The *Bedford* provisions were found unconstitutional because their overbreadth imperiled the security of sex workers. For example, the offence of living on the avails *protected* sex workers from parasitic, exploitative pimps but was unconstitutionally overbroad because it *prevented* them from accessing security-enhancing services such as legitimate drivers and bodyguards: paras. 137-45. However, the Court issued a declaration of invalidity rather than reading the provisions down, recognizing that a judicially crafted exclusion for non-exploitative protective services could have unforeseen impacts on other aspects of the regulatory scheme: para. 165. The suspension temporarily maintained in effect both the constitutional “protection” and unconstitutional “prevention” aspects of the offence. If the declaration was retroactive, then not only would sex workers have their rights continually violated by the “prevention” measures during the suspension, but they would also lose the protective aspect of the living on the avails offence as parasitic and exploitative pimps would enjoy practical criminal immunity for their actions during the suspension. Far from vindicating the *Charter* rights of sex workers, as *Bedford*

l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123 : voir *Hislop*, par. 99. La question clé qui se pose en l'espèce est de savoir si, en l'absence de termes explicites, la présomption de rétroactivité est réfutée par voie de conséquence nécessaire. À mon avis, l'objectif de la suspension prononcée dans *Bedford* exigeait que la déclaration s'applique de manière purement prospective.

[55] La suspension dans *Bedford* a été prononcée en raison d'une crainte liée au fait de soustraire immédiatement le travail du sexe à toute réglementation : par. 167. Une déclaration avec effet rétroactif aurait rendu le régime réglementaire des infractions criminelles ayant été maintenu par la période de suspension entièrement inapplicable une fois cette période terminée, ce qui aurait compromis la protection des victimes vulnérables qui était à l'origine de la conclusion d'inconstitutionnalité et serait allé à l'encontre de l'objectif de la suspension.

[56] Par ailleurs, une déclaration avec effet rétroactif n'aurait pas permis de donner effet aux droits garantis par la *Charte* ni de les défendre. Les dispositions en cause dans *Bedford* ont été jugées inconstitutionnelles parce que leur portée excessive compromettrait la sécurité des personnes travaillant dans l'industrie du sexe. Par exemple, l'infraction de vivre des produits du travail du sexe *protégeait* ces personnes contre les proxénètes parasites et exploiters, mais était inconstitutionnelle pour cause de portée excessive parce qu'elle les *empêchait* d'obtenir des services visant à accroître leur sécurité, comme ceux de chauffeurs et de gardes du corps légitimes : par. 137-145. Cependant, notre Cour a prononcé une déclaration d'invalidité des dispositions en question plutôt que d'interpréter celles-ci de façon atténuée, reconnaissant qu'une exclusion conçue judiciairement qui serait applicable aux services de protection dénués d'exploitation pourrait avoir des conséquences imprévues sur d'autres aspects du régime réglementaire : par. 165. La suspension a maintenu temporairement en vigueur l'aspect constitutionnel « protecteur » et l'aspect inconstitutionnel « préventif » de la disposition. Si la déclaration avait eu un effet rétroactif, les personnes travaillant dans l'industrie du

sought to do, a retroactive declaration would have gravely imperiled those rights.

[57] Conversely, prospective application is far more consonant with the purpose of the *Bedford* suspension and more protective of sex workers' rights. As *Bedford* intended, the status quo regulation continued for one year. In that time, sex workers retained the full protection of the criminal law against parasitic and exploitative conduct, thus providing them the benefit of the law.

[58] Given the purely prospective nature of the declaration in *Bedford*, the specific challenge in this case is to determine what happens to those who committed the *Bedford* offences prior to the expiry of the suspension. Any answer involves some degree of legal uncertainty. This uncertainty reinforces why suspensions must be rare. Where suspensions are necessary, the court should also consider whether any measures during the suspension may minimize the impact of the ongoing *Charter* breaches. For example, in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, this Court suspended its declaration striking down the automatic indefinite detention provisions, but dictated that any detentions during the interim be capped at 30 to 60 days: p. 1021. In *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2016 SCC 4, [2016] 1 S.C.R. 13, this Court provided guidelines for constitutional exemptions for physician-assisted death during the extended suspension period: para. 6. Of course, the legislature can always legislate a different approach,

sexe n'auraient pas seulement vu leurs droits être continuellement violés par les mesures « préventives » pendant la période de suspension, mais elles auraient aussi perdu l'aspect protecteur qu'avait l'infraction de vivre des produits du travail du sexe, car les proxénètes parasites et exploitateurs auraient en pratique joui d'une immunité criminelle à l'égard des actes commis pendant la période de suspension. Loin de permettre de défendre les droits que garantit la *Charte* aux personnes travaillant dans l'industrie du sexe, comme cherchait à le faire la Cour dans *Bedford*, une déclaration avec effet rétroactif aurait gravement mis en péril ces droits.

[57] À l'inverse, une application prospective est beaucoup plus conforme à l'objectif de la suspension accordée dans *Bedford* et protège davantage les droits des personnes travaillant dans l'industrie du sexe. Comme il était prévu dans l'arrêt *Bedford*, la réglementation visée par le statu quo a continué de s'appliquer pendant un an. Durant ce temps, les personnes travaillant dans l'industrie du sexe ont conservé l'entière protection du droit criminel à l'égard des conduites empreintes de parasitisme et d'exploitation, et ont donc eu droit au bénéfice de la loi.

[58] Compte tenu de la nature purement prospective de la déclaration prononcée dans *Bedford*, la question particulière à trancher en l'espèce consiste à décider du sort à réserver aux personnes ayant commis les infractions visées dans cette affaire avant l'expiration de la période de suspension. Toute réponse à cette question comporte un certain degré d'incertitude juridique. Cette incertitude confirme ce pourquoi les suspensions doivent être rares. Lorsque des suspensions sont nécessaires, le tribunal devrait également se demander si l'application de mesures quelconques pendant la période de suspension est susceptible de minimiser l'incidence des violations continues de la *Charte*. Par exemple, dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, la Cour a suspendu l'effet de sa déclaration invalidant les dispositions prévoyant la détention automatique pendant une période indéterminée, mais elle a ordonné que, dans l'intervalle, toute détention soit limitée à une période de 30 à 60 jours : p. 1021. Dans l'arrêt *Carter c. Canada (Procureur général)*,

including retroactively, within the confines of the Constitution.

D. Protection of Rights Under Prospective Remedies

[59] The appellants' submissions that the *Bedford* declaration must be retroactive emphasize the potential unfairness to accused persons charged for engaging in non-exploitative conduct under s. 212(1)(j) prior to the declaration taking effect. However, a prospective declaration does not deprive these people of individual remedies and would not contravene the principle from *Big M Drug Mart* that nobody may be convicted of an offence under an unconstitutional law.

[60] The principle that nobody may be convicted of an offence under an unconstitutional law was described by this Court in *Big M Drug Mart* as a corollary to the supremacy of the Constitution: p. 313. However, this Court noted that neither s. 52(1) nor s. 24(1) are the *only* recourse in the face of an unconstitutional law: p. 313. Rather, they coexist to offer relief from an unconstitutional offence.

[61] It does not follow from *Big M Drug Mart* that s. 52(1) remedies must always be retroactive in the criminal law. First, the *Big M Drug Mart* principle has never been absolute: the doctrine of *res judicata* has always tempered its application. Indeed, by preventing collateral attacks on final judgments once a law has been declared unconstitutional, the doctrine allows people to remain convicted — and potentially deprived of liberty — for an offence under an unconstitutional law. Second, as I will explain, when a s. 52(1) declaration is prospective, a person whose *Charter* rights are breached by the law declared to be unconstitutional may still apply for a personal

2016 CSC 4, [2016] 1 R.C.S. 13, la Cour a fourni des lignes directrices concernant les exemptions constitutionnelles applicables à l'aide d'un médecin pour mourir pendant la durée de la prorogation de la suspension : par. 6. Bien entendu, la législature peut toujours établir par la voie législative une approche différente, y compris de manière rétroactive, en respectant les limites de la Constitution.

D. Protection des droits dans le cadre des réparations avec effet prospectif

[59] Dans leurs arguments voulant que la déclaration de l'arrêt *Bedford* doive s'appliquer de manière rétroactive, les appelants insistent sur l'iniquité possible envers les personnes accusées, en vertu de l'al. 212(1)j), de s'être livrées à une conduite dénuée d'exploitation avant la prise d'effet de la déclaration. Toutefois, une déclaration avec effet prospectif ne prive pas ces personnes de réparations individuelles et ne contreviendrait pas au principe établi dans *Big M Drug Mart* selon lequel nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle.

[60] Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, la Cour a précisé que le principe voulant que nul ne puisse être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle découlait de la suprématie de la Constitution : p. 313. Cependant, la Cour a fait remarquer que ni le par. 52(1) ni le par. 24(1) ne constituait le *seul* recours face à une loi inconstitutionnelle : p. 313. Au contraire, ces dispositions coexistent de manière à offrir réparation relativement à une infraction inconstitutionnelle.

[61] Il ne découle pas de *Big M Drug Mart* que les réparations accordées en vertu du par. 52(1) doivent toujours avoir un effet rétroactif en droit criminel. Premièrement, le principe établi dans cet arrêt n'a jamais été absolu : la doctrine de l'autorité de la chose jugée a toujours tempéré son application. De fait, en empêchant les contestations indirectes de jugements définitifs une fois qu'une règle de droit a été déclarée inconstitutionnelle, cette doctrine permet que des personnes déclarées coupables d'une infraction à une règle de droit inconstitutionnelle le demeurent — et restent peut-être même privées de leur liberté. Deuxièmement, comme je l'expliquerai,

remedy under s. 24(1). I must therefore reject the appellants' arguments.

Remedies Available Following a Prospective Declaration

[62] While s. 52(1) is the usual remedy against unconstitutional laws and s. 24(1) is “generally used” against unconstitutional acts, both can be combined to provide relief in cases where it is appropriate to do so: *Ferguson*, at paras. 59-60 and 63. A declaration under s. 52(1) provides general relief against the law, whereas an individual remedy under s. 24(1) — such as an exemption or a stay of proceedings — can mitigate the effects of that law or of actions taken under the law in specific cases. In *Ferguson*, this Court held that, while constitutional exemptions under s. 24(1) are not appropriate substitutes for s. 52(1) challenges to the unconstitutionality of legislation, s. 24(1) can be combined with s. 52(1) when additional relief is necessary to provide an effective remedy in a specific case: para. 63.

[63] Similarly, in *G*, this Court held that there was no rule against granting both a suspended s. 52(1) declaration and a retroactive s. 24(1) remedy. There are numerous examples in our jurisprudence of a personal constitutional remedy being granted during the period of suspension of a declaration under s. 52(1): see *Carter*, at paras. 5-6; *G*, at para. 182; *Martin*, at paras. 120-21; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472, at paras. 32-34; *Mackin*, at paras. 75-76; *Bain*, at pp. 105 and 165. In that sense, the practice of this Court has often been to apply the findings of unconstitutionality retroactively to the claimant before them, even when the temporal application of the declaration itself was suspended.

lorsqu’une déclaration fondée sur le par. 52(1) a un effet prospectif, une personne dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés par la règle de droit déclarée inconstitutionnelle peut tout de même demander une réparation personnelle au titre du par. 24(1). Je dois donc rejeter les arguments des appelants.

Réparations qu’il est possible d’obtenir après le prononcé d’une déclaration avec effet prospectif

[62] Bien que le par. 52(1) prévoit la réparation habituelle à l’égard des règles de droit inconstitutionnelles et que l’on « a[it] généralement recours » au par. 24(1) pour des actes inconstitutionnels, il est possible de combiner les deux dispositions pour accorder une réparation dans certains cas où il convient de le faire : *Ferguson*, par. 59-60 et 63. Une déclaration fondée sur le par. 52(1) offre une réparation globale à l’égard de la règle de droit, tandis qu’une réparation individuelle fondée sur le par. 24(1) — comme une exemption ou un arrêt des procédures — peut, dans certains cas, atténuer les effets de cette règle ou d’actes commis en vertu de celle-ci. Dans l’arrêt *Ferguson*, notre Cour a conclu que, bien que les demandes d’exemptions constitutionnelles au titre du par. 24(1) ne se substituent pas adéquatement aux contestations relatives à l’inconstitutionnalité de dispositions législatives en application du par. 52(1), le par. 24(1) peut être combiné au par. 52(1) dans les cas où une réparation additionnelle est nécessaire pour accorder une mesure de redressement efficace dans une situation donnée : par. 63.

[63] De même, dans l’arrêt *G*, notre Cour a conclu qu’aucune règle n’interdit d’accorder à la fois une déclaration fondée sur le par. 52(1) avec effet suspendu et une réparation fondée sur le par. 24(1) avec effet rétroactif. Notre jurisprudence fournit de nombreux exemples d’octroi d’une réparation constitutionnelle personnelle pendant la période de suspension de l’effet d’une déclaration prononcée en vertu du par. 52(1) : voir *Carter*, par. 5-6; *G*, par. 182; *Martin*, par. 120-121; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472, par. 32-34; *Mackin*, par. 75-76; *Bain*, p. 105 et 165. En ce sens, notre Cour a souvent eu pour pratique d’appliquer de manière rétroactive les conclusions d’inconstitutionnalité au demandeur devant elle, et ce, même lorsque l’application dans le temps de la déclaration elle-même avait été suspendue.

[64] The same reasoning holds when the suspended declaration is prospective. This is because there is a conceptual distinction between the legal findings as to the constitutional validity of a law and the particular relief ordered — between the substantive conclusions and the appropriate remedy: M.-S. Kuo, “Between Choice and Tradition: Rethinking Remedial Grace Periods and Unconstitutionality Management in a Comparative Light” (2019), 36 *UCLA Pac. Basin L.J.* 157, at p. 160. While the legal finding that the legislation breaches a *Charter* right is a necessary condition for the granting of a general s. 52(1) declaration, that finding can also be the basis for a personal remedy under s. 24(1).

[65] A s. 52(1) declaration is simply the means by which a court with the jurisdiction to do so makes its findings on the constitutionality of a law opposable to the world, including government: *Martin*, at para. 28. However, even in the absence of a declaration, judges must assess *Charter* compliance in specific cases when an issue is appropriately raised before them, though their findings may remain applicable only to that case: *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at paras. 15 and 19; *Martin*, at para. 3; Roach (2nd ed.), at ¶ 6.200. When a judge is asked to consider whether a particular accused’s *Charter* rights have been breached under s. 24(1), the constitutional findings of this Court are binding, even when the declaration itself is not operative. While this Court’s decision to suspend the declaration or to make it purely prospective keeps the law temporarily alive so as not to create a legal vacuum that would compromise compelling public interests, this does not preclude personal remedies for violations of *Charter* rights before the coming into force of the declaration. Whether a remedy is appropriate in the circumstances is a separate question.

[64] Le même raisonnement vaut lorsque la déclaration avec effet suspendu est d’application prospective. Il en est ainsi parce qu’il existe une distinction conceptuelle entre les conclusions juridiques quant à la validité constitutionnelle d’une règle de droit et la réparation particulière ordonnée — c’est-à-dire entre les conclusions de fond et la réparation qu’il convient d’accorder : M.-S. Kuo, « Between Choice and Tradition : Rethinking Remedial Grace Periods and Unconstitutionality Management in a Comparative Light » (2019), 36 *UCLA Pac. Basin L.J.* 157, p. 160. Bien que la conclusion juridique selon laquelle la mesure législative porte atteinte à un droit garanti par la *Charte* est une condition nécessaire pour l’octroi d’une déclaration générale en vertu du par. 52(1), cette conclusion peut aussi constituer le fondement d’une réparation personnelle au titre du par. 24(1).

[65] La déclaration fondée sur le par. 52(1) est simplement le moyen par lequel un tribunal ayant compétence pour le faire rend ses conclusions sur la constitutionnalité d’une règle de droit opposables à tous, y compris au gouvernement : *Martin*, par. 28. Cependant, même en l’absence d’une déclaration, les juges doivent apprécier la conformité à la *Charte* dans les cas particuliers où une question est à juste titre soulevée devant eux, bien que leurs conclusions demeurent applicables uniquement à cette affaire : *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 15 et 19; *Martin*, par. 3; Roach (2^e éd.), ¶ 6.200. Lorsqu’un juge est appelé à déterminer si des droits que garantit la *Charte* à un accusé ont fait l’objet d’une violation visée par le par. 24(1), il est lié par les conclusions constitutionnelles tirées par notre Cour, même si la déclaration elle-même ne s’applique pas. Bien que la décision de la Cour de suspendre l’effet de la déclaration ou de lui donner un effet purement prospectif permette de maintenir la règle de droit temporairement en vigueur afin de ne pas créer de vide juridique qui compromettrait des intérêts publics impérieux, cela n’empêche pas l’octroi de réparations personnelles pour des violations de droits garantis par la *Charte* commises avant que la déclaration ne prenne effet. La question du caractère convenable d’une réparation eu égard aux circonstances est une question distincte.

[66] Generally, recourse to s. 24(1) will be limited so as not to undermine the compelling public interests that required suspending the declaration. A personal remedy that undermined compelling public interests would indeed not be “appropriate and just” in the circumstances. However, where compelling public interests would not be undermined, s. 24(1) is a flexible vehicle for someone whose *Charter* rights are breached. *Carter* is an example where compelling interests to permit physician-assisted death justified a broad interim remedy that granted personal relief to people whose rights were jeopardized by the extended suspension. In that case, the Court fashioned a detailed transitional remedy that mitigated irreparable harm, based on the criteria arising from its findings of unconstitutionality. Similarly, in *G*, although widespread individual exemptions would have undermined the purpose of the suspension by significantly impairing the legislature’s ability to enact remedial legislation, this Court was able to grant the applicant a s. 24(1) exemption because in his circumstances it did not undermine the purpose of the suspension.

[67] Thus, s. 24(1) remedies may be available even during the period of suspension if the accused can demonstrate that conviction under the legislation found to be constitutionally infirm would be a breach of their own *Charter* rights, and if granting an individual remedy would not undermine the purpose of suspending the s. 52(1) declaration.

[68] Applying this reasoning to this case, a person charged under s. 212(1)(j) for conduct prior to or during the suspension may seek an individual remedy under s. 24(1). Unlike *Ferguson*, in this context the living on the avails offence has already been found to be unconstitutional pursuant to s. 52(1). But because the Court’s declaration of invalidity was suspended, both the law and decisions by officials to lay charges or prosecute continued to affect the

[66] De façon générale, le recours au par. 24(1) sera limité afin de ne pas miner les intérêts publics impérieux ayant nécessité la suspension de l’effet de la déclaration. Une réparation personnelle qui porte atteinte à des intérêts publics impérieux ne serait en effet pas « convenable et juste » eu égard aux circonstances. Toutefois, dans le cas où des intérêts publics impérieux ne seraient pas compromis, le par. 24(1) constitue un moyen souple pour une personne dont les droits garantis par la *Charte* sont violés. L’arrêt *Carter* est un exemple de cas où les intérêts impérieux de permettre d’obtenir l’aide d’un médecin pour mourir justifiaient une mesure intérimaire générale qui accordait une réparation personnelle aux personnes dont les droits avaient été compromis par la prorogation de la suspension. Se fondant sur les critères découlant de ses conclusions d’inconstitutionnalité, la Cour dans cette affaire a façonné une réparation transitoire détaillée qui atténuait le préjudice irréparable. De même, dans l’arrêt *G*, même si des exemptions individuelles très répandues auraient miné l’objectif de la suspension en nuisant considérablement à la capacité de la législature d’édicter une mesure législative corrective, la Cour a pu accorder au demandeur une exemption fondée sur le par. 24(1), car, dans sa situation, cette réparation ne minait pas l’objectif de la suspension.

[67] En conséquence, des réparations fondées sur le par. 24(1) pourraient être obtenues même pendant la période de suspension si l’accusé peut démontrer qu’une déclaration de culpabilité fondée sur la mesure législative dont il a été jugé qu’elle comportait une faille constitutionnelle portera atteinte à ses propres droits garantis par la *Charte*, et si l’octroi d’une réparation individuelle ne mine pas l’objectif de la suspension de l’effet de la déclaration fondée sur le par. 52(1).

[68] Si l’on applique ce raisonnement à la présente affaire, une personne accusée en vertu de l’al. 212(1)(j) d’une conduite à laquelle elle s’est livrée avant ou pendant la période de suspension peut solliciter une réparation individuelle au titre du par. 24(1). À la différence de l’affaire *Ferguson*, dans le contexte qui nous occupe, l’infraction consistant à vivre des produits du travail du sexe a déjà été jugée inconstitutionnelle suivant le par. 52(1). Cependant, comme

rights of an accused: see *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at para. 106. The Court in *Bedford* found that by punishing both those who exploit sex workers and those who enhance their safety, the living on the avails offence infringed the security of sex workers in a manner that bore no relation to its purpose and was therefore overbroad: paras. 142 and 144. While the constitutional flaw related to the s. 7 rights of sex workers, this finding has direct implications for providers of security-enhancing services who are charged under s. 212(1)(j). The liberty of these accused is put in jeopardy, despite the finding in *Bedford* that this aspect of the living on the avails offence bears no relation to its purpose.

[69] This risk may be mitigated through a personal remedy under s. 24(1). Following the findings of *Bedford*, if an accused is charged with conduct that bears no relation to the purpose of the living on the avails offence — for example because they were a legitimate driver or bodyguard — an application judge may find a breach of that accused's s. 7 rights and grant a s. 24(1) remedy. However, if the trial judge finds that the accused's conduct did not fall within the unconstitutional overbreadth, for example because they were an exploitative pimp, then the accused's s. 7 rights are not violated and no remedy lies in s. 24(1). Furthermore, granting individual remedies for non-exploitative conduct within the bounds of the constitutional defects as identified by this Court in *Bedford* is unlikely to undermine the purpose of the *Bedford* suspension. The suspension maintains the protection of the law for vulnerable victims and the public by allowing sex workers recourse against parasitic or exploitative behaviour. The suspension allows the law to continue

l'effet de la déclaration d'invalidité prononcée par la Cour a été suspendu, la règle de droit en cause et les décisions de représentants officiels de porter des accusations ou d'intenter des poursuites ont continué d'avoir une incidence sur les droits d'une personne accusée : voir *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599, par. 106. Dans *Bedford*, la Cour a conclu qu'en sanctionnant à la fois les individus qui exploitaient les personnes travaillant dans l'industrie du sexe et ceux qui permettaient d'accroître leur sécurité, l'infraction consistant à vivre des produits du travail du sexe portait atteinte au droit à la sécurité des personnes travaillant dans cette industrie selon des modalités qui étaient sans rapport avec l'objectif qu'elle poursuivait et avait donc une portée excessive : par. 142 et 144. Même si la faille constitutionnelle avait trait aux droits que l'art. 7 garantit aux personnes travaillant dans l'industrie du sexe, cette conclusion a des conséquences directes sur les fournisseurs de services visant à accroître la sécurité qui sont accusés en vertu de l'al. 212(1)j). La liberté de ces personnes est compromise, malgré la conclusion dans *Bedford* selon laquelle cet aspect de l'infraction de vivre des produits du travail du sexe est sans rapport avec son objectif.

[69] Il est possible d'atténuer ce risque en accordant une réparation personnelle en vertu du par. 24(1). Suivant les conclusions tirées dans *Bedford*, si un accusé est inculpé d'une conduite qui est sans rapport avec l'objectif de l'infraction de vivre des produits du travail du sexe — par exemple parce qu'il était un chauffeur ou un garde du corps légitime —, le juge saisi de la demande pourrait conclure à une violation des droits que l'art. 7 garantit à cette personne et lui accorder une réparation fondée sur le par. 24(1). Cependant, si le juge du procès estime que la conduite de l'accusé ne s'inscrivait pas dans la portée excessive inconstitutionnelle de l'infraction en cause, parce que, par exemple, il s'agissait d'un proxénète exploiteur, les droits que lui garantit l'art. 7 n'ont donc pas été violés et il n'y a pas lieu de lui accorder une réparation en vertu du par. 24(1). De plus, il est peu probable que l'octroi de réparations individuelles pour des conduites dénuées d'exploitation qui s'inscrivent dans les limites des vices constitutionnels constatés par la Cour dans *Bedford*

temporarily to target those whose conduct may legitimately be criminalized. However, when an application judge finds as a fact that the accused before them acted within the safety-enhancing unconstitutional overbreadth, s. 24(1) may be available to stay the charges. Doing so upholds the Constitution fully and maximizes rights protection.

[70] Finally, while this Court has often stated that prosecutorial discretion is not a solution to a constitutionally defective situation, it is highly unlikely that the Crown would prosecute someone in the face of the Court's determination that to do so would likely be a violation of their *Charter* rights: *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 17; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 86. In the unlikely event that they do, a person in non-exploitative position can seek a s. 24(1) remedy.

[71] In sum, the fact that the *Bedford* declaration was purely prospective does not mean someone will be convicted of s. 212(1)(j) in violation of their *Charter* rights. While the law remains valid and can ground legal convictions, no one should be convicted of the offence if its overbreadth violates their rights. However, where the conduct does not fall within the area of overbreadth identified by this Court, individuals may be charged, prosecuted, and convicted under s. 212(1)(j) for conduct that occurred while the law still governed.

mine l'objectif de la suspension prononcée dans cet arrêt. La suspension maintient la protection de la règle de droit pour les victimes vulnérables et la population en accordant aux personnes travaillant dans l'industrie du sexe un recours à l'égard des comportements empreints de parasitisme ou d'exploitation. Elle permet également à la règle de continuer temporairement de cibler les personnes dont la conduite peut légitimement être criminalisée. Toutefois, quand le juge saisi de la demande tient pour avéré que l'accusé devant lui a agi dans les limites de la portée excessive inconstitutionnelle relative aux mesures visant à accroître la sécurité, il lui est possible de se fonder sur le par. 24(1) pour ordonner un arrêt des procédures. Cette façon de procéder permet de faire respecter pleinement la Constitution et de maximiser la protection offerte par les droits.

[70] Enfin, bien que notre Cour ait souvent affirmé que le pouvoir discrétionnaire de poursuivre ou non n'est pas une solution à une situation déficiente sur le plan constitutionnel, il y a très peu de chances que la Couronne intente des poursuites contre une personne eu égard à la décision de la Cour selon laquelle de telles poursuites porteraient probablement atteinte aux droits que confère la *Charte* à cette personne : *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 17; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 86. Dans l'éventualité improbable où elle le ferait, une personne qui n'est pas dans une situation empreinte d'exploitation pourrait demander une réparation en vertu du par. 24(1).

[71] En somme, le fait que la déclaration prononcée dans *Bedford* avait un effet purement prospectif ne signifie pas qu'une personne sera déclarée coupable en vertu de l'al. 212(1)(j) en violation des droits que lui garantit la *Charte*. Bien que la règle de droit visée demeure valide et puisse fonder des déclarations de culpabilité légales, nul ne devrait être reconnu coupable de l'infraction si la portée excessive de celle-ci viole ses droits. Cependant, si la conduite en cause ne s'inscrit pas dans le champ de la portée excessive établie par la Cour, des individus pourront être accusés, poursuivis et déclarés coupables en vertu de l'al. 212(1)(j) pour une conduite qui a eu lieu alors que la règle de droit s'appliquait encore.

III. Conclusion

[72] A suspended declaration of invalidity may be purely prospective where the purpose of the suspension requires such a temporal application. In *Bedford*, this Court's remedy was purely prospective, because the purpose of the suspension — avoiding deregulation that would leave sex workers vulnerable — would be frustrated by a retroactive remedy. As the remedy was purely prospective, the appellants could be charged for their conduct prior to the declaration taking effect. Thus, an accused could be convicted for conduct caught by s. 212(1)(j) before the effective date of the declaration. However, an accused who could demonstrate that their personal rights were prejudiced by the constitutional infirmity could seek relief under s. 24(1), provided their conduct did not undermine the public interests the suspension was designed to protect.

[73] Because the appellants engaged in exploitative and parasitic conduct, the exact conduct that was always legitimately criminalized, a s. 24(1) remedy is not available to them. I would dismiss the appeals.

The reasons of Brown and Rowe JJ. were delivered by

ROWE J. (dissenting) —

I. Introduction

[74] The law relating to the suspension of declarations of invalidity has been bedeviled by a lack of doctrinal clarity. This, in turn, has given rise to sustained ad hocery. The first key question, in what circumstances should a declaration of invalidity be suspended, was addressed in a structured way three decades ago in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. Unhappily, the test for granting a suspension

III. Conclusion

[72] Une déclaration d'invalidité avec effet suspendu peut avoir une application purement prospective si l'objectif de la suspension le requiert. Dans l'arrêt *Bedford*, la réparation accordée par la Cour s'appliquait de manière purement prospective, car une réparation avec effet rétroactif aurait contrecarré l'objectif de la suspension : éviter une déréglementation qui aurait laissé en situation de vulnérabilité les personnes travaillant dans l'industrie du sexe. Comme la réparation avait un effet purement prospectif, les appelants pouvaient être accusés relativement à leur conduite antérieure à l'entrée en vigueur de la déclaration. En conséquence, un accusé pouvait être déclaré coupable d'une conduite visée par l'al. 212(1)(j) à laquelle il s'était livré avant la date de prise d'effet de la déclaration. Cependant, l'accusé qui était en mesure de démontrer que la faille constitutionnelle avait porté atteinte à ses droits personnels pouvait solliciter une réparation en vertu du par. 24(1), à condition que sa conduite n'ait pas miné les intérêts publics que visait à protéger la suspension.

[73] Comme les appelants se sont livrés à une conduite empreinte d'exploitation et de parasitisme, soit précisément la conduite qui a toujours été légitimement criminalisée, une réparation fondée sur le par. 24(1) ne peut être obtenue par ceux-ci. Je rejeterais les pourvois.

Version française des motifs des juges Brown et Rowe rendus par

LE JUGE ROWE (dissident) —

I. Introduction

[74] Le droit relatif à la suspension de l'effet des déclarations d'invalidité est depuis longtemps embrouillé par un manque de clarté sur le plan doctrinal, ce qui a donné lieu de façon constante à des analyses au cas par cas. La première question clé qui se pose, à savoir dans quelles circonstances l'effet d'une déclaration d'invalidité devrait être suspendu, a été examinée de manière structurée il y a 30 ans

set out there was honoured so consistently in the breach that the whole issue had to be revisited in 2020 in *Ontario (Attorney General) v. G*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629.

[75] In this case, we deal with a second key question: if a suspension of a declaration of invalidity is to be made, then how should it be structured and operate? Again, what is needed is doctrinal clarity, in the absence of which will arise yet more ad hocery. I seek to provide an overall framework for the structuring and the operation of such suspensions. In my view, what is needed is to tailor the terms of the suspension to the purpose for which the suspension is given. In other words, the terms of the suspension should be set, deliberately and explicitly, based on the state of the law that the declaration is intended to achieve, both during and following the expiry of the suspension. That did not happen in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101. As a result, we are asked in these appeals to do a *post facto* patch up. Tempting as it is in order to avoid an unhappy result, we should not be drawn into doing so.

[76] Applying this framework to the specific facts of this case, I agree with Justice Karakatsanis that the approach of the Court of Appeal for British Columbia is flawed. However, I part ways with Justice Karakatsanis in her interpretation of the effect of the declaration of invalidity in *Bedford*.

[77] While this Court in *Bedford* could have issued a prospective declaration of invalidity, on my reading, it did not do so. Therefore, the declaration of invalidity in *Bedford* rendered s. 212(1)(j) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, void *ab initio*. It follows that the appeals must be allowed, the convictions of the appellants set aside and the trial judge's decision quashing the counts restored.

dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679. Malheureusement, on a si souvent dérogé au critère applicable à l'octroi d'une suspension qui a été établi dans cet arrêt qu'il a fallu revoir toute la question en 2020, dans *Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629.

[75] Dans la présente affaire, nous examinons une deuxième question clé : s'il faut suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité, comment une telle suspension devrait-elle être structurée et s'appliquer? Rappelons que la doctrine doit être clarifiée, faute de quoi il y aura encore plus d'analyse au cas par cas. Je cherche ici à établir un cadre général qui permettra de structurer et d'appliquer de telles suspensions. À mon avis, il faut adapter les modalités de la suspension à l'objectif pour lequel celle-ci est prononcée. Autrement dit, les modalités de la suspension devraient être établies, délibérément et explicitement, en fonction de l'état du droit visé par la déclaration, tant pendant la suspension qu'après l'expiration de celle-ci. Ce n'est pas ce qui s'est passé dans *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101. En conséquence, nous sommes appelés, dans le cadre des présents pourvois, à régler le problème après coup. Si grande puisse être la tentation de le faire pour éviter un résultat malheureux, nous devrions nous garder d'emprunter cette voie.

[76] Après avoir appliqué ce cadre aux faits particuliers en l'espèce, je conviens avec la juge Karakatsanis que la démarche suivie par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est erronée. Cependant, je ne partage pas l'interprétation de ma collègue en ce qui concerne l'effet de la déclaration d'invalidité prononcée dans *Bedford*.

[77] Notre Cour dans *Bedford* aurait certes pu prononcer une déclaration d'invalidité avec effet prospectif, mais, à mon avis, elle ne l'a pas fait. Par conséquent, la déclaration d'invalidité dans *Bedford* a rendu nul *ab initio* l'al. 212(1)(j) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Il s'ensuit que les pourvois doivent être accueillis, que les déclarations de culpabilité des appelants doivent être écartées et que la décision du juge du procès annulant les chefs d'accusation doit être rétablie.

II. Legal Framework

A. *Temporal Operation of Constitutional Declarations of Invalidity*

[78] Ordinarily, constitutional declarations of invalidity are retroactive, and have immediate effect. Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, provides that “any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect”. If a law is “of no force or effect” to the extent that it is inconsistent with the Constitution, then it has always been of no force and effect, from the moment it was enacted, or from the moment the provision of the Constitution with which it is inconsistent came into effect, whichever came second. This is the logical implication of s. 52(1). This Court in *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429, referred to this as the “declaratory approach”, and explained that “[i]f the law was invalid from the outset, then any government action taken pursuant to that law is also invalid, and consequently, those affected by it have a right to redress which reaches back into the past” (para. 83).

[79] The retroactive nature of constitutional declarations of invalidity also flows from the nature of judicial remedies generally. As this Court explained in *Hislop*, because courts generally decide the legal consequences of events that occurred in the past, “they generally grant remedies that are retroactive” such that the successful litigant will benefit from the ruling (para. 86, citing S. Choudhry and K. Roach, “Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies” (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205, at pp. 211 and 218).

[80] In the criminal context, this is demonstrated by the fact that accused persons may defend themselves against convictions by arguing that the law under which they are convicted is unconstitutional. This is foundational. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, Dickson J. (as he then was) explained that the “undoubted corollary to be drawn” from s. 52(1) and the principle that the Constitution is supreme is that “no one can be convicted of an

II. Cadre juridique

A. *Application dans le temps des déclarations d’invalidité constitutionnelle*

[78] Normalement, les déclarations d’invalidité constitutionnelle ont un effet rétroactif et immédiat. Selon le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Constitution « rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Si une règle de droit est « inopérante » dans la mesure où elle est incompatible avec la Constitution, elle a alors toujours été inopérante, et ce, à partir de son édicition ou de l’entrée en vigueur de la disposition de la Constitution avec laquelle elle est incompatible, selon la deuxième de ces éventualités. Il s’agit là de la conséquence logique du par. 52(1). Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429, notre Cour a appelé cela la « théorie déclaratoire » et a expliqué que « [s]i le texte de loi était invalide dès l’origine, toute action gouvernementale qu’il a fondée se trouve aussi invalide. Par conséquent, les personnes lésées ont droit à une réparation dont les effets remontent dans le passé » (par. 83).

[79] La nature rétroactive des déclarations d’invalidité constitutionnelle découle également de la nature des réparations judiciaires en général. Comme l’a expliqué notre Cour dans *Hislop*, puisque le tribunal détermine normalement les effets juridiques d’événements antérieurs, il « octroie généralement une réparation qui rétroagit », de sorte que la partie victorieuse bénéficie de la décision (par. 86, citant S. Choudhry et K. Roach, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205, p. 211 et 218).

[80] En matière criminelle, la preuve en est que les personnes accusées peuvent se défendre contre des déclarations de culpabilité en invoquant l’inconstitutionnalité de la règle de droit en vertu de laquelle ils sont reconnus coupables. Cela est fondamental. Dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dickson (plus tard juge en chef) a expliqué qu’« il découle indubitablement » du par. 52(1) et du principe de la suprématie de la Constitution que « nul

offence under an unconstitutional law” and that “[a]ny accused . . . may defend a criminal charge by arguing that the law under which the charge is brought is constitutionally invalid” (pp. 313-14). It follows from this that constitutional declarations are typically retroactive, so as to provide a remedy to the litigant before the court, who is seeking relief from the effects of an unconstitutional law that occurred in the past, prior to the hearing and ruling.

[81] This is borne out by this Court’s case law. In *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, this Court explained that “[t]he invalidity of a legislative provision inconsistent with the [Canadian Charter of Rights and Freedoms] does not arise from the fact of its being declared unconstitutional by a court, but from the operation of s. 52(1). Thus, in principle, such a provision is invalid from the moment it is enacted” (para. 28). In *Reference Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, this Court held much of Manitoba’s legislation to be unconstitutional for being enacted in English only. The result was that all unilingually enacted Acts of Manitoba “are, and always have been, invalid and of no force or effect” (p. 767 (emphasis added)). This Court made clear that this declaration affected laws enacted *since 1890, some 95 years in the past* (p. 747). As Bastarache J. pointed out in his concurring reasons in *Hislop*, “[t]he general norm of retroactivity has been reaffirmed many times by this Court”, citing *Reference Re Manitoba Language Rights*, *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, and *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, as a few examples among many (para. 140).

[82] Many academics agree that retroactive and immediate declarations of unconstitutionality are the norm. According to Sujit Choudhry and Kent Roach, “[u]nder the Charter, retroactivity is the default position” (p. 211). They explain that a s. 52(1) declaration means that the legislature never had the authority to enact the law, such that “the law no longer exists

ne peut être déclaré coupable d’une infraction à une loi inconstitutionnelle » et que « [t]out accusé [. . .] peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l’accusation est portée est inconstitutionnelle » (p. 313-314). Il s’ensuit que les déclarations d’invalidité constitutionnelle sont généralement rétroactives de manière à permettre l’octroi d’une réparation à la partie qui s’adresse au tribunal pour obtenir une mesure de redressement à l’égard des effets d’une loi inconstitutionnelle qui se sont produits dans le passé, avant l’instruction et le prononcé de la décision.

[81] C’est ce que confirme la jurisprudence de notre Cour. Dans l’arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, la Cour a expliqué que « [l]’invalidité d’une disposition législative incompatible avec la Charte [canadienne des droits et libertés] découle non pas d’une déclaration d’inconstitutionnalité par une cour de justice, mais plutôt de l’application du par. 52(1). Par conséquent, en principe, une telle disposition est invalide dès son adoption » (para. 28). Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, la Cour a statué que les lois du Manitoba étaient en bonne partie inconstitutionnelles parce qu’elles avaient été édictées en anglais seulement. Il en a résulté que toutes les lois adoptées dans une seule langue par le Manitoba « sont et ont toujours été invalides et inopérantes » (p. 767 (je souligne)). Notre Cour a clairement établi que cette déclaration visait les lois édictées *depuis 1890, soit depuis quelque 95 années* (p. 747). Comme l’a souligné le juge Bastarache dans ses motifs concordants dans *Hislop*, « [n]otre Cour a confirmé maintes fois le principe général de la rétroactivité » (para. 140); il a cité, entre autres exemples, les arrêts *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, et *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906.

[82] De nombreux auteurs conviennent que les déclarations d’inconstitutionnalité avec effet rétroactif et immédiat constituent la norme. Selon Sujit Choudhry et Kent Roach, [TRADUCTION] « [l]a rétroactivité est la solution par défaut sous le régime de la Charte » (p. 211). Ils expliquent qu’une déclaration prononcée en vertu du par. 52(1) signifie que

and never did exist” (pp. 211-12 (emphasis in original), quoting K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (loose-leaf), at para. 14.920). Similarly, Peter W. Hogg and Wade K. Wright explain that “[a] judicial decision that a law is unconstitutional is retroactive in the sense that it involves the nullification of the law from the outset” (*Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 58-2). According to Robert Leckey, “[o]n the understanding of nullity prevailing in the Commonwealth tradition, a law declared invalid should cease to have effect *immediately*” and this theory “implies that legislative invalidity reaches back to the law’s purported enactment or to the entry into force of the superior norm rendering it invalid, such as a bill of rights” (“The harms of remedial discretion” (2016), 14 *Int’l J. Const. L.* 584, at p. 586 (emphasis in original); see also L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4th ed. 2016), at p. 151).

[83] The retroactive effect of declarations of invalidity can be limited by legal doctrines such as the *de facto* doctrine, *res judicata*, and the law of limitations (see *G*, at para. 121, citing *Hislop*, at para. 101). These doctrines limit the retroactive effect of a declaration of invalidity, but they do not change the fact that a retroactive declaration is retroactive, in the sense that it deems a law invalid *ab initio* and applies to events in the past.

[84] Although this Court recognized the predominance of the retroactive approach in *Hislop*, it also recognized two important exceptions: prospective declarations and suspended declarations. Prospective declarations of invalidity apply only forward in time from the moment of the declaration, but do not render a law invalid back in time from the moment of its enactment, as though the law never existed. For example, in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3, this Court stated that the s. 52(1) remedy would “apply prospectively” only (para. 18; see also

la législature n’a jamais eu le pouvoir d’éditer la règle de droit en question, de sorte qu’elle « n’existe plus *et n’a jamais existé* » (p. 211-212 (en italique dans l’original), citant K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (feuilles mobiles), par. 14.920). De même, comme l’expliquent Peter W. Hogg et Wade K. Wright, [TRADUCTION] « [u]ne décision judiciaire portant qu’une règle de droit est inconstitutionnelle est rétroactive en ce sens qu’elle entraîne l’annulation de la règle de droit dès le départ » (*Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 58-2). D’après Robert Leckey, [TRADUCTION] « [l]a conception de la nullité qui a cours dans la tradition du Commonwealth veut qu’une règle de droit déclarée invalide cesse d’avoir effet *immédiatement* », et cette théorie « suppose que l’invalidité législative remonte à la date à laquelle la règle de droit aurait été édictée ou à celle de l’entrée en vigueur de la norme supérieure la rendant invalide, comme une déclaration des droits » (« The harms of remedial discretion » (2016), 14 *Int’l J. Const. L.* 584, p. 586 (en italique dans l’original); voir aussi L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4^e éd. 2016), p. 151).

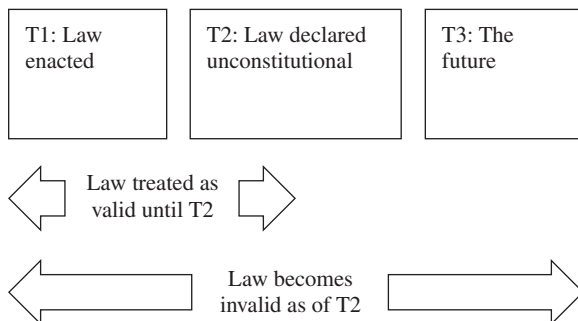
[83] Des doctrines juridiques telles que le principe de la validité *de facto*, l’autorité de la chose jugée ou les règles de prescription peuvent restreindre l’effet rétroactif des déclarations d’invalidité (voir *G*, par. 121, citant *Hislop*, par. 101). Ces doctrines limitent l’effet rétroactif d’une déclaration d’invalidité, mais elles ne changent rien au fait qu’une déclaration rétroactive est rétroactive en ce sens qu’une telle déclaration considère la règle de droit nulle *ab initio* et qu’elle s’applique à des événements antérieurs.

[84] Bien qu’elle ait reconnu la prédominance de l’approche de la rétroactivité dans *Hislop*, notre Cour a aussi reconnu deux exceptions importantes : les déclarations avec effet prospectif et les déclarations avec effet suspendu. Les déclarations d’invalidité avec effet prospectif ne s’appliquent que pour l’avenir à partir du moment où elles ont été prononcées, mais elles ne rendent pas une règle de droit invalide pour le passé à partir du moment de son édicton, comme si elle n’avait jamais existé. Par exemple, dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*,

Hislop, at para. 88). Suspending a declaration of invalidity means that the moment when the effects of a declaration of invalidity — whether retroactive or prospective — become operative is delayed. It does not change the effect of a declaration of invalidity — it just delays its coming into effect.

[85] When a declaration comes into effect (immediate or suspended) and what the temporal effect of the declaration is once it does come into effect (retroactive or prospective) are two separate questions. Thus, there are four possible temporal effects of a declaration of constitutional invalidity:

- a) An **immediate retroactive declaration of invalidity** renders the law invalid from the date of the declaration, back to the date the law was enacted (or to the date the constitutional provision under which it is invalid came into force, whichever came after).

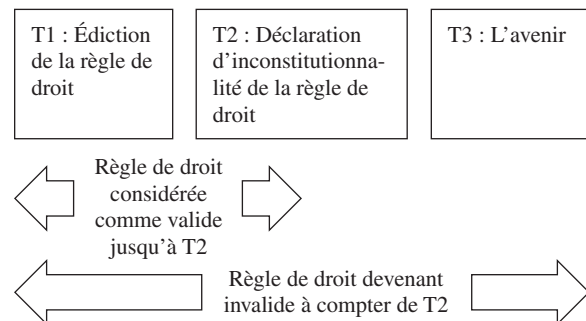


- b) A **suspended retroactive declaration of invalidity** does the same thing, but not until the suspension period expires: the law is treated as valid for the period of the suspension, but when the suspension period expires, it is as though the law had always been invalid.

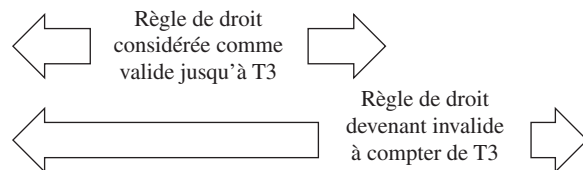
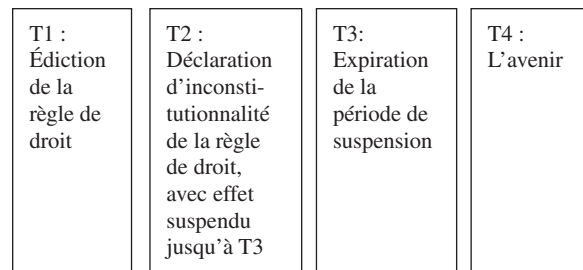
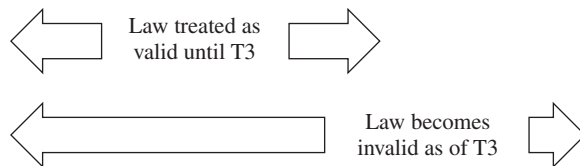
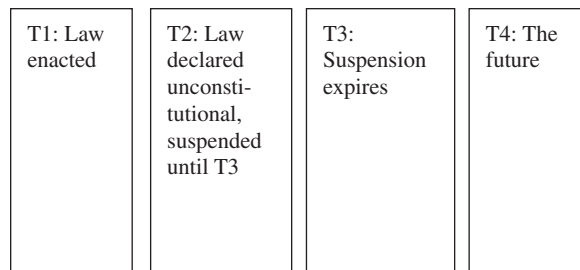
[1998] 1 R.C.S. 3, notre Cour a déclaré que la réparation fondée sur le par. 52(1) « s’appliquera[it] pour l’avenir » uniquement (par. 18; voir aussi *Hislop*, par. 88). La suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité reporte le moment de l’entrée en vigueur de celle-ci, qu’elle soit d’application rétroactive ou prospective. Elle ne modifie pas l’effet de la déclaration d’invalidité — elle reporte simplement son entrée en vigueur.

[85] La question du moment où une déclaration d’invalidité entre en vigueur (avec effet immédiat ou effet suspendu) et celle de l’effet dans le temps (rétroactif ou prospectif) de la déclaration une fois qu’elle est entrée en vigueur sont deux questions distinctes. En conséquence, une déclaration d’invalidité constitutionnelle peut avoir quatre effets dans le temps :

- a) Une **déclaration d’invalidité avec effet rétroactif immédiat** rend la règle de droit invalide à compter de la date de la déclaration, et l’invalidité remonte jusqu’à la date d’édiction de la règle en question (ou jusqu’à la date d’entrée en vigueur de la disposition de la Constitution qui rend invalide la règle de droit, selon la dernière de ces éventualités).

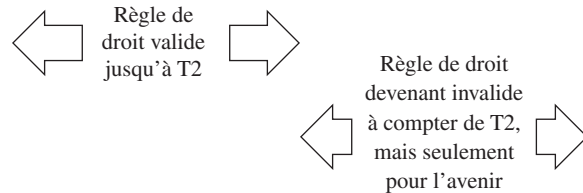
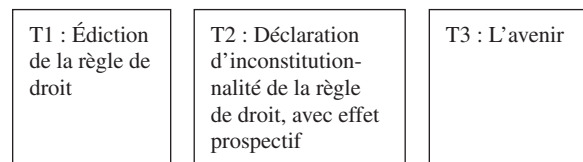
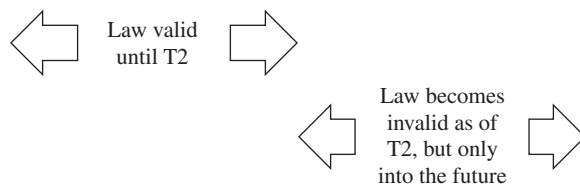
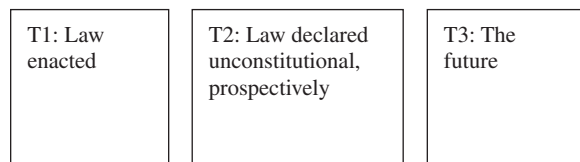


- b) Une **déclaration d’invalidité avec effet rétroactif suspendu** fait la même chose, mais seulement après l’expiration de la période de suspension : la règle de droit est considérée comme valide pendant la période de suspension, mais lorsque cette période prend fin, c’est comme si la règle avait toujours été invalide.



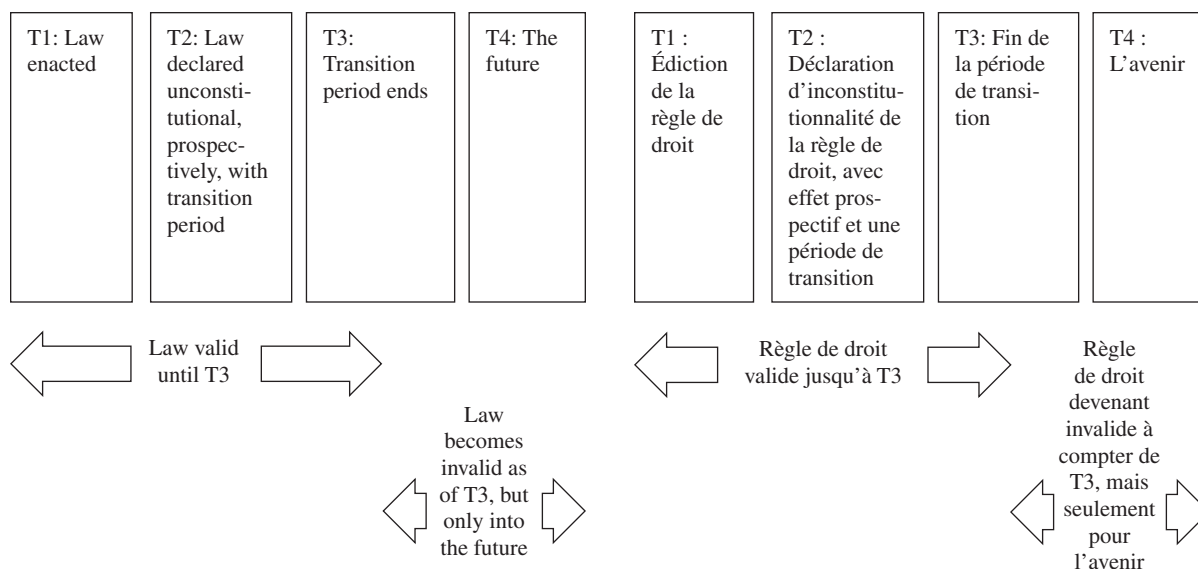
- c) An **immediate prospective declaration of invalidity** renders a law invalid from the date of the declaration forward into the future, but *not* back into the past. When there is a prospective declaration of invalidity, the law was and remains valid from the date it was enacted until the date of the prospective declaration.

- c) Une **déclaration d'invalidité avec effet prospectif immédiat** rend la règle de droit invalide à compter de la date de la déclaration, et ce, pour l'avenir, mais *non pas* pour le passé. Lorsqu'une déclaration d'invalidité avec effet prospectif est prononcée, la règle de droit visée était et demeure valide de la date de son édicition jusqu'à la date du prononcé de la déclaration avec effet prospectif.



- d) A **prospective declaration of invalidity with a suspension, often called a “transition period”**, works in a similar way to an immediate prospective declaration, except that the declaration becomes effective only when the transition period ends.

- d) Une **déclaration d'invalidité avec effet prospectif assortie d'une période de suspension, souvent appelée « période de transition »**, a un fonctionnement similaire à celui d'une déclaration avec effet prospectif immédiat, sauf qu'elle entre en vigueur seulement lorsque la période de transition prend fin.



B. Guidance for Courts

[86] When a court issues a declaration of constitutional invalidity, it must consider the consequences of each option, craft a remedy that is appropriate in the circumstances, and be explicit about the temporal effect of the remedy imposed if it is to be other than retroactive and immediate.

[87] Suspended declarations of invalidity are “deeply controversial, because they allow an unconstitutional state of affairs to persist, thereby posing a threat to the very idea of constitutional supremacy” (Choudhry and Roach, at p. 230; see also Leckey, at p. 602; *Schachter*, at p. 716). Prospective declarations, which fail to address any past unconstitutional effects of a law, raise similar concerns.

[88] In *G*, a majority of this Court endorsed a principled approach to determining when suspending a declaration of invalidity is appropriate. The government bears the onus of demonstrating that a compelling public interest, such as public safety or the rule of law (as set out in *Schachter*) supports a suspension (para. 126). In *Hislop*, this Court set out a list of considerations that may justify a declaration

B. Lignes directrices à l'intention des tribunaux

[86] Quand un tribunal prononce une déclaration d'invalidité constitutionnelle, il doit tenir compte des conséquences de chaque option, concevoir une réparation qui est appropriée dans les circonstances et être explicite à propos de l'effet dans le temps de la réparation imposée si celui-ci doit être autre que rétroactif et immédiat.

[87] Les déclarations d'invalidité avec effet suspendu sont [TRADUCTION] « très controversées, car elles permettent à une situation inconstitutionnelle de se perpétuer, ce qui constitue une menace pour l'idée même de la suprématie de la Constitution » (Choudhry et Roach, p. 230; voir aussi Leckey, p. 602; *Schachter*, p. 716). Les déclarations avec effet prospectif, qui ne remédient pas aux effets inconstitutionnels antérieurs d'une règle de droit, soulèvent des préoccupations similaires.

[88] Dans l'arrêt *G*, les juges majoritaires de la Cour ont souscrit à une méthode fondée sur des principes qui vise à déterminer dans quelles circonstances il convient de suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité. Il incombe au gouvernement de démontrer qu'un intérêt public impérieux, tel que la sécurité du public ou la primauté du droit (comme il est précisé dans *Schachter*), justifie une suspension

that is prospective only. A substantial change in the law is required, but is not sufficient. Other factors that may, together with a substantial change in the law, justify a purely prospective remedy, include good faith reliance by governments, unfairness to the litigants, or interference with the constitutional role of legislatures (paras. 99-100).

[89] In considering these factors, courts must have regard to the effect that a suspended or prospective declaration of invalidity will actually have in the particular case. For example, if suspending a declaration of invalidity will not significantly further public safety or the rule of law, the suspension may be inappropriate. Tailored remedies, like reading down, severance, or reading in, may also be available as alternatives to a full declaration of invalidity, and may mitigate the rule of law or public safety concerns of declaring an entire law to be retroactively invalid, as set out in *G*, at paras. 113 and 116.

[90] When a court does make a declaration of invalidity, and when a court intends that declaration of invalidity to be other than immediate and retroactive, it must say so deliberately and explicitly, in order to avoid confusion. I say this for two reasons.

[91] First, only a clear statement that a declaration is prospective, suspended, or prospective with a transition period, will suffice, because of the strong presumption that constitutional declarations are retroactive and immediate. While prospective and suspended remedies are available, it must be borne in mind that they are not explicitly authorized by the text of s. 52(1), as a majority of this Court recognized in *G*. Rather, the “immediate and retroactive effect to the fundamental rights and freedoms guaranteed by the *Charter* must, at times, yield to

(par. 126). Dans *Hislop*, notre Cour a dressé une liste de considérations qui sont susceptibles de justifier une déclaration avec uniquement un effet prospectif. Une modification fondamentale du droit est nécessaire, mais elle ne suffit pas. Parmi les autres facteurs qui, conjugués à une modification fondamentale du droit, peuvent justifier l’octroi d’une réparation avec effet purement prospectif, il y a la confiance accordée de bonne foi par les gouvernements, l’iniquité envers les parties ou un empiètement sur le rôle que la Constitution confie aux législatures (par. 99-100).

[89] Dans l’examen de ces facteurs, les tribunaux doivent tenir compte de l’incidence concrète qu’aura une déclaration d’invalidité avec effet suspendu ou une déclaration d’invalidité avec effet prospectif dans l’affaire particulière dont ils sont saisis. Par exemple, si la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité ne favorise pas de façon importante la sécurité du public ou la primauté du droit, il se peut que la suspension ne soit pas appropriée. Comme il est établi aux par. 113 et 116 de l’arrêt *G*, des réparations adaptées, telles que l’interprétation atténuée, la dissociation ou l’interprétation large, peuvent également être accordées à titre de solutions de rechange à une déclaration d’invalidité intégrale, et sont susceptibles d’atténuer les préoccupations relatives à la primauté du droit ou à la sécurité du public qui sont soulevées lorsque l’ensemble d’une règle de droit est déclaré rétroactivement invalide.

[90] Lorsqu’un tribunal prononce une déclaration d’invalidité et qu’il veut que cette déclaration ait un effet autre qu’immédiat et rétroactif, il doit l’indiquer délibérément et explicitement afin d’éviter toute confusion. Je suis de cet avis pour deux raisons.

[91] En premier lieu, compte tenu de la forte présomption selon laquelle les déclarations d’invalidité constitutionnelle ont un effet rétroactif et immédiat, seule une affirmation claire selon laquelle une déclaration a un effet prospectif, un effet suspendu ou un effet prospectif assorti d’une période de transition suffira. Bien qu’il soit possible d’accorder des réparations avec effet prospectif et des réparations avec effet suspendu, il faut se rappeler que ces mesures ne sont pas expressément autorisées par le libellé du par. 52(1), comme l’ont reconnu

other imperatives” (*G*, at para. 121). Suspended and prospective declarations are deviations from the “traditional and widespread understanding of the role of the judiciary” in which “courts grant retroactive relief applying existing law or rediscovered rules which are deemed to have always existed” (*Hislop*, at paras. 84 and 91; see also Choudhry and Roach, at p. 219).

[92] Second, too much guess work is involved in trying to infer what a court meant to do after the fact, given the array of remedial options available to courts, and the multiple kinds of declarations. While it may be possible to infer in some cases that a court probably meant to impose a certain remedy, or that it would have been more sensible to have done so, in my view it would be inappropriate to essentially read into a court order something that is not there *ex post facto*. Litigants are entitled to know where they stand without engaging in a second round of litigation, and where the court making the declaration is an appellate court, lower courts cannot be left to infer — essentially guess — the result by which they are bound. For both of these reasons, when a court imposes a remedy that deviates from the traditional norm of retroactivity and immediacy, it must say so explicitly.

C. Guidance for Legislatures

[93] When a legislature enacts new legislation in order to correct the unconstitutional effects of a law during a period of suspension of invalidity, the temporal effect of the new law should be stated explicitly. This is so because whether a law is prospective or retroactive has different implications. A prospective law will have effect from the moment of its coming into force and for the future (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §25.24 and §25.106). A law has retroactive effect when “a

les juges majoritaires de notre Cour dans l’arrêt *G*. Au contraire, « le fait de donner immédiatement et rétroactivement effet aux droits et libertés fondamentaux garantis par la *Charte* doit, parfois, céder le pas à d’autres impératifs » (*G*, par. 121). Les déclarations avec effet suspendu et les déclarations avec effet prospectif s’écarter de la « conception classique et fort répandue du rôle des tribunaux » selon laquelle « le tribunal accorde une réparation rétroactive en appliquant le droit existant ou une règle redécouverte qui est réputée avoir toujours existé » (*Hislop*, par. 84 et 91; voir aussi Choudhry et Roach, p. 219).

[92] En deuxième lieu, vu l’éventail de réparations qui peuvent être accordées et les multiples types de déclarations possibles, essayer après coup d’inférer ce qu’un tribunal avait l’intention de faire implique trop de conjectures. Bien qu’il puisse être possible d’inférer dans certains cas qu’un tribunal entendait probablement imposer une réparation en particulier, ou qu’il aurait été plus judicieux de le faire, je suis d’avis qu’il serait inapproprié d’essentiellement introduire après coup dans une ordonnance judiciaire un élément qui ne s’y trouve pas. Les parties ont le droit de connaître la situation dans laquelle elles se trouvent sans avoir à se lancer dans un deuxième litige, et quand la déclaration est prononcée par une cour d’appel, les tribunaux d’instance inférieure ne peuvent pas être réduits à inférer — essentiellement à deviner — le résultat auquel ils sont liés. Pour ces deux raisons, lorsqu’un tribunal impose une réparation qui s’écarte de la norme traditionnelle de la rétroactivité et du caractère immédiat, il doit l’indiquer explicitement.

C. Lignes directrices à l’intention des législatures

[93] Lorsque, pendant la période de suspension d’invalidité, une législature édicte une nouvelle mesure législative afin de remédier aux effets constitutionnels d’une règle de droit, l’effet dans le temps de la nouvelle mesure devrait être énoncé explicitement. Il en est ainsi parce qu’une loi a des répercussions différentes selon qu’elle a un effet prospectif ou rétroactif. Des dispositions législatives prospectives s’appliqueront dès leur entrée en vigueur et pour l’avenir (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction*

new statute applies in such a way as to prescribe the legal regime of facts entirely accomplished prior to its commencement” (P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 135; see also Sullivan, at §25.24).

[94] There is a strong presumption that laws are of prospective, and not of retroactive, effect (*R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272, at para. 10; see also *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, at p. 279; *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289, at para. 43; Côté, at p. 123; Sullivan, at §25.51). This presumption exists for good reason. As Sullivan explains, “[i]t is obvious that reaching into the past and declaring the law to be different from what it was is a serious violation of rule of law, [because] the fundamental principle on which rule of law is built is advance knowledge of the law” (§25.50, citing J. Raz, *The Authority of Law* (1979), at pp. 210 et seq.).

[95] In the context of whether certain *Criminal Code* provisions were void for vagueness under s. 7 of the *Charter*, Lamer J. (as he then was) explained in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1152, that “there can be no crime or punishment unless it is in accordance with law that is certain, unambiguous and not retroactive”. He explained the rationale as follows:

It is essential in a free and democratic society that citizens are able, as far as is possible, to foresee the consequences of their conduct in order that persons be given fair notice of what to avoid, and that the discretion of those entrusted with law enforcement is limited by clear and explicit legislative standards (see Professor L. Tribe, *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at p. 1033). This is especially important in the criminal law, where citizens are potentially liable to a deprivation of liberty if their conduct is in conflict with the law. [Emphasis added; p. 1152.]

of Statutes (6^e éd. 2014), §25.24 et §25.106). Il y a rétroactivité « lorsqu’une loi nouvelle s’applique de façon à prescrire le régime juridique de faits entièrement accomplis avant son entrée en vigueur » (P.-A. Côté, en collaboration avec S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), p. 147; voir aussi Sullivan, §25.24).

[94] Il existe une forte présomption selon laquelle les lois ont un effet prospectif, et non un effet rétroactif (*R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272, par. 10; voir aussi *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, p. 279; *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289, par. 43; Côté, p. 135; voir aussi Sullivan, §25.51). Cette présomption existe pour de bonnes raisons. Comme l’explique Sullivan, [TRADUCTION] « [i]l est évident que retourner dans le passé et déclarer que la loi est différente de ce qu’elle était constitue une grave atteinte à la primauté du droit, [car] le principe fondamental sur lequel repose la primauté du droit est la connaissance préalable de la loi » (§25.50, citant J. Raz, *The Authority of Law* (1979), p. 210 et suiv.).

[95] En examinant la question de savoir si certaines dispositions du *Code criminel* étaient nulles pour cause d’imprécision au regard de l’art. 7 de la *Charte*, le juge Lamer (plus tard juge en chef) a expliqué dans 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, p. 1152, qu’« il n’y a de crime ou de peine qu’en conformité avec une loi qui est certaine, sans ambiguïté et non rétroactive ». Il a expliqué ainsi la raison d’être de ce principe :

Il est essentiel dans une société libre et démocratique que les citoyens soient le mieux possible en mesure de prévoir les conséquences de leur conduite afin d’être raisonnablement prévenus des conduites à éviter et pour que le pouvoir discrétionnaire des responsables de l’application de la loi soit limité par des normes législatives claires et explicites (voir le professeur L. Tribe, *American Constitutional Law* (2^e éd. 1988), à la p. 1033). Cela est particulièrement important en droit criminel parce que les citoyens peuvent être privés de leur liberté si leur conduite est contraire à la loi. [Je souligne; p. 1152.]

[96] However, this presumption that legislation applies prospectively can be rebutted by either (1) express words, or (2) necessary implication, as in *Campbell v. Campbell* (1995), 130 D.L.R. (4th) 622 (Man. C.A.) (Sullivan, at §25.52; see also *Gustavson Drilling*, at p. 279; *Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] S.C.R. 47, at pp. 50-51; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at para. 71; *Tran*, at para. 43; Côté, at p. 132; Hogg and Wright, at §51:26). Where a legislature wishes legislation to be retroactive, so as to avoid a legal gap that would arise when the period of suspension of invalidity of a retroactive declaration of invalidity expires, it should make this explicit in the legislation.

[97] That said, retroactive criminal legislation could be expected to be challenged under s. 11(g) of the *Charter*. Section 11(g) of the *Charter* reads as follows:

Any person charged with an offence has the right . . . not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence under Canadian or international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

[98] Section 11(g) is “a limitation of the power of Parliament or a provincial legislature to create new offences with a retroactive application” or, in other words, it is “an authorization to create such an offence if, at the time of the act or omission complained of, it constituted an offence ‘under . . . international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations’” (R. M. McLeod et al., *The Canadian Charter of Rights: The Prosecution and Defence of Criminal and Other Statutory Offences* (loose-leaf), vol. 4, at p. 18-2; see also Hogg and Wright, at §51:26; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at pp. 873-74, per Cory J.). Therefore, this section of the *Charter* simply expresses the idea “that an act or omission [must] constitute an offence at the time it was committed” (R. J. Sharpe and K. Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (7th ed. 2021), at p. 355). It has been held that “the absence

[96] Cependant, cette présomption selon laquelle la loi s’applique de manière prospective peut être réfutée : (1) par des termes exprès, ou (2) par voie de conséquence nécessaire, comme il est précisé dans *Campbell c. Campbell* (1995), 130 D.L.R. (4th) 622 (C.A. Man.) (Sullivan, §25.52; voir aussi *Gustavson Drilling*, p. 279; *Acme Village School District (Board of Trustees of) c. Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47, p. 50-51; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 71; *Tran*, par. 43; Côté, p. 145; Hogg et Wright, §51:26). Lorsqu’une législature veut qu’une mesure législative soit rétroactive pour éviter qu’un vide juridique ne se creuse une fois expirée la période de suspension d’invalidité d’une déclaration d’invalidité avec effet rétroactif, elle devrait l’indiquer expressément dans le texte.

[97] Cela dit, on pourrait s’attendre à ce qu’une loi criminelle rétroactive soit contestée sur le fondement de l’al. 11g) de la *Charte*. Cet alinéa est ainsi libellé :

Tout inculpé a le droit [. . .] de ne pas être déclaré coupable en raison d’une action ou d’une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d’après le droit interne du Canada ou le droit international et n’avait pas de caractère criminel d’après les principes généraux de droit reconnus par l’ensemble des nations;

[98] L’alinéa 11g) [TRADUCTION] « limite le pouvoir du Parlement ou d’une législature provinciale de créer de nouvelles infractions d’application rétroactive » ou, autrement dit, cette disposition « permet la création d’une telle infraction si, au moment où l’action ou l’omission reprochée est survenue, elle constituait une infraction “d’après [. . .] le droit international [ou avait un] caractère criminel d’après les principes généraux de droit reconnus par l’ensemble des nations” » (R. M. McLeod et autres, *The Canadian Charter of Rights : The Prosecution and Defence of Criminal and Other Statutory Offences* (feuilles mobiles), vol. 4, p. 18-2; voir aussi Hogg et Wright, §51:26; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, p. 873-874, le juge Cory). Cette disposition de la *Charte* exprime donc simplement l’idée [TRADUCTION] « qu’une action ou une omission [doit] constituer une infraction au moment où elle est survenue »

of codification does not mean that a law violates this principle” because “[f]or many centuries, most of our crimes were uncoded and were not viewed as violating this fundamental rule” (*United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901, at p. 930).

[99] However, authors Roach and Choudhry advance the position taken by the Crown and the Attorneys General that “[i]n terms of criminal and quasi-criminal laws, legislatures may understandably be unwilling to enact an offence with retroactive application, given that this may be a *prima facie* violation of section 11(g) of the Charter” (p. 242). I express no view as to the merits of such a challenge nor as to arguments that might be advanced in response under s. 1 of the *Charter*.

[100] Finally, I would also add a word on transitional provisions, which concern “temporal dimension of legal rules” (Côté, at p. 116). In general, “[t]ransitional provisions are enacted to catch those who fall between the cracks created by two pieces of legislation. They ensure that these individuals are not left in legal limbo, uncertain of their rights and with no applicable law” (*Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539, at para. 17). When a legislature enacts a law in response to a declaration of invalidity, it should consider including transitional provisions on the temporal effect of the law so as to avoid confusion.

D. *Suspending a Retroactive Declaration of Invalidity of a Criminal Law*

[101] Suspending a retroactive declaration of invalidity can be an uneasy fit in the criminal law context, because criminal prosecutions take time.

(R. J. Sharpe et K. Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (7^e éd. 2021), p. 355). Il a été établi qu’« une loi non codifiée ne porte pas nécessairement atteinte à ce principe », car « [p]endant des siècles, la plupart de nos crimes n’étaient pas codifiés et n’étaient pas perçus comme constituant une violation de cette règle fondamentale » (*United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, p. 930).

[99] Toutefois, à l’instar de la Couronne et des procureurs généraux, les auteurs Roach et Choudhry font valoir que [TRADUCTION] « [s]’agissant des dispositions législatives criminelles et quasi criminelles, il est compréhensible que les législatures puissent ne pas vouloir édicter une infraction d’application rétroactive étant donné que cela pourrait constituer une violation à première vue de l’al. 11g) de la Charte » (p. 242). Je n’exprimerai aucune opinion sur le bien-fondé d’une telle contestation ou les arguments en réplique fondés sur l’article premier de la *Charte* qui pourraient être avancés.

[100] Enfin, j’aimerais également ajouter quelques mots au sujet des dispositions transitoires, qui concernent « la délimitation du domaine temporel des règles de droit » (Côté, p. 127). En général, « [l]es dispositions transitoires sont destinées à s’appliquer aux personnes qui tombent dans les brèches ouvertes par deux textes législatifs. Elles les empêchent de se trouver dans une situation juridique incertaine, au sens de ne pas savoir à quoi s’en tenir sur le plan de leurs droits et de n’être régies par aucune règle de droit » (*Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539, par. 17). Quand une législature édicte une règle de droit en réponse à une déclaration d’invalidité, elle devrait envisager d’y inclure des dispositions transitoires sur l’effet dans le temps de cette règle afin d’éviter toute confusion.

D. *Suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité avec effet rétroactif visant une règle de droit criminel*

[101] La suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité avec effet rétroactif pourrait ne pas s’inscrire facilement dans le contexte du droit criminel,

Complainants may take years to come forward, and criminal charges can take years to prosecute. In order to understand the effect of a suspended retroactive declaration in the criminal context, it is important to appreciate the difference between repealing a criminal law and declaring a criminal law void *ab initio*.

[102] When an offence is repealed by the legislature, a charge may be laid after the repeal of a crime for an offence committed prior to the repeal, so the fact that criminal prosecutions take time is of no moment. A recent example of this can be found in *R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566, at para. 58:

At common law, the general rule is that an accused must be tried and punished under the substantive law in force at the time the offence was committed, rather than the law in force at any other time — such as at trial or sentencing (*R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170, at p. 203, per McLachlin J.; *Johnson*, at para. 41; *K.R.J.*, at para. 1; *R. v. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81, at para. 42. . . .) This explains why, in this case, the state was able to charge Mr. Poulin in 2014 for an offence that had been repealed from the *Criminal Code* in 1987. While the offence no longer existed when Mr. Poulin was charged, convicted and sentenced, it existed when he committed his offences of gross indecency between 1979 and 1983 (see also *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 43). [Emphasis added.]

(See also Côté, at p. 149; Sullivan, at §25.44; E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 5, at para. 33:4150.)

[103] In contrast, when an offence is declared void *ab initio* by a court, no one can thereafter be convicted of that offence, even for conduct that occurred prior to the declaration. This is because the offence will be deemed to have never existed and no one can be found guilty of an unconstitutional (and non-existing) law. In this case, the fact that criminal prosecutions take time matters very much.

car les poursuites criminelles prennent du temps. Il peut s'écouler des années avant que des plaignants portent plainte, et les poursuites criminelles peuvent aussi durer des années. Pour comprendre l'incidence de la suspension de l'effet d'une déclaration avec effet rétroactif dans le contexte du droit criminel, il est important de saisir la différence entre l'abrogation d'une règle de droit criminel et le fait de déclarer celle-ci nulle *ab initio*.

[102] Quand la législature abroge une infraction, une accusation peut être portée après l'abrogation du crime dans le cas d'une infraction commise avant l'abrogation, de sorte que le fait que les poursuites criminelles prennent du temps est sans importance. L'arrêt *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 58, en est un exemple récent :

En common law, la règle générale est qu'un inculpé doit être jugé et puni en vertu du droit substantiel en vigueur au moment où l'infraction a été commise et non en vertu du droit en vigueur à tout autre moment, comme celui du procès ou de la sentence (*R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170, p. 203, la juge McLachlin; *Johnson*, par. 41; *K.R.J.*, par. 1; *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81, par. 42. [. . .]) C'est la raison pour laquelle, en l'espèce, l'État a été en mesure d'accuser M. Poulin en 2014 d'une infraction au *Code criminel* qui avait été abolie en 1987. Même si l'infraction ne figurait plus dans la loi lorsque M. Poulin a été accusé, déclaré coupable et condamné, elle y figurait lorsqu'il a commis ses infractions de grossière indécence entre 1979 et 1983 (voir également la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 43). [Je souligne.]

(Voir aussi Côté, p. 162; Sullivan, §25.44; E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 5, par. 33:4150.)

[103] Par contre, lorsqu'un tribunal déclare une infraction nulle *ab initio*, nul ne peut ensuite être reconnu coupable de cette infraction, même si la conduite en cause remonte à avant le prononcé de la déclaration. Il en est ainsi parce que l'infraction sera réputée ne jamais avoir existé et que nul ne peut être déclaré coupable d'avoir enfreint une règle de droit inconstitutionnelle (et non existante). Dans ce cas de figure, le fait que les poursuites criminelles prennent du temps a beaucoup d'importance.

[104] This is why a suspended retroactive declaration of invalidity can be an uneasy fit in the criminal context: while accused persons can be convicted of the offence during the brief window of the suspension, as soon as the suspension expires, the law will be deemed to have been void *ab initio*, such that, thereafter no one can be convicted of that offence, no matter when the offence occurred. This is true regardless of whether or not the law is repealed before the suspension expires. The suspension therefore accomplishes little, precisely because criminal prosecutions take time to move through the system.

[105] Further, because criminal prosecutions take time, a suspension can have idiosyncratic effects. This is so for two reasons. First, it creates a somewhat arbitrary distinction between prosecutions that happen to be concluded before the suspension expires such that the accused is no longer “in the system”, and prosecutions that are still ongoing or where the accused still has an avenue of appeal (see *R. v. Thomas*, [1990] 1 S.C.R. 713, at p. 716). This incentivizes an accused to delay until the date when the offence for which they are charged is scheduled to “become” unconstitutional. This creates disparity on a temporal level, between individuals charged under the unconstitutional offence late enough in the suspension period to escape a conviction, and those who are not. It also creates disparity on a financial level, between individuals who can afford legal advice and know to wait out the suspension period instead of pleading guilty or going to trial, and those who cannot (Leckey, at p. 592).

[106] Second, suspended declaration of invalidity may create disparity on how the law is applied during the period of suspension throughout the country by police officers and Crown prosecutors. As Professor Leckey puts it, “[p]olice practices and the exercise of prosecutorial discretion often vary from one administrative zone or province to another” (p. 595).

[104] C’est pourquoi une déclaration d’invalidité avec effet rétroactif suspendu pourrait ne pas s’inscrire facilement dans le contexte du droit criminel : les personnes accusées peuvent certes être déclarées coupables de l’infraction pendant la courte période de suspension, mais, dès que cette période prend fin, la règle de droit visée sera réputée être nulle *ab initio*, de sorte que personne ne peut par la suite être déclaré coupable de cette infraction, quel que soit le moment où elle a été commise. Il en est ainsi que la règle de droit ait été abrogée ou non avant la fin de la période de suspension. La suspension est donc peu utile, précisément parce que le traitement des poursuites criminelles prend du temps.

[105] Par ailleurs, comme les poursuites criminelles demandent du temps, une suspension peut avoir des effets singuliers, et ce, pour deux raisons. Premièrement, elle crée une distinction quelque peu arbitraire entre les poursuites qui se trouvent à prendre fin avant l’expiration de la période de suspension — de sorte que l’affaire de l’accusé n’est plus « en cours », — et les poursuites qui sont toujours en cours ou celles où l’accusé a toujours un moyen d’appel (voir *R. c. Thomas*, [1990] 1 R.C.S. 713, p. 716), ce qui incite l’accusé à retarder les procédures jusqu’à ce que l’infraction dont il est inculpé doive « devenir » inconstitutionnelle. Il en résulte une disparité sur le plan temporel entre les individus inculpés de l’infraction inconstitutionnelle assez tard pendant la période de suspension pour échapper à une déclaration de culpabilité, et ceux dont ce n’est pas le cas. Il en résulte également une disparité sur le plan financier entre, d’une part, les individus qui ont les moyens de se payer des conseils juridiques et savent qu’ils doivent attendre la fin de la période de suspension au lieu de plaider coupable ou de subir un procès, et d’autre part, ceux qui ne disposent pas de tels moyens (Leckey, p. 592).

[106] Deuxièmement, la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité peut entraîner une disparité dans la manière dont les forces policières et les procureurs de la Couronne appliquent la règle de droit dans l’ensemble du pays pendant la période de suspension. Comme le mentionne le professeur Leckey, [TRADUCTION] « [l]es pratiques policières et

Therefore, “it is rash to suppose that a suspension assures legal stability”, because

[a] declaration of invalidity might well intensify uncertainty in what was probably already a legal grey zone. That is, the criminal prohibition apt to succumb to constitutional attack likely no longer represents a social consensus. Uneven enforcement and punishment might already reflect that fact upstream of the judgment declaring that the measure disproportionately limits rights. In any event, the prospect of incarcerating individuals convicted under an interdiction known to violate rights intensifies concerns for the rule of law and for justice generally. [Emphasis added; p. 595.]

[107] Therefore, courts should consider whether this is the intended effect, and if not, select another remedy.

III. Application

[108] In *Bedford*, the Attorney General of Canada asked the Court to suspend any declaration of constitutional invalidity it might grant “so that Parliament has an opportunity to consider legislative options that respond to the constitutional infirmities identified by the Court” (AGC Factum, at para. 129). A legislative void would, as the Attorney General of Canada saw it, place sex workers and neighbourhoods affected by sex work at risk of harm.

[109] The Attorney General of Canada did not, however, seek a prospective declaration. Nor did he invoke any of the considerations cited in *Hislop* as supporting a prospective declaration. Nor did he offer other considerations that might have supported a prospective declaration. Nor did he suggest that a retroactive declaration would be inappropriate in this case.

l’exercice du pouvoir discrétionnaire dont sont investis les procureurs varient souvent d’une région administrative ou d’une province à l’autre » (p. 595). Par conséquent, « il est imprudent de supposer qu’une suspension permet d’assurer la stabilité juridique », car

[TRADUCTION] [u]ne déclaration d’invalidité pourrait fort bien accroître l’incertitude à l’égard de ce qui constituait probablement déjà une zone grise sur le plan juridique. Autrement dit, l’interdiction criminelle qui est susceptible de ne pas résister à une contestation constitutionnelle ne fait sans doute plus consensus dans la société. Il se peut que des inégalités dans l’application de la loi et les peines imposées reflètent déjà ce fait en amont du jugement déclarant que la mesure restreint de manière disproportionnée des droits. Quoi qu’il en soit, la perspective de l’incarcération de personnes reconnues coupables en vertu d’une interdiction dont on sait qu’elle viole des droits renforce la crainte qu’on l’on porte atteinte à la primauté du droit et à la justice en général. [Je souligne; p. 595.]

[107] En conséquence, les tribunaux devraient se demander s’il s’agit là de l’effet recherché, et, dans la négative, choisir une autre réparation.

III. Application

[108] Dans l’arrêt *Bedford*, le procureur général du Canada a demandé à la Cour de suspendre l’effet de toute déclaration d’invalidité constitutionnelle qu’elle pourrait prononcer [TRADUCTION] « afin que le Parlement puisse étudier des options législatives qui permettent de corriger les failles constitutionnelles constatées par la Cour » (mémoire du PGC, par. 129). De l’avis du procureur général du Canada, un vide juridique aurait exposé les personnes travaillant dans l’industrie du sexe et les quartiers où elles exercent leurs activités à un risque de préjudice.

[109] Le procureur général du Canada n’a toutefois pas sollicité une déclaration avec effet prospectif. Il n’a invoqué non plus aucune des considérations qui, selon l’arrêt *Hislop*, étayaient une telle déclaration. Il n’a pas fait valoir non plus d’autres considérations qui auraient pu justifier celle-ci. Qui plus est, il n’a pas suggéré qu’une déclaration avec effet rétroactif serait inappropriée en l’espèce.

[110] In granting a suspended declaration of invalidity, McLachlin C.J. reasoned for the Court that “immediate invalidity would leave prostitution totally unregulated while Parliament grapples with the complex and sensitive problem of how to deal with it” (*Bedford*, at para. 167 (emphasis added)). In her view, “moving abruptly from a situation where prostitution is regulated to a situation where it is entirely unregulated would be a matter of great concern to many Canadians” (para. 167 (emphasis added)). Significantly, she did not state the declaration to be purely prospective. This makes sense, since the Court was not asked to do so. She merely stated that s. 212(1)(j) is “declared to be inconsistent” with the *Charter* and “hence [is] void”, and that “the declaration of invalidity should be suspended for one year” (paras. 164 and 169).

[111] This Court could have issued a prospective declaration in *Bedford*, but on my reading, it did not. First, *Bedford* did not say that the declaration was prospective and as I have explained above, retroactivity is the default position. We could infer that the *Bedford* Court intended to impose a remedy that is prospective only, but we could also infer, for example, that the Court intended only to declare s. 212(1)(j) of no force or effect “to the extent” of the s. 7 violation, as in *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 147. But that is not what the *Bedford* Court said. It is not clear to me that it is possible to definitively infer one intended remedy over another. This is why courts must be explicit where the intention is to impose a declaration that is other than the default of retroactive and immediate.

[112] Second, prospective declarations should be justified, and *Bedford* provided no justification. This Court stated in *Hislop* that “[a] substantial change in the law is necessary, not sufficient, to justify purely prospective remedies” and listed a variety of other factors that can, in conjunction with a substantial

[110] Lorsqu’elle a accordé une déclaration d’invalidité avec effet suspendu, la juge en chef McLachlin a affirmé au nom de la Cour que « [l]’invalidité avec effet immédiat ferait en sorte que la prostitution échappe à toute réglementation le temps que le législateur trouve une solution au problème épineux et délicat de l’encadrement de la prostitution » (*Bedford*, par. 167 (je souligne)). Selon elle, « passer carrément de la situation où la prostitution est réglementée à la situation où elle ne le serait pas du tout susciterait de vives inquiétudes chez de nombreux Canadiens » (par. 167 (je souligne)). Fait important, elle n’a pas précisé que la déclaration avait un effet purement prospectif, ce qui est logique, car la Cour n’avait pas été appelée à le faire. Elle a simplement dit que l’al. 212(1)(j) est « déclar[é] incompatibl[e] » avec la *Charte* et « [est] par conséquent invalid[é] », et qu’il est « nécess[aire] de suspendre l’effet de la déclaration d’invalidité pendant un an » (par. 164 et 169).

[111] Notre Cour aurait pu prononcer une déclaration avec effet prospectif dans *Bedford*, mais, à mon avis, elle ne l’a pas fait. Premièrement, il n’a pas été dit dans cet arrêt que la déclaration s’appliquait de manière prospective et, comme je l’ai expliqué précédemment, la rétroactivité est la solution par défaut. Nous pourrions inférer que, dans *Bedford*, la Cour entendait imposer une réparation qui soit valable uniquement pour l’avenir, mais nous pourrions aussi inférer, par exemple, que notre Cour ne voulait déclarer inopérant l’al. 212(1)(j) que « dans la mesure » de la violation de l’art. 7, comme elle l’a fait dans *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 147. Cependant, ce n’est pas ce qu’a dit la Cour dans *Bedford*. Il n’est pas clair selon moi qu’il est possible d’inférer avec certitude que la Cour a voulu une réparation plutôt qu’une autre. C’est pourquoi les tribunaux doivent énoncer explicitement leur intention d’imposer une déclaration autre que la déclaration par défaut avec effet rétroactif et immédiat.

[112] Deuxièmement, les déclarations avec effet prospectif devraient être justifiées et aucune justification n’a été fournie dans *Bedford*. La Cour a statué dans *Hislop* « [qu’u]ne modification fondamentale du droit applicable est nécessaire mais ne suffit pas pour écarter la rétroactivité de la réparation » et elle

change in the law, justify a prospective ruling (paras. 99-100, as discussed above). Post-*Hislop*, the absence of any explicit justification for a prospective ruling, which, as per *Hislop*, requires justification, weighs against interpreting a declaration as having a prospective effect only.

[113] I am aware there are instances of this Court having interpreted declarations as purely prospective even where they were not explicitly stated to be so (Choudhry and Roach, at pp. 214-18). But these cases are of no assistance here.

[114] In *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, the Court, having found that the right to counsel includes the right to be informed of the existence of duty counsel and of the ability to apply for legal aid, ordered a “transition period” of 30 days within which the police could prepare proper cautions (pp. 211-12 and 217). No consideration was given to the effect of this transition period. In *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, at para. 20, however, the Court cited *Brydges* as an example of a prospective remedy — which might be taken as suggesting that a declaration can be prospective, even absent specific language to that effect.

[115] In my view, *Brydges* (and similar cases such as *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, and *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13) are distinguishable from these appeals. At the time *Brydges* and *Bartle* were decided, the jurisprudence on s. 52(1) relief was still in its infancy. Indeed, they are the earliest examples of prospective remedies found in this Court’s jurisprudence. In *Hislop*, the Court rationalized this line of jurisprudence and created a specific set of criteria for granting a prospective remedy. Unlike the Court in *Brydges* and *Bartle*, the Court in *Bedford* was operating in a post-*Hislop* world. Given that history, it strains credulity to say that the Court failed to grasp

a énoncé plusieurs autres facteurs qui peuvent, de pair avec une modification fondamentale du droit applicable, justifier une décision avec effet prospectif (par. 99-100, comme nous l’avons vu plus haut). Depuis l’arrêt *Hislop*, l’absence de justification explicite d’une telle décision — décision qui, suivant cet arrêt, exige une justification — milite à l’encontre d’une interprétation selon laquelle une déclaration a un effet prospectif seulement.

[113] Je sais qu’il y a des cas où la Cour a considéré que des déclarations avaient un effet purement prospectif même s’il n’avait pas été explicitement mentionné qu’il en était ainsi (Choudhry et Roach, p. 214-218), mais ces affaires ne nous sont d’aucune utilité en l’espèce.

[114] Dans *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, après avoir conclu que le droit à l’assistance d’un avocat comprenait le droit d’être informé de l’existence d’avocats de garde et de la possibilité de demander l’aide juridique, la Cour a ordonné une « période de transition » de 30 jours au cours de laquelle les corps policiers pourraient préparer des mises en garde adéquates (p. 211-212 et 217). L’incidence de cette période de transition n’a pas été prise en considération. Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, par. 20, la Cour a toutefois cité *Brydges* à titre d’exemple de l’octroi d’une réparation pour l’avenir — ce qui pourrait être considéré comme suggérant qu’une déclaration peut avoir un effet prospectif même en l’absence de termes exprès en ce sens.

[115] À mon avis, il y a une distinction entre *Brydges* (et des affaires similaires comme *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, et *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13) et les présents pourvois. À l’époque où les arrêts *Brydges* et *Bartle* ont été rendus, la jurisprudence concernant la réparation fondée sur le par. 52(1) en était encore à ses balbutiements. En fait, ces arrêts sont les tout premiers exemples de l’octroi de réparations avec effet prospectif qui figurent dans la jurisprudence de notre Cour. Dans *Hislop*, notre Cour a rationalisé ce courant jurisprudentiel et a établi un ensemble précis de critères pour l’octroi d’une réparation avec effet prospectif. Contrairement

the distinction between suspensions and prospective remedies, or that it would have granted a prospective remedy without engaging in the analytical process mandated by *Hislop*.

[116] Finally, prospective declarations are especially in need of justification in the criminal context, because of the general rule that no one should be convicted of an offence under an unconstitutional law. It is one thing to decline to award retroactive monetary relief for an unconstitutional pension exclusion that occurred in the past, as in *Hislop*. It is quite another to actively authorize the continued enforcement of an offence that is unconstitutional indefinitely into the future. This is because convicting and sentencing an accused person under an unconstitutional law requires active enforcement.

[117] This Court found this point significant in *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599. Having found the mandatory victim surcharge unconstitutional under s. 12 of the *Charter*, in discussing the remedial options for offenders no longer “in the system”, this Court stated that

... the rule of law will also not suffer the continued infliction of cruel and unusual punishment that cannot be justified in a free and democratic society. The mandatory victim surcharge violates s. 12 when it is imposed and when it is enforced. Each time a convicted person shows up to court or is arrested and brought to court to provide an update on their financial status, the presiding judge is, in effect, confirming the operation of the victim surcharge [Emphasis added; para. 106.]

[118] While these statements were made in support of a point about the operation of *res judicata* that has no relevance here, the observation that the rule of law

à ses arrêts *Brydges* et *Bartle*, l’arrêt *Bedford* de notre Cour s’inscrivait dans un contexte postérieur à *Hislop*. Compte tenu de cet historique, il est difficile de croire que notre Cour n’a pas saisi la distinction entre les suspensions et les réparations avec effet prospectif, ou qu’elle a accordé une réparation avec effet prospectif sans se lancer dans le processus analytique exigé par l’arrêt *Hislop*.

[116] Enfin, il est particulièrement nécessaire de justifier les déclarations avec effet prospectif dans le contexte du droit criminel, en raison de la règle générale selon laquelle nul ne devrait être déclaré coupable d’une infraction à une loi inconstitutionnelle. Refuser d’accorder une réparation pécuniaire rétroactive pour une exclusion inconstitutionnelle du bénéfice d’une pension qui a eu lieu dans le passé — comme ce fut le cas dans l’arrêt *Hislop* — est une chose. Mais c’en est une tout autre d’autoriser activement l’application continue, pour une période indéfinie, d’une infraction qui est inconstitutionnelle. Il en est ainsi parce que le fait de déclarer une personne accusée coupable et de lui imposer une peine en vertu d’une règle de droit inconstitutionnelle exige une application active.

[117] Notre Cour a trouvé cette question importante dans *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 59, [2018] 3 R.C.S. 599. Après avoir conclu que la suramende compensatoire obligatoire était inconstitutionnelle au regard de l’art. 12 de la *Charte*, elle a, dans son analyse des réparations possibles pour les contrevenants n’ayant « plus d’affaire en cours », déclaré que

... la primauté du droit ne saurait permettre non plus l’infliction continue d’une peine cruelle et inusitée qui ne peut se justifier dans une société libre et démocratique. La suramende compensatoire obligatoire viole l’art. 12, aussi bien lors de son infliction que lors de son exécution. Chaque fois qu’une personne déclarée coupable se présente devant le tribunal, ou est arrêtée et amenée devant le tribunal pour faire le point sur sa situation financière, le juge qui préside l’audience se trouve, dans les faits, à confirmer l’application de la suramende compensatoire. [Je souligne; par. 106.]

[118] Bien que ces déclarations aient été faites pour étayer un argument sur l’application du principe de l’autorité de la chose jugée qui n’est d’aucune

will not suffer the continued, active enforcement of a law that has been deemed unconstitutional is apt. In my view, the potential for continued, active enforcement of an unconstitutional criminal law gives rise to rule of law concerns and weighs against imposing a declaration that is prospective only. As such, it also weighs against interpreting an ambiguous declaration as prospective, after the fact.

[119] For these reasons, I understand the declaration from *Bedford* to have retroactive effect, as of the date the suspension expired.

[120] I agree with Justice Karakatsanis that the legislation was not retroactive, and that the coming into force of s. 286.2 of the *Criminal Code* did not “pre-empt” the retroactive effect of the declaration of unconstitutionality. Remedial legislation that brings an infirm law into constitutional compliance can render a declaration of invalidity obsolete, because the target of the declaration has dissipated. However, s. 286.2 did nothing to cure the constitutional defect in s. 212(1)(j) as it existed in the past, and of course could do nothing to alter this Court’s declaration that s. 212(1)(j) is unconstitutional. As such, s. 212(1)(j) was unconstitutional at the time the appellants were found guilty, and the s. 212(1)(j) counts must accordingly be quashed.

[121] This result is not entirely satisfying, because it means that the appellants, who were found factually guilty of exploitative conduct that does not seem to fall within the overbreadth identified in *Bedford*, cannot be convicted. This result is the product of a (perhaps unnecessarily) blunt remedy in *Bedford*, and replacement legislation that did not (but perhaps could have) applied retroactively to capture a subset of the conduct that was criminal under the old, overbroad s. 212(1)(j).

pertinence en l’espèce, l’observation suivant laquelle la primauté du droit ne saurait permettre l’application continue et active d’une règle de droit qui a été jugée inconstitutionnelle est à propos. À mon avis, la possibilité qu’une règle de droit criminel inconstitutionnelle soit appliquée de façon continue et active soulève des préoccupations quant à la primauté du droit et milite contre l’imposition d’une déclaration dont l’effet est prospectif seulement. Elle milite donc également contre une interprétation après coup selon laquelle une déclaration ambiguë s’applique de manière prospective.

[119] Pour ces motifs, je considère que la déclaration dans *Bedford* a un effet rétroactif à compter de la date à laquelle a pris fin la période de suspension.

[120] Je suis d’accord avec la juge Karakatsanis sur le fait que la mesure législative n’était pas rétroactive, et que l’entrée en vigueur de l’art. 286.2 du *Code criminel* n’a pas « pris le pas sur » l’effet rétroactif de la déclaration d’inconstitutionnalité. Une loi corrective qui rend une loi présentant une faille conforme à la Constitution peut rendre obsoleète une déclaration d’invalidité, car l’objectif de la déclaration s’est dissipé. Cependant, l’art. 286.2 n’a rien fait pour remédier au vice constitutionnel de l’al. 212(1)(j) tel qu’il existait dans le passé, et, évidemment, ne pouvait rien faire pour changer la déclaration de notre Cour selon laquelle l’al. 212(1)(j) est inconstitutionnel. Par conséquent, l’al. 212(1)(j) était inconstitutionnel au moment où les appelants ont été déclarés coupables et les chefs d’accusation fondés sur cette disposition doivent donc être annulés.

[121] Ce résultat n’est pas tout à fait satisfaisant, car il signifie que les appelants, qui ont été jugés dans les faits s’être livrés à une conduite empreinte d’exploitation qui ne semble pas s’inscrire dans la portée excessive énoncée dans *Bedford*, ne peuvent pas être déclarés coupables de cette conduite. Ce résultat est le fruit de la réparation (peut-être inutilement) imprécise accordée dans l’arrêt *Bedford*, et de la disposition législative de remplacement qui ne s’appliquait pas (mais aurait peut-être pu s’appliquer) rétroactivement de manière à viser un sous-ensemble de la conduite ayant un caractère criminel suivant l’ancien al. 212(1)(j) dont la portée était excessive.

[122] However, while I acknowledge that the result is an unsatisfying one, especially for the victims of the appellants' crimes, I disagree with the Court of Appeal that it is "absurd" (2020 BCCA 160, 389 C.C.C. (3d) 163, at para. 90). During the period of the suspension, individuals could still be charged and convicted under s. 212(1)(j). Further, Parliament could have enacted remedial legislation that operated both retroactively and prospectively, as long as such legislation was constitutionally compliant. While I make no comment here on whether criminal legislation of this nature could survive scrutiny under s. 11(g) of the *Charter*, it is arguable that where a criminal prohibition is overbroad, the legislature could create retroactive exceptions to an offence, thus leaving the constitutionality compliant aspects of the law in place while eliminating its infringing effects, without violating s. 11(g). Alternatively, it is arguable that such legislation could be justifiable under s. 1.

[123] My interpretation therefore does not undermine or fail to give any effect to the suspension ordered in *Bedford*. On the contrary, my interpretation gives full effect to the *Bedford* Court's clear decision to strike down the *entirety* of s. 212(1)(j) rather than a more tailored remedy, such as declaring it of no force or effect only to the extent of the s. 7 violation, as this Court did in *Carter*. The whole provision was declared unconstitutional. Thus, interpreting the declaration as operating only prospectively means that the appellants — and anyone else who committed the offence set out in s. 212(1)(j) before it was declared unconstitutional, including offences that fall within the "overbreadth" identified in *Bedford* — can be convicted under a now unconstitutional law. In the absence of any explicit indication of prospectivity in *Bedford*, I cannot agree with this result.

[122] Cependant, bien que je reconnaisse que le résultat n'est pas satisfaisant, en particulier pour les victimes des crimes commis par les appelants, je ne suis pas d'accord avec la Cour d'appel pour dire qu'il est [TRADUCTION] « absurde » (2020 BCCA 160, 389 C.C.C. (3d) 163, par. 90). Pendant la période de suspension, des personnes pouvaient toujours être accusées et déclarées coupables en application de l'al. 212(1)j). De plus, le Parlement aurait pu édicter une disposition corrective ayant à la fois un effet rétroactif et prospectif, pourvu qu'elle soit compatible avec la Constitution. Quoique je ne formule aucun commentaire en l'espèce sur la question de savoir si une disposition criminelle de cette nature pourrait résister à un examen fondé sur l'al. 11g) de la *Charte*, il est possible de soutenir que, dans les cas où une interdiction criminelle a une portée excessive, la législature pourrait créer des exceptions à une infraction qui s'appliquent rétroactivement, ce qui permettrait de maintenir les aspects de la règle de droit compatibles avec la Constitution tout en éliminant ses effets attentatoires, sans contrevenir à l'al. 11g). Subsidiairement, on peut faire valoir qu'une telle disposition pourrait être justifiable au regard de l'article premier.

[123] Mon interprétation ne mine donc pas la suspension ordonnée dans *Bedford* ni n'omet de lui donner effet. Au contraire, elle donne plein effet à la décision claire rendue par la Cour dans cet arrêt d'invalider l'*intégralité* de l'al. 212(1)j) au lieu d'accorder une réparation plus adaptée en déclarant par exemple cette disposition inopérante uniquement dans la mesure de la violation de l'art. 7, comme l'a fait notre Cour dans l'arrêt *Carter*. L'ensemble de la disposition a été déclaré inconstitutionnel. Par conséquent, considérer que la déclaration s'applique uniquement de manière prospective signifie que les appelants — et n'importe qui d'autre ayant commis l'infraction prévue à l'al. 212(1)j) avant que celle-ci ait été déclarée inconstitutionnelle, y compris des infractions qui s'inscrivent dans la « portée excessive » énoncée dans l'arrêt *Bedford* — peuvent être déclarés coupables en application d'une disposition qui est maintenant inconstitutionnelle. En l'absence de toute indication explicite dans *Bedford* selon laquelle la déclaration avait un effet prospectif, je ne puis souscrire à cette conclusion.

IV. Disposition

[124] I would therefore allow the appeals, set aside the convictions, and restore the order of the trial judge quashing counts 6 and 13 of the indictment.

Appeals dismissed, BROWN and ROWE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant Tamim Albashir: Ritchie Sandford McGowan, Vancouver.

Solicitors for the appellant Kasra Mohsenipour: Narwal Litigation, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

IV. Dispositif

[124] En conséquence, j'accueillerais les pourvois, j'annulerais les déclarations de culpabilité et je rétablirais l'ordonnance du juge du procès annulant les chefs 6 et 13 de l'acte d'accusation.

Appels rejetés, les juges BROWN et ROWE sont dissidents.

Procureurs de l'appellant Tamim Albashir : Ritchie Sandford McGowan, Vancouver.

Procureurs de l'appellant Kasra Mohsenipour : Narwal Litigation, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA**Please see in particular paras. 17-18**

Citation: **R. v. Alexander,**
2003 BCCA 386

Date: 20030627
Docket: CA029458

Between:

Regina

Respondent

And

William John Alexander

Appellant

Before: The Honourable Madam Justice Southin
The Honourable Madam Justice Ryan
The Honourable Mr. Justice Hollinrake

D.A. Betton Counsel for the Appellant

R. Flannigan Counsel for the Respondent

Place and Date of Hearing: Vancouver, British Columbia
April 3, 2003

Place and Date of Judgment: Vancouver, British Columbia
June 27, 2003

Written Reasons by:
The Honourable Mr. Justice Hollinrake

Concurred in by:
The Honourable Madam Justice Southin
The Honourable Madam Justice Ryan

Reasons for Judgment of the Honourable Mr. Justice Hollinrake:

[1] This is an appeal from conviction on a charge of theft of timber (cedar blocks) of a value not in excess of \$5,000, contrary to s. 334(b) of the **Criminal Code**. The appellant was sentence to six months' imprisonment and an appeal of that sentence is before us along with the conviction appeal.

[2] The issue before the court is whether the trial judge erred in admitting into evidence the presence of cedar blocks found in the back of a cube van in the control of the appellant. These blocks were discovered by a police constable (Constable Harvey) and forestry officials after the van being driving by the appellant came to a stop. I should say here that there is no issue as to the lawfulness of Constable Harvey confronting the appellant as he did. After a short discussion with the appellant, Constable Harvey went to the back of the van to look into the interior of it. In order to gain access to the interior of the van, Constable Harvey had to cut a rope approximately one inch thick in order to open the doors and view the contents of the van, which were the cedar blocks in issue in this case.

[3] The circumstances leading up to this confrontation between the appellant and Constable Harvey are described by the Crown in its factum as follows:

The brief circumstances of this matter are that on November 27, 1998, employees of the Ministry of Forests (hereafter "MOF") were conducting surveillance of what they believed was an illegal cedar cutting site on Crown land. They saw a cube van enter the site, and for five and a half hours heard the sound of chain saws, chopping, and smelled smoke coming from the site. They called in the R.C.M.P. and followed the van on Highway #1. The van, which was driven by the appellant, was stopped at a tourist site called The Last Spike by the R.C.M.P. [Ministry of Forests] employees also attended this scene.

[4] Constable Harvey described on the *voir dire* what happened after the van had stopped as follows:

Q . . . The -- was there any discussion in regard to whether you wished to look into the cube van?

A I explained to the accused that we had reasonable and probable grounds to believe that there was illegal cedar in the back of the van and that we wished to have a look. He then stated "It's not my van, it belongs to a friend. I have no idea what's in the back."

Q Yes, go ahead.

A At that point that was sufficient for me, I walked to the back of the vehicle. When I walked to the back of the vehicle, Your Honour, I noticed that there were fresh cedar shavings and bark along with an overwhelming odour of cedar.

At that point, Mr. Doubinin of Salmon Arm forestry was also present and he explained to me, he said, "That under the B.C. Forest Practices Code that there was more than reasonable grounds to search the vehicle at that point." So, again, I went back to the driver, Mr. Alexander, advised him of this information and explained to him that we were going to look in his van and I said to open it. He said, "Well, you do what you have to do." At which point I returned to the rear of the

vehicle which was secured by maybe an inch thick rope knotted several times and I used a Swiss army knife to cut the rope to open the rear of the vehicle.

Q Was it the kind of situation where you could have easily untied the rope or not?

A Not easily. It -- given the rope itself, it was just as easy to cut it. It would've -- it didn't make sense to untie it.

Q You indicated, sir, that you said to Alexander that you had reasonable and probable grounds to believe the cedar on -- in the van. And what were your grounds in that regard?

A Well, as stated earlier, approximately 6:15 I received a phone call from Rob Moore of the Vernon forestry two suspects were under surveillance and they were under constant surveillance from that point until they emerged from the logging roads and at which point I took up the surveillance. They were observed to remove and cut illegal cedar from Crown land. And given that information and the continuity of the suspects and the fact that I observed personally the odour and the fresh shavings on the rear bumper, there were more than sufficient grounds to search the vehicle.

Q And what was your -- in your mind, as to whether there was continuity of the suspects by way of M.O.F. observation from the illegal cutting site to where you pulled it over?

A Well, Mr. Doubinin was in constant radio contact with the surveilling vehicle. He was advised when they had started to move and what road they had entered onto and which direction they were coming. And I was parked right next to him and in constant contact with him, so there was no question, in my mind, about continuity.

Q Did official -- or forest official Doubinin, and he's here as a witness, but did he discuss with you the legislation under the Forest Practices Code Act to stop a vehicle and to inspect it?

A Yes he explained to me that they had sufficient grounds to do so.

Q Aside from the Forest Practices Code Act legislation, did you have grounds at that time,

officer, to believe whether there was a theft in progress at the time that you followed the van or a possession of stolen property in progress?

- A Based solely on the information of the surveillance team, I had full confidence that in fact a theft and a possession of stolen property crime had committed -- had been committed. As I say again, on approaching the vehicle, detecting the odour and seeing the other visual evidence, there was no doubt, in my mind, that a crime of theft had been committed.

[5] Immediately after the cedar blocks were seen in the back of the van, the appellant was placed under arrest for theft of those cedar blocks and was then read his rights under the ***Canadian Charter of Rights and Freedoms***.

[6] It is convenient here to reproduce s. 108 of the ***Forest Practices Code of British Columbia***, R.S.B.C. 1996, c. 159 (the "***Code***"), in force at the time of this case:

- 108 For any purpose related to the administration and enforcement of the Acts, an official may at any time stop and inspect a vehicle or vessel that the official has reasonable grounds to believe
- (a) contains or is transporting timber, special forest products, botanical forest products or hay, and
 - (b) is under the operation or control of
 - (i) the holder of an agreement under the *Forest Act* or *Range Act*, or a product licence, or

(ii) any person.

[7] The appellant identifies the error of the trial judge as being one of law "by finding that the search was authorized by the Forest Practices Code; and . . . in admitting the evidence of the shake blocks "

[8] The Crown says the trial judge made no such error and that the "inspection/search" was not contrary to s. 8 of the **Charter**. In the alternative, the Crown says if it could be said the "inspection/search" violated the appellant's s. 8 rights "the evidence obtained from such inspection/search was admissible pursuant to s. 24(2) of the **Charter**."

[9] I have concluded that the search was contrary to the appellant's s. 8 rights but that the evidence is admissible against him under s. 24(2) of the **Charter**.

[10] On the issue of s. 8 of the **Charter**, the trial judge concluded that "search and inspection as set out in section 108 are one and the same." The view I take of this case is such that it is not necessary for me to decide whether what happened here was a search or an inspection within s. 108 of the **Code**.

[11] For the purposes of what follows in these reasons, I will assume without deciding that on these facts it can be said that this opening of the back of the van and the viewing of these cedar blocks was an inspection within s. 108 of the **Code**. Such a within inspection would bring with it a conclusion that this was a search authorized by law and would be a reasonable one within *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265 at 278.

[12] However, that is not the end of the analysis as to admissibility or exclusion. This is because of the Supreme Court of Canada's decision in *R. v. Jarvis* (2002), 169 C.C.C. (3d) 1. The judgment in the case before us was handed down before the *Jarvis* case was reported out of the Supreme Court of Canada. There is no reference to it in the appellant's factum which was filed prior to the release of the Supreme Court of Canada's judgment, but it is dealt with at length in the Crown factum which was filed sometime after the *Jarvis* case was handed down.

[13] *Jarvis* raises the issue of when it can be said that evidence forthcoming in an investigation commenced under a regulatory statute becomes evidence subject to the **Charter** rights of the person being investigated and is subsequently

charged with an offence with penal consequences as is the case here.

[14] In **Jarvis**, a Revenue Canada auditor began an investigation of the accused's sale of certain art works. In the course of that investigation, relying on powers under the **Income Tax Act**, the auditor inspected and examined documents and property. The case was subsequently referred to the Special Investigations Section of Revenue Canada. An investigator reviewed the file and obtained a search warrant. The information to obtain this warrant was based in part on the records the accused had provided to the auditor prior to the reference to the Special Investigations Section of Revenue Canada. In the result, the Supreme Court of Canada dismissed the appeal from the Alberta Court of Appeal which had affirmed the summary conviction appeal judge's order for a new trial. The case involved both ss. 7 and 8 of the **Charter**. The Alberta Court of Appeal found that statements made by the accused ought to have been excluded from the Information to Obtain, pursuant to s. 7 of the **Charter**. The search warrant on amplification was upheld by the Alberta Court of Appeal and so there was no breach of s. 8 of the **Charter**. Lastly, the Alberta Court of Appeal declined to find that the s. 7 breach

was so egregious as to warrant excluding the evidence obtained by the searches under s. 24(2).

[15] The Supreme Court of Canada held that the requirement powers of the *Income Tax Act* cannot be used to compel oral statements or written production for the purposes of advancing a criminal investigation. The Supreme Court of Canada concluded (at para. 98) in summary that "wherever the predominant purpose of an inquiry or question is the determination of penal liability, criminal investigatory techniques must be used. As a corollary, all Charter protections that are relevant in the criminal context must apply."

[16] In referring to *Jarvis* in its factum, the Crown says this:

Recently, in *R. v. Jarvis*, the Supreme Court of Canada brought some clarification to the question of the application of the *Charter* and the scope of its rights in a regulatory context. That case concerned the audit (including the power to inspect) and investigation powers under the *Income Tax Act*. The Court observed that what was ultimately important was not the labels used but rather the values at stake in the particular context. The relevant consideration was what was the predominant purpose of the inquiry at the time. If it was a determination of penal liability then the full panoply of *Charter* rights were engaged, but if it was a determination of tax liability, then they were not.

[17] The question before this Court is what was the predominant purpose of the inquiry at the relevant time entered into by Constable Harvey and the answer to that question will determine the application of **Charter** jurisprudence to this case.

[18] To put this question into the factual background of this case, can it be said that at the time Constable Harvey opened the back of the cube van and saw the cedar blocks, was this a part of the regulatory power under s. 108 of the **Code**? Or was the predominant purpose of this opening of the van door done for the purpose of determination of penal liability? If for a penal liability purpose, then it cannot be said this activity was authorized by s. 108 of the **Code** as an inspection but rather must be seen as a warrantless search within **Charter** jurisprudence. If viewed as a warrantless search, then s. 24(2) of the **Charter** is engaged. On the issue of predominant purpose, I have concluded that at the relevant time this purpose was the determination of penal liability.

[19] In ruling on the *voir dire* as to the admissibility of certain statements made by the appellant to Constable Harvey, the trial judge said this:

THE COURT: Insofar as the issue of whether or not your client's right to be informed of his right to counsel was breached, I'm of the view that

the initial conversation with respect to the first approach by the constable to the vehicle -- and this was, as I understand it on the evidence, virtually before the arrival of the other individuals, the Forestry officials -- I'm of the view that the constable had, under the Motor Vehicle Act, the right to at least ascertain the particulars of the motor vehicle and who owned it. However, and I don't think anything I must say from the point of view of this case hinges on the initial conversation that occurred, that is to say that he was out for a coffee at the Skyline with a friend.

The next statement that had been made after the police officer says he has "reasonable and probable grounds to believe that there was illegal cedar in the back of the van and that we wish to have a look," I'm of the view that at that juncture, having read that, he was engaged -- the constable was engaged in an investigation and ought to have read your client his rights.

[20] I read this as finding by the trial judge as a conclusion that the predominant purpose of Constable Harvey's actions were a determination of penal liability with respect to the appellant. What I have referred to above transpired before the Constable opened the backdoor of the van. I conclude that even if it could be said that in opening the backdoor of the van Constable Harvey, along with the forestry officers, was an inspection within s. 108 of the **Code**, the predominant purpose of Constable Harvey was a determination of penal consequences.

[21] That being so, it cannot be said the inspection/search was one authorized by law. So, what was done here amounts to

a warrantless search, contrary to the appellant's s. 8 **Charter** right. The position of the Crown on this issue is that the actions of Constable Harvey must be seen as assisting the Ministry of Forests officials in their inquiry pursuant to s. 108 of the **Code**. With respect, I cannot agree. I think such a conclusion is contrary to the finding of the trial judge that I have referred to above. That is, "the constable was engaged in an investigation and ought to have read [the appellant] his rights." Having concluded as I have on the issue of predominant purpose it follows that the Crown must demonstrate that the evidence of the cedar blocks was properly before the trial judge under s. 24(2) of the **Charter**.

[22] In my opinion, the facts on the issue of admissibility under s. 24(2) of the **Charter** fall well on the side of admissibility.

[23] In his reasons on the *voir dire*, the trial judge having concluded that the search was a reasonable one in that a s. 108 **Code** inspection and a search are "one and the same thing" went on and said this:

THE COURT: I also note, Mr. Loewen, for purposes of -- if I had to conduct an analysis, if I concluded that there -- it wasn't a reasonable search, just for your own reference, the B.C. Court of Appeal in R. v. Marcus Richardson (2001) B.C.C.A., page 260. This came down on May the 3rd of 2001. Deals with the issue of

conscriptive and non-conscriptive evidence, in other words, real evidence and when it should be admitted. It was a search of a motor vehicle, a warrantless search of a motor vehicle. The Court of Appeal doesn't overturn the trial judge in that case and they have some interesting things to say about the admissibility of non-conscriptive evidence and the reality is that even if I were to go your way and conclude that it had a warrantless search and breach of your client's Charter rights, on the basis of Richardson I think I'd be compelled to admit the evidence. But that's purely obiter. I'm not going there.

[24] While this is as the judge said purely *obiter*, it does go to show what the conclusion of that judge would have been had he found the search an unreasonable one not having been authorized by law. I note that the judge's view was that he would be "compelled to admit the evidence."

[25] On the issue of the fairness of the trial, the seriousness of the breach, and the effect of the reputé of the administration of justice, I think admissibility clearly favours the Crown. This is non-conscripted evidence. As to the seriousness of the breach, I do not think it can be characterized as deliberate, wilful, or flagrant. There is the evidence of reasonable and probable grounds and on the facts I do not think it can be said the Constable acted in other than good faith. The search cannot be said to be intrusive or long in duration. See **R. v. Ellrodt** (1998), 130 C.C.C. (3d) 97 (B.C.C.A.). As to the effect on the

administration of justice, in my opinion, on the totality of these facts if the evidence of the cedar blocks was excluded, this would reflect negatively on the administration of justice.

[26] I have no hesitation in concluding that this evidence ought not to have been excluded under s. 24(2) of the **Charter**.

[27] I would dismiss the conviction appeal.

[28] I turn now to the sentence appeal.

[29] The sentence here was six months' incarceration. The appellant seeks a conditional sentence. At the sentencing hearing, the Crown sought 12 months' incarceration. In imposing the sentence he did, the trial judge specifically referred to s. 718.1 of the **Criminal Code** and s. 718.2(d) which refers to an offender not being deprived of liberty if less restrictive sanctions may be said to be appropriate in the circumstances. The sentencing judge referred to previous convictions and penalties imposed on this appellant saying:

Moreover, this is not Mr. Alexander's first conviction. In 1997, he received a six month conditional sentence for a similar offence and in March of 2001, he was sentenced to five months for doing the same thing. He has also received administrative penalties for similar conduct totalling thirteen thousand dollars which remain unpaid.

* * *

Mr. Alexander is now sixty-one years of age. He is a reformed alcoholic. He has lived in the Okanagan since he was three. He has a grade seven education and been a logger since the age of sixteen. His father, also a logger, was killed in the bush when Mr. Alexander was eleven. He supports himself on social assistance which amounts to two hundred and forty-six dollars per month. He is destitute. He owes the Ministry of Forests thirteen thousand dollars and owes more money in unpaid fines related to old drink driving convictions.

* * *

There are few choices available to this court. A conditional sentence was tried in 1997 and did not prove effective. Given Mr. Alexander's poverty, I doubt that electronic monitoring is possible. His probation officer in March 2000 said, and I quote:

"With respect to disposition in this matter, this officer respectfully recommends that the court consider a period of custody as appropriate in this matter."

I pause to say this was the last time around.

"Based on the principle of specific deterrence, a sentence might serve to impress upon Mr. Alexander what he is likely to expect should his criminal behaviour continue. A conditional sentence order cannot be recommended by this officer based on both his performances while on a past conditional sentence order, and that they seemed to have little or no deterrence factor."

Bearing in mind the principles of sentencing I have already articulated, and the need for proportionality, I find I cannot impose the sentence requested by Crown. As wrong as I may be in law, the imposition of a twelve month sentence for theft of four to six hundred dollars worth of logs is simply too much, given Mr. Alexander's current situation. Frankly, if I felt I could avoid a sentence of imprisonment altogether, I would. However, given Mr. Alexander's previous record, the

fact that this is his fourth conviction for a similar offence, a period of jail is the only option I have. I am therefore imposing a sentence of six months. I do that with no great feeling of satisfaction, but I don't feel I have any choice.

[30] I am satisfied this was a fit sentence being mindful of this man's prior convictions and sentencing history. In my opinion, a conditional sentence on these facts could not be said to be one within principle.

[31] I am satisfied that this sentence in this appellant's case is the least he could expect. In my opinion, any less time would be open to criticism on the basis of being wanting in terms of both specific and general deterrence. As I have said before, in my opinion, this sentence is a fit one.

[32] I would dismiss the appeal from sentence as well as the appeal against conviction.

"The Honourable Mr. Justice Hollinrake"

I Agree:

"The Honourable Madam Justice Southin"

I Agree:

"The Honourable Madam Justice Ryan"

Francis Anthonimuthu Appulonappa
Appellant

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Hamalraj Handasamy *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Jeyachandran Kanagarajah *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Vignarajah Thevarajah *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Amnesty International
(Canadian Section, English Branch),
British Columbia Civil Liberties Association,
Canadian Civil Liberties Association,
Canadian Council for Refugees and
Canadian Association of
Refugee Lawyers** *Interveners*

INDEXED AS: **R. v. APPULONAPPA**

2015 SCC 59

Please see in particular para. 28

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Hamalraj Handasamy *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Jeyachandran Kanagarajah *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Vignarajah Thevarajah *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,
Amnesty International
(Canadian Section, English Branch),
Association des libertés civiles de
la Colombie-Britannique,
Association canadienne des libertés civiles,
Conseil canadien pour les réfugiés et
Association canadienne des avocats et
avocates en droit des réfugiés** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. APPULONAPPA**

2015 CSC 59

File No.: 35958.

2015: February 17; 2015: November 27.

Present: **McLachlin C.J.** and Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Overbreadth — People smuggling — Migrants seeking refugee status in Canada charged with offence of organizing, inducing, aiding or abetting persons coming into Canada without valid documentation — Trial judge finding that offence provision overbroad and therefore unconstitutional because it criminalizes not only organized people smuggling, but helping close family members to come to Canada and humanitarian assistance to refugees — Whether offence provision infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — If no, what is appropriate remedy for constitutional infirmity — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 117.

Immigration — Offences — People smuggling — Migrants seeking refugee status in Canada charged with offence of organizing, inducing, aiding or abetting persons coming into Canada without valid documentation — Whether offence provision unconstitutional — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 117.

In 2009, a vessel was apprehended off the west coast of Vancouver Island, in British Columbia. Seventy-six people, among them A, H, K and T (the “migrants”) were aboard. All were Tamils from Sri Lanka. They claimed to have fled Sri Lanka because their lives were endangered. They asked for refugee status in Canada. None had the required legal documentation. The migrants are alleged to have been the point persons for a transnational for-profit operation to smuggle undocumented migrants from Southeast Asia to Canada. The majority of passengers each paid, or promised to pay, \$30,000 to \$40,000 for the voyage. The migrants are said to have been responsible for organizing the asylum-seekers in Indonesia and Thailand prior to boarding the freighter, and serving as the chief crew of the ship on the voyage to Canada — H

N° du greffe : 35958.

2015 : 17 février; 2015 : 27 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Portée excessive — Passage de clandestins — Migrants demandant l’asile au Canada accusés de l’infraction d’avoir organisé l’entrée au Canada de personnes non munies de documents valides ou d’avoir incité, aidé ou encouragé de telles personnes à entrer au Canada — Le juge du procès a conclu que la disposition créant l’infraction avait une portée excessive et était donc inconstitutionnelle parce qu’elle criminalisait non seulement le passage organisé de clandestins, mais également le fait d’aider un proche parent à entrer au Canada ainsi que le fait de fournir de l’aide humanitaire à des demandeurs d’asile — La disposition créant l’infraction viole-t-elle l’art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l’affirmative, cette violation peut-elle être justifiée au regard de l’article premier de la Charte? — Si elle ne peut l’être, quelle est la réparation convenable à l’égard de l’inconstitutionnalité? — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 117.

Immigration — Infractions — Passage de clandestins — Migrants demandant l’asile au Canada accusés de l’infraction d’avoir organisé l’entrée au Canada de personnes non munies de documents valides ou d’avoir incité, aidé ou encouragé de telles personnes à entrer au Canada — La disposition créant l’infraction est-elle inconstitutionnelle? — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 117.

En 2009, un navire a été intercepté au large de la côte ouest de l’île de Vancouver, en Colombie-Britannique. Ce navire avait à son bord 76 personnes, dont A, H, K et T (les « migrants »). Tous des Tamouls du Sri Lanka, ils ont affirmé avoir fui leur pays parce que leur vie était en danger. Ils ont demandé l’asile au Canada. Aucun d’eux n’était muni des documents juridiques requis. Les migrants auraient été les hommes de terrain d’une opération transnationale à but lucratif visant à faire passer des sans-papiers de l’Asie du Sud-Est au Canada. La majorité des passagers avait payé, ou promis de payer, entre 30 000 \$ et 40 000 \$ chacun pour la traversée. Les migrants auraient organisé les demandeurs d’asile en Indonésie et en Thaïlande avant leur embarquement et auraient constitué les membres d’équipage principaux du

as captain, T as chief engineer, and K and A as key crew members.

The migrants were charged under s. 117 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (“IRPA”), which makes it an offence to “organize, induce, aid or abet” the coming into Canada of people in contravention of the IRPA. Consequences of conviction could include lengthy imprisonment and disqualification from consideration as a refugee. Before their trial, the migrants challenged the constitutionality of s. 117 of the IRPA, on the ground that it infringes the right to life, liberty and security of the person enshrined in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge ruled the provision was unconstitutional. The Court of Appeal reversed that decision, found the provision to be constitutional and remitted the matter for trial. Section 117 as it was at the time of the alleged offences is no longer in force and the constitutionality of the current s. 117 is not before the Court.

Held: The appeals are allowed and the charges are remitted for trial. Section 117 is unconstitutional insofar as it permits prosecution for humanitarian aid to undocumented entrants, mutual assistance amongst asylum-seekers or assistance to family members.

Participating in the unauthorized entry of other people into Canada may result in prosecution and imprisonment and/or substantial fines upon conviction under s. 117 of the IRPA. The migrants contend that s. 117 violates s. 7 of the *Charter* because the provision catches two categories of people outside its purpose — people who assist close family members to come to Canada and humanitarians who assist those fleeing persecution to come to Canada, in each case without required documents. They say that s. 117 is therefore overbroad. They also argue that s. 117 offends the principles of fundamental justice because its impact on liberty is grossly disproportionate to the conduct it targets, because it is unconstitutionally vague, and because it perpetuates inequality.

Insofar as s. 117 permits prosecution for humanitarian aid to undocumented entrants, mutual assistance amongst

navire pendant la traversée vers le Canada — H à titre de capitaine, T à titre de chef mécanicien et K et A à titre de membres clés de l’équipage.

Les migrants ont été accusés en vertu de l’art. 117 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (« LIPR »), selon lequel commet une infraction quiconque « organise » l’entrée au Canada d’une personne en contravention à la LIPR « ou incite, aide ou encourage » une telle personne à entrer au Canada. Un verdict de culpabilité peut, entre autres conséquences, emporter une longue peine d’emprisonnement et faire obstacle à une demande d’asile. Avant leur procès, les migrants ont contesté la constitutionnalité de l’art. 117 de la LIPR, au motif qu’il viole le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a déclaré l’art. 117 inconstitutionnel. La Cour d’appel a infirmé cette décision, a déclaré que la disposition était constitutionnelle et a renvoyé l’affaire pour qu’elle soit jugée en première instance. L’article 117, tel qu’il était à l’époque des infractions en cause, n’est plus en vigueur et la Cour n’est pas saisie de la question de la constitutionnalité de l’art. 117 actuel.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis et les accusations sont renvoyées au tribunal de première instance pour être jugées. L’article 117 est inconstitutionnel dans la mesure où il permet que soient intentées des poursuites reprochant des actes d’aide humanitaire à des sans-papiers, d’assistance mutuelle entre demandeurs d’asile ou d’aide fournie par une personne à des membres de sa famille.

Participer à l’entrée non autorisée d’autres personnes au Canada peut entraîner des poursuites en vertu de l’art. 117 de la LIPR, et une déclaration de culpabilité risque de se traduire par une peine d’emprisonnement, des amendes substantielles ou les deux. Les migrants font valoir que l’art. 117 viole l’art. 7 de la *Charte* parce qu’il fait entrer dans son champ d’application deux catégories de personnes qui ne sont pas visées par son objet — les personnes qui assistent des parents proches à entrer au Canada et les travailleurs humanitaires qui aident des personnes fuyant la persécution à entrer au Canada, dans les deux cas sans les documents requis. Ils affirment que l’art. 117 a donc une portée excessive. Ils affirment également que la disposition enfreint les principes de justice fondamentale parce que son effet sur la liberté est exagérément disproportionné par rapport à la conduite qu’elle sanctionne, parce qu’elle est inconstitutionnelle pour cause d’imprécision et parce qu’elle perpétue l’inégalité.

Dans la mesure où l’art. 117 permet que soient intentées des poursuites reprochant des actes d’aide humanitaire

asylum-seekers or assistance to family members, it is unconstitutional. The purpose of s. 117 is to criminalize the smuggling of people into Canada in the context of organized crime, and does not extend to permitting prosecution for simply assisting family or providing humanitarian or mutual aid to undocumented entrants to Canada. A broad punitive goal that would prosecute persons with no connection to and no furtherance of organized crime is not consistent with Parliament's purpose as evinced by the text of s. 117 read together with Canada's international commitments, s. 117's role within the *IRPA*, the *IRPA*'s objects, the history of s. 117, and the parliamentary debates.

The scope of s. 117 is overbroad and interferes with conduct that bears no connection to its objective. The overbreadth problem cannot be avoided by interpreting s. 117(1) as not permitting prosecution of persons providing humanitarian, mutual or family assistance. Such an interpretation would require the Court to ignore the ordinary meaning of the words of s. 117(1), which unambiguously make it an offence to "organize, induce, aid or abet" the undocumented entry. To adopt this interpretation would violate the rule of statutory interpretation that the meaning of the words of the provision should be read in their grammatical and ordinary sense. It would also require statements from the legislative debate record suggesting Parliament knew in advance that the provision was overbroad to be ignored.

Parliament itself understood when it enacted s. 117 that the provision's reach exceeded its purpose by catching those who provide humanitarian, mutual and family assistance to asylum-seekers coming to Canada, but argued that this overbreadth was not a problem because the Attorney General of Canada would not permit the prosecution of such people. Section 117(4), which requires the Attorney General to authorize prosecutions, does not cure the overbreadth problem created by s. 117(1). Ministerial discretion, whether conscientiously exercised or not, does not negate the fact that s. 117(1) criminalizes conduct beyond Parliament's object, and that people whom Parliament did not intend to prosecute are therefore at risk of prosecution, conviction and imprisonment. So long as the provision is on the books, and so long as it is not impossible that the Attorney General could consent to prosecute,

à des sans-papiers, d'assistance mutuelle entre demandeurs d'asile ou d'aide fournie par une personne à des membres de sa famille, il est inconstitutionnel. L'article 117 a pour objet de criminaliser le passage de clandestins au Canada lié à la criminalité organisée, et non des actes constituant simplement de l'entraide familiale, de l'assistance mutuelle entre sans-papiers qui entrent au Canada ou encore de l'aide humanitaire à de telles personnes. Un objectif punitif général qui permettrait que soient poursuivies des personnes qui sont dépourvues de lien avec le crime organisé et ne font rien pour favoriser le crime organisé est contredit par l'intention du législateur qui se dégage du libellé de l'art. 117, interprétée à la lumière des engagements internationaux du Canada, du rôle de l'art. 117 au sein de la *LIPR*, des objets de la *LIPR*, de l'historique de l'art. 117 et des débats parlementaires.

La portée de l'art. 117 est excessive et empiète sur un comportement sans lien avec son objectif. Il n'est pas possible de contourner le problème de la portée excessive en donnant au par. 117(1) une interprétation qui soustrairait de son champ d'application les personnes qui fournissent de l'aide humanitaire, s'assistent mutuellement ou aident des membres de leur famille. Une telle interprétation obligerait la Cour à faire fi du sens ordinaire des mots employés au par. 117(1), qui prévoit sans la moindre ambiguïté que commet une infraction quiconque « organise [...] ou incite, aide ou encourage » des sans-papiers à entrer au Canada. Faire droit à cette proposition contreviendrait à la règle d'interprétation des lois portant que les termes employés dans la disposition doivent être interprétés en suivant leur sens grammatical et ordinaire. Il faudrait également ne pas tenir compte des déclarations tenues lors des débats législatifs, qui tendaient à indiquer que le législateur savait que la disposition avait une portée excessive.

Le législateur savait, lorsqu'il a promulgué l'art. 117, que la portée de cette disposition excédait son objet parce qu'elle faisait entrer dans son champ d'application les personnes qui accomplissent des actes d'aide humanitaire, d'assistance mutuelle ou d'entraide familiale en faveur de demandeurs d'asile entrant au Canada. Il a affirmé que cette portée excessive ne posait aucun problème parce que le procureur général du Canada n'autoriserait pas la poursuite de ces personnes. Le paragraphe 117(4), qui exige que le procureur général autorise des poursuites, ne règle pas le problème de portée excessive que crée le par. 117(1). Le pouvoir discrétionnaire du ministre, qu'il soit exercé consciencieusement ou non, n'empêche pas que le par. 117(1) criminalise un comportement que le législateur ne visait pas, ni que des personnes que le législateur ne voulait pas poursuivre risquent d'être poursuivies,

a person who assists a family member or who provides mutual or humanitarian assistance to an asylum-seeker entering Canada faces a possibility of imprisonment.

Section 117 of the *IRPA* is overbroad and this overbreadth cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. While the objective of s. 117 is clearly pressing and substantial and some applications of s. 117 are rationally connected to the legislative object, the provision fails the minimal impairment branch of the s. 1 analysis. It follows that s. 117 is of no force or effect to the extent of its inconsistency with the *Charter*. The extent of the inconsistency that has been proven is the overbreadth of s. 117 in relation to three categories of conduct: (1) humanitarian aid to undocumented entrants, (2) mutual aid amongst asylum-seekers, and (3) assistance to family entering without the required documents. In this case, the preferable remedy is to read down s. 117 of the *IRPA*, as it was at the time of the alleged offences, as not applying to persons providing humanitarian aid to asylum-seekers or to asylum-seekers who provide each other mutual aid (including aid to family members), to bring it in conformity with the *Charter*. This remedy reconciles the former s. 117 with the requirements of the *Charter* while leaving the prohibition on human smuggling for the relevant period in place.

In view of the conclusion that s. 117 is overbroad, it is unnecessary to consider the argument that s. 117 offends s. 7 of the *Charter* by depriving persons of liberty in a manner that violates the principles of fundamental justice against gross disproportionality and vagueness.

Cases Cited

Referred to: *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864;

déclarées coupables et emprisonnées. Dans la mesure où cette disposition est encore susceptible d'application, et dans la mesure où il n'est pas impossible que le procureur général consente à intenter des poursuites, les personnes qui aident un membre de leur famille, celles qui fournissent de l'aide humanitaire à un demandeur d'asile entrant au Canada ou encore les demandeurs d'asile qui s'assistent mutuellement risquent l'emprisonnement.

L'article 117 de la *LIPR* a une portée excessive et cette portée excessive n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Bien que l'objectif de l'art. 117 soit clairement urgent et réel et qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif poursuivi par le législateur et certaines applications de cette disposition, celle-ci ne satisfait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier. Par conséquent, l'art. 117 est inopérant dans la mesure de son incompatibilité avec la *Charte*. L'incompatibilité qui a été démontrée concerne la portée excessive de l'art. 117 relativement à trois catégories d'actes, soit (1) l'aide humanitaire à des sans-papiers, (2) l'assistance mutuelle entre demandeurs d'asile et (3) l'aide fournie par une personne à un membre de sa famille qui entre au Canada sans être muni des documents requis. En l'espèce, il est préférable de donner à l'art. 117 de la *LIPR* — tel qu'il était libellé au moment des infractions reprochées — une interprétation atténuée qui exclut de son champ d'application les personnes qui fournissent de l'aide humanitaire à des demandeurs d'asile ou les demandeurs d'asile qui s'assistent mutuellement (y compris en aidant des membres de leur famille), en vue d'assurer la conformité de la disposition avec la *Charte*. Cette réparation permet de concilier l'ancien art. 117 avec les impératifs de la *Charte* et de conserver, pendant la période pertinente, l'interdiction applicable au passage de clandestins.

Compte tenu de la conclusion selon laquelle l'art. 117 a une portée excessive, il est inutile d'examiner l'argument voulant que l'art. 117 contrevienne à l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il prive des personnes de leur liberté d'une manière qui viole les principes de justice fondamentale interdisant le caractère totalement disproportionné et l'imprécision.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Chartrand*,

R. v. Heywood, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Immigration Act, S.C. 1902, c. 14, s. 2.
Act to amend The Immigration Act, S.C. 1919, c. 25, s. 12(4).
Act to amend the Immigration Act and the Criminal Code in consequence thereof, R.S.C. 1985, c. 29 (4th Supp.), ss. 1, 9.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Crimes Against Humanity and War Crimes Act, S.C. 2000, c. 24.
Foreign Extraterritorial Measures Act, R.S.C. 1985, c. F-29.
Freezing Assets of Corrupt Foreign Officials Act, S.C. 2011, c. 10.
Geneva Conventions Act, R.S.C. 1985, c. G-3.
Immigration Act, R.S.C. 1906, c. 93, ss. 65, 66.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3, 37(1)(b), Part 3, 117 [am. 2012, c. 17, s. 41], 118, 121, 133.
Protecting Canada's Immigration System Act, S.C. 2012, c. 17, s. 41(1), (4).
Special Economic Measures Act, S.C. 1992, c. 17.

Treaties and Other International Instruments

Convention relating to the Status of Refugees, 189 U.N.T.S. 150, arts. 31(1), 33.
Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2241 U.N.T.S. 480, arts. 2, 3(a), 6(1), (3), (4), 19(1).
Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing

[1994] 2 R.C.S. 864; R. c. Heywood, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Acte modifiant l'Acte d'immigration, S.C. 1902, c. 14, art. 2.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de l'immigration, S.R.C. 1906, c. 93, art. 65, 66.
Loi modifiant la Loi de l'Immigration, S.C. 1919, c. 25, art. 12(4).
Loi modifiant la Loi sur l'immigration et apportant des modifications corrélatives au Code criminel, L.R.C. 1985, c. 29 (4^e suppl.), art. 1, 9.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 3, 37(1)b), partie 3, 117 [mod. 2012, c. 17, art. 41], 118, 121, 133.
Loi sur le blocage des biens de dirigeants étrangers corrompus, L.C. 2011, c. 10.
Loi sur les conventions de Genève, L.R.C. 1985, c. G-3.
Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, c. 24.
Loi sur les mesures économiques spéciales, L.C. 1992, c. 17.
Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères, L.R.C. 1985, c. F-29.
Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada, L.C. 2012, c. 17, art. 41(1), (4).

Traité et autres instruments internationaux

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2225 R.T.N.U. 209, art. 1, 5, 34.
Convention relative au statut des réfugiés, 189 R.T.N.U. 150, art. 31(1), 33.
Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, 2237 R.T.N.U. 319.

the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2237 U.N.T.S. 319.

United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2225 U.N.T.S. 209, arts. 1, 5, 34.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VII, 2nd Sess., 33rd Parl., August 12, 1987, p. 8002.

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-84: An Act to amend the Immigration Act, 1976 and the Criminal Code in consequence thereof*, No. 9, 2nd Sess., 33rd Parl., August 25, 1987, p. 24.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, No. 27, 1st Sess., 37th Parl., May 17, 2001 (online: <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&Mode=1&Parl=37&Ses=1&DocId=1040838&File=0>), 10:35.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Neilson, Bennett and Hinkson J.J.A.), 2014 BCCA 163, 355 B.C.A.C. 98, 607 W.A.C. 98, 373 D.L.R. (4th) 1, 310 C.C.C. (3d) 193, 11 C.R. (7th) 154, 308 C.R.R. (2d) 293, 25 Imm. L.R. (4th) 1, [2014] B.C.J. No. 762 (QL), 2014 CarswellBC 1135 (WL Can.), setting aside the orders of Silverman J. and directing a new trial, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666, 275 C.R.R. (2d) 1, 99 C.R. (6th) 245, 13 Imm. L.R. (4th) 207, [2013] B.C.J. No. 35 (QL), 2013 CarswellBC 15 (WL Can.); and 2013 BCSC 198, [2013] B.C.J. No. 217 (QL), 2013 CarswellBC 299 (WL Can.). Appeals allowed and charges remitted for trial.

Fiona Begg and Maria Sokolova, for the appellant Francis Anthonimuthu Appulonappa.

Peter H. Edelmann and Jennifer Ellis, for the appellant Hamalraj Handasamy.

Micah B. Rankin and Phillip C. Rankin, for the appellant Jeyachandran Kanagarajah.

Gregory P. DelBigio, Q.C., and *Lisa Sturgess*, for the appellant Vignarajah Thevarajah.

Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2241 R.T.N.U. 480, art. 2, 3a), 6(1), (3), (4), 19(1).

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, n° 27, 1^{re} sess., 37^e lég., 17 mai 2001 (en ligne : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Mode=1&Parl=37&Ses=1&DocId=1040838&File=0&Language=F>), 10 h 35.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VII, 2^e sess., 33^e lég., 12 août 1987, p. 8002.

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-84 : Loi modifiant la Loi sur l'Immigration de 1976 et apportant des modifications corrélatives au Code criminel*, n° 9, 2^e sess., 33^e lég., 25 août 1987, p. 24.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Neilson, Bennett et Hinkson), 2014 BCCA 163, 355 B.C.A.C. 98, 607 W.A.C. 98, 373 D.L.R. (4th) 1, 310 C.C.C. (3d) 193, 11 C.R. (7th) 154, 308 C.R.R. (2d) 293, 25 Imm. L.R. (4th) 1, [2014] B.C.J. No. 762 (QL), 2014 CarswellBC 1135 (WL Can.), qui a annulé les ordonnances du juge Silverman et ordonné la tenue d'un nouveau procès, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666, 275 C.R.R. (2d) 1, 99 C.R. (6th) 245, 13 Imm. L.R. (4th) 207, [2013] B.C.J. No. 35 (QL), 2013 CarswellBC 15 (WL Can.); et 2013 BCSC 198, [2013] B.C.J. No. 217 (QL), 2013 CarswellBC 299 (WL Can.). Pourvois accueillis et accusations renvoyées au tribunal de première instance pour être jugées.

Fiona Begg et Maria Sokolova, pour l'appellant Francis Anthonimuthu Appulonappa.

Peter H. Edelmann et Jennifer Ellis, pour l'appellant Hamalraj Handasamy.

Micah B. Rankin et Phillip C. Rankin, pour l'appellant Jeyachandran Kanagarajah.

Gregory P. DelBigio, c.r., et *Lisa Sturgess*, pour l'appellant Vignarajah Thevarajah.

W. Paul Riley, Q.C., and Banafsheh Sokhansanj, for the respondent.

Hart Schwartz and Padraic Ryan, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Chantal Tie, Laïla Demirdache and Michael Bossin, for the intervener Amnesty International (Canadian Section, English Branch).

Marlys A. Edwardh and Daniel Sheppard, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Andrew I. Nathanson and Gavin Cameron, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Angus Grant, Catherine Bruce, Laura Best and Fadi Yachoua, for the intervener the Canadian Council for Refugees.

Andrew J. Brouwer, Jennifer Bond and Erin Bobkin, for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] On October 17, 2009, a vessel called the *Ocean Lady* was apprehended off the west coast of Vancouver Island, in British Columbia. Seventy-six people, among them the appellants, were aboard. All were Tamils from Sri Lanka. They claimed to have fled Sri Lanka because their lives were endangered in the aftermath of the civil war in that country. They asked for refugee status in Canada. None had the required legal documentation.

[2] The Crown claims that the four appellants — the captain and chief crew of the vessel — were the organizers of the venture. The Crown alleges that the majority of passengers each paid, or promised to pay, \$30,000 to \$40,000 for the voyage.

W. Paul Riley, c.r., et Banafsheh Sokhansanj, pour l'intimée.

Hart Schwartz et Padraic Ryan, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Chantal Tie, Laïla Demirdache et Michael Bossin, pour l'intervenante Amnesty International (Canadian Section, English Branch).

Marlys A. Edwardh et Daniel Sheppard, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Andrew I. Nathanson et Gavin Cameron, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Angus Grant, Catherine Bruce, Laura Best et Fadi Yachoua, pour l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

Andrew J. Brouwer, Jennifer Bond et Erin Bobkin, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Le 17 octobre 2009, l'*Ocean Lady* a été intercepté au large de la côte ouest de l'île de Vancouver, en Colombie-Britannique, avec à son bord 76 personnes, dont les appelants. Tous des Tamouls du Sri Lanka, ils ont affirmé avoir fui leur pays parce que leur vie était en danger au lendemain de la guerre civile. Ils ont demandé l'asile au Canada. Aucun d'eux n'était muni des documents juridiques requis.

[2] Selon le ministère public, les quatre appelants — le capitaine et les principaux membres de l'équipage du bateau — avaient organisé l'affaire. Le ministère public fait valoir que la majorité des passagers avait payé, ou promis de payer, entre 30 000 \$ et 40 000 \$ chacun pour la traversée.

[3] The appellants were charged under s. 117 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”), which makes it an offence to “organize, induce, aid or abet” the coming into Canada of people in contravention of the *IRPA*. Consequences of conviction could include lengthy imprisonment and disqualification from consideration as a refugee.

[4] Before their trial, the appellants challenged the constitutionality of s. 117 of the *IRPA*, on the ground that it infringes the right to life, liberty and security of the person enshrined in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge ruled that the provision was unconstitutional because it criminalized not only organized people smuggling, but helping close family members to come to Canada and humanitarian assistance to refugees. The British Columbia Court of Appeal reversed that decision, and found the provision to be constitutional.

[5] For the reasons that follow, I conclude that, insofar as s. 117 permits prosecution for humanitarian aid to undocumented entrants, mutual assistance amongst asylum-seekers or assistance to family members, it is unconstitutional.

II. Facts and Judicial History

A. *Facts*

[6] Canadian authorities intercepted the freighter ship *Ocean Lady* offshore of Vancouver Island. They found 76 passengers aboard; all were Tamil asylum-seekers from Sri Lanka who had boarded the ship in Southeast Asia: 24 boarded the ship in Indonesia between June and August 2009, and 52 in Thailand in September 2009. None of the 76 migrants had the proper documentation to enter Canada. Most had agreed to pay a sum of between \$30,000 and \$40,000 to come to Canada. Typically, down payments of \$5,000 were exacted prior to

[3] Les appelants ont été accusés en vertu de l’art. 117 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27 (« *LIPR* »), selon lequel commet une infraction quiconque « organise » l’entrée au Canada d’une personne en contravention à la *LIPR* « ou incite, aide ou encourage » une telle personne à entrer au Canada. Un verdict de culpabilité peut, entre autres conséquences, emporter une longue peine d’emprisonnement et faire obstacle à une demande d’asile.

[4] Avant leur procès, les appelants ont contesté la constitutionnalité de l’art. 117 de la *LIPR*, au motif qu’il viole le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Selon le juge du procès, l’art. 117 est inconstitutionnel parce qu’il criminalise non seulement le passage organisé de clandestins, mais également le fait d’aider un proche parent à entrer au Canada ainsi que le fait de fournir de l’aide humanitaire à des demandeurs d’asile. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a infirmé cette décision, jugeant la disposition constitutionnelle.

[5] Pour les motifs qui suivent, je conclus que, dans la mesure où l’art. 117 permet que soient intentées des poursuites reprochant des actes d’aide humanitaire en faveur de sans-papiers, d’assistance mutuelle entre demandeurs d’asile ou d’aide fournie par une personne à des membres de sa famille, il est inconstitutionnel.

II. Les faits et les décisions des tribunaux inférieurs

A. *Les faits*

[6] Les autorités canadiennes ont intercepté l’*Ocean Lady*, un cargo, au large des côtes de l’île de Vancouver. Elles y ont trouvé 76 passagers; tous étaient des demandeurs d’asile tamouls du Sri Lanka qui avaient embarqué en Asie du Sud-Est : 24 en Indonésie entre juin et août 2009 et 52 en Thaïlande en septembre 2009. Aucun n’était muni des documents requis pour entrer au Canada. La plupart avaient accepté de payer entre 30 000 \$ et 40 000 \$ pour venir au Canada. Généralement, un versement initial de 5 000 \$ avait été exigé avant l’embarquement, ainsi

boarding, together with undertaking a debt of another \$25,000 to \$35,000 to be paid subsequent to arrival in Canada.

[7] The four appellants, Francis Anthonimuthu Appulonappa, Hamalraj Handasamy, Jeyachandran Kanagarajah and Vignarajah Thevarajah, are alleged to have been the point persons for a transnational for-profit operation to smuggle undocumented migrants from Southeast Asia to Canada. They are said to have been responsible for organizing the asylum-seekers in Indonesia and Thailand prior to boarding the freighter, and serving as the chief crew of the ship on the voyage to Canada — Mr. Handasamy as captain, Mr. Thevarajah as chief engineer, and Mr. Kanagarajah and Mr. Appulonappa as key crew members.

[8] The appellants were charged with the offence of “Organizing entry into Canada” found in s. 117 of the *IRPA*, which, at the relevant time, provided:

117. (1) No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.

[9] The *IRPA* was amended by the *Protecting Canada’s Immigration System Act*, S.C. 2012, c. 17, ss. 41(1) and 41(4), whereby s. 117(1) was replaced by a new subsection and two subsections were added, which came into force on December 15, 2012. Section 117 as it was at the time of the alleged offences of the appellants is therefore no longer in force. The constitutionality of the current s. 117 is not before us.

B. *British Columbia Supreme Court, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666*

[10] The appellants brought an application before Silverman J. on a *voir dire* for a declaration that s. 117 of the *IRPA* is unconstitutionally overbroad. They did not contend that s. 117 is unconstitutional as it applies to the allegations against them, which are that they were part of a for-profit smuggling operation. However, they argued that s. 117 is

qu’un engagement pour le paiement d’une dette de 25 000 \$ à 35 000 \$ dont les passagers devaient s’acquitter après leur arrivée au Canada.

[7] Les quatre appelants, Francis Anthonimuthu Appulonappa, Hamalraj Handasamy, Jeyachandran Kanagarajah et Vignarajah Thevarajah, auraient été les hommes de terrain d’une opération transnationale à but lucratif visant à faire passer des sans-papiers de l’Asie du Sud-Est au Canada. Ils auraient organisé les demandeurs d’asile en Indonésie et en Thaïlande avant leur embarquement et auraient constitué les membres d’équipage principaux du navire pendant la traversée vers le Canada — M. Handasamy à titre de capitaine, M. Thevarajah à titre de chef mécanicien et MM. Kanagarajah et Appulonappa à titre de membres clés de l’équipage.

[8] Les appelants ont été accusés d’« entrée illégale » en vertu de l’art. 117 de la *LIPR*, lequel disposait, à la date pertinente :

117. (1) Commet une infraction quiconque sciemment organise l’entrée au Canada d’une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada.

[9] La *LIPR* a été modifiée par la *Loi visant à protéger le système d’immigration du Canada*, L.C. 2012, c. 17, par. 41(1) et (4), en vertu desquels le par. 117(1) a été remplacé et deux autres paragraphes ont été ajoutés à cet article. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 15 décembre 2012. L’article 117, tel qu’il était à l’époque des infractions que l’on reproche aux appelants, n’est donc plus en vigueur. La question de la constitutionnalité de l’art. 117 actuel ne nous a pas été soumise.

B. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2013 BCSC 31, 358 D.L.R. (4th) 666*

[10] Dans le cadre d’un voir-dire, les appelants ont demandé au juge Silverman de déclarer que l’art. 117 de la *LIPR* était inconstitutionnel en raison de sa portée excessive. Ils n’ont pas fait valoir que cette disposition était inconstitutionnelle dans la mesure où elle s’appliquait aux faits qui leur sont reprochés, à savoir qu’ils faisaient partie d’une

unconstitutional because it may lead to the conviction of humanitarian workers or family members assisting asylum-seekers for altruistic reasons. They argued that convicting people in these categories exceeds the legislative intent of s. 117 and infringes the guarantee of liberty contrary to the principle of fundamental justice against overbreadth. This violation of the liberty guarantee in s. 7 of the *Charter* was not justified under s. 1 of the *Charter*, they submitted.

[11] The Crown accepted that the purpose of s. 117 was not to convict persons helping close family members come to Canada or persons providing legitimate humanitarian aid to people coming to Canada. However, it argued that this did not render s. 117 overbroad because s. 117(4) of the *IRPA* required that the Attorney General of Canada authorize prosecution, which would allow him to screen out people in these categories.

[12] Silverman J. concluded that, as the Crown contended, the purpose of s. 117 does not extend to prosecution of genuine humanitarian aid workers or family members. Because s. 117 permits the prosecution of such persons, it violates the s. 7 guarantee of liberty in a way that is overbroad, and hence not in accord with the principles of fundamental justice. Silverman J. held that s. 117 could not be interpreted or “read down” to make it *Charter* compliant and that the prior consent to prosecution required by s. 117(4) does not save s. 117 from being unconstitutionally overbroad. Nor, in his view, was the overbreadth justified under s. 1 of the *Charter*. Silverman J. therefore declared s. 117 of the *IRPA* to be inconsistent with s. 7 of the *Charter* and hence of no force or effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. He ordered that the indictments of the appellants be quashed: 2013 BCSC 198.

opération de passage de clandestins à des fins lucratives. Ils ont plutôt avancé que l’art. 117 était inconstitutionnel parce qu’il pouvait entraîner la condamnation de travailleurs humanitaires ayant aidé par altruisme des demandeurs d’asile ou de personnes ayant fait de même pour des membres de leur famille. À leur avis, incriminer de telles personnes outrepassait l’intention du législateur relativement à l’art. 117 et viole la garantie de liberté en contrevenant au principe de justice fondamentale qui interdit la portée excessive. Cette atteinte à la liberté garantie par l’art. 7 de la *Charte* n’était pas, affirment-ils, justifiée au regard de l’article premier.

[11] Le ministère public a convenu que l’objet de l’art. 117 ne consistait pas à condamner des personnes qui aident des proches parents à entrer au Canada ou qui fournissent légitimement de l’aide humanitaire à des gens qui entrent au Canada. Il a cependant affirmé que l’art. 117 n’avait pas une portée excessive pour autant, étant donné que le par. 117(4) de la *LIPR* exige que le procureur général du Canada autorise les poursuites, ce qui permet d’écarter les personnes qui appartiennent à ces catégories.

[12] Le juge Silverman a conclu, comme le soutenait le ministère public, que l’objet de l’art. 117 ne s’étendait pas à la poursuite de véritables travailleurs humanitaires ou de membres d’une famille qui s’entraident. Or, puisque l’art. 117 permet que ces personnes soient poursuivies, il viole la liberté garantie par l’art. 7 d’une manière excessive et, par conséquent, contraire aux principes de justice fondamentale. Le juge Silverman a estimé qu’on ne pouvait donner à l’art. 117 une interprétation atténuée qui serait conforme à la *Charte* et que le consentement préalable du procureur général prévu au par. 117(4) et auquel toute poursuite est subordonnée n’empêchait pas l’art. 117 d’être inconstitutionnel pour cause de portée excessive. Cette portée excessive n’était pas non plus, à son avis, justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*. Le juge Silverman a donc déclaré l’art. 117 de la *LIPR* incompatible avec l’art. 7 de la *Charte* et inopérant en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il a ordonné l’annulation des actes d’accusation formulés contre les appelants (2013 BCSC 198).

C. *British Columbia Court of Appeal, 2014 BCCA 163, 355 B.C.A.C. 98*

[13] Before the Court of Appeal, the Crown changed its submission on the purpose of s. 117 of the *IRPA*. It submitted that s. 117 was enacted to prevent all organizing or assisting of unlawful entry of others into Canada, including assistance to close family members and humanitarian assistance. This, the Crown said, was required to further Canada's goals of (1) controlling who enters its territory; (2) protecting the health, safety, and security of Canadians; (3) preserving the integrity and efficacy of Canada's lawful immigration and refugee claims regimes; and (4) promoting international justice and cooperation with other states on matters of security.

[14] The Court of Appeal accepted this revised submission as the purpose of s. 117 of the *IRPA* and on that basis held it to be constitutional. Neilson J.A. (Bennett and Hinkson JJ.A. concurring) concluded that Canadian laws criminalizing assistance to undocumented migrants have not historically allowed exceptions based on the offender's motive or other characteristics. When the provision at issue was enacted in 1988, the question of whether humanitarian workers should be exempted received attention, but Parliament, concerned about "definitional difficulties" and "loopholes", rejected creating an exception for these groups: para. 107. The purpose of s. 117 therefore aligned with its reach, and the provision was not overbroad.

[15] The court added that the s. 117(4) requirement of the Attorney General's consent to prosecute would guard against improper prosecutions on humanitarian grounds, family grounds or other grounds. If the Attorney General were to authorize prosecution of people assisting close family members or providing humanitarian assistance, the vice would not be overbreadth of s. 117(1), but the

C. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2014 BCCA 163, 355 B.C.A.C. 98*

[13] Devant la Cour d'appel, le ministère public a modifié son argument concernant l'objet de l'art. 117 de la *LIPR*. Il a fait valoir que cette disposition avait été adoptée afin d'interdire toute organisation d'entrée illégale au Canada et toute aide à l'entrée illégale au Canada, y compris l'aide humanitaire et l'assistance fournie par une personne à de proches parents, ce qui, selon le ministère public, permettait de favoriser la réalisation des objectifs suivants du Canada : (1) le droit de regard sur les entrées sur son territoire; (2) la protection de la santé des Canadiens et la garantie de leur sécurité; (3) le maintien de l'intégrité et de l'efficacité des régimes légitimes d'immigration et d'asile du Canada et (4) la promotion de la justice et de la coopération à l'échelle internationale relativement aux questions de sécurité.

[14] La Cour d'appel a accepté cet argument modifié concernant l'objet de l'art. 117 de la *LIPR* et, sur ce fondement, a conclu à la constitutionnalité de la disposition. Selon la juge Neilson (avec l'accord des juges Bennett et Hinkson), historiquement, les lois canadiennes qui ont criminalisé l'aide aux sans-papiers n'ont jamais prévu d'exception fondée sur le mobile du contrevenant ou d'autres caractéristiques. En 1988, à l'époque de l'adoption de la disposition en cause, la création d'une exception visant les travailleurs humanitaires a été envisagée, mais le législateur, soucieux [TRADUCTION] « des difficultés que présentent les définitions » et des « failles », l'a rejetée (par. 107). La cour estimait que l'objet de l'art. 117 s'accordait avec sa portée, et que cette disposition n'avait pas une portée excessive.

[15] La cour a ajouté que le consentement du procureur général exigé au par. 117(4) préalablement à une poursuite permettait d'éviter des poursuites injustifiées contre des personnes ayant agi pour des raisons d'ordre humanitaire, familial ou autre. Si le procureur général autorisait la poursuite de quiconque a aidé des parents proches ou fourni de l'aide humanitaire, le défaut serait attribuable, non

improper exercise of ministerial discretion under s. 117(4).

[16] In the result, the Court of Appeal allowed the appeal, overturned the declaration of invalidity, set aside the acquittals and remitted the matter for trial.

III. The Statutory Scheme

[17] The *IRPA* (relevant provisions set out in Appendix A) is a complex statute dealing with the entry into Canada of foreign nationals through two processes — the immigration process and the refugee protection process. We are here concerned primarily with the refugee protection process. The *IRPA* aims to establish “fair and efficient [refugee] procedures that will maintain the integrity of the Canadian refugee protection system, while upholding Canada’s respect for the human rights and fundamental freedoms of all human beings”: s. 3(2)(e). Both goals are underpinned by Canada’s adhesion to international conventions and protocols, discussed more fully below.

[18] A significant concern for the integrity of Canada’s refugee protection system is the threat posed to it by the entry to Canada of unauthorized persons outside the lawful refugee regime. As part of combating this threat, the *IRPA* contains two provisions which sanction individuals for helping others to enter Canada without the documents required by border authorities.

[19] Section 37(1)(b) of the *IRPA* renders a person inadmissible to Canada where the person has “engag[ed], in the context of transnational crime”, in people smuggling, and, in effect, prevents that person’s refugee claim from being determined on its merits. Section 117, under the marginal note “Organizing entry into Canada”, creates an offence. At the relevant time, it read:

117. (1) No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons

pas à la portée excessive du par. 117(1), mais à l’exercice irrégulier du pouvoir discrétionnaire que le par. 117(4) accorde au ministre.

[16] En conséquence, la Cour d’appel a accueilli l’appel, infirmé la déclaration d’invalidité, annulé les acquittements et renvoyé l’affaire pour qu’elle soit jugée en première instance.

III. Le régime législatif

[17] La *LIPR* (dont les dispositions pertinentes figurent à l’annexe A) est un instrument complexe qui encadre l’entrée au Canada de ressortissants étrangers par deux filières : celle de l’immigration et celle de la protection des réfugiés. Le présent pourvoi porte principalement sur la seconde. La *LIPR* vise à mettre en place à l’intention des réfugiés « une procédure équitable et efficace qui soit respectueuse, d’une part, de l’intégrité du processus canadien d’asile et, d’autre part, des droits et des libertés fondamentales reconnus à tout être humain » (al. 3(2)e)). Ces deux objectifs reposent sur l’adhésion du Canada à des conventions et protocoles internationaux que nous examinerons davantage plus loin.

[18] Un important risque pour l’intégrité du processus canadien de protection des réfugiés est l’entrée au Canada de personnes non autorisées qui contournent ce régime légitime. Pour lutter contre une telle menace, la *LIPR* prévoit deux dispositions qui sanctionnent les personnes qui en aident d’autres à entrer au Canada sans être munies des documents requis par les autorités frontalières.

[19] L’alinéa 37(1)b) de la *LIPR* a pour effet d’interdire une personne de territoire si elle s’est livrée, « dans le cadre de la criminalité transnationale », au passage de clandestins et fait obstacle à l’examen au fond de sa demande d’asile. L’article 117, placé sous la note marginale « Entrée illégale », crée une infraction. Il était ainsi rédigé à la date pertinente :

117. (1) Commet une infraction quiconque sciemment organise l’entrée au Canada d’une ou plusieurs

who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.¹

[20] Sections 117(2) and 117(3) provide penalties of imprisonment and fines. At the time of the charges at issue in this case, s. 121(1)(c) of the *IRPA* under the marginal note “Aggravating factors”, stipulated that committing the offence for profit was a fact to be considered in sentencing under s. 117.²

[21] Subsection (4) provides a screening mechanism for instituting proceedings under s. 117 — prosecutions can proceed only with the consent of the Attorney General.

[22] In summary, participating in the unauthorized entry of other people into Canada may have two consequences under the *IRPA*. First, it may result in prosecution and imprisonment and/or substantial fines upon conviction under s. 117. Second, it may render a person who engages in certain proscribed activities inadmissible to Canada under s. 37(1)(b). The first consequence — prosecution under s. 117 — is the subject of this appeal. The second consequence — inadmissibility to Canada — is the subject of the companion appeals in *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704.

IV. The Issues

[23] The *Charter* applies to foreign nationals entering Canada without the required documentation: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177. Section 7 of the *Charter* provides:

1 The current version reads: “No person shall organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons knowing that, or being reckless as to whether, their coming into Canada is or would be in contravention of this Act.”

2 In the current version of the *IRPA*, the content of this provision, as amended, is now contained in s. 117 itself.

personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada¹.

[20] Les paragraphes 117(2) et (3) prévoient des peines d’emprisonnement et des amendes. À l’époque des accusations, aux termes de l’al. 121(1)c) de la *LIPR*, dont la note marginale indiquait « Infliction de la peine », le tribunal devait tenir compte, pour la détermination de la peine visée à l’art. 117, du fait que l’infraction avait été perpétrée en vue d’en tirer un profit².

[21] Le paragraphe 117(4) prévoit un mécanisme de filtrage : les poursuites sont subordonnées au consentement du procureur général.

[22] Bref, participer à l’entrée non autorisée d’autres personnes au Canada peut entraîner deux conséquences sous le régime de la *LIPR*. Premièrement, l’acte est susceptible de mener à des poursuites, et une déclaration de culpabilité sur le fondement de l’art. 117 risque de se traduire par une peine d’emprisonnement ou des amendes substantielles ou les deux. Deuxièmement, la personne qui se livre à certaines activités prohibées risque d’être interdite de territoire au Canada en vertu de l’al. 37(1)b). La première conséquence — les poursuites intentées en vertu de l’art. 117 — est l’objet du présent pourvoi. La deuxième conséquence — l’interdiction de territoire au Canada — est l’objet des pourvois connexes *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704.

IV. Les questions en litige

[23] La *Charte* s’applique aux ressortissants étrangers qui entrent au Canada sans documents (*Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177). L’article 7 de la *Charte* dispose :

1 Le libellé de la version actuelle est le suivant : « Il est interdit à quiconque d’organiser l’entrée au Canada d’une ou de plusieurs personnes ou de les inciter, aider ou encourager à y entrer en sachant que leur entrée est ou serait en contravention avec la présente loi ou en ne se souciant pas de ce fait. »

2 Dans la version actuelle de la *LIPR*, cette disposition et ses modifications sont intégrées à l’art. 117.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

As a penal provision with potential sentences up to life imprisonment, it is clear that s. 117 of the *IRPA* threatens liberty and hence engages s. 7 of the *Charter*: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 492.

[24] The main issue before us is whether s. 117 of the *IRPA* threatens liberty, protected by s. 7 of the *Charter*, in a manner contrary to the principles of fundamental justice. If the answer is yes, a second question arises: Is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*? If the answer to this second question is no, a final question arises: What is the appropriate remedy for the constitutional infirmity in s. 117?

[25] The appellants contend that s. 117 violates s. 7 of the *Charter* because the provision catches two categories of people outside its purpose — people who assist close family members to come to Canada and humanitarians who assist those fleeing persecution to come to Canada, in each case without required documents. The appellants say that s. 117 is therefore overbroad, contrary to the principles of fundamental justice. They also argue that s. 117 offends the principles of fundamental justice because its impact on liberty is grossly disproportionate to the conduct it targets, because it is unconstitutionally vague, and because it perpetuates inequality.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Comme l'art. 117 de la *LIPR* prévoit des peines pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité, il constitue une menace à la liberté qui fait manifestement entrer en jeu l'art. 7 de la *Charte* (*Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 492).

[24] La principale question dont nous sommes saisis est de savoir si l'art. 117 de la *LIPR* menace la liberté garantie par l'art. 7 de la *Charte* d'une manière qui est contraire aux principes de justice fondamentale. Dans l'affirmative, une deuxième question se pose : cette atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*? Si la réponse à cette deuxième question est négative, une dernière question se pose : quelle est la réparation qu'il convient d'appliquer à l'égard de l'inconstitutionnalité de l'art. 117?

[25] Les appelants font valoir que l'art. 117 viole l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il fait entrer dans son champ d'application deux catégories de personnes qui ne sont pas visées par son objet — les personnes qui assistent des parents proches à entrer au Canada et les travailleurs humanitaires qui aident des personnes fuyant la persécution à entrer au Canada, dans les deux cas sans les documents requis. Selon les appelants, l'art. 117 a donc une portée excessive, ce qui est contraire aux principes de justice fondamentale. Ils affirment également que la disposition enfreint les principes de justice fondamentale parce que son effet sur la liberté est exagérément disproportionné par rapport à la conduite qu'elle sanctionne, parce qu'elle est inconstitutionnelle pour cause d'imprécision et parce qu'elle perpétue l'inégalité.

V. DiscussionA. *Does Section 117 of the IRPA Violate Section 7 of the Charter?*(1) Overbreadth

[26] A law is said to violate our basic values by being overbroad when “the law goes too far and interferes with some conduct that bears no connection to its objective”: *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 101. As stated in *Bedford*, “[o]verbreadth allows courts to recognize that the law is rational in some cases, but that it overreaches in its effect in others”: para. 113; see also *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 85.

[27] The first step in the overbreadth inquiry is to determine the object of the impugned law. The second step is to determine whether the law deprives individuals of life, liberty or security of the person in cases that do not further that object. To the extent the law does this, it deprives people of s. 7 rights in a manner that infringes the principles of fundamental justice.

[28] The appellants argue that s. 117 is overbroad, not as it applies to the conduct alleged against them, but as it applies to other reasonably foreseeable situations. It is indeed established that a court may consider “reasonable hypotheticals” to determine whether a law is consistent with the *Charter*: see *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773.

[29] The first scenario the appellants ask us to consider is the situation of a person assisting a close family member to flee to Canada. The appellants cite as examples a mother carrying her small child, or the father of a household taking his family dependants with him aboard a boat. This scenario could also encompass cases of mutual assistance

V. DiscussionA. *L'article 117 de la LIPR enfreint-il l'art. 7 de la Charte?*(1) La portée excessive

[26] On dira d'une loi qu'elle viole nos valeurs fondamentales du fait de sa portée excessive lorsqu'elle « va trop loin et empiète sur un comportement sans lien avec son objectif » (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 101). Comme la Cour l'indique dans l'arrêt *Bedford*, « [l']application de la notion de portée excessive permet au tribunal de reconnaître qu'une disposition est rationnelle sous certains rapports, mais que sa portée est trop grande sous d'autres » (par. 113; voir également *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 85).

[27] Dans l'analyse de la portée excessive, le premier volet sert à définir l'objet de la loi attaquée. Le deuxième vise à déterminer si la loi prive une personne de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne dans les cas où la réalisation de cet objet n'est pas favorisée. Dans la mesure où c'est le cas, la loi prive alors la personne de ses droits garantis par l'art. 7 d'une manière qui porte atteinte aux principes de justice fondamentale.

[28] Les appelants affirment que la portée de l'art. 117 est excessive, non pas dans son application à la conduite qui leur est reprochée, mais parce qu'il peut s'appliquer à d'autres situations raisonnablement prévisibles. Selon un principe bien établi, le tribunal peut tenir compte de « situations hypothétiques raisonnables » afin de déterminer si une loi est conforme à la *Charte* (voir *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773).

[29] Le premier scénario que les appelants nous demandent d'examiner est celui d'une personne qui aide un proche parent à se réfugier au Canada. Les appelants donnent l'exemple d'une mère qui porte son jeune enfant dans ses bras et celui d'un père de famille qui fait monter les personnes à sa charge avec lui à bord d'un bateau. Ce scénario pourrait

among unrelated asylum-seekers. Indeed, refugees mutually assisting one another in their collective flight to safety is not meaningfully different from family members assisting one another and, as showed by the companion case *B010*, is a reasonably foreseeable situation.

[30] The second scenario advanced by the appellants is the case of a person who, for humanitarian motives, helps people to flee from persecution. History is replete with examples of people who have aided others to flee persecution for humanitarian reasons. Sometimes the person is acting as an individual. Sometimes the person is a member of an organization devoted to helping people flee lands where they face threats and persecution. Church groups may help undocumented people find refugee protection in Canada: *House of Commons Debates*, vol. VII, 2nd Sess., 33rd Parl., August 12, 1987, at p. 8002 (Hon. Gerry Weiner, Minister of State (Immigration)). Humanitarian aid to fleeing people is not merely hypothetical; it is a past and current reality.

(a) *The Object of Section 117 of the IRPA*

[31] As discussed, overbreadth analysis turns on whether the reach of the law exceeds its object. The first step is therefore to determine the object of s. 117.

[32] The Crown argues that the purpose of s. 117 is to catch all acts that in any way assist the entry of undocumented migrants. On this interpretation, s. 117 cannot be overbroad. The appellants, by contrast, submit that the offence of “human smuggling” has a narrower purpose than the Crown asserts, making it overbroad in catching all acts of assistance.

[33] As with statutory interpretation, determining legislative purpose requires us to consider statements of legislative purpose together with the words of the provision, the legislative context, and other

s’étendre aussi aux demandeurs d’asile sans lien de parenté qui s’assistent mutuellement. En effet, la situation de demandeurs d’asile qui s’entraident au cours de leur fuite collective vers la sécurité ne diffère pas de manière significative de celle de membres d’une famille qui s’aident l’un l’autre et, comme le démontre l’arrêt connexe *B010*, c’est une situation raisonnablement prévisible.

[30] Le second scénario mis de l’avant par les appelants est celui d’une personne qui, pour des raisons d’ordre humanitaire, en aide d’autres à fuir la persécution. L’histoire regorge d’exemples de ce genre. Il arrive qu’une telle personne agisse en son nom propre. Il arrive aussi qu’elle soit membre d’une organisation qui se charge d’aider des gens à fuir des pays où ils sont exposés à des menaces et à la persécution. Il arrive que des congrégations aident des sans-papiers à obtenir l’asile au Canada (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VII, 2^e sess., 33^e lég., 12 août 1987, p. 8002 (l’hon. Gerry Weiner, ministre d’État (Immigration))). L’aide humanitaire aux personnes qui fuient la persécution n’appartient pas à l’hypothétique; il s’agit d’une réalité tant historique que contemporaine.

a) *L’objet de l’art. 117 de la LIPR*

[31] Comme nous l’avons vu, l’analyse de la portée excessive cherche à déterminer si la portée de la loi dépasse son objet. La première étape consiste donc à circonscrire l’objet de l’art. 117.

[32] Le ministère public prétend que l’objet de l’art. 117 consiste à faire tomber sous le coup de la loi tout acte qui aide de quelque façon que ce soit des sans-papiers à entrer au Canada. Selon cette interprétation, la portée de l’art. 117 ne peut être excessive. Les appelants, en revanche, affirment que l’infraction de passage de clandestins a un objet plus restreint que celui qu’avance le ministère public, ce qui signifie que la disposition a une portée excessive du fait qu’elle criminalise tous les actes d’aide.

[33] Tout comme en matière d’interprétation législative, pour déterminer l’objet d’une loi, on doit tenir compte des énoncés faits quant à son objet, de son libellé, du contexte législatif et d’autres

relevant factors: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 268-87; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864, at pp. 879-82. Where legislation is enacted in the context of international commitments, international law may also be of assistance.

[34] For the reasons that follow, I agree with the appellants that the purpose of s. 117 is narrower than that asserted by the Crown. The text of s. 117 is admittedly broad. However, a narrow purpose emerges from (1) the international instruments to which Canada has subscribed; (2) the role of s. 117 in relation to the statute as a whole, in particular s. 37(1); (3) the *IRPA*'s statements of legislative purpose; (4) the evolution of s. 117; and (5) the parliamentary debates. Considering these indicia of purpose, it becomes evident that the true purpose of s. 117 is to combat people smuggling. The meaning of "people smuggling", a term found in s. 37(1)(b) of the *IRPA*, is the subject of the companion case *B010*, and excludes mere humanitarian conduct, mutual assistance or aid to family members. I conclude that s. 117 violates the *Charter* by catching these categories of conduct outside the provision's purpose.

(i) The Text of the Provision

[35] At the relevant time, the text of s. 117 read as follows:

117. (1) [Organizing entry into Canada] No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.

(2) [Penalties — fewer than 10 persons] A person who contravenes subsection (1) with respect to fewer than 10 persons is guilty of an offence and liable

(a) on conviction on indictment

(i) for a first offence, to a fine of not more than \$500,000 or to a term of imprisonment of not more than 10 years, or to both, or

facteurs pertinents (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 268-287; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864, p. 879-882). Il peut également être utile de consulter le droit international dans les cas où la loi est adoptée à la suite d'engagements internationaux.

[34] Pour les motifs qui suivent, je suis d'accord avec les appelants pour dire que l'objet de l'art. 117 est plus restreint que ne l'entend le ministère public. Certes, le libellé de l'art. 117 ratisse large. Or, on peut dégager un objet restreint des éléments suivants : (1) les instruments internationaux auxquels est partie le Canada; (2) le rôle de l'art. 117 à la lumière de la loi dans son ensemble et, plus particulièrement, du par. 37(1); (3) les énoncés quant à l'objet de la *LIPR*; (4) l'évolution de l'art. 117 et (5) les débats parlementaires. Il ressort de ces indices que l'objet véritable de l'art. 117 constitue la lutte contre le passage de clandestins. Le sens du terme « passage de clandestins », qui figure à l'al. 37(1)b) de la *LIPR*, est le sujet de l'affaire connexe *B010*. Il ne vise pas de simples actes humanitaires, ni l'assistance mutuelle ou l'aide fournie par une personne à des membres de sa famille. Je conclus que l'art. 117 contrevient à la *Charte* parce qu'il fait entrer dans son champ d'application ces catégories d'actes qui outrepassent son objet.

(i) Le libellé de la disposition

[35] À l'époque pertinente, l'art. 117 était ainsi libellé :

117. (1) [Entrée illégale] Commet une infraction quiconque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada.

(2) [Peines] L'auteur de l'infraction visant moins de dix personnes est passible, sur déclaration de culpabilité :

a) par mise en accusation :

(i) pour une première infraction, d'une amende maximale de cinq cent mille dollars et d'un emprisonnement maximal de dix ans, ou de l'une de ces peines,

(ii) for a subsequent offence, to a fine of not more than \$1,000,000 or to a term of imprisonment of not more than 14 years, or to both; and

(b) on summary conviction, to a fine of not more than \$100,000 or to a term of imprisonment of not more than two years, or to both.

(3) [Penalty — 10 persons or more] A person who contravenes subsection (1) with respect to a group of 10 persons or more is guilty of an offence and liable on conviction by way of indictment to a fine of not more than \$1,000,000 or to life imprisonment, or to both.

(4) [No proceedings without consent] No proceedings for an offence under this section may be instituted except by or with the consent of the Attorney General of Canada.

[36] All agree that the text of s. 117(1) is broad enough to catch assistance to close family members and humanitarian assistance. It may be argued that since Parliament used these words, that is what it intended. However, the doctrine of overbreadth recognizes that sometimes “the State, in pursuing a legitimate objective, uses means which are broader than is necessary to accomplish that objective”: *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at p. 792; *Bedford*, at para. 101; *Carter*, at para. 85. The potential for “failures of instrumental rationality”, in which a given law is not a rational means to achieve a legislative objective, requires courts to go further than the text alone, and ask whether other considerations suggest Parliament’s purpose was narrower: *Bedford*, at para. 107.

[37] Before leaving the text, it may be noted that despite the broad wording of the subsection that provides the elements of the offence (s. 117(1)), other portions of the text of s. 117 support the view that Parliament’s purpose was *not* to criminalize family or humanitarian assistance. The marginal note of s. 117, “Organizing entry into Canada”, read with the subheading “Human Smuggling and Trafficking”, while not to be accorded great weight (see Sullivan, at pp. 465-68), suggests that the provision

(ii) en cas de récidive, d’une amende maximale de un million de dollars et d’un emprisonnement maximal de quatorze ans, ou de l’une de ces peines;

b) par procédure sommaire, d’une amende maximale de cent mille dollars et d’un emprisonnement maximal de deux ans, ou de l’une de ces peines.

(3) [Peines] L’auteur de l’infraction visant un groupe de dix personnes et plus est passible, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, d’une amende maximale de un million de dollars et de l’emprisonnement à perpétuité, ou de l’une de ces peines.

(4) [Consentement du procureur général du Canada] Il n’est engagé aucune poursuite pour une infraction prévue au présent article sans le consentement du procureur général du Canada.

[36] Tous conviennent que le par. 117(1) est libellé en termes suffisamment larges pour s’appliquer à l’aide humanitaire ainsi qu’à l’assistance fournie par une personne à des parents proches. On pourrait faire valoir que le législateur l’entendait ainsi puisqu’il a choisi cette formulation. Or, suivant la doctrine de la portée excessive, il se peut que « dans un but légitime, l’État utilise des moyens excessifs pour atteindre cet objectif » (*R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 792; *Bedford*, par. 101; *Carter*, par. 85). La possibilité d’un « manque de logique fonctionnelle », soit qu’une disposition donnée ne permette pas logiquement de réaliser l’objet de la loi, commande aux tribunaux de ne pas s’en tenir uniquement au libellé et de se demander si d’autres considérations donnent à penser que l’intention du législateur était plus restreinte (*Bedford*, par. 107).

[37] Avant de conclure mes observations concernant le libellé, je signale que, malgré les termes généraux du paragraphe qui prévoit les éléments de l’infraction (par. 117(1)), d’autres parties de l’art. 117 étayent le point de vue selon lequel l’intention du législateur n’était *pas* de criminaliser l’entraide familiale ou l’aide humanitaire. La note marginale de l’art. 117, « Entrée illégale », envisagée à la lumière de la rubrique intitulée « Organisation d’entrée illégale au Canada », bien qu’il

is aimed at activity in connection with the smuggling of persons in the context of organized crime, as contrasted with providing humanitarian assistance or aiding close family members to enter a country without the required documents.³

[38] Sections 117(2) and 117(3) also support the view that Parliament's intent was to catch smuggling activity in the context of organized crime, rather than humanitarian, mutual or family assistance. These subsections provide for significantly increased sanctions based on the number of persons brought in. This suggests a heightened focus on large-scale smuggling operations.

[39] Finally, the requirement in s. 117(4) that no prosecution occur without the Attorney General's consent suggests that s. 117 was not intended to convict everyone who falls within s. 117(1)'s broad ambit, as discussed more fully below.

(ii) Canada's International Obligations

[40] As a matter of statutory interpretation, legislation is presumed to comply with Canada's international obligations, and courts should avoid

3 While the French subheading — "*Organisation d'entrée illégale au Canada*" — does not refer to smuggling or other criminality, it matches the marginal note of the English version, which falls underneath the subheading "Human Smuggling and Trafficking". Accordingly, the shared meaning rule of statutory interpretation in the case of bilingual legislation (Sullivan, at pp. 118-19) dictates that the activity of organizing illegal entry is a subset of human smuggling and trafficking. The broadest potential interpretation would therefore be that it covers either of smuggling or trafficking. More plausibly, since it is undisputed that s. 118 deals with trafficking, that leaves s. 117 as the provision that concerns smuggling.

ne faille pas y accorder beaucoup de poids (voir Sullivan, p. 465-468), donne à penser que la disposition vise les activités liées au passage de clandestins dans le contexte du crime organisé, plutôt que l'aide humanitaire apportée à quelqu'un cherchant à entrer au pays sans être muni des documents requis ou l'assistance fournie par une personne dans ce but à des parents proches³.

[38] Les paragraphes 117(2) et (3) étayaient également le point de vue selon lequel le législateur entendait que la disposition s'applique au passage de clandestins dans le contexte du crime organisé, et non à des actes d'aide humanitaire, d'assistance mutuelle ou d'entraide familiale. En effet, ces dispositions prévoient des peines alourdies pour l'auteur de l'infraction qui a fait entrer au Canada plus d'un certain nombre de personnes, ce qui suggère que l'infraction qui intéressait particulièrement le législateur était le passage organisé de clandestins à grande échelle.

[39] Enfin, le fait que le par. 117(4) subordonne toute poursuite au consentement du procureur général laisse entendre que l'art. 117 n'est pas censé donner lieu à la condamnation de tous ceux à qui les termes très généraux de son par. (1) s'appliquent, ainsi que nous le verrons plus en détail.

(ii) Les obligations internationales du Canada

[40] Suivant les règles d'interprétation des lois, la loi est présumée respecter les obligations internationales du Canada, et les tribunaux devraient éviter

3 Bien que la rubrique du texte français — « Organisation d'entrée illégale au Canada » — ne renvoie ni au passage de clandestins ni à une autre activité criminelle, elle traduit la même notion que la note marginale de la version anglaise « *Organizing entry into Canada* », qui figure sous la rubrique « *Human Smuggling and Trafficking* ». Par conséquent, la règle d'interprétation des lois selon laquelle une loi bilingue exige la recherche du sens commun aux deux versions (Sullivan, p. 118-119) commande que l'organisation d'entrée illégale soit une composante du passage de clandestins et du trafic de personnes. L'interprétation la plus large de la disposition serait qu'elle s'applique soit au passage de clandestins, soit au trafic de personnes. Vu qu'il est acquis aux débats que l'art. 118 s'applique au trafic de personnes, l'art. 117 est vraisemblablement la disposition qui s'applique au passage de clandestins.

interpretations that would violate those obligations. Courts must also interpret legislation in a way that reflects the values and principles of customary and conventional international law: *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 53; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281, at para. 34. Section 3 of the *IRPA* also requires that the *IRPA* be interpreted in a manner that complies with Canada's international obligations, including "international human rights instruments to which Canada is signatory": s. 3(3)(f); see also s. 3(2)(b). The relevant international instruments to which Canada has subscribed should therefore shed light on the parliamentary purpose behind s. 117 of the *IRPA*.

[41] The provisions of the *IRPA* relating to the fight against the assisting of unauthorized entry of persons to Canada respond to Canada's international commitments related to these matters in the *Convention relating to the Status of Refugees*, 189 U.N.T.S. 150 ("Refugee Convention"), the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 2225 U.N.T.S. 209, the *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 2241 U.N.T.S. 480 ("Smuggling Protocol"), and the *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 2237 U.N.T.S. 319.

[42] The *Refugee Convention* reflects humanitarian concerns. It provides that states must not impose penalties for illegal entry on refugees who come directly from territories in which their lives or freedom are threatened and who are present on the territory of the foreign state without authorization, "provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence": art. 31(1).

les interprétations inconciliables avec celles-ci. Les tribunaux doivent également interpréter la loi d'une manière qui reflète les valeurs et les principes du droit international coutumier et conventionnel (*R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 53; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281, par. 34). L'article 3 de la *LIPR* exige en outre que l'interprétation de cette loi ait pour effet de respecter les obligations internationales du Canada, notamment les « instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire » (al. 3(3)f); voir également l'al. 3(2)b)). Les instruments internationaux pertinents auxquels le Canada est partie devraient donc faire la lumière sur l'intention du législateur lorsqu'il a adopté l'art. 117 de la *LIPR*.

[41] Les dispositions de la *LIPR* qui concernent la lutte contre l'aide à l'entrée non autorisée au Canada font écho aux engagements internationaux que le Canada a pris à cet égard en adhérant à la *Convention relative au statut des réfugiés*, 189 R.T.N.U. 150 (« *Convention relative aux réfugiés* »), la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 2225 R.T.N.U. 209, le *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 2241 R.T.N.U. 480 (« *Protocole contre le trafic illicite* »), et le *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, 2237 R.T.N.U. 319.

[42] La *Convention relative aux réfugiés* répond à des préoccupations d'ordre humanitaire. Elle précise que les États ne doivent pas appliquer de sanctions pénales, du fait de leur entrée irrégulière, aux réfugiés qui arrivent directement d'un territoire où leur vie ou leur liberté est menacée et qui se trouvent sur leur territoire sans autorisation, « sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières » (par. 31(1)).

[43] Consistent with this, s. 133 of the *IRPA* provides that foreign nationals who enter Canada without documents cannot be charged with illegal entry or presence while their refugee claims are pending. As I explain in *B010*, art. 31(1) of the *Refugee Convention* seeks to provide immunity for genuine refugees who enter illegally in order to seek refuge. For that protection to be effective, the law must recognize that persons often seek refuge in groups and work together to enter a country illegally. To comply with art. 31(1), a state cannot impose a criminal sanction on refugees solely because they have aided others to enter illegally in their collective flight to safety.

[44] The *Smuggling Protocol* is concerned with stopping the organized crime of people smuggling. It seeks to prevent and combat the smuggling of migrants and to promote cooperation among states to this end, while protecting the rights of smuggled migrants: art. 2. Article 6(1)(a) requires signatory states to adopt measures to establish migrant smuggling as a criminal offence. The *Smuggling Protocol* includes as a minimum definition for this offence, procuring illegal entry of a person into a state of which the person is not a national or a permanent resident, “in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit”: art. 3(a). As I explain in *B010*, the *Smuggling Protocol* was not directed at family members or humanitarians: paras. 60 and 68. Furthermore, while the *Smuggling Protocol* permits subscribing states to enact national laws criminalizing migration-related offences, it includes a “saving clause” that provides that nothing in the *Smuggling Protocol* “shall affect the other rights, obligations and responsibilities of States and individuals under international law, including international humanitarian law and international human rights law”: art. 19(1). It would depart from the balance struck in the *Smuggling Protocol* to allow prosecution for mutual assistance among refugees, family support and reunification, and humanitarian aid. This suggests that the Crown’s broad interpretation of s. 117’s purpose is inconsistent with the

[43] Conformément à cette disposition de la Convention, l’art. 133 de la *LIPR* prévoit que les sans-papiers qui entrent au Canada ne peuvent, tant qu’il n’est pas statué sur leur demande d’asile, être accusés d’entrée ou de présence irrégulières. Ainsi que je l’explique dans l’arrêt *B010*, le par. 31(1) de la *Convention relative aux réfugiés* cherche à protéger les véritables réfugiés qui entrent illégalement au pays pour y demander l’asile. Pour qu’ils soient effectivement protégés, il faut que la loi reconnaisse que souvent les demandeurs d’asile se regroupent et s’entraident pour entrer illégalement dans un pays. L’État qui respecte le par. 31(1) ne peut infliger de sanctions pénales aux demandeurs d’asile simplement parce qu’ils en ont aidé d’autres à entrer illégalement dans un pays au cours de leur fuite collective vers la sécurité.

[44] Le *Protocole contre le trafic illicite* vise à mettre fin à la criminalité organisée dans le passage de clandestins. Il cherche à la prévenir et à la combattre, ainsi qu’à favoriser la coopération entre les États à cette fin, tout en protégeant les droits des migrants qui sont l’objet d’un tel trafic (art. 2). L’alinéa 6(1)a) exige que les États signataires adoptent des mesures pour conférer le caractère d’infraction pénale au trafic illicite de migrants. Le *Protocole contre le trafic illicite* prévoit minimale-ment que cette infraction consiste à assurer l’entrée illégale dans un État d’une personne qui n’est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État « afin d’en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel » (al. 3a)). J’explique dans l’arrêt *B010* que le *Protocole contre le trafic illicite* ne vise pas les activités de membres d’une famille ou de travailleurs humanitaires (par. 60 et 68). Par ailleurs, bien que le *Protocole contre le trafic illicite* permette aux États signataires d’adopter des lois nationales qui criminalisent les infractions liées à la migration, il prévoit une « clause de sauvegarde » selon laquelle aucune de ses dispositions « n’a incidences sur les autres droits, obligations et responsabilités des États et des particuliers en vertu du droit international, y compris du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l’homme » (par. 19(1)). En permettant que soient

Smuggling Protocol's object of protecting the rights of smuggled migrants.

intentées des poursuites visant des actes d'assistance mutuelle entre demandeurs d'asile, des actes d'entraide familiale et de réunification des familles ou encore des actes d'aide humanitaire, on romprait l'équilibre établi par le *Protocole contre le trafic illicite*. Ainsi, on peut penser que l'interprétation libérale de l'objet de l'art. 117 avancée par le ministère public est inconciliable avec l'objet du *Protocole contre le trafic illicite*, qui est de protéger les droits des migrants objet de trafic illicite.

[45] In dealing with conflicting statements of the legislative objects of a statute, the way forward lies in an interpretation which harmonizes obligations in the international instruments to which Canada is a party in a way that avoids conflict and gives expression to each of the various commitments. I conclude that read together in this way, Canada's international commitments support the view that the purpose of s. 117 is to permit the robust fight against people smuggling in the context of organized crime. This excludes criminalizing conduct that amounts solely to humanitarian, mutual or family aid.

[45] Lorsque les tribunaux doivent examiner des énoncés contradictoires quant à l'objet d'une loi, la solution consiste dans une interprétation de cette dernière qui s'harmonise avec les obligations prévues dans les instruments internationaux auxquels le Canada est partie afin d'éviter les conflits et de donner effet à chacun des différents engagements. À mon avis, il ressort des engagements internationaux du Canada, dont l'interprétation éclaire celle de la loi, que l'objet de l'art. 117 est de lutter vigoureusement contre le passage de clandestins dans le contexte de la criminalité organisée, et non de criminaliser les actes qui constituent uniquement de l'aide humanitaire, de l'assistance mutuelle ou de l'entraide familiale.

(iii) The Role of Section 117 Within the IRPA

(iii) Le rôle de l'art. 117 dans la LIPR

[46] Section 117 of the *IRPA* must also be read harmoniously with other provisions of the statute.

[46] L'article 117 de la *LIPR* doit en outre s'harmoniser avec les autres dispositions de la loi.

[47] Section 117 of the *IRPA* falls under Part 3 of the *IRPA*, entitled "Enforcement". Section 117 of the *IRPA* and the provisions that follow it fall under the subheading "Human Smuggling and Trafficking". Section 118 creates the offence of human trafficking, leaving s. 117, as noted, to constitute the offence of human smuggling. The only other references in the *IRPA* to smuggling or trafficking are contained in s. 37(1)(b), which renders inadmissible to Canada a person who has engaged in smuggling or trafficking in persons.

[47] Il figure à la partie 3 de la *LIPR*, intitulée « Exécution ». L'article 117 et les dispositions suivantes paraissent sous la rubrique « Organisation d'entrée illégale au Canada ». Étant donné que l'art. 118 crée l'infraction de trafic de personnes, il s'ensuit, comme je l'ai expliqué précédemment, que l'art. 117 crée l'infraction de passage de clandestins. La seule autre mention dans la *LIPR* du passage de clandestins ou du trafic de personnes figure à l'al. 37(1)b), lequel interdit de territoire au Canada quiconque se livre à l'une ou l'autre de ces activités.

[48] As explained in *B010*, the conduct captured by s. 37(1)(b) is that which is set out in the *Smuggling Protocol*. In that context, people smuggling

[48] Ainsi que je l'explique dans l'arrêt *B010*, la conduite visée par l'al. 37(1)b) est celle que prévoyait le *Protocole contre le trafic illicite*. Dans ce

only occurs for “financial or other material benefit” and “in the context of transnational crime”. Reading the inadmissibility and enforcement provisions of the *IRPA* harmoniously and as part of an integrated scheme therefore supports the view that the purpose of s. 117 is to penalize organizing or abetting illegal entry to Canada through acts knowingly connected to and furthering transnational organized crimes or criminal aims, to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit. This excludes humanitarian, mutual or family assistance.

(iv) Statements of Legislative Purpose

[49] The first, “most direct and authoritative evidence” of the legislative purpose of a provision is found in statements of purpose in the legislation itself — whether at the beginning of a statute, in the section in which a provision is found, or in sections providing interpretive guidelines: Sullivan, at pp. 274-76.

[50] In *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431, at paras. 29-30, this Court held that the *Refugee Convention* has the broad general aim of providing humanitarian refuge for those fleeing persecution while recognizing the need to protect states’ borders.

[51] As discussed in *B010*, the object provisions of the *IRPA* establish that both of these broad goals are important to the *IRPA* as well. It follows that s. 117 should be interpreted in a balanced way that respects both the security concerns as well as the humanitarian aims of the *IRPA*. An interpretation of s. 117 that catches all acts of assistance to undocumented migrants arguably allows security concerns to trump the humanitarian aims of the *IRPA*.

[52] The Crown’s view that the purpose of s. 117 is to catch all acts of assistance to undocumented

contexte, il y a passage de clandestins seulement lorsqu’« un avantage financier ou un autre avantage matériel » est obtenu « dans le cadre de la criminalité transnationale ». En interprétant les dispositions de la *LIPR* relatives à l’inadmissibilité et à l’exécution harmonieusement et en tenant compte du fait qu’elles s’inscrivent dans un régime intégré, on peut conclure que l’objet de l’art. 117 est de sanctionner quiconque organise l’entrée illégale de personnes au Canada ou les encourage à y entrer illégalement par des actes qu’il ou elle sait liés à la criminalité transnationale organisée ou dans un but criminel ou favorisant de telles activités en vue d’en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel. Ne sont pas visés les actes d’aide humanitaire, d’assistance mutuelle ou d’entraide familiale.

(iv) Les énoncés de l’objet de la loi

[49] La [TRADUCTION] « preuve la plus directe et la plus digne de foi » de l’objet d’une disposition législative se trouve dans l’énoncé même de cet objet, placé soit au début de la loi, soit dans la partie où s’insère la disposition, soit dans les parties qui fournissent des directives interprétatives (Sullivan, p. 274-276).

[50] Dans l’arrêt *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431, par. 29-30, la Cour conclut que la *Convention relative aux réfugiés* poursuit l’objectif général d’ordre humanitaire d’accorder l’asile à ceux qui fuient la persécution, tout en reconnaissant le besoin des États de protéger leurs frontières.

[51] Comme je le précise dans l’arrêt *B010*, les dispositions énonçant les objets de la *LIPR* établissent que ces deux grands objectifs sont importants aussi dans la *LIPR*. Il s’ensuit que l’art. 117 devrait recevoir une interprétation équilibrée tenant compte tant des préoccupations liées à la sécurité que des objectifs humanitaires de la *LIPR*. Or, si l’interprétation de l’art. 117 permettait qu’il vise toute forme d’aide à des sans-papiers, les premières l’emporteraient alors sur les seconds.

[52] Le point de vue du ministère public selon lequel l’art. 117 vise toute forme d’aide apportée à

migrants relies heavily on the fact that among the purposes of the *IRPA* is to control Canada's borders to prevent migrants from entering the country illegally, for reasons of security, health and safety. To be sure, this is an important goal of the *IRPA*. It is reflected in the s. 3(2)(h) objective "to promote international justice and security by denying access to Canadian territory to persons, including refugee claimants, who are security risks or serious criminals": see also s. 3(1)(i). It is likewise evinced by the aim "to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society": s. 3(2)(g); see also s. 3(1)(h).

[53] A concern with security is also reflected in the specific legislative objects of *An Act to amend the Immigration Act and the Criminal Code in consequence thereof*, R.S.C. 1985, c. 29 (4th Supp.), the statute which enacted what later became s. 117 of the *IRPA* (the "1988 amendments"):

1. The *Immigration Act* is amended by adding thereto, immediately after section 2 thereof, the following heading and section:

Purposes of Amendments

2.1 . . .

(a) to preserve for persons in genuine need of protection access to the procedures for determining refugee claims;

(b) to control widespread abuse of the procedures for determining refugee claims, particularly in light of organized incidents involving large-scale introduction of persons into Canada to take advantage of those procedures;

(c) to deter those who assist in the illegal entry of persons into Canada and thereby minimize the exploitation of and risks to persons seeking to come to Canada; and

(d) to respond to security concerns, including the fulfilment of Canada's obligations in respect of internationally protected persons.

des sans-papiers se fonde largement sur le fait que l'un des objets de la *LIPR* se rapporte au contrôle frontalier visant à empêcher l'entrée illégale de clandestins au Canada, pour des raisons de sécurité et de santé. Certes, il s'agit d'un objet important de la *LIPR*, énoncé à l'al. 3(2)h), soit de « promouvoir, à l'échelle internationale, la sécurité et la justice par l'interdiction du territoire aux personnes et demandeurs d'asile qui sont de grands criminels ou constituent un danger pour la sécurité » (voir aussi l'al. 3(1)i)). Il se trouve également dans l'objet qui consiste à « protéger la santé des Canadiens et [à] garantir leur sécurité » (al. 3(2)g); voir aussi l'al. 3(1)h).

[53] Une préoccupation en matière de sécurité ressort en outre des objets exprès de la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et apportant des modifications corrélatives au Code criminel*, L.R.C. 1985, c. 29 (4^e suppl.), laquelle a créé la disposition qui est devenue l'art. 117 de la *LIPR* (les « modifications de 1988 ») :

1. La *Loi sur l'immigration* est modifiée par insertion, après l'article 2, de ce qui suit :

Objet des modifications

2.1 . . .

a) de préserver pour les personnes qui ont véritablement besoin de protection l'accès à la procédure de détermination des revendications du statut de réfugié;

b) de contrôler les fréquents abus de la procédure de détermination des revendications du statut de réfugié en raison notamment d'incidents délibérés impliquant l'introduction à grande échelle au Canada de personnes cherchant à se prévaloir de cette procédure;

c) de décourager ceux qui aident à l'introduction illégale de personnes au Canada afin de minimiser l'exploitation des personnes désireuses d'entrer au Canada et les risques qu'elles courent;

d) de répondre aux préoccupations en matière de sécurité et, notamment, de remplir les obligations du Canada à l'égard des personnes jouissant de la protection internationale.

[54] The same statute, however, also recognized humanitarian commitments, including a stated objective “to preserve for persons in genuine need of protection access to the procedures for determining refugee claims” and concern for “exploitation” and risks to persons wishing to come to Canada: s. 1, adding ss. 2.1(a) and 2.1(c).

[55] The *IRPA*’s general objects further illustrate the importance of its broad humanitarian aims. Section 3(2)(c) speaks of “Canada’s humanitarian ideals”. The stated objects include “saving lives and offering protection to the displaced and persecuted” and “safe haven to persons with a well-founded fear of persecution”: ss. 3(2)(a) and 3(2)(d). Similarly, the objectives include striving to comply with “international human rights instruments to which Canada is signatory”: s. 3(3)(f); see also s. 3(2)(b).

[56] The *IRPA* also reveals a commitment to family, through stated objects of facilitating family reunification in Canada: s. 3(2)(f).

[57] In sum, while the security goals of the *IRPA* and the amendment that became s. 117 are important, they do not supplant Canada’s commitment to humanitarian aid and family unity. Both broad aims must be respected. This is accomplished by interpreting s. 117 as targeting organized smuggling operations having a criminal dimension, thereby excluding humanitarian, mutual and family aid. Under the Crown’s interpretation of s. 117, a father offering a blanket to a shivering child, or friends sharing food aboard a migrant vessel, could be subject to prosecution. This is incompatible with the refugee protection objects of the *IRPA* and the amendment that became s. 117.

[54] Or, cette même loi reconnaissait aussi les engagements d’ordre humanitaire, dont l’objet « de préserver pour les personnes qui ont véritablement besoin de protection l’accès à la procédure de détermination des revendications du statut de réfugié », et les préoccupations liées à « l’exploitation » des personnes désireuses d’entrer au Canada et des risques courus par celles-ci (l’art. 1 à ajouté les al. 2.1a) et c)).

[55] Les objets généraux de la *LIPR* révèlent également l’importance accordée à ses grands principes humanitaires. L’alinéa 3(2)c) fait état des « idéaux humanitaires du Canada ». Les énoncés parlent notamment de « sauver des vies et [de] protéger les personnes de la persécution », d’offrir « l’asile à ceux qui craignent avec raison d’être persécutés » (al. 3(2)a) et d)) et de voir à se conformer aux « instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire » (al. 3(3)f); voir également l’al. 3(2)b)).

[56] La *LIPR* révèle en outre un engagement envers la famille, car faciliter la réunification des familles au Canada compte au nombre de ses objets énoncés (al. 3(2)f)).

[57] Pour résumer, même si les objets en matière de sécurité de la *LIPR* et de la modification qui deviendra l’art. 117 important, ils ne supplantent pas l’engagement du Canada à l’égard de l’aide humanitaire et de la réunification des familles. Ces deux objectifs généraux doivent être respectés. Pour ce faire, il faut donner à l’art. 117 une interprétation qui fait entrer dans son champ d’application le passage de clandestins lié à la criminalité organisée, mais en exclut les actes d’aide humanitaire, d’assistance mutuelle ou d’entraide familiale. Suivant l’interprétation du ministère public, le père qui entoure son enfant grelottant d’une couverture ou des amis qui partagent de la nourriture à bord d’un navire transportant des clandestins pourraient être poursuivis. Un tel résultat est inconciliable avec les objets en matière de protection des réfugiés de la *LIPR* et de la modification qui deviendra l’art. 117.

(v) The Legislative Evolution of Section 117

[58] The legislative history of a provision may assist in determining its purpose: Sullivan, at pp. 286-87.

[59] Canada has had laws criminalizing the assisting of undocumented migrants to enter the country since 1902. Early incarnations of the offence were focused on organizing illegal arrival by rail or ship, with little concern for the plight of the migrants, who were typically expelled: *An Act to amend the Immigration Act*, S.C. 1902, c. 14, s. 2; *Immigration Act*, R.S.C. 1906, c. 93, ss. 65 and 66.

[60] In 1919, s. 12(4) of *An Act to amend The Immigration Act*, S.C. 1919, c. 25, made it an offence to transport into Canada, harbour or conceal the entry of prohibited immigrants. The provision was a summary conviction offence, with a maximum penalty of six months imprisonment and/or fines. Broadly similar offences were preserved in the 1952 and 1976 iterations of the *Immigration Act*.

[61] In 1988, “in light of organized incidents involving large-scale introduction of persons into Canada”, amendments introduced a new offence which, with minor changes, is the offence currently found in s. 117 of the *IRPA*: s. 1 of the 1988 amendments, adding s. 2.1(b). It criminalized third party assistance to undocumented migrants. In so doing, it established maximum penalties where the number of undocumented entrants was small: six months’ imprisonment and/or \$2,000 fines on summary conviction, and five years’ imprisonment and/or \$10,000 fines on indictment. By contrast, where the undocumented entrants numbered 10 or more, proceedings were exclusively by indictment, and the maximum penalty was 10 years’ imprisonment and/or fines up to \$500,000: s. 9 of the 1988 amendments, adding ss. 94.1 and 94.2. Thus, at the inception of what would become s. 117, greater culpability already attached to large-scale breaches, reflecting greater organizational activity on the part of the accused or others with whom

(v) L’évolution législative de l’art. 117

[58] L’historique législatif d’une disposition peut être utile lorsqu’il s’agit d’arrêter son objet (Sullivan, p. 286-287).

[59] Depuis 1902, le Canada a adopté des lois qui criminalisent le fait d’aider des sans-papiers à entrer au Canada. Les premières versions de l’infraction concernaient surtout l’organisation d’arrivées illégales, par train ou par navire, et ne s’attachaient guère au sort des migrants, qui étaient généralement expulsés (*Acte modifiant l’Acte d’immigration*, S.C. 1902, c. 14, art. 2; *Loi de l’immigration*, S.R.C. 1906, c. 93, art. 65 et 66).

[60] En 1919, aux termes du par. 12(4) de la *Loi modifiant la Loi de l’Immigration*, S.C. 1919, c. 25, quiconque débarquait au Canada ou hébergeait tout immigrant à qui l’entrée était interdite ou en dissimulait l’entrée au Canada commettait une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et assortie d’une peine maximale de six mois d’emprisonnement, d’une amende ou des deux. Des infractions largement similaires ont été reprises dans les versions de 1952 et de 1976 de la loi régissant l’immigration.

[61] En 1988, « en raison [...] d’incidents délinquants impliquant l’introduction à grande échelle au Canada de personnes », des modifications apportées à la loi ont créé une nouvelle infraction qui, sauf pour quelques changements mineurs, constitue l’infraction que prévoit actuellement l’art. 117 de la *LIPR* (l’art. 1 des modifications de 1988 a ajouté l’al. 2.1b)). Cette disposition criminalisait l’aide fournie par des tiers à des sans-papiers. Elle prévoyait des peines maximales dans les cas où les sans-papiers étaient peu nombreux : un emprisonnement de six mois et une amende de 2 000 \$ ou l’une de ces peines, par procédure sommaire, et un emprisonnement de cinq ans et une amende de 10 000 \$ ou l’une de ces peines, par mise en accusation. Par comparaison, dans les cas où le nombre de sans-papiers était de 10 ou plus, les poursuites devaient obligatoirement être intentées par mise en accusation, et la peine maximale prévue était un emprisonnement de 10 ans et une amende d’au plus 500 000 \$ ou l’une de ces peines (l’art. 9 des

the accused acted in concert. The offence created in 1988 also included a new screening mechanism: no proceedings could be instituted under ss. 94.1 or 94.2 without the consent of the Attorney General (s. 9 of the 1988 amendments, adding s. 94.3).

[62] The current s. 117 was part of a new comprehensive statute dealing with immigration and refugee protection, the *IRPA*, enacted in 2001. The offence remained substantially the same as previously, preserving the differing penalties based on scale, and the charge-screening mechanism. However, maximum penalties were significantly increased, while another provision was added to guide sentencing under the offence. Section 121 provided that in determining the penalty to be imposed under s. 117, the court was to take into account (1) bodily harm or death to the migrant; (2) association with a criminal organization; (3) profit from the operation; and (4) harm to or degrading treatment of the migrants. These changes came on the heels of the adoption of the *Smuggling Protocol*, which obliged state parties to criminalize the smuggling of migrants done for financial or other material benefit and to adopt legislative measures to establish aggravating circumstances such as harm to and degrading treatment of migrants: arts. 6(1) and 6(3). The second factor in s. 121 reflected a more significant link between the offensive conduct and organized crime. The first and fourth factors recognized more serious crime. The third factor may be an indicator of either or both.

[63] From this brief survey of the historical evolution of prohibitions on assisting the entry to Canada of undocumented people, I draw the following conclusions: (a) the prohibitions have, for over a century, focused on smuggling activity tied to

modifications de 1988 a ajouté les art. 94.1 et 94.2). Par conséquent, au moment de la création de la disposition qui allait devenir l'art. 117, des peines alourdies s'appliquaient déjà à la perpétration à grande échelle, en phase avec des activités démontrant un niveau élevé d'organisation de la part de l'accusé ou des personnes qui agissaient de concert avec lui. L'infraction créée en 1988 comportait également un nouveau mécanisme de filtrage, qui subordonnait au consentement du procureur général toute poursuite intentée à l'égard d'une infraction prévue aux art. 94.1 ou 94.2 (l'art. 9 des modifications de 1988 a ajouté l'art. 94.3).

[62] L'actuel art. 117 a été intégré à une nouvelle loi générale régissant l'immigration et la protection des réfugiés — la *LIPR* —, adoptée en 2001. L'infraction est essentiellement demeurée la même, et la disposition qui la prévoit maintient le barème des peines ainsi que le mécanisme de filtrage pré-inculpation. Cependant, la sévérité des sanctions maximales a été considérablement haussée, et une nouvelle disposition sur la détermination de la peine a été adoptée. Aux termes de l'art. 121, au moment de déterminer la peine visée à l'art. 117, le tribunal devait tenir compte des éléments suivants : (1) infliction de blessures ou mort; (2) association avec une organisation criminelle; (3) profit tiré de l'opération; (4) infliction de blessures ou traitement dégradant des clandestins. Ces modifications sont survenues après l'adoption du *Protocole contre le trafic illicite*, lequel oblige les États parties à criminaliser le trafic illicite de migrants commis pour un avantage financier ou un autre avantage matériel et à prévoir expressément dans leurs lois des circonstances aggravantes, par exemple le préjudice aux migrants ou le traitement dégradant de ceux-ci (par. 6(1) et (3)). Le deuxième élément énuméré à l'art. 121 révèle un lien étroit entre l'acte reproché et le crime organisé. Les premier et quatrième dénotent des crimes graves. Le troisième indique l'un ou l'autre ou les deux.

[63] De ce bref historique de l'évolution des dispositions prohibant le fait d'aider des sans-papiers à entrer au Canada, je tire les conclusions suivantes : a) depuis plus d'un siècle, les interdictions intéressent les activités de passage de clandestins

organizing and furthering the illegal entry, not aid merely incidental to it; (b) successive revisions to the provision have coupled increased penalties with more precise targeting of organized crime-related smuggling activity, and the 2001 revision in particular followed in the footsteps of key developments in international law; and (c) s. 117, from its inception in 1988 and as continued and revised by the *IRPA* in 2001, provided a filter to screen out assistance not associated with organized criminal smuggling, namely innocent humanitarian acts, mutual aid and assistance to family members.

(vi) The Parliamentary Debates

[64] Statements made in the legislature leading up to the enactment of a provision may supply evidence of its purpose: Sullivan, at p. 277; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 37; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at para. 25; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 45; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, at para. 17.

[65] The parliamentary debates establish that the original enactment of the offence in 1988 was motivated by incidents of organized large-scale smuggling of undocumented migrants by sea. Concerns were expressed in the debates about protecting the health, safety and security of Canadians and Canadian society, the integrity and efficacy of Canada's lawful immigration and refugee regimes, and Canada's ability to control its borders and the domestic and international interests tied to them. Concerns were also expressed about the safety and protection of genuine refugees, and not subjecting humanitarian groups to prosecution. Then-Minister Benoît Bouchard summarized Parliament's purpose as follows in the Committee meetings of August 25, 1987:

liées à l'organisation et au soutien de l'entrée illégale, et non simplement l'aide accessoire à celle-ci; b) les modifications successives de la disposition ont à la fois alourdi les peines et précisé son champ d'application — le passage de clandestins lié au crime organisé —, plus particulièrement la modification de 2001, qui a traduit une importante évolution en droit international; c) l'art. 117, depuis sa création en 1988 jusqu'à sa modification en 2001 dans la *LIPR*, prévoit un mécanisme de filtrage qui empêche que soit criminalisée l'aide qui n'est pas associée au passage de clandestins lié au crime organisé, c'est-à-dire des actes innocents d'aide humanitaire, d'assistance mutuelle ou d'entraide familiale.

(vi) Les débats parlementaires

[64] Les déclarations faites dans le cadre d'une assemblée législative avant l'adoption d'une disposition peuvent permettre d'établir l'objet de cette dernière (Sullivan, p. 277; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 37; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 25; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 45; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, par. 17).

[65] Selon les débats parlementaires, la promulgation initiale, en 1988, de la disposition créant l'infraction était motivée par des incidents de passage organisé à grande échelle de sans-papiers au Canada par voie maritime. Les débats ont porté sur la nécessité de protéger la santé et la sécurité des Canadiens et de la société canadienne, l'intégrité et l'efficacité des processus légitimes d'immigration et d'asile et la capacité du Canada de contrôler ses frontières ainsi que les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international qui s'y rattachent. Des préoccupations ont également été exprimées à propos de la sécurité et de la protection des véritables réfugiés ainsi que du risque que des groupes humanitaires soient exposés à des poursuites. Le ministre de l'époque, Benoît Bouchard, a résumé en ces termes l'intention du législateur lors de la réunion du comité du 25 août 1987 :

We are going to put a stop to the large-scale trafficking of illegal migrants by smugglers. There has been much discussion about amending these sections of the bill. We have all pressed lawyers and legislative drafters to consider alternatives to the current wording. We looked at phrases such as religious group, profit, reward, smuggle and clandestine entry, but every possibility creates loopholes and undermines our ability to prosecute the unscrupulous. We cannot let such individuals escape sanction by adding phrases which create insurmountable problems of proof and create gaps through which the unscrupulous would march.

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-84*, No. 9, 2nd Sess., 33rd Parl., at p. 24)

[66] It thus emerges from the 1987 debates that the reason s. 117(1) of the *IRPA* permits prosecution of those providing humanitarian assistance to fleeing refugees or assistance to close family members is not because Parliament wanted to capture such persons, but because of a drafting dilemma — it was feared that a categorical approach to exceptions would inadequately respond to the multifaceted and complex nature of real-life smuggling cases. Parliament agreed that those offering humanitarian assistance and mutual aid were not meant to be prosecuted under s. 117 of the *IRPA*. However, instead of legislatively exempting such people from potential criminal liability, it sought to screen them out at the prosecution stage by requiring the Attorney General's consent to prosecute.

[67] The debates on the enactment of the *IRPA* in 2001 echo these preoccupations. Again, members of Parliament expressed concerns that s. 117 might criminalize people who assist family members to come to Canada or people who provide humanitarian aid to asylum-seekers. The government's response was that these fears were misplaced because they focused exclusively on s. 117(1) and

Ces mesures nous permettront de mettre un terme aux activités de ceux qui amènent de nombreux immigrants clandestins au Canada. La possibilité d'amender ces articles a été longuement discutée. Nous avons tous insisté auprès des avocats et des rédacteurs de loi pour qu'ils essaient de trouver un autre libellé. Nous nous sommes aussi penchés sur les termes tels que groupe confessionnel, profit, récompense, fraude ou entrée clandestine. Mais chaque tentative de changement réduisait notre capacité de poursuivre les gens sans scrupule. Nous ne pouvons permettre à ces individus d'échapper aux sanctions en ajoutant des termes qui créeraient des problèmes insurmontables quand viendrait le temps d'établir des preuves et qui constitueraient des échappatoires pour les gens sans scrupule.

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-84*, n° 9, 2^e sess., 33^e lég., p. 24)

[66] Par conséquent, il ressort des débats de 1987 que le par. 117(1) de la *LIPR* permet de poursuivre des personnes qui fournissent de l'aide humanitaire aux demandeurs d'asile fuyant la persécution ou qui prêtent assistance à des parents proches, non pas parce que le législateur voulait que ces personnes soient visées, mais en raison d'un dilemme relatif au libellé : on craignait qu'une exception fondée sur une certaine catégorie de personnes ne convienne pas compte tenu de la nature multidimensionnelle et complexe des activités réelles de passage de clandestins. Le législateur a reconnu que les personnes qui fournissent de l'aide humanitaire et celles qui s'entraident n'étaient pas censées être poursuivies en vertu de l'art. 117 de la *LIPR*. Toutefois, au lieu de soustraire à la responsabilité criminelle ces personnes par voie législative, le législateur a prévu les écarter à l'étape de la poursuite en subordonnant toute poursuite au consentement du procureur général.

[67] Les débats ayant précédé l'adoption de la *LIPR* en 2001 évoquent ces préoccupations. Là encore, les députés craignaient que l'art. 117 incrimine les personnes qui aident des membres de leur famille à entrer au Canada ou celles qui fournissent de l'aide humanitaire aux demandeurs d'asile. Le gouvernement a répondu que ces craintes n'étaient pas fondées parce qu'elles concernaient exclusivement le

overlooked s. 117(4) which was expected to prevent these and other unintended prosecutions. The following excerpts from the parliamentary debates summarize those discussions:

Mr. John McCallum: . . . we heard a fair amount of testimony in our hearings from people doing humanitarian work, reverends and saintly people, if you will, and the last people in the world we would want to prosecute. Yet, if you read that literally, it looks like some of these people who are helping refugees could be prosecuted. Or if my sister is in a bad country and I help her, it looks like I can be prosecuted. How does that work?

Mr. Daniel Therrien [General Counsel]: The protection against such prosecutions is in subclause 117(4), which provides that no prosecution under the smuggling provision can occur without the consent of the Attorney General

. . . .

Ms. Joan Atkinson [Assistant Deputy Minister]: . . . Subclause 117(4) is what's in the current act. . . . It is in place . . . in the current act, and as Daniel has said, there has been no prosecution of anyone who was involved in trying to help refugees come to Canada. That is the safeguard. All the circumstances will be reviewed by the Attorney General to put in humanitarian considerations without defining what that means [otherwise] you don't have the flexibility you need . . . to be able to consider all the individual circumstances in a case before any decision is taken to prosecute.

(House of Commons, Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, No. 27, 1st Sess., 37th Parl., May 17, 2001 (online), at 10:35)

[68] These excerpts from the parliamentary debates make it clear that Parliament understood that s. 117(1) criminalized assistance to family members and humanitarian assistance, and was relying on ministerial discretion to prevent prosecution. General Counsel Therrien and Assistant Deputy Minister Atkinson did not deny that s. 117 caught these cases, but defended this overreach far beyond

par. 117(1) et ne tenaient pas compte du par. 117(4) qui visait à prévenir ce type de poursuites et toute autre poursuite non désirée. L'extrait suivant des débats parlementaires résume bien ces discussions :

M. John McCallum : . . . nous avons, dans le cadre de nos audiences, entendu de nombreux témoignages de personnes qui se consacrent à du travail humanitaire, des religieux et des personnes pleines de bonté, si vous voulez, et ce sont les dernières personnes que nous voudrions jamais poursuivre. Or, si vous lisez attentivement le texte, il semble, littéralement, que certaines de ces personnes qui aident les réfugiés pourraient se faire poursuivre. Ou encore, si ma sœur se trouve dans un mauvais pays et que je lui viens en aide, j'ai bien l'impression que je pourrais, moi, être poursuivi. Comment cela fonctionne-t-il?

M. Daniel Therrien [avocat général] : La protection contre ce genre de poursuites est explicitée au paragraphe 117(4), qui prévoit qu'aucune poursuite pour une infraction de trafic de personnes ne peut être engagée sans le consentement du procureur général . . .

. . . .

M^{me} Joan Atkinson [sous-ministre adjointe] : . . . Le paragraphe 117(4) correspond à ce qui est déjà dans la loi. [. . .] [Il s'agit d'une mesure] en place [. . .] dans l'actuelle loi et, comme l'a dit Daniel, on n'a jamais poursuivi qui que ce soit pour avoir essayé d'aider des réfugiés à venir au Canada. C'est là la garantie. Toutes les circonstances doivent être examinées par le procureur général, qui devra se pencher sur les considérations humanitaires sans qu'on les définisse. Cela veut dire que le procureur général dispose de toute la marge de manœuvre voulue pour être en mesure d'examiner les circonstances au cas par cas, avant toute décision de poursuivre.

(Chambre des communes, Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, *Témoignages*, n° 27, 1^{re} sess., 37^e lég., 17 mai 2001 (en ligne), 10 h 35)

[68] Ces extraits des débats parlementaires démontrent clairement que le législateur savait que le par. 117(1) criminalisait l'aide humanitaire et l'assistance fournie par une personne à des membres de sa famille, et qu'il comptait sur le pouvoir discrétionnaire du ministre pour éviter les poursuites dans ces cas. L'avocat général, M^e Therrien, et la sous-ministre adjointe, M^{me} Atkinson, n'ont pas nié

any reasonable definition of the targeted smuggling activity on the basis that the Attorney General's permission under s. 117(4) would be an adequate "safeguard" against inappropriate prosecutions.

[69] In sum, we may fairly infer the following from the debate surrounding the adoption of s. 117 of the *IRPA*: From the beginning, the government conceded that the words of s. 117(1) had been cast broadly enough to catch family and humanitarian assistance to undocumented migrants. At the same time, the government made it clear that s. 117 was not intended to catch persons aiding family members or providing humanitarian or mutual aid. The risk would be alleviated, or so the government asserted, by the requirement that the Attorney General authorize prosecutions under s. 117(4) of the *IRPA*.

(vii) Conclusion on the Purpose of Section 117 of the *IRPA*

[70] The foregoing considerations establish that the purpose of s. 117 is to criminalize the smuggling of people into Canada in the context of organized crime, and does not extend to permitting prosecution for simply assisting family or providing humanitarian or mutual aid to undocumented entrants to Canada. A broad punitive goal that would prosecute persons with no connection to and no furtherance of organized crime is not consistent with Parliament's purpose as evinced by the text of s. 117 read together with Canada's international commitments, s. 117's role within the *IRPA*, the *IRPA*'s objects, the history of s. 117, and the parliamentary debates.

(b) *The Scope of Section 117 of the IRPA*

[71] I now turn to the scope of s. 117 of the *IRPA* to see whether it "goes too far and interferes with

que ces cas tombaient sous le coup de l'art. 117, mais ils ont justifié la portée excessive de cette disposition, débordant toute définition raisonnable de l'infraction ciblée de passage de clandestins, en disant que le consentement du procureur général exigé par le par. 117(4) constituerait une « garantie » suffisante contre les poursuites injustifiées.

[69] Bref, nous pouvons légitimement inférer ce qui suit du débat ayant précédé l'adoption de l'art. 117 de la *LIPR* : dès le départ, le gouvernement a reconnu que le par. 117(1) avait été formulé de manière suffisamment large pour criminaliser l'aide fournie à des sans-papiers par des membres de leur famille et des travailleurs humanitaires. Or, il a clairement indiqué que son intention n'était pas de faire tomber sous le coup de l'art. 117 les personnes qui assistent des membres de leur famille, celles qui fournissent de l'aide humanitaire ou celles qui s'assistent mutuellement. Selon le gouvernement, le risque était atténué par l'exigence subordonnant toute poursuite à l'autorisation du procureur général, prévue au par. 117(4) de la *LIPR*.

(vii) Conclusion sur l'objet de l'art. 117 de la *LIPR*

[70] Ces considérations démontrent que l'art. 117 a pour objet de criminaliser le passage de clandestins au Canada lié à la criminalité organisée, et non des actes constituant simplement de l'entraide familiale, de l'assistance mutuelle entre sans-papiers qui entrent au Canada ou encore de l'aide humanitaire à de telles personnes. Un objectif punitif général qui permettrait que soient poursuivies des personnes qui sont dépourvues de lien avec le crime organisé et ne font rien pour favoriser le crime organisé est contredit par l'intention du législateur qui se dégage du libellé de l'art. 117, interprétée à la lumière des engagements internationaux du Canada, du rôle de l'art. 117 au sein de la *LIPR*, des objets de la *LIPR*, de l'historique de l'art. 117 et des débats parlementaires.

b) *La portée de l'art. 117 de la LIPR*

[71] J'examine maintenant la portée de l'art. 117 de la *LIPR* afin de vérifier s'il « va trop loin et

some conduct that bears no connection to its objective”: *Bedford*, at para. 101.

[72] The scope of s. 117(1) is plain. The provision admits of no ambiguity. Parliament itself understood when it enacted s. 117 that the provision’s reach exceeded its purpose by catching those who provide humanitarian, mutual and family assistance to asylum-seekers coming to Canada, but argued that this overbreadth was not a problem because the Attorney General would not permit the prosecution of such people. We cannot avoid the overbreadth problem by interpreting s. 117(1) as not permitting prosecution of persons providing humanitarian, mutual or family assistance. Such an interpretation would require the Court to ignore the ordinary meaning of the words of s. 117(1), which unambiguously make it an offence to “organize, induce, aid or abet” the undocumented entry. To adopt this suggestion would violate the rule of statutory interpretation that the meaning of the words of the provision should be read in their “grammatical and ordinary sense”: Sullivan, at p. 28. It would also require us to ignore statements from the legislative debate record suggesting Parliament knew in advance that the provision was overbroad.

[73] I conclude that s. 117(1) appears to criminalize some conduct that bears no relation to its objective, raising the spectre that s. 117 as a whole is overbroad. The remaining question is whether the requirement under s. 117(4) that the Attorney General authorize prosecution saves s. 117 from the charge of overbreadth by effectively narrowing the scope of s. 117(1).

[74] In my view, s. 117(4) does not cure the overbreadth problem created by s. 117(1). Ministerial discretion, whether conscientiously exercised or not,

empiète sur un comportement sans lien avec son objectif » (*Bedford*, par. 101).

[72] La portée du par. 117(1) est claire. La disposition ne comporte aucune ambiguïté. Le législateur savait, lorsqu’il a promulgué l’art. 117, que la portée de cette disposition excédait son objet parce qu’elle faisait entrer dans son champ d’application les personnes qui accomplissent des actes d’aide humanitaire, d’assistance mutuelle ou d’entraide familiale en faveur de demandeurs d’asile entrant au Canada. Il a affirmé que cette portée excessive ne posait aucun problème parce que le procureur général n’autoriserait pas la poursuite de ces personnes. Or, il n’est pas possible de contourner le problème de la portée excessive en donnant au par. 117(1) une interprétation qui soustrairait de son champ d’application les personnes qui fournissent de l’aide humanitaire, s’assistent mutuellement ou aident des membres de leur famille. Une telle interprétation obligerait la Cour à faire fi du sens ordinaire des mots employés au par. 117(1), qui prévoit sans la moindre ambiguïté que commet une infraction quiconque « organise [. . .] ou incite, aide ou encourage » des sans-papiers à entrer au Canada. En faisant droit à cette proposition, nous contreviendrions à la règle d’interprétation des lois portant que les termes employés dans la disposition doivent être interprétés [TRADUCTION] « en suivant leur sens grammatical et ordinaire » (Sullivan, p. 28). Il nous faudrait également ne pas tenir compte des déclarations tenues lors des débats législatifs, qui tendaient à indiquer que le législateur savait que la disposition avait une portée excessive.

[73] Je conclus que le par. 117(1) semble criminaliser des comportements sans lien avec son objectif, ce qui pourrait indiquer, pour l’art. 117 dans son ensemble, une portée excessive. Reste à déterminer si l’exigence prévue au par. 117(4), qui subordonne toute poursuite au consentement du procureur général, permet de faire échec à une conclusion de portée excessive en restreignant effectivement la portée du par. 117(1).

[74] J’estime que le par. 117(4) ne règle pas le problème de portée excessive que crée le par. 117(1). Le pouvoir discrétionnaire du ministre, qu’il soit exercé

does not negate the fact that s. 117(1) criminalizes conduct beyond Parliament's object, and that people whom Parliament did not intend to prosecute are therefore at risk of prosecution, conviction and imprisonment. So long as the provision is on the books, and so long as it is not impossible that the Attorney General could consent to prosecute, a person who assists a family member or who provides mutual or humanitarian assistance to an asylum-seeker entering Canada faces a possibility of imprisonment. If the Attorney General were to authorize prosecution of such an individual, despite s. 117's limited purpose, nothing remains in the provision to prevent conviction and imprisonment. This possibility alone engages s. 7 of the *Charter*. Further, as this Court unanimously noted in *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 17, per Moldaver J., "prosecutorial discretion provides no answer to the breach of a constitutional duty". See also *Nur*.

[75] Implicit in the Court of Appeal's position is that the problem of humanitarian workers or family members prosecuted under s. 117 of the *IRPA* is a problem of administrative law, and that if a constitutional attack is to be made, it should be made against improper exercise of the Attorney General's duty under s. 117(4) not to prosecute such persons. I cannot agree. As noted, although the purpose of s. 117 of the *IRPA* was not to capture such persons, nothing in the provision actually enacted disallows it. As a result, an individual charged with an offence under s. 117 would have difficulty challenging the decision. Further, judicial review of such discretion is not currently available, and there are good reasons why it may not be desirable. As the Court observed in *Anderson*, judicial oversight of Crown decisions whether to prosecute puts at risk the discrete roles of different actors in our adversarial system:

consciencieusement ou non, n'empêche pas que le par. 117(1) criminalise un comportement que le législateur ne visait pas, ni que des personnes que le législateur ne voulait pas poursuivre risquent d'être poursuivies, déclarées coupables et emprisonnées. Dans la mesure où cette disposition est encore susceptible d'application, et dans la mesure où il n'est pas impossible que le procureur général consente à intenter des poursuites, les personnes qui aident un membre de leur famille, celles qui fournissent de l'aide humanitaire à un demandeur d'asile entrant au Canada ou encore les demandeurs d'asile qui s'assistent mutuellement risquent l'emprisonnement. Si le procureur général autorise qu'une telle personne soit poursuivie, en dépit de l'objet restreint de l'art. 117, la disposition ne prévoit aucune autre protection pour éviter une déclaration de culpabilité ou une peine d'emprisonnement. Cette possibilité, à elle seule, fait intervenir l'art. 7 de la *Charte*. En outre, comme la Cour le dit à l'unanimité dans l'arrêt *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, sous la plume du juge Moldaver, « le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites n'est pas la solution au manquement à une obligation constitutionnelle » (par. 17). Voir également *Nur*.

[75] Il ressort implicitement de la position de la Cour d'appel que la possibilité que des travailleurs humanitaires ou des membres d'une famille soient poursuivis en vertu de l'art. 117 de la *LIPR* est un problème de droit administratif et qu'en cas de contestation constitutionnelle, c'est l'exercice irrégulier, par le procureur général, de l'obligation qui découle du par. 117(4) de ne pas intenter de poursuites contre ces personnes qui devrait être contesté. Je ne suis pas de cet avis. Comme je le souligne précédemment, s'il est vrai que l'art. 117 de la *LIPR* n'était pas censé viser ces personnes, rien dans la disposition qui a effectivement été adoptée ne l'interdit. En conséquence, il serait difficile pour la personne accusée de l'infraction prévue à l'art. 117 de contester la décision. Qui plus est, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas susceptible de contrôle judiciaire, et ce pour de bonnes raisons. Ainsi que le fait remarquer la Cour dans l'arrêt *Anderson*, la surveillance judiciaire des décisions du ministère public d'engager ou non des poursuites brouille les rôles distincts des différents acteurs de notre système accusatoire :

There has been a long-standing and deeply engrained reluctance to permit routine judicial review of the exercise of [prosecutorial] discretion. . . . The imposition of a sweeping duty that opens up for routine judicial review all of the aforementioned decisions is contrary to our constitutional traditions. [para. 32]

[76] It may also be noted that judicial review of the Attorney General's decision to authorize prosecution under s. 117(4) may have undesirable consequences for other federal statutes in which a similar clause is present: see e.g. *Freezing Assets of Corrupt Foreign Officials Act*, S.C. 2011, c. 10; *Foreign Extraterritorial Measures Act*, R.S.C. 1985, c. F-29; *Special Economic Measures Act*, S.C. 1992, c. 17; *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24; *Geneva Conventions Act*, R.S.C. 1985, c. G-3. At this point, it suffices to note that judicial review does not answer the constitutional non-conformity of s. 117(1).

[77] I conclude that s. 117 of the *IRPA* is overbroad. The remaining issue is whether this overbreadth is justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable measure in a free and democratic society.

(2) Gross Disproportionality, Vagueness and Equality

[78] In addition to the overbreadth claim, some of the appellants assert that s. 117 offends s. 7 by depriving persons of liberty in a manner that violates the principles of fundamental justice against gross disproportionality and vagueness. They also claim that equal treatment under the law is a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7, and that s. 117 violates it. In view of my conclusion that s. 117 is overbroad, I find it unnecessary to consider these arguments.

Il existe depuis longtemps une réticence fortement enracinée à permettre le contrôle judiciaire automatique de l'exercice d[u] pouvoir discrétionnaire [en matière de poursuites]. [. . .] L'imposition d'une obligation très générale qui donne ouverture à la révision automatique de toutes les décisions susmentionnées va à l'encontre de nos traditions constitutionnelles. [par. 32]

[76] Il importe également de souligner que le contrôle judiciaire de la décision du procureur général d'autoriser une poursuite en vertu du par. 117(4) peut avoir un effet non souhaitable sur d'autres lois fédérales comportant une disposition semblable (voir, p. ex., *Loi sur le blocage des biens de dirigeants étrangers corrompus*, L.C. 2011, c. 10; *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*, L.R.C. 1985, c. F-29; *Loi sur les mesures économiques spéciales*, L.C. 1992, c. 17; *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, c. 24; *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. 1985, c. G-3). Il suffit de souligner, à ce stade-ci, que le contrôle judiciaire ne permet pas de remédier à la non-conformité constitutionnelle du par. 117(1).

[77] Je conclus que l'art. 117 de la *LIPR* a une portée excessive. La question qu'il reste à trancher est celle de savoir si la portée excessive est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte* comme étant une mesure raisonnable dans une société libre et démocratique.

(2) Caractère totalement disproportionné, imprécision et égalité

[78] Outre son argument sur la portée excessive, certains appelants affirment que l'art. 117 contrevient à l'art. 7 parce qu'il prive des personnes de leur liberté d'une manière qui viole les principes de justice fondamentale interdisant le caractère totalement disproportionné et l'imprécision. Ils font également valoir que l'égalité devant la loi est un principe de justice fondamentale au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 7, et que l'art. 117 y porte atteinte. Compte tenu de ma conclusion selon laquelle l'art. 117 a une portée excessive, j'estime qu'il est inutile d'examiner ces arguments.

B. *Is the Inconsistency With Section 7 Justified Under Section 1 of the Charter?*

[79] The test to determine whether infringement of a right may be constitutionally justified under s. 1 of the *Charter* was set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The first step of the s. 1 analysis asks whether the Crown has demonstrated a pressing and substantial objective: *Oakes*, at pp. 138-39. The broad purpose of s. 117 of the *IRPA* is to combat organized crime-related people smuggling, without criminalizing family assistance, mutual aid or humanitarian aid to asylum-seekers coming to Canada. This objective is clearly pressing and substantial.

[80] The second step of the s. 1 analysis asks whether the legislative objective is rationally connected to the limit the law imposes on the right at issue. Not all applications of s. 117 are rationally connected to the legislative object; notably, s. 117 of the *IRPA*, as discussed, catches mutual and family as well as humanitarian aid which I earlier concluded was not Parliament's object to criminalize. However, since other applications of s. 117 are rationally connected to the legislative object, this suffices to satisfy the rational connection stage of the analysis: *Heywood*, at p. 803. A rational *connection*, not a complete rational *correspondence*, is all this branch of *Oakes* requires.

[81] The third step of the s. 1 analysis asks whether the offending law is tailored to its objective: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. Evidently, where a law goes too far, it is a challenge to satisfy minimal impairment. In *Heywood*, Cory J. concluded (at p. 803) that “for the same reasons that [the law] is overly broad, it fails the minimal impairment branch of the s. 1 analysis”. The record here shows why that will not *always* necessarily be the case.

B. *L'incompatibilité avec l'art. 7 est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte?*

[79] Le critère qui permet de déterminer si l'atteinte à un droit est justifiée sur le plan constitutionnel au regard de l'article premier de la *Charte* a été établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Dans le premier volet de l'analyse que commande l'article premier, il faut se demander si le ministère public a démontré l'existence d'un objectif urgent et réel (*Oakes*, p. 138-139). L'objet général de l'art. 117 de la *LIPR* concerne la lutte contre le passage de clandestins lié au crime organisé, et ne vise pas à criminaliser les actes d'entraide familiale, d'assistance mutuelle ou d'aide humanitaire en faveur de demandeurs d'asile entrant au Canada. Il s'agit clairement d'un objectif urgent et réel.

[80] Dans le deuxième volet, il faut se demander s'il existe un lien rationnel entre l'objectif poursuivi par le législateur et la restriction que la loi impose au droit en cause. Ce lien rationnel n'est pas démontré à l'égard de toutes les applications de l'art. 117 de la *LIPR* : comme nous l'avons vu, cette disposition fait entrer dans son champ d'application les actes d'assistance mutuelle, d'entraide familiale et d'aide humanitaire, et j'ai conclu précédemment que le législateur n'avait pas l'intention de les viser. Or, comme il existe un lien rationnel entre l'objectif poursuivi par le législateur et d'autres applications de l'art. 117, il est satisfait à ce volet de l'analyse (*Heywood*, p. 803). Ce volet du critère établi dans l'arrêt *Oakes* ne requiert que l'existence d'un *lien* rationnel et non une parfaite *correspondance*.

[81] Dans le troisième volet de l'analyse que commande l'article premier, il faut se demander si la loi contestée est adaptée à son objet (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713). À l'évidence, lorsqu'une loi va trop loin, il sera difficilement satisfait au critère de l'atteinte minimale. Dans l'arrêt *Heywood*, le juge Cory conclut à la p. 803 que « pour les mêmes motifs qui font que [la loi] a une portée excessive, [elle] ne satisfait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier ». En l'espèce, le dossier démontre pourquoi ce ne sera pas nécessairement *toujours* le cas.

[82] The Crown's position appears to be that even though the provision is overbroad, it is nevertheless minimally impairing, because although imperfect, there was no better alternative. As discussed, the government recognized in advance that the provision would catch conduct it did not intend to criminalize. However, Parliament nevertheless enacted an overbroad provision because it was concerned that wording exempting this conduct would create unacceptable loopholes. Section 1 of the *Charter* does not allow rights to be limited on the basis of bare claims, but requires the Crown to provide a *demonstrable justification* for inconsistencies with *Charter* rights: *Oakes*, at pp. 136-37. The Crown has not satisfied its burden under s. 1.

VI. Remedy

[83] Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provides:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

It follows that s. 117 is of no force or effect to the extent of its inconsistency with the *Charter*.

[84] The extent of the inconsistency that has been proven is the overbreadth of s. 117 in relation to three categories of conduct: (1) humanitarian aid to undocumented entrants, (2) mutual aid amongst asylum-seekers, and (3) assistance to family entering without the required documents.

[85] The appellants ask the Court to strike s. 117 down in its entirety. Section 117, as it was at the time of the alleged offences, has been replaced. In the particular circumstances of this case, I conclude that the preferable remedy is to read down s. 117 as not applicable to persons who give humanitarian, mutual or family assistance. This remedy reconciles the former s. 117 with the requirements of the *Charter* while leaving the prohibition on human

[82] Le ministère public semble dire que si la disposition a une portée excessive, son atteinte est néanmoins minimale, car malgré son caractère imparfait, elle se présentait comme la meilleure des solutions. Nous avons vu que le gouvernement avait reconnu avant l'adoption de la loi que la disposition ferait entrer dans son champ d'application des actes qu'il n'avait pas voulu criminaliser. Le législateur a néanmoins adopté une disposition d'une portée excessive parce qu'il craignait qu'une exception applicable à ces actes crée des failles inacceptables. L'article premier de la *Charte* ne permet pas que les droits soient restreints sur le fondement de simples affirmations; il exige du ministère public une *justification qui puisse se démontrer* lorsqu'il y a incompatibilité avec les droits garantis par la *Charte* (*Oakes*, p. 136-137). Le ministère public ne s'est pas déchargé du fardeau que lui impose l'article premier.

VI. Réparation

[83] Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose :

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Par conséquent, l'art. 117 est inopérant dans la mesure de son incompatibilité avec la *Charte*.

[84] En l'espèce, l'incompatibilité qui a été démontrée concerne la portée excessive de l'art. 117 relativement à trois catégories d'actes, soit (1) l'aide humanitaire à des sans-papiers, (2) l'assistance mutuelle entre demandeurs d'asile et (3) l'aide fournie par une personne à un membre de sa famille qui entre au Canada sans être muni des documents requis.

[85] Les appelants demandent à la Cour d'invalider l'art. 117 au complet. La version de cette disposition qui était en vigueur au moment de la perpétration des infractions reprochées a été remplacée. Dans les circonstances particulières de la présente espèce, je conclus qu'il est préférable de donner à l'art. 117 une interprétation atténuée qui exclurait de son champ d'application les actes d'aide humanitaire, d'assistance mutuelle ou d'entraide familiale.

smuggling for the relevant period in place. This remedy is consistent with the guidance this Court gave in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Cette réparation permet de concilier l'ancien art. 117 avec les impératifs de la *Charte* et de conserver, pendant la période pertinente, l'interdiction applicable au passage de clandestins. La réparation respecte les précisions énoncées par la Cour dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

VII. Conclusion

[86] I would allow the appeals and read down s. 117 of the *IRPA*, as it was at the time of the alleged offences, as not applying to persons providing humanitarian aid to asylum-seekers or to asylum-seekers who provide each other mutual aid (including aid to family members), to bring it in conformity with the *Charter*. The charges are remitted for trial on this basis.

VII. Conclusion

[86] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et de donner à l'art. 117 de la *LIPR* — tel qu'il était libellé au moment des infractions reprochées — une interprétation atténuée qui exclut de son champ d'application les personnes qui fournissent de l'aide humanitaire à des demandeurs d'asile ou les demandeurs d'asile qui s'assistent mutuellement (y compris en aidant des membres de leur famille), en vue d'assurer la conformité de la disposition avec la *Charte*. Les accusations sont renvoyées au tribunal de première instance pour être jugées sur la base de ces conclusions.

APPENDIX A

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27 (version in force at time)

3. (1) [Objectives — immigration] The objectives of this Act with respect to immigration are

- (a) to permit Canada to pursue the maximum social, cultural and economic benefits of immigration;
- (b) to enrich and strengthen the social and cultural fabric of Canadian society, while respecting the federal, bilingual and multicultural character of Canada;
- (b.1) to support and assist the development of minority official languages communities in Canada;
- (c) to support the development of a strong and prosperous Canadian economy, in which the benefits of immigration are shared across all regions of Canada;
- (d) to see that families are reunited in Canada;
- (e) to promote the successful integration of permanent residents into Canada, while recognizing that

ANNEXE A

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27 (version en vigueur à l'époque)

3. (1) [Objet en matière d'immigration] En matière d'immigration, la présente loi a pour objet :

- a) de permettre au Canada de retirer de l'immigration le maximum d'avantages sociaux, culturels et économiques;
- b) d'enrichir et de renforcer le tissu social et culturel du Canada dans le respect de son caractère fédéral, bilingue et multiculturel;
- b.1) de favoriser le développement des collectivités de langues officielles minoritaires au Canada;
- c) de favoriser le développement économique et la prospérité du Canada et de faire en sorte que toutes les régions puissent bénéficier des avantages économiques découlant de l'immigration;
- d) de veiller à la réunification des familles au Canada;
- e) de promouvoir l'intégration des résidents permanents au Canada, compte tenu du fait que cette intégration

integration involves mutual obligations for new immigrants and Canadian society;

(f) to support, by means of consistent standards and prompt processing, the attainment of immigration goals established by the Government of Canada in consultation with the provinces;

(g) to facilitate the entry of visitors, students and temporary workers for purposes such as trade, commerce, tourism, international understanding and cultural, educational and scientific activities;

(h) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society;

(i) to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks; and

(j) to work in cooperation with the provinces to secure better recognition of the foreign credentials of permanent residents and their more rapid integration into society.

(2) [Objectives — refugees] The objectives of this Act with respect to refugees are

(a) to recognize that the refugee program is in the first instance about saving lives and offering protection to the displaced and persecuted;

(b) to fulfil Canada's international legal obligations with respect to refugees and affirm Canada's commitment to international efforts to provide assistance to those in need of resettlement;

(c) to grant, as a fundamental expression of Canada's humanitarian ideals, fair consideration to those who come to Canada claiming persecution;

(d) to offer safe haven to persons with a well-founded fear of persecution based on race, religion, nationality, political opinion or membership in a particular social group, as well as those at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment;

(e) to establish fair and efficient procedures that will maintain the integrity of the Canadian refugee protection system, while upholding Canada's respect for the

suppose des obligations pour les nouveaux arrivants et pour la société canadienne;

f) d'atteindre, par la prise de normes uniformes et l'application d'un traitement efficace, les objectifs fixés pour l'immigration par le gouvernement fédéral après consultation des provinces;

g) de faciliter l'entrée des visiteurs, étudiants et travailleurs temporaires qui viennent au Canada dans le cadre d'activités commerciales, touristiques, culturelles, éducatives, scientifiques ou autres, ou pour favoriser la bonne entente à l'échelle internationale;

h) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;

i) de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité;

j) de veiller, de concert avec les provinces, à aider les résidents permanents à mieux faire reconnaître leurs titres de compétence et à s'intégrer plus rapidement à la société.

(2) [Objet relatif aux réfugiés] S'agissant des réfugiés, la présente loi a pour objet :

a) de reconnaître que le programme pour les réfugiés vise avant tout à sauver des vies et à protéger les personnes de la persécution;

b) de remplir les obligations en droit international du Canada relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées et d'affirmer la volonté du Canada de participer aux efforts de la communauté internationale pour venir en aide aux personnes qui doivent se réinstaller;

c) de faire bénéficier ceux qui fuient la persécution d'une procédure équitable reflétant les idéaux humanitaires du Canada;

d) d'offrir l'asile à ceux qui craignent avec raison d'être persécutés du fait de leur race, leur religion, leur nationalité, leurs opinions politiques, leur appartenance à un groupe social en particulier, ainsi qu'à ceux qui risquent la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités;

e) de mettre en place une procédure équitable et efficace qui soit respectueuse, d'une part, de l'intégrité du processus canadien d'asile et, d'autre part, des

human rights and fundamental freedoms of all human beings;

(f) to support the self-sufficiency and the social and economic well-being of refugees by facilitating reunification with their family members in Canada;

(g) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society; and

(h) to promote international justice and security by denying access to Canadian territory to persons, including refugee claimants, who are security risks or serious criminals.

(3) [Application] This Act is to be construed and applied in a manner that

(a) furthers the domestic and international interests of Canada;

(b) promotes accountability and transparency by enhancing public awareness of immigration and refugee programs;

(c) facilitates cooperation between the Government of Canada, provincial governments, foreign states, international organizations and non-governmental organizations;

(d) ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including its principles of equality and freedom from discrimination and of the equality of English and French as the official languages of Canada;

(e) supports the commitment of the Government of Canada to enhance the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada; and

(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

37. (1) [Organized criminality] A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for

(a) being a member of an organization that is believed on reasonable grounds to be or to have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting

droits et des libertés fondamentales reconnus à tout être humain;

f) d'encourager l'autonomie et le bien-être socioéconomique des réfugiés en facilitant la réunification de leurs familles au Canada;

g) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;

h) de promouvoir, à l'échelle internationale, la sécurité et la justice par l'interdiction du territoire aux personnes et demandeurs d'asile qui sont de grands criminels ou constituent un danger pour la sécurité.

(3) [Interprétation et mise en œuvre] L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

a) de promouvoir les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international;

b) d'encourager la responsabilisation et la transparence par une meilleure connaissance des programmes d'immigration et de ceux pour les réfugiés;

c) de faciliter la coopération entre le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux, les États étrangers, les organisations internationales et les organismes non gouvernementaux;

d) d'assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*, notamment en ce qui touche les principes, d'une part, d'égalité et de protection contre la discrimination et, d'autre part, d'égalité du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada;

e) de soutenir l'engagement du gouvernement du Canada à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada;

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.

37. (1) [Activités de criminalité organisée] Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants :

a) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant

in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment, or in furtherance of the commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence, or engaging in activity that is part of such a pattern; or

(b) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.

. . .

PART 3

ENFORCEMENT

Human Smuggling and Trafficking

117. (1) [Organizing entry into Canada] No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.

(2) [Penalties — fewer than 10 persons] A person who contravenes subsection (1) with respect to fewer than 10 persons is guilty of an offence and liable

(a) on conviction on indictment

(i) for a first offence, to a fine of not more than \$500,000 or to a term of imprisonment of not more than 10 years, or to both, or

(ii) for a subsequent offence, to a fine of not more than \$1,000,000 or to a term of imprisonment of not more than 14 years, or to both; and

(b) on summary conviction, to a fine of not more than \$100,000 or to a term of imprisonment of not more than two years, or to both.

(3) [Penalty — 10 persons or more] A person who contravenes subsection (1) with respect to a group of 10 persons or more is guilty of an offence and liable on conviction by way of indictment to a fine of not more than \$1,000,000 or to life imprisonment, or to both.

(4) [No proceedings without consent] No proceedings for an offence under this section may be instituted

de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction, ou se livrer à des activités faisant partie d'un tel plan;

b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.

. . .

PARTIE 3

EXÉCUTION

Organisation d'entrée illégale au Canada

117. (1) [Entrée illégale] Commet une infraction quiconque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada.

(2) [Peines] L'auteur de l'infraction visant moins de dix personnes est passible, sur déclaration de culpabilité :

a) par mise en accusation :

(i) pour une première infraction, d'une amende maximale de cinq cent mille dollars et d'un emprisonnement maximal de dix ans, ou de l'une de ces peines,

(ii) en cas de récidive, d'une amende maximale de un million de dollars et d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, ou de l'une de ces peines;

b) par procédure sommaire, d'une amende maximale de cent mille dollars et d'un emprisonnement maximal de deux ans, ou de l'une de ces peines.

(3) [Peines] L'auteur de l'infraction visant un groupe de dix personnes et plus est passible, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, d'une amende maximale de un million de dollars et de l'emprisonnement à perpétuité, ou de l'une de ces peines.

(4) [Consentement du procureur général du Canada] Il n'est engagé aucune poursuite pour une infraction prévue

except by or with the consent of the Attorney General of Canada.

118. (1) [Offence — trafficking in persons] No person shall knowingly organize the coming into Canada of one or more persons by means of abduction, fraud, deception or use or threat of force or coercion.

(2) [Definition of “organize”] For the purpose of subsection (1), “organize”, with respect to persons, includes their recruitment or transportation and, after their entry into Canada, the receipt or harbouring of those persons.

121. (1) [Aggravating factors] The court, in determining the penalty to be imposed under subsection 117(2) or (3) or section 120, shall take into account whether

- (a) bodily harm or death occurred during the commission of the offence;
- (b) the commission of the offence was for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization;
- (c) the commission of the offence was for profit, whether or not any profit was realized; and
- (d) a person was subjected to humiliating or degrading treatment, including with respect to work or health conditions or sexual exploitation as a result of the commission of the offence.

(2) [Definition of “criminal organization”] For the purposes of paragraph (1)(b), “criminal organization” means an organization that is believed on reasonable grounds to be or to have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment or in furtherance of the commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence.

133. [Deferral] A person who has claimed refugee protection, and who came to Canada directly or indirectly from the country in respect of which the claim is made, may not be charged with an offence under section 122, paragraph 124(1)(a) or section 127 of this Act or under section 57, paragraph 340(c) or section 354, 366, 368, 374 or 403 of the *Criminal Code*, in relation to the coming into Canada of the person, pending disposition of

au présent article sans le consentement du procureur général du Canada.

118. (1) [Trafic de personnes] Commet une infraction quiconque sciemment organise l’entrée au Canada d’une ou plusieurs personnes par fraude, tromperie, enlèvement ou menace ou usage de la force ou de toute autre forme de coercition.

(2) [Sens de « organisation »] Sont assimilés à l’organisation le recrutement des personnes, leur transport à destination du Canada et, après l’entrée, à l’intérieur du pays, ainsi que l’accueil et l’hébergement de celles-ci.

121. (1) [Infliction de la peine] Le tribunal tient compte, dans l’infliction de la peine visée aux paragraphes 117(2) et (3) et à l’article 120, des facteurs suivants :

- a) la mort est survenue ou des blessures ont été infligées;
- b) l’infraction a été commise au profit ou sous la direction d’une organisation criminelle ou en association avec elle;
- c) l’infraction a été commise en vue de tirer un profit, que celui-ci ait été ou non réalisé;
- d) la personne est soumise à tout traitement dégradant ou attentatoire à la dignité humaine, notamment en ce qui touche les activités professionnelles, la santé ou l’exploitation sexuelle.

(2) [Définition de « organisation criminelle »] On entend par organisation criminelle l’organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle se livre ou s’est livrée à des activités faisant partie d’un plan d’activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d’une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d’une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction.

133. [Immunité] L’auteur d’une demande d’asile ne peut, tant qu’il n’est statué sur sa demande, ni une fois que l’asile lui est conféré, être accusé d’une infraction visée à l’article 122, à l’alinéa 124(1)a) ou à l’article 127 de la présente loi et à l’article 57, à l’alinéa 340c) ou aux articles 354, 366, 368, 374 ou 403 du *Code criminel*, dès lors qu’il est arrivé directement ou indirectement au Canada du pays duquel il cherche à être protégé et à la

their claim for refugee protection or if refugee protection is conferred.

condition que l'infraction ait été commise à l'égard de son arrivée au Canada.

APPENDIX B

Convention relating to the Status of Refugees, 189 U.N.T.S. 150

Article 31

REFUGEES UNLAWFULLY IN THE COUNTRY OF REFUGE

1. The Contracting States shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who, coming directly from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of article 1, enter or are present in their territory without authorization, provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence.

. . .

Article 33

PROHIBITION OF EXPULSION OR RETURN ("REFOULEMENT")

1. No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2225 U.N.T.S. 209

Article 1. Statement of purpose

The purpose of this Convention is to promote cooperation to prevent and combat transnational organized crime more effectively.

ANNEXE B

Convention relative au statut des réfugiés, 189 R.T.N.U. 150

Article 31

RÉFUGIÉS EN SITUATION IRRÉGULIÈRE DANS LE PAYS D'ACCUEIL

1. Les États Contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières.

. . .

Article 33

DÉFENSE D'EXPULSION ET DE REFOULEMENT

1. Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2225 R.T.N.U. 209

Article premier. Objet

L'objet de la présente Convention est de promouvoir la coopération afin de prévenir et de combattre plus efficacement la criminalité transnationale organisée.

Article 5. Criminalization of participation in an organized criminal group

1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally:

(a) Either or both of the following as criminal offences distinct from those involving the attempt or completion of the criminal activity:

(i) Agreeing with one or more other persons to commit a serious crime for a purpose relating directly or indirectly to the obtaining of a financial or other material benefit and, where required by domestic law, involving an act undertaken by one of the participants in furtherance of the agreement or involving an organized criminal group;

(ii) Conduct by a person who, with knowledge of either the aim and general criminal activity of an organized criminal group or its intention to commit the crimes in question, takes an active part in:

a. Criminal activities of the organized criminal group;

b. Other activities of the organized criminal group in the knowledge that his or her participation will contribute to the achievement of the above-described criminal aim;

(b) Organizing, directing, aiding, abetting, facilitating or counselling the commission of serious crime involving an organized criminal group.

2. The knowledge, intent, aim, purpose or agreement referred to in paragraph 1 of this article may be inferred from objective factual circumstances.

3. States Parties whose domestic law requires involvement of an organized criminal group for purposes of the offences established in accordance with paragraph 1 (a) (i) of this article shall ensure that their domestic law covers all serious crimes involving organized criminal groups. Such States Parties, as well as States Parties whose domestic law requires an act in furtherance of the agreement for purposes of the offences established in accordance with paragraph 1 (a) (i) of this article, shall so inform the Secretary-General of the United Nations at the time of their signature or of deposit of their instrument of ratification, acceptance or approval of or accession to this Convention.

Article 5. Incrimination de la participation à un groupe criminel organisé

1. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque commis intentionnellement :

a) À l'un ou l'autre des actes suivants ou aux deux, en tant qu'infractions pénales distinctes de celles impliquant une tentative d'activité criminelle ou sa consommation :

i) Au fait de s'entendre avec une ou plusieurs personnes en vue de commettre une infraction grave à une fin liée directement ou indirectement à l'obtention d'un avantage financier ou autre avantage matériel et, lorsque le droit interne l'exige, impliquant un acte commis par un des participants en vertu de cette entente ou impliquant un groupe criminel organisé;

ii) À la participation active d'une personne ayant connaissance soit du but et de l'activité criminelle générale d'un groupe criminel organisé soit de son intention de commettre les infractions en question :

a. Aux activités criminelles du groupe criminel organisé;

b. À d'autres activités du groupe criminel organisé lorsque cette personne sait que sa participation contribuera à la réalisation du but criminel susmentionné;

b) Au fait d'organiser, de diriger, de faciliter, d'encourager ou de favoriser au moyen d'une aide ou de conseils la commission d'une infraction grave impliquant un groupe criminel organisé.

2. La connaissance, l'intention, le but, la motivation ou l'entente visés au paragraphe 1 du présent article peuvent être déduits de circonstances factuelles objectives.

3. Les États Parties dont le droit interne subordonne l'établissement des infractions visées à l'alinéa a) i) du paragraphe 1 du présent article à l'implication d'un groupe criminel organisé veillent à ce que leur droit interne couvre toutes les infractions graves impliquant des groupes criminels organisés. Ces États Parties, de même que les États Parties dont le droit interne subordonne l'établissement des infractions visées à l'alinéa a) i) du paragraphe 1 du présent article à la commission d'un acte en vertu de l'entente, portent cette information à la connaissance du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment où ils signent la présente Convention ou déposent leurs instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation ou d'adhésion.

Article 34. Implementation of the Convention

1. Each State Party shall take the necessary measures, including legislative and administrative measures, in accordance with fundamental principles of its domestic law, to ensure the implementation of its obligations under this Convention.

2. The offences established in accordance with articles 5, 6, 8 and 23 of this Convention shall be established in the domestic law of each State Party independently of the transnational nature or the involvement of an organized criminal group as described in article 3, paragraph 1, of this Convention, except to the extent that article 5 of this Convention would require the involvement of an organized criminal group.

3. Each State Party may adopt more strict or severe measures than those provided for by this Convention for preventing and combating transnational organized crime.

Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2241 U.N.T.S. 480

Article 2. Statement of purpose

The purpose of this Protocol is to prevent and combat the smuggling of migrants, as well as to promote cooperation among States Parties to that end, while protecting the rights of smuggled migrants.

Article 3. Use of terms

For the purposes of this Protocol:

(a) “Smuggling of migrants” shall mean the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident;

. . .

Article 6. Criminalization

1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal

Article 34. Application de la Convention

1. Chaque État Partie prend les mesures nécessaires, y compris législatives et administratives, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, pour assurer l'exécution de ses obligations en vertu de la présente Convention.

2. Les infractions établies conformément aux articles 5, 6, 8 et 23 de la présente Convention sont établies dans le droit interne de chaque État Partie indépendamment de leur nature transnationale ou de l'implication d'un groupe criminel organisé comme énoncé au paragraphe 1 de l'article 3 de la présente Convention, sauf dans la mesure où, conformément à l'article 5 de la présente Convention, serait requise l'implication d'un groupe criminel organisé.

3. Chaque État Partie peut adopter des mesures plus strictes ou plus sévères que celles qui sont prévues par la présente Convention afin de prévenir et de combattre la criminalité transnationale organisée.

Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer; additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2241 R.T.N.U. 480

Article 2. Objet

Le présent Protocole a pour objet de prévenir et combattre le trafic illicite de migrants, ainsi que de promouvoir la coopération entre les États Parties à cette fin, tout en protégeant les droits des migrants objet d'un tel trafic.

Article 3. Terminologie

Aux fins du présent Protocole :

a) L'expression « trafic illicite de migrants » désigne le fait d'assurer, afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un État Partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État;

. . .

Article 6. Incrimination

1. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction

offences, when committed intentionally and in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit:

- (a) The smuggling of migrants;

. . .

3. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as aggravating circumstances to the offences established in accordance with paragraph 1 (a), (b) (i) and (c) of this article and, subject to the basic concepts of its legal system, to the offences established in accordance with paragraph 2 (b) and (c) of this article, circumstances:

(a) That endanger, or are likely to endanger, the lives or safety of the migrants concerned; or

(b) That entail inhuman or degrading treatment, including for exploitation, of such migrants.

4. Nothing in this Protocol shall prevent a State Party from taking measures against a person whose conduct constitutes an offence under its domestic law.

Appeals allowed.

Solicitors for the appellant Francis Anthonimuthu Appulonappa: Fiona Begg, Vancouver; Maria Sokolova, Vancouver.

Solicitors for the appellant Hamalraj Handasamy: Edelmänn & Co. Law Offices, Vancouver.

Solicitors for the appellant Jeyachandran Kanagarajah: Rankin & Bond, Vancouver.

Solicitors for the appellant Vignarajah Thevarajah: Gregory P. DelBigio, Q.C., Vancouver; Lisa Sturgess, Vancouver.

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

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

pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement et pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou autre avantage matériel :

- a) Au trafic illicite de migrants;

. . .

3. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère de circonstance aggravante des infractions établies conformément aux alinéas a), b) i) et c) du paragraphe 1 du présent article et, sous réserve des concepts fondamentaux de son système juridique, des infractions établies conformément aux alinéas b) et c) du paragraphe 2 du présent article :

a) Au fait de mettre en danger ou de risquer de mettre en danger la vie ou la sécurité des migrants concernés; ou

b) Au traitement inhumain ou dégradant de ces migrants, y compris pour l'exploitation.

4. Aucune disposition du présent Protocole n'empêche un État Partie de prendre des mesures contre une personne dont les actes constituent, dans son droit interne, une infraction.

Pourvois accueillis.

Procureurs de l'appelant Francis Anthonimuthu Appulonappa : Fiona Begg, Vancouver; Maria Sokolova, Vancouver.

Procureurs de l'appelant Hamalraj Handasamy : Edelmänn & Co. Law Offices, Vancouver.

Procureurs de l'appelant Jeyachandran Kanagarajah : Rankin & Bond, Vancouver.

Procureurs de l'appelant Vignarajah Thevarajah : Gregory P. DelBigio, c.r., Vancouver; Lisa Sturgess, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener Amnesty International (Canadian Section, English Branch): South Ottawa Community Legal Services, Ottawa; Community Legal Services Ottawa Centre, Ottawa.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Council for Refugees: Angus Grant, Toronto; Refugee Law Office, Toronto; Laura Best & Fadi Yachoua, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers: Refugee Law Office, Toronto; University of Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Amnesty International (Canadian Section, English Branch) : Services juridiques communautaires du Sud d'Ottawa, Ottawa; Services juridiques communautaires du Centre d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés : Angus Grant, Toronto; Refugee Law Office, Toronto; Laura Best & Fadi Yachoua, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : Refugee Law Office, Toronto; Université d'Ottawa, Ottawa.