

WIC Radio Ltd. and Rafe Mair *Appellants*

v.

Kari Simpson *Respondent*

and

Canadian Civil Liberties Association, British Columbia Civil Liberties Association and Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, British Columbia Association of Broadcasters, RTNDA Canada/The Association of Electronic Journalists, Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, Canadian Association of Journalists and Canadian Journalists for Free Expression (Collectively "Media Coalition") *Interveners*

INDEXED AS: WIC RADIO LTD. v. SIMPSON

Neutral citation: 2008 SCC 40.

File No.: 31608.

2007: December 4; 2008: June 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Defamation — Defence of fair comment — Elements of defence — Role of honest belief in test for defence — Radio talk show host defaming social activist opposed to positive portrayals of gay lifestyle — Talk show host making comparisons to Hitler, Ku Klux Klan and skinheads — Comparisons implying activist would condone violence toward gay people — Whether fair comment defence available.

M is a well-known and sometimes controversial radio talk show host. The target of one of his editorials was

WIC Radio Ltd. et Rafe Mair *Appellants*

c.

Kari Simpson *Intimée*

et

Association canadienne des libertés civiles, British Columbia Civil Liberties Association et Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, British Columbia Association of Broadcasters, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, Association canadienne des journalistes et Journalistes canadiens pour la liberté d'expression (collectivement appelés « Coalition des médias ») *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : WIC RADIO LTD. c. SIMPSON

Référence neutre : 2008 CSC 40.

N° du greffe : 31608.

2007 : 4 décembre; 2008 : 27 juin.

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

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

Responsabilité délictuelle — Diffamation — Défense de commentaire loyal — Éléments de défense — Rôle de la croyance honnête dans le critère d'application du moyen de défense — Animateur d'une émission de radio diffamant une activiste sociale qui s'élevait contre les présentations positives de l'homosexualité — Animateur d'une émission-débat faisant des comparaisons à Hitler, au Ku Klux Klan et aux skinheads — Comparaisons laissant entendre que l'activiste tolérerait la violence contre les homosexuels — Peut-on invoquer la défense de commentaire loyal?

M est un animateur d'une émission de radio bien connu et parfois controversé. L'un de ses éditoriaux

S, a widely known social activist opposed to any positive portrayal of a gay lifestyle. M and S took opposing sides in the debate about whether the purpose of introducing materials dealing with homosexuality into public schools was to teach tolerance of homosexuality or to promote a homosexual lifestyle. In his editorial, M compared S in her public persona to Hitler, the Ku Klux Klan and skinheads. S brought an action against M and WIC Radio, claiming that certain words in the broadcast were defamatory. At trial, M testified that no imputations of condoning violence were intended by him nor in fact made. Rather, M had intended to convey simply that S was an intolerant bigot. The trial judge dismissed the action on the basis that, while statements complained of in the editorial were defamatory, the defence of fair comment applied and provided a complete defence. The Court of Appeal reversed the trial judgment, finding that the defence of fair comment was not available because there was no evidentiary foundation for the imputation that S would condone violence against gay people, nor had M testified that he had an honest belief S would condone violence.

Held: The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.: The trial judgment dismissing the action should be restored. M's expression of opinion, however exaggerated, was protected by the law. M's editorial was defamatory, but the trial judge was correct to allow the defence of fair comment. [4] [56] [64-65]

Although this is a private law case that is not governed directly by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the evolution of the common law is to be informed and guided by *Charter* values. The law of fair comment must therefore be developed in a manner consistent not only with the values underlying freedom of expression, including freedom of the media, but also with those underlying the worth and dignity of each individual, including reputation. A court's task is not to prefer one set of values over the other, but rather to attempt a reconciliation. [2]

The traditional elements of the tort of defamation may require modification to provide broader accommodation to the value of freedom of expression. There is concern that matters of public interest go unreported because publishers fear the ballooning cost and disruption of defending a defamation action. Investigative

avait pour cible S, activiste sociale très connue qui s'élevait contre toute présentation positive de l'homosexualité. M et S professaient des opinions opposées sur la question de savoir si l'utilisation dans les écoles publiques de documents traitant de l'homosexualité visait à prêcher la tolérance à l'égard de l'homosexualité ou à promouvoir des comportements homosexuels. Dans son éditorial, M comparait S, dans son personnage public, à Hitler, au Ku Klux Klan et aux skinheads. S a intenté une action contre M et WIC Radio, au motif que des passages de l'émission étaient diffamatoires. Au procès, M a témoigné qu'aucune imputation de violence n'avait été voulue ou faite. Il voulait plutôt simplement dire que S était une fanatique intolérante. La juge de première instance a rejeté l'action, statuant que la défense de commentaire loyal s'appliquait et exonérait totalement le défendeur, en dépit du caractère diffamatoire des propos en cause. La Cour d'appel a infirmé cette décision, estimant qu'il n'était pas possible d'invoquer la défense de commentaire loyal parce qu'aucun élément de preuve n'étayait l'imputation que S tolérerait la violence contre les homosexuels et parce que M n'avait pas témoigné qu'il croyait honnêtement qu'elle tolérerait la violence.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron : La décision de première instance de rejeter l'action doit être rétablie. L'opinion que M exprime, pour exagérée qu'elle soit, est protégée par la loi. Son éditorial est diffamatoire, mais la juge de première instance a eu raison d'accepter la défense de commentaire loyal. [4] [56] [64-65]

Bien que la présente espèce ne soit pas directement régie par la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu'elle relève du droit privé, les valeurs exprimées dans la *Charte* doivent présider à l'évolution de la common law. Par conséquent, la défense de commentaire loyal doit se développer en harmonie non seulement avec les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression, y compris la liberté des médias, mais aussi avec celles qui sous-tendent la valeur et la dignité de l'individu, y compris sa réputation. La fonction du tribunal n'est pas de privilégier un ensemble de valeurs par rapport à l'autre, mais de tenter de concilier les deux. [2]

Il faudrait peut-être modifier les éléments constitutifs traditionnels du délit de diffamation pour faire plus de place à la liberté d'expression. On redoute en effet que, par crainte des coûts de plus en plus élevés et des problèmes engendrés par les poursuites en diffamation, les diffuseurs passent sous silence des questions d'intérêt

reports get “spiked”, it is contended, because, while true, they are based on facts that are difficult to establish according to rules of evidence. When controversies erupt, statements of claim often follow as night follows day, not only in serious claims (as here) but in actions launched simply for the purpose of intimidation. “Chilling” false and defamatory speech is not a bad thing in itself, but chilling debate on matters of legitimate public interest raises issues of inappropriate censorship and self-censorship. Public controversy can be a rough trade, and the law needs to accommodate its requirements. [15]

It is therefore appropriate to modify the “honest belief” element of the fair comment defence so that the test, as modified, consists of the following elements: (a) the comment must be on a matter of public interest; (b) the comment must be based on fact; (c) the comment, though it can include inferences of fact, must be recognizable as comment; (d) the comment must satisfy the following objective test: could any person honestly express that opinion on the proved facts? Even though the comment satisfies the objective test of honest belief, the defence can be defeated if the plaintiff proves that the defendant was subjectively actuated by express malice. The defendant must prove the four elements of the defence before the onus switches back to the plaintiff to establish malice. [28] [52]

In this case, the public debate about the inclusion in schools of educational material on homosexuality clearly engages the public interest, and the facts giving rise to the dispute between M and S were well known to M’s listening audience, and referred to in part in the editorial itself. The third element of the defence is also satisfied since the sting of the libel was a comment and it would have been understood as such by M’s listeners. M was a radio personality with opinions on everything, not a reporter of the facts. Moreover, S did not challenge the view that M’s imputation, that she would condone violence towards gay people, was a comment not an imputation of fact. With respect to the fourth element, the objective “honest belief” test represents a balance between free expression on matters of public interest and the appropriate protection of reputation against damage that exceeds what is required to fulfill free expression requirements. Here, there was a sufficient nexus between S’s public declarations on homosexuality and the defamatory imputation to meet this element. S’s use of violent images could support an honest belief on the part of at least some of her listeners that she would condone violence towards gay people

public. On prétend que des reportages d’enquête sont mis à l’écart, en dépit de leur véracité, parce qu’ils sont fondés sur des faits difficiles à établir en fonction des règles de preuve. Inévitablement, lorsqu’il y a controverse, il y a souvent poursuite, non seulement pour des motifs sérieux (comme en l’espèce), mais simplement à des fins d’intimidation. Bien sûr, il n’est pas intrinsèquement mauvais que les propos faux et diffamatoires soient « réprimés », mais lorsque le débat sur des questions d’intérêt public légitimes est réprimé, on peut se demander s’il n’y a pas censure ou autocensure indues. La controverse publique a parfois de rudes exigences, et le droit doit respecter ses exigences. [15]

Il y a donc lieu de modifier l’élément « croyance honnête » de la défense de commentaire loyal de manière à ce que le critère modifié comprenne les éléments suivants : a) le commentaire doit porter sur une question d’intérêt public; b) le commentaire doit être fondé sur des faits; c) le commentaire peut comprendre des conclusions de fait, mais doit être reconnaissable en tant que commentaire; d) le commentaire doit répondre au critère objectif suivant : pouvait-on exprimer honnêtement cette opinion vu les faits prouvés? Même si le commentaire répond au critère objectif de la croyance honnête, la défense peut échouer si le demandeur prouve que le défendeur était subjectivement animé par la malveillance. Le défendeur doit prouver les quatre éléments de la défense avant que la charge de la preuve ne soit inversée pour peser sur le demandeur, à qui il incombe alors de prouver la malveillance. [28] [52]

En l’espèce, le débat public sur l’utilisation de matériel scolaire traitant de l’homosexualité relève clairement de l’intérêt public et les faits à l’origine du litige opposant M et S étaient bien connus des auditeurs de M et ils étaient mentionnés partiellement dans l’éditorial lui-même. Il est également satisfait au troisième élément de la défense puisque l’affront du libelle était un commentaire et que les auditeurs de M l’auraient perçu comme tel. M était un animateur de radio qui formulait des opinions sur tout, non un journaliste ayant pour mission de relater les faits. De plus, S ne conteste pas l’opinion que l’imputation de M selon laquelle elle tolérerait la violence contre les homosexuels relève du commentaire et n’est pas une imputation de fait. En ce qui concerne le quatrième élément, le critère objectif de la « croyance honnête » concilie la liberté d’expression sur des questions d’intérêt public et une protection adéquate de la réputation contre le préjudice qui lui est causé en sus de ce qui est nécessaire au respect de la liberté d’expression. En l’espèce, le lien qui existe entre les déclarations publiques de S sur l’homosexualité et l’imputation diffamatoire est suffisant pour satisfaire à cet élément. Les images violentes auxquelles S avait

even though M denied that he intended to impute any such meaning. The trial judge did not explicitly apply the “objective honest belief” test to the imputation that S “would condone violence”. However, having regard to the trial judge’s reasons as a whole, and considering both the content of some of S’s speeches already mentioned, and the broad latitude allowed by the defence of fair comment, the defamatory imputation that while S would not engage in violence herself she “would condone violence” by others, is an opinion that could honestly have been expressed on the proved facts by a person prejudiced, exaggerated or obstinate in his views. That is all that the law requires. M’s commentary was not actuated by malice in the sense of improper motive and S did not appeal against the trial judge’s conclusion that M’s fair comment defence was not vitiated by malice. [27] [34] [49] [57] [60] [62-63]

Per LeBel J.: Since the issue was not raised before this Court, the trial judge’s finding that the editorial was defamatory should not be interfered with. However, although the threshold for establishing *prima facie* defamation is low, courts should not be too quick to find defamatory meaning, particularly where expressions of opinion are concerned. Triers of fact should be mindful of ensuring that the plaintiff’s reputation is actually threatened by the impugned statements before turning to the available defences. The test is whether, in the factual circumstances of the case, the public would think less of the plaintiff as a result of the comment. Relevant factors to be considered in assessing whether a statement is defamatory include: whether the impugned speech is a statement of opinion rather than of fact; how much is publicly known about the plaintiff; the nature of the audience; and the context of the comment. In this case, the impugned statement constituted comment rather than fact. As a result, M’s audience would necessarily treat it differently than a statement of fact. In addition, both M and S were public figures involved in an ongoing public debate on the issue of the introduction of materials dealing with gay issues in the classroom. That debate would have informed public opinion. Even those not familiar with the issue would have understood the comment in the context of this debate because M made reference to it in the impugned editorial. Further, M’s “sizeable following” would have understood his comments in light of his well-known style, which involves strong opinions sometimes conveyed with colourful and provocative language. M’s comments therefore posed no realistic threat to S’s reputation and were not *prima*

recours pourraient fonder, du moins chez certaines personnes de son auditoire, la croyance honnête qu’elle tolérerait la violence contre les homosexuels, même si M a nié avoir voulu dire une telle chose. La juge de première instance n’a pas expressément appliqué le critère de la « croyance honnête objective » à l’imputation selon laquelle S « tolérerait la violence ». Toutefois, compte tenu de l’ensemble de ses motifs, de la teneur de certaines des allocutions de S déjà mentionnées et de la grande latitude permise par la défense de commentaire loyal, l’imputation diffamatoire selon laquelle S ne commettrait pas elle-même d’actes de violence mais qu’elle « tolérerait la violence » d’autrui est une opinion que, vu les faits prouvés, une personne aurait pu honnêtement exprimer quelle que soit la force de ses préjugés, de ses convictions ou de ses préventions. C’est tout ce que la loi demande. Le commentaire de M n’était pas motivé par la malveillance dans le sens de motif illégitime et S n’a pas porté en appel la conclusion de la juge de première instance que la malveillance ne faisait pas obstacle à la défense de commentaire loyal de M. [27] [34] [49] [57] [60] [62-63]

Le juge LeBel : La question n’ayant pas été soulevée devant la Cour, il n’y a pas lieu de modifier la conclusion de la juge de première instance sur le caractère diffamatoire de l’éditorial. Cependant, bien que le critère préliminaire soit peu exigeant pour l’établissement de la diffamation à première vue, les tribunaux ne devraient pas s’empresse de trouver un sens diffamatoire, surtout dans le cas d’expression d’opinions. Les juges des faits devraient s’assurer que les déclarations contestées compromettent effectivement la réputation du demandeur avant d’examiner les moyens de défense disponibles. Il s’agit de se demander si, dans le contexte factuel de l’affaire, le commentaire donne au public une opinion moins favorable de la demanderesse. On retient notamment les facteurs pertinents suivants pour apprécier le caractère diffamatoire d’une déclaration : le fait que les propos attaqués constituent ou non un énoncé d’opinion plutôt qu’un énoncé de fait, la mesure dans laquelle le public connaît bien le demandeur, la nature de l’auditoire et le contexte du commentaire. En l’espèce, les propos en cause constituent un commentaire plutôt qu’un énoncé de fait. Les auditeurs de M les auraient donc nécessairement perçus différemment d’un énoncé de fait. De plus, tant M que S étaient des personnages publics qui participaient à un débat public permanent sur la question de l’utilisation en salle de classe de documents traitant de l’homosexualité. Le débat aurait aidé le public à former une opinion éclairée. Même les auditeurs qui n’étaient pas au fait de la question auraient situé le commentaire de M dans son contexte puisque son éditorial en faisait état. De plus, le « large auditoire » de M aurait jugé son intervention d’après le style qu’on lui connaît, en sachant

facie defamatory. In any event, the defence of fair comment is applicable. To satisfy the defence, a defendant should only be required to prove that: (a) the statement constituted comment; (b) it had a basis in true facts; and (c) it concerned a matter of public interest. On the facts of this case, there is no dispute that each of these requirements is met. [68-69] [76] [78] [80] [99]

The fair comment defence should not include an element of honest belief. Although this element continues to exist in some common law countries, its influence and utility have been waning such that it no longer offers anything of value in the exercise of balancing the right to comment fairly on matters of public opinion against the right to reputation. The elimination of that element would constitute a formal recognition that it is no longer justifiable, for purposes of the fair comment defence, to judge a person's opinions on an objective basis other than to require that they have some basis in fact. Furthermore, since the requirements of a basis in fact and honest belief address the same issue, an honest belief requirement provides no additional protection to reputation. There is therefore no reason to retain that element. Eliminating it is an incremental change. This Court has the power — indeed the responsibility — to make such changes when the common law falls out of step with its underlying principles and with modern values, and when a test has proven to be unworkable or to serve no useful purpose. [66] [85] [93-94]

If the defendant is successful in establishing the elements of the fair comment defence, the inquiry may turn to malice, which the plaintiff must prove if alleged. Proof of malice may be drawn from the language of the assertion itself or from the circumstances surrounding the publication of the comment. It may involve inferences and evidentiary presumptions. In order to defeat fair comment, malice must be the dominant motive for expressing an opinion. There was no evidence of malice on the facts of this case. [100] [106-107]

Per Rothstein J.: The statements in question were defamatory but the defence of fair comment applies. To satisfy the fair comment defence, there is no requirement to prove objective honest belief. The defence of fair comment should only require the defendant to prove (a) that the statement constituted comment, (b) that it had a basis in true facts and (c) that it concerned a

qu'il émet des opinions fermes, parfois formulées dans des termes colorés et provocateurs. Les commentaires de M ne compromettent pas réellement la réputation de S et ne sont pas diffamatoires à première vue. Quoi qu'il en soit, la défense de commentaire loyal s'applique en l'espèce. Elle devrait simplement exiger du défendeur qu'il démontre que les propos en cause a) constituent un commentaire, b) reposent sur des faits authentiques et c) portent sur une question d'intérêt public. En l'espèce, il ne fait aucun doute que ces trois exigences sont remplies. [68-69] [76] [78] [80] [99]

La défense de commentaire loyal ne devrait pas comporter un volet croyance honnête. Cet élément existe toujours dans certains pays de common law, mais son influence et son utilité se sont affaiblies au point que, selon moi, il ne joue plus aucun rôle pratique dans la conciliation entre le droit de formuler un commentaire loyal sur des questions d'opinion publique et le droit à la réputation. Son élimination aurait pour avantage de reconnaître explicitement qu'il n'est plus justifiable, en matière de défense de commentaire loyal, de juger les opinions d'autrui sur un fondement objectif, sauf pour exiger qu'elles conservent une assise factuelle. De plus, comme l'exigence du fondement factuel et celle de la croyance honnête répondent à la même question, la croyance honnête n'offre aucune protection supplémentaire pour la réputation. Il n'existe donc aucune raison de conserver cet élément. Son élimination constitue un changement progressif du droit. La Cour a le pouvoir, sinon la responsabilité, d'apporter de tels changements lorsque la common law ne s'accorde plus avec les principes qui la sous-tendent ni avec les valeurs modernes, et que l'inapplicabilité ou l'inutilité d'un critère a été démontrée. [66] [85] [93-94]

Si le défendeur parvient à prouver les éléments de la défense de commentaire loyal, la question de la malveillance pourra entrer en jeu, et il incombera alors au demandeur de la démontrer s'il l'allègue. La preuve de la malveillance peut provenir de la formulation même des propos ou des circonstances de la diffusion du commentaire. La preuve peut se faire par inférence ou par présomption. Pour que la défense de commentaire loyal soit écartée, il faut que les propos soient principalement motivés par la malveillance. En l'espèce, rien ne prouve l'existence de la malveillance. [100] [106-107]

Le juge Rothstein : Les propos en cause sont diffamatoires, mais la défense de commentaire loyal s'applique. Pour bénéficier de la défense de commentaire loyal, il n'est pas nécessaire de prouver la croyance honnête objective. Le défendeur doit seulement prouver que les propos en cause a) constituent un commentaire, b) reposent sur des faits authentiques et c) portent sur

matter of public interest. These requirements were met in this case. Although the issue of malice is not before the Court, there is agreement with LeBel J.'s discussion in respect of that element. [108-109]

Cases Cited

By Binnie J.

Referred to: *Price v. Chicoutimi Pulp Co.* (1915), 51 S.C.R. 179; *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067; *Sun Life Assurance Co. of Canada v. Dalrymple*, [1965] S.C.R. 302; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Doyle v. Sparrow* (1979), 27 O.R. (2d) 206, leave to appeal refused, [1980] 1 S.C.R. xii; *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609; *Loutchansky v. Times Newspapers Ltd. (Nos. 2-5)*, [2002] 2 W.L.R. 640, [2001] EWCA Civ 1805; *Bonnick v. Morris*, [2003] 1 A.C. 300, [2002] UKPC 31; *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] 4 All E.R. 1279, [2006] UKHL 44; *Cusson v. Quan* (2007), 231 O.A.C. 277, 2007 ONCA 771, leave to appeal granted, [2008] 1 S.C.R. xii; *Lange v. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 145 A.L.R. 96; *Lange v. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385; *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3; *Ross v. New Brunswick Teachers' Assn.* (2001), 201 D.L.R. (4th) 75, 2001 NBCA 62; *Ontario Equitable Life and Accident Insurance Co. v. Baker*, [1926] S.C.R. 297; *Vander Zalm v. Times Publishers* (1980), 109 D.L.R. (3d) 531, rev'g (1979), 96 D.L.R. (3d) 172; *Barltrop v. Canadian Broadcasting Corp.* (1978), 25 N.S.R. (2d) 637; *Slim v. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *McQuire v. Western Morning News Co.*, [1903] 2 K.B. 100; *Howarth v. Barlow*, 99 N.Y.S. 457 (1906); *Merivale v. Carson* (1887), 20 Q.B.D. 275; *Telnikoff v. Matusевич*, [1991] 3 W.L.R. 952; *Channel Seven Adelaide Pty. Ltd. v. Manock* (2007), 241 A.L.R. 468, [2007] HCA 60; *Mitchell v. Sprott*, [2002] 1 N.Z.L.R. 766; *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Jones v. Skelton*, [1963] 1 W.L.R. 1362; *Color Your World Corp. v. Canadian Broadcasting Corp.* (1998), 38 O.R. (3d) 97; *Scott v. Fulton* (2000), 73 B.C.L.R. (3d) 392, 2000 BCCA 124; *Macdonell v. Robinson* (1885), 12 O.A.R. 270.

By LeBel J.

Referred to: *Sim v. Stretch* (1936), 52 T.L.R. 669; *Vander Zalm v. Times Publishers* (1980), 109 D.L.R. (3d) 531; *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067; *Davis & Sons v. Shepstone* (1886), 11 A.C.

une question d'intérêt public. Or, ces éléments ont été démontrés en l'espèce. Bien que la question de la malveillance ne soit pas soulevée dans le pourvoi, il y a accord avec l'analyse effectuée par le juge LeBel en ce qui a trait à la malveillance. [108-109]

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés : *Price c. Chicoutimi Pulp Co.* (1915), 51 R.C.S. 179; *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067; *Sun Life Assurance Co. of Canada c. Dalrymple*, [1965] R.C.S. 302; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Doyle c. Sparrow* (1979), 27 O.R. (2d) 206, autorisation de pourvoi refusée, [1980] 1 R.C.S. xii; *Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609; *Loutchansky c. Times Newspapers Ltd. (Nos. 2-5)*, [2002] 2 W.L.R. 640, [2001] EWCA Civ 1805; *Bonnick c. Morris*, [2003] 1 A.C. 300, [2002] UKPC 31; *Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] 4 All E.R. 1279, [2006] UKHL 44; *Cusson c. Quan*, (2007), 231 O.A.C. 277, 2007 ONCA 771, autorisation de pourvoi accordée, [2008] 1 R.C.S. xii; *Lange c. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 145 A.L.R. 96; *Lange c. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385; *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3; *Ross c. New Brunswick Teachers' Assn.* (2001), 201 D.L.R. (4th) 75, 2001 NBCA 62; *Ontario Equitable Life and Accident Insurance Co. c. Baker*, [1926] R.C.S. 297; *Vander Zalm c. Times Publishers* (1980), 109 D.L.R. (3d) 531, inf. (1979), 96 D.L.R. (3d) 172; *Barltrop c. Canadian Broadcasting Corp.* (1978), 25 N.S.R. (2d) 637; *Slim c. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *McQuire c. Western Morning News Co.*, [1903] 2 K.B. 100; *Howarth c. Barlow*, 99 N.Y.S. 457 (1906); *Merivale c. Carson* (1887), 20 Q.B.D. 275; *Telnikoff c. Matusевич*, [1991] 3 W.L.R. 952; *Channel Seven Adelaide Pty. Ltd. c. Manock* (2007), 241 A.L.R. 468, [2007] HCA 60; *Mitchell c. Sprott*, [2002] 1 N.Z.L.R. 766; *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Jones c. Skelton*, [1963] 1 W.L.R. 1362; *Color Your World Corp. c. Canadian Broadcasting Corp.* (1998), 38 O.R. (3d) 97; *Scott c. Fulton* (2000), 73 B.C.L.R. (3d) 392, 2000 BCCA 124; *Macdonell c. Robinson* (1885), 12 O.A.R. 270.

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *Sim c. Stretch* (1936), 52 T.L.R. 669; *Vander Zalm c. Times Publishers* (1980), 109 D.L.R. (3d) 531; *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067; *Davis & Sons c. Shepstone*

187; *Slim v. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497; *Cheng v. Tse Wai Chun*, [2000] 3 H.K.C.F.A.R. 339; *Soane v. Knight* (1827), M. & M. 74, 173 E.R. 1086; *Merivale v. Carson* (1887), 20 Q.B.D. 275; *Campbell v. Spottiswoode* (1863), 3 B. & S. 769, 122 E.R. 288; *McQuire v. Western Morning News Co.*, [1903] 2 K.B. 100; *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609; *Ross v. New Brunswick Teachers' Assn.* (2001), 201 D.L.R. (4th) 75, 2001 NBCA 62; *Charleston v. News Group Newspapers Ltd.*, [1995] 2 W.L.R. 450; *Loukas v. Young*, [1968] 3 N.S.W.R. 549; *Watt v. Longsdon*, [1930] 1 K.B. 130; *Christie v. Westcom Radio Group Ltd.* (1990), 75 D.L.R. (4th) 546, leave to appeal refused, [1991] 1 S.C.R. vii; *Renouf v. Federal Capital Press of Australia Pty. Ltd.* (1977), 17 A.C.T.R. 35.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).
Defamation Act 1992 (N.Z.), 1992, No. 105, s. 10.

Treaties and Other International Instruments

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, art. 10.

Authors Cited

Brown, Raymond E. *Defamation Law: A Primer*. Toronto: Thomson/Carswell, 2003.
Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, vols. 2 and 4, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2007, release 4).
Duncan and Neill on Defamation, 2nd ed. by Sir Brian Neill and Richard Rampton. London: Butterworths, 1983.
Gatley on Libel and Slander, 10th ed. by Patrick Milmo and W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 2004.
Gillooly, Michael. *The Law of Defamation in Australia and New Zealand*. Sydney: The Federation Press, 1998.
Marten, Bevan. "A Fairly Genuine Comment on Honest Opinion in New Zealand" (2005), 36 *V.U.W.L.R.* 127.
McConchie, Roger D., and David A. Potts. *Canadian Libel and Slander Actions*. Toronto: Irwin Law, 2004.
Mitchell, Paul. *The Making of the Modern Law of Defamation*. Oxford: Hart, 2005.
Salmond on the Law of Torts, 17th ed. by R. F. V. Heuston. London: Sweet & Maxwell, 1977.
Stone, Geoffrey R. "Free Speech in the Age of McCarthy: A Cautionary Tale" (2005), 93 *Cal. L. Rev.* 1387.

(1886), 11 A.C. 187; *Slim c. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497; *Cheng c. Tse Wai Chun* (2000), 3 H.K.C.F.A.R. 339; *Soane c. Knight* (1827), M. & M. 74, 173 E.R. 1086; *Merivale c. Carson* (1887), 20 Q.B.D. 275; *Campbell c. Spottiswoode* (1863), 3 B. & S. 769, 122 E.R. 288; *McQuire c. Western Morning News Co.*, [1903] 2 K.B. 100; *Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609; *Ross c. New Brunswick Teachers' Assn.* (2001), 201 D.L.R. (4th) 75, 2001 NBCA 62; *Charleston c. News Group Newspapers Ltd.*, [1995] 2 W.L.R. 450; *Loukas c. Young*, [1968] 3 N.S.W.R. 549; *Watt c. Longsdon*, [1930] 1 K.B. 130; *Christie c. Westcom Radio Group Ltd.* (1990), 75 D.L.R. (4th) 546, autorisation de pourvoi refusée, [1991] 1 R.C.S. vii; *Renouf c. Federal Capital Press of Australia Pty. Ltd.* (1977), 17 A.C.T.R. 35.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).
Defamation Act 1992 (N.Z.), 1992, No. 105, art. 10.

Traité et autres instruments internationaux

Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 10.

Doctrine citée

Brown, Raymond E. *Defamation Law : A Primer*. Toronto : Thomson/Carswell, 2003.
Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, vols. 2 and 4, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2007, release 4).
Duncan and Neill on Defamation, 2nd ed. by Sir Brian Neill and Richard Rampton. London : Butterworths, 1983.
Gatley on Libel and Slander, 10th ed. by Patrick Milmo and W. V. H. Rogers. London : Sweet & Maxwell, 2004.
Gillooly, Michael. *The Law of Defamation in Australia and New Zealand*. Sydney : The Federation Press, 1998.
Marten, Bevan. « A Fairly Genuine Comment on Honest Opinion in New Zealand » (2005), 36 *V.U.W.L.R.* 127.
McConchie, Roger D., and David A. Potts. *Canadian Libel and Slander Actions*. Toronto : Irwin Law, 2004.
Mitchell, Paul. *The Making of the Modern Law of Defamation*. Oxford : Hart, 2005.
Salmond on the Law of Torts, 17th ed. by R. F. V. Heuston. London : Sweet & Maxwell, 1977.
Stone, Geoffrey R. « Free Speech in the Age of McCarthy : A Cautionary Tale » (2005), 93 *Cal. L. Rev.* 1387.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Prowse and Thackray J.J.A.) (2006), 55 B.C.L.R. (4th) 30, [2006] 10 W.W.R. 460, 228 B.C.A.C. 1, 376 W.A.C. 1, [2006] B.C.J. No. 1315 (QL), 2006 CarswellBC 1435, 2006 BCCA 287, reversing a decision of Koenigsberg J. (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 285, [2004] B.C.J. No. 1164 (QL), 2004 CarswellBC 1283, 2004 BCSC 754. Appeal allowed.

Daniel W. Burnett and Paul A. Brackstone, for the appellants.

Lianne W. Potter, for the respondent.

Jamie Cameron, Matthew Milne-Smith and John McCamus, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Robert D. Holmes and Christina Godlewska, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Brian MacLeod Rogers, for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, the British Columbia Association of Broadcasters, RTNDA Canada/The Association of Electronic Journalists, the Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, the Canadian Association of Journalists and Canadian Journalists for Free Expression (Collectively "Media Coalition").

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron J.J. was delivered by

[1] BINNIE J. — This appeal requires the Court to reexamine the defence of fair comment which helps hold the balance in the law of defamation between two fundamental values, namely the respect for individuals and protection of their reputation from unjustified harm on the one hand, and on the other hand, the freedom of expression and debate that is said to be the "very life blood of our freedom and free institutions": *Price v. Chicoutimi Pulp Co.* (1915), 51 S.C.R. 179, at p. 194. Under the present law, if a plaintiff shows the defendant published something harmful to his or her reputation, then both falsity and damage are presumed, and the

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Prowse et Thackray) (2006), 55 B.C.L.R. (4th) 30, [2006] 10 W.W.R. 460, 228 B.C.A.C. 1, 376 W.A.C. 1, [2006] B.C.J. No. 1315 (QL), 2006 CarswellBC 1435, 2006 BCCA 287, qui a infirmé la décision de la juge Koenigsberg (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 285, [2004] B.C.J. No. 1164 (QL), 2004 CarswellBC 1283, 2004 BCSC 754. Pourvoi accueilli.

Daniel W. Burnett et Paul A. Brackstone, pour les appelants.

Lianne W. Potter, pour l'intimée.

Jamie Cameron, Matthew Milne-Smith et John McCamus, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Robert D. Holmes et Christina Godlewska, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Brian MacLeod Rogers, pour les intervenantes l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, British Columbia Association of Broadcasters, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, l'Association canadienne des journalistes et Journalistes canadiens pour la liberté d'expression (collectivement appelés « Coalition des médias »).

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Pour trancher le présent pourvoi, la Cour doit réexaminer la défense de commentaire loyal qui, en matière de diffamation, aide à concilier deux valeurs fondamentales : le respect des individus et la protection de leur réputation contre les préjudices injustifiés, d'une part, et la liberté d'expression et de débat, dont on a dit qu'elle constitue [TRADUCTION] « l'élément vital de notre liberté et des institutions libres », d'autre part : *Price c. Chicoutimi Pulp Co.* (1915), 51 R.C.S. 179, p. 194. Dans l'état actuel du droit, la preuve qu'une publication du défendeur porte atteinte à la réputation du demandeur crée une

onus shifts to the defendants to establish an applicable defence, including the defence of fair comment. In *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067, Dickson J., in dissent, identified the elements of the “fair comment” defence as follows:

- (a) the comment must be on a matter of public interest;
- (b) the comment must be based on fact;
- (c) the comment, though it can include inferences of fact, must be recognisable as comment;
- (d) the comment must satisfy the following objective test: could any man honestly express that opinion on the proved facts?
- (e) even though the comment satisfies the objective test the defence can be defeated if the plaintiff proves that the defendant was actuated by express malice. [Emphasis in original deleted; pp. 1099-1100.]

(citing *Duncan and Neill on Defamation* (1978), at p. 62)

Although on that occasion a majority of the Court insisted on framing the honest belief requirement in subjective terms (the comment must express an opinion honestly held by the speaker), I believe experience has shown that Dickson J.’s “objective” formulation of the “honest belief” test better conforms to the requirements of free expression endorsed as a fundamental value of our society by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Of course, even if the elements of the “fair comment” defence are established, the plaintiff can still succeed by proving that the defendant was actuated by malice, i.e. for an indirect or improper motive not connected with the purpose for which the defence exists (*Sun Life Assurance Co. of Canada v. Dalrymple*, [1965] S.C.R. 302, at p. 309).

[2] This is a private law case that is not governed directly by the *Charter*. Yet it was common ground in the argument before us that the evolution of the common law is to be informed and guided by *Charter* values. Particular emphasis was placed on the importance of ensuring that the law of fair

présomption de fausseté et de préjudice et inverse le fardeau de la preuve, obligeant le défendeur à établir l’existence d’une défense applicable, dont celle de commentaire loyal. Dans *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067, le juge Dickson, dissident, a défini ainsi les éléments constitutifs de cette défense :

- a) le commentaire doit porter sur une question d’intérêt public;
- b) le commentaire doit être fondé sur des faits;
- c) le commentaire peut comprendre des conclusions de fait, mais doit être reconnaissable en tant que commentaire;
- d) le commentaire doit répondre au critère objectif suivant : pouvait-on exprimer honnêtement cette opinion vu les faits prouvés?
- e) même si le commentaire répond au critère objectif, la défense peut échouer si le demandeur prouve que le défendeur était animé par la malice. [Italiques dans l’original omis; p. 1099-1100.]

(citant *Duncan and Neill on Defamation* (1978), p. 62)

Même si, à cette occasion, la majorité de la Cour a insisté pour formuler l’exigence de la croyance honnête en termes subjectifs (le commentaire doit exprimer l’opinion honnête de celui qui le formule), l’expérience a démontré, selon moi, que la formulation « objective » du critère de la « croyance honnête » énoncé par le juge Dickson est plus conforme aux exigences de la liberté d’expression consacrée comme valeur fondamentale de notre société par l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Bien sûr, même si les éléments de la défense de commentaire loyal sont établis, le demandeur peut encore avoir gain de cause s’il prouve que le défendeur agissait avec malveillance, c’est-à-dire pour un motif indirect ou illégitime sans lien avec l’objet de la défense (*Sun Life Assurance Co. of Canada c. Dalrymple*, [1965] R.C.S. 302, p. 309).

[2] Relevant du droit privé, la présente espèce n’est pas directement régie par la *Charte*. Cependant, les parties ont reconnu devant nous que les valeurs exprimées dans la *Charte* doivent présider à l’évolution de la common law. On a souligné plus particulièrement l’importance de veiller à ce que la

comment is developed in a manner consistent with the values underlying freedom of expression. However, the worth and dignity of each individual, including reputation, is an important value underlying the *Charter* and is to be weighed in the balance with freedom of expression, including freedom of the media. The Court's task is not to prefer one over the other by ordering a "hierarchy" of rights (*Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835), but to attempt a reconciliation. An individual's reputation is not to be treated as regrettable but unavoidable road kill on the highway of public controversy, but nor should an overly solicitous regard for personal reputation be permitted to "chill" freewheeling debate on matters of public interest. As it was put by counsel for the intervener Media Coalition, "No one will really notice if some [media] are silenced; others speaking on safer and more mundane subjects will fill the gap" (Factum, at para. 14).

[3] The issue of balance is raised here in the context of a "shock jock" radio talk show hosted by the appellant Rafe Mair, a well-known and sometimes controversial commentator on matters of public interest in British Columbia. The target of his "editorial" on October 25, 1999 was the respondent Kari Simpson, a widely known social activist. The context was public debate over the introduction of materials dealing with homosexuality into public schools. Mair and Simpson took opposing sides in the debate about whether the purpose of this initiative was to teach tolerance of homosexuality or to promote a homosexual lifestyle. Simpson was a leading public figure in the debate, and the trial judge found that she had a public reputation as a leader of those opposed to any positive portrayal of a gay lifestyle. The nub of Simpson's complaint is the following portion of the Rafe Mair editorial broadcast on October 25, 1999:

Before Kari was on my colleague Bill Good's show last Friday I listened to the tape of the parents' meeting the

défense de commentaire loyal se développe en harmonie avec les valeurs sous-jacentes de la liberté d'expression. Cependant, la valeur et la dignité de l'individu, y compris sa réputation, constituent une importante valeur sous-jacente de la *Charte*, qu'il faut concilier avec la liberté d'expression, dans laquelle s'inscrit la liberté des médias. À cet égard, la fonction de la Cour n'est pas de privilégier l'une par rapport à l'autre en créant une « hiérarchie » de droits (*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835), mais de tenter de concilier les deux. Il n'est pas question de considérer l'atteinte à la réputation de l'individu comme une conséquence regrettable, mais inévitable, des controverses publiques, mais il ne faut pas non plus vouer à la réputation personnelle une déférence exagérée propre à « paralyser » un débat ouvert sur des questions d'intérêt public. Comme l'a exprimé l'avocat de l'intervenante Coalition des médias, [TRADUCTION] « [p]ersonne ne remarquera vraiment que des [médias] ont été réduits au silence; d'autres médias, traitant de sujets moins dangereux et plus anodins, combleront le vide » (mémoire, par. 14).

[3] La question du juste équilibre se pose en l'espèce dans le contexte d'une émission de radio-provocation animée par l'appellant Rafe Mair, un commentateur d'affaires publiques de la Colombie-Britannique, bien connu et parfois controversé. Son « éditorial » du 25 octobre 1999 avait pour cible l'intimée Kari Simpson, activiste sociale très connue, et il s'inscrivait dans le débat public suscité par l'utilisation dans les écoles publiques de documents traitant de l'homosexualité. M. Mair et M^{me} Simpson professaient des opinions opposées sur la question de savoir si cette initiative visait à prêcher la tolérance à l'égard de l'homosexualité ou à promouvoir des comportements homosexuels. M^{me} Simpson tenait un rôle de premier plan dans ce débat, et la juge de première instance a conclu qu'elle était perçue publiquement comme la porte-parole de ceux qui s'élevaient contre toute présentation positive de l'homosexualité. La plainte de M^{me} Simpson porte essentiellement sur le passage suivant de l'« éditorial » de Rafe Mair diffusé le 25 octobre 1999 :

[TRADUCTION] Avant que Kari participe à l'émission de mon collègue Bill Good vendredi dernier, j'ai écouté

night before where Kari harangued the crowd. It took me back to my childhood when with my parents we would listen to bigots who with increasing shrillness would harangue the crowds. For Kari's homosexual one could easily substitute Jew. I could see Governor Wallace — in my mind's eye I could see Governor Wallace of Alabama standing on the steps of a schoolhouse shouting to the crowds that no Negroes would get into Alabama schools as long as he was governor. It could have been blacks last Thursday night just as easily as gays. Now I'm not suggesting that Kari was proposing or supporting any kind of holocaust or violence but neither really — in the speeches, when you think about it and look back — neither did Hitler or Governor Wallace or [Orval Faubus] or Ross Barnett. They were simply declaring their hostility to a minority. Let the mob do as they wished.

(The full text of the editorial is attached in the Appendix.)

[4] The courts in British Columbia were divided on the legal outcome. The trial judge dismissed the action on the basis that, while statements complained of in the editorial (in particular the imputation that Simpson “would condone violence toward gay people”) were defamatory, nevertheless, the defence of fair comment applied and provided a complete defence ((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 285, 2004 BCSC 754, at para. 6). The Court of Appeal reversed ((2006), 55 B.C.L.R. (4th) 30, 2006 BCCA 287). In its view, the defence of fair comment was not available because there was no evidentiary foundation for the imputation that Simpson would condone violence; nor had Mair testified that he had an honest belief that Simpson would condone violence. In my view, with respect, the Court of Appeal unduly favoured protection of Kari Simpson's reputation in a rancorous public debate in which she had involved herself as a major protagonist. The factual basis of the editorial was Simpson's speech. Mair stated in the editorial that he had listened “to the tape of the parents' meeting the night before where Kari harangued the crowd”. Simpson had been making speeches in a similar vein for some time. Whatever view one may take of Mair's commentary, the factual basis of the controversy was indicated in the editorial and widely known to his listeners. In the absence of demonstrated malice on

l'enregistrement de la réunion de parents tenue la veille, au cours de laquelle Kari a harangué l'auditoire. Ça m'a ramené à mon enfance, lorsque mes parents et moi écoutions les discours de plus en plus stridents d'orateurs intolérants. On pourrait facilement substituer des juifs aux homosexuels de ses discours. Je pouvais voir le gouverneur Wallace — je pouvais, en esprit, voir le gouverneur Wallace de l'Alabama, debout sur le perron d'une école, hurlant à la foule qu'aucun nègre n'entrerait dans une école de l'Alabama tant qu'il serait gouverneur. Les propos de jeudi dernier auraient tout aussi bien pu viser des Noirs que des homosexuels. Je ne veux pas dire que Kari proposait ou appuyait tout genre d'holocauste ou de violence, mais quand on y pense ou qu'on y revient, ni Hitler, ni le gouverneur Wallace, [Orval Faubus] ou Ross Barnett ne l'ont vraiment fait non plus dans leurs discours. Ils déclaraient seulement leur hostilité à l'endroit d'une minorité. Laissons la foule faire comme elle l'entend.

(Le texte complet de l'éditorial est reproduit à l'annexe.)

[4] Les tribunaux de la Colombie-Britannique sont parvenus à des conclusions différentes au sujet des conséquences juridiques. La juge de première instance a rejeté l'action, statuant que la défense de commentaire loyal s'appliquait et exonérait totalement le défendeur, en dépit du caractère diffamatoire des propos en cause (plus particulièrement l'imputation que M^{me} Simpson [TRADUCTION] « tolérerait la violence contre les homosexuels ») ((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 285, 2004 BCSC 754, par. 6). La Cour d'appel a infirmé cette décision ((2006), 55 B.C.L.R. (4th) 30, 2006 BCCA 287), estimant que M. Mair ne pouvait invoquer ce moyen de défense parce qu'aucun élément de preuve n'était l'imputation que M^{me} Simpson tolérerait la violence et parce qu'il n'avait pas témoigné qu'il croyait honnêtement qu'elle tolérerait la violence. Soit dit en tout respect, j'estime que la Cour d'appel a indûment favorisé la protection de la réputation de Kari Simpson dans un débat public plein de rancœur auquel elle avait pris part comme l'un des principaux protagonistes. Le discours de cette dernière constituait le fondement factuel de l'éditorial en cause. M. Mair y indique, en effet, qu'il a écouté [TRADUCTION] « l'enregistrement de la réunion de parents tenue la veille, au cours de laquelle Kari a harangué l'auditoire ». M^{me} Simpson faisait de tels discours depuis quelque temps déjà. Peu importe ce que l'on pense

his part (which the trial judge concluded was not a dominant motive), his expression of opinion, however exaggerated, was protected by the law. We live in a free country where people have as much right to express outrageous and ridiculous opinions as moderate ones. I would therefore allow the appeal.

I. Facts

[5] Rafe Mair’s radio talk show is carried on station CKNW owned and operated by the appellant WIC Radio Ltd., which accepts legal responsibility for the broadcast. Mair has a reputation for provoking controversy. With controversy has come a measure of commercial success. His listeners expect to hear extravagant opinions and, according to his counsel, discount them accordingly.

[6] The trial judge found that Kari Simpson was a social activist with “a public reputation as a leader of those opposed to schools teaching acceptance of a gay lifestyle” (para. 10). Simpson had earlier opposed three books placed in Surrey schools which portrayed family units with same-sex parents. She helped write and promote a *Declaration of Family Rights* which asserted that children should not be exposed to any teaching which “portrays the lifestyle of gays . . . as one which is normal, acceptable or must be tolerated” (A.R., at p. 387). The document included a form to be sent by parents to their children’s schools as follows:

NOTICE IS HEREBY GIVEN:

. . . that [child’s name, date of birth] . . . must not by any teacher or, through the teacher, any other persons

du commentaire de M. Mair, les faits à la base de la controverse étaient mentionnés dans l’éditorial et largement connus de ses auditeurs. En l’absence de preuve de malveillance de sa part (laquelle n’était pas un motif dominant pour M. Mair selon la juge de première instance), l’opinion qu’il exprime, pour exagérée qu’elle fût, était protégée par la loi. Nous vivons dans un pays libre, où il est permis d’énoncer des opinions outrancières et ridicules tout autant que des vues modérées. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi.

I. Les faits

[5] L’émission-débat radiophonique de Rafe Mair est diffusée par CKNW, une station exploitée par sa propriétaire, l’appelante WIC Radio Ltd., qui accepte la responsabilité juridique de la diffusion. M. Mair a la réputation de provoquer la controverse; avec la controverse, est venue une certaine réussite commerciale. Ses auditeurs s’attendent à l’entendre formuler des opinions outrancières et, selon son avocat, ils ne les prennent pas vraiment au sérieux.

[6] La juge de première instance a conclu que Kari Simpson était une activiste sociale [TRADUCTION] « perçue publiquement comme la porte-parole de ceux qui s’opposent à ce que l’école enseigne l’acceptation de l’homosexualité » (par. 10). M^{me} Simpson s’était auparavant opposée à l’inclusion, dans le matériel pédagogique des écoles de Surrey, de trois ouvrages dépeignant des familles homoparentales. Elle avait participé à la rédaction et à la promotion de la *Declaration of Family Rights*, laquelle affirmait que les enfants ne devaient être exposés à aucun enseignement [TRADUCTION] « dépeignant l’homosexualité [. . .] comme un mode de vie normal, acceptable ou devant être toléré » (d.a., p. 387). Cette déclaration comprenait le formulaire suivant, que les parents devaient envoyer à l’école de leur enfant :

[TRADUCTION]

PRENEZ AVIS :

. . . que [nom et date de naissance de l’enfant] [. . .] ne doit, par aucun professeur, ni par l’intermédiaire

or resource materials, or the learning environment, be exposed to and/or involved in any activity or program which:

1. Discusses or portrays the lifestyle of gays, lesbians, bisexual and/or transgendered individuals as one which is normal, acceptable or must be tolerated; . . .

(Declaration of Family Rights (A.R., at p. 387))

It seems that Kari Simpson relished her role as a public figure. At one point Simpson faxed Mair a cover article about herself in *British Columbia Report* magazine entitled “The Most Dangerous Woman in B.C.” (November 24, 1997).

[7] The trial judge found that Kari Simpson’s reputation was earned as a result of her “very public actions and words” (para. 10). Further, “[h]er reputation was fairly characterized by Mair at trial as the person who was associated by the media with the anti-gay side” (para. 11). This characterization is supported by various of Kari Simpson’s speeches put in evidence at the trial, including the following extracts:

There is another group within the homosexual community though who is very much politically driven. These people want your children. . . . [W]hen homosexuality takes on all the aspects of a political movement it too becomes a war. . . . And the spoils turn out to be our children. An exaggeration? Well, what are we to think when militant homosexuals seek to lower the age of consensual sexual intercourse between homosexual men and young boys to the age of 14.

(Speech at Fort St. John (April 3, 1997), at p. 17; A.R., at p. 510)

The theme of confrontation recurs in many of Simpson’s speeches made exhibits at trial:

I talk about that because this is a war. It’s not going to go away that easy. And usually the first casualty of war is truth, the second casualty is our children. How

d’aucun professeur, aucune autre personne, aucune ressource documentaire et aucun milieu d’enseignement, être exposé(e) ou prendre part à des activités ou programmes :

1. Exposant ou dépeignant l’homosexualité, le lesbianisme, la bisexualité et/ou le transgendérisme comme un mode de vie normal, acceptable ou devant être toléré; . . .

(Declaration of Family Rights (d.a., p. 387))

Il semble que Kari Simpson savourait son rôle de personnage public. Elle avait même télécopié à M. Mair un article la concernant, publié dans la revue *British Columbia Report* et intitulé « The Most Dangerous Woman in B.C. » (24 novembre 1997).

[7] La juge de première instance a conclu que Kari Simpson avait acquis sa réputation par suite de [TRADUCTION] « propos et gestes très publics » (par. 10) et que [TRADUCTION] « M. Mair avait à juste titre indiqué au procès qu’elle avait la réputation d’une personne que les médias associaient au camp des homophobes » (par. 11). Cette description est étayée par divers discours prononcés par Kari Simpson et mis en preuve au procès, dont voici quelques extraits :

[TRADUCTION] Un autre groupe au sein de la communauté homosexuelle, cependant, est très animé de motifs politiques. Ces gens veulent vos enfants. [. . .] [L]orsque l’homosexualité intervient dans tous les aspects d’un mouvement politique, elle aussi devient une guerre. [. . .] Et le butin, ce sont nos enfants. J’exagère? Que devons-nous penser alors, lorsque les militants homosexuels veulent faire abaisser à 14 ans l’âge du consentement aux rapports sexuels entre des homosexuels et de jeunes garçons?

(Discours prononcé à Fort St. John (3 avril 1997), p. 17; d.a., p. 510)

Le thème de la confrontation revient dans beaucoup des allocutions de M^{me} Simpson déposées en preuve au procès :

[TRADUCTION] Je parle de cela parce qu’il s’agit d’une guerre. Elle ne va pas disparaître si facilement. Et habituellement, la première victime de la guerre, c’est la

many here will put their hands up today and say, “I will not let the second casualty be my children.”

. . .

It is a war. Quite often people when they first go out they say, “Oh, Kari, somebody said something mean to me,” and I go “uh, uh.” I said, “War, you shoot, they shoot.” Your aim is better. It’s really not complicated.

(Speech at Prince George (May 1997), at pp. 17 and 66; A.R., at pp. 595 and 644)

Kari Simpson expressed the view that “tolerance” was driven by “political correctness”:

Is homosexuality normal? No. Does that mean that people shouldn’t indulge in it? Quite frankly, that’s their right. . . . But it’s not normal. It’s a little bit like saying smoking is healthy, you know.

Is homosexuality acceptable? In my household, no, absolutely not. It’s destructive.

. . .

The one that really got people was when we knew and we deliberately put [into the *Declaration of Family Rights*] “must be tolerated”, because, you see, we’re conditioned in this politically correct insanity to believe that we have to tolerate everything, that we’re not permitted to discriminate. Well, I think that those words need to be rehabilitated just a little bit.

. . .

Is it up to the state to dictate to me or my children what we must tolerate? I don’t think so. Quite frankly, I’m tired of it.

. . .

So I really encourage you please, we need your help. War is not cheap, people, and we’re in a war. We’re in a war for the identity of this nation, for the identity of our children, for their future.

(Speech at Salmon Arm (May 18, 1999), at pp. 41-43 and 72; A.R., at pp. 691-93 and 722)

vérité, la deuxième, ce sont nos enfants. Combien d’entre vous vont lever la main aujourd’hui et dire : « Je ne laisserai pas mes enfants être les deuxièmes victimes. »

. . .

C’est une guerre. Il arrive très souvent que les gens me disent après leur première expérience : « Kari, on n’a pas été tendre avec moi ». Je réponds : « Eh oui! ». J’ai dit : « C’est la guerre, vous tirez, ils tirent ». Vous visez mieux. Ce n’est pas vraiment compliqué.

(Discours prononcé à Prince George (mai 1997), p. 17 et 66; d.a., p. 595 et 644)

Kari Simpson a dit que la « tolérance » était motivée par la « rectitude politique » :

[TRADUCTION] L’homosexualité est-elle normale? Non. Est-ce que cela veut dire que les gens ne devraient pas y céder? Bien franchement, c’est leur droit. [. . .] Mais ce n’est pas normal. C’est un peu comme dire que fumer est bon pour la santé, vous savez.

Est-ce que l’homosexualité est acceptable? Dans mon ménage, non, absolument pas. C’est destructeur.

. . .

Ce qui a vraiment saisi les gens, c’est lorsque nous avons su et que nous avons délibérément inscrit [dans la *Declaration of Family Rights*] « devant être toléré », parce que, voyez-vous, avec cette absurdité de rectitude politique, nous sommes conditionnés à croire que nous devons tout tolérer, que toute discrimination est interdite. Eh bien! Je crois qu’il convient de réhabiliter quelque peu ces mots.

. . .

Est-ce qu’il appartient à l’État de dicter ce que mes enfants ou moi devons tolérer? Je ne le pense pas. Bien franchement, je suis excédée.

. . .

Alors, je vous encourage tous, nous avons besoin de votre aide. La guerre coûte cher, et nous sommes en guerre. Nous nous battons pour l’identité de cette nation, pour l’identité de nos enfants et pour leur avenir.

(Discours prononcé à Salmon Arm (18 mai 1999), p. 41-43 et 72; d.a., p. 691-693 et 722)

[8] The trial judge also emphasized that Simpson championed her views through democratic means, not violence. She encouraged sympathetic members of her audience to exercise influence through pressure on politicians at all levels. She urged her listeners “to vote, to write, and to speak out about their values and views” (para. 15). “As people as voters and tax payers you have enormous power. Do not underestimate the value of a phone call” (A.R., at p. 535). “Our mandate [Citizens Research Institute] is to ensure that the electorate is informed and participating in an informed way in the politics of the province” (A.R., at p. 652). Typical of her speeches is the following exhortation:

Your phone can do marvelous things back east where they need to be woken up. They think they’re so politically savvy back there, but they really haven’t got the sport down pat yet. Yes, out here in British Columbia it is a sport. That’s why they want to take our guns away. We know how to shoot.

(Speech at Prince George (May 1997), at pp. 68-69; A.R., at pp. 646-47)

[9] Simpson claimed that certain words in the October 25 broadcast were defamatory in their ordinary and natural meaning. Simpson alleged, as well, that the following defamatory innuendos were conveyed by words in the broadcast: (a) that she had advocated or was in favour of parents taking their children out of school because the children’s teacher was gay; (b) that she advocated keeping gay people out of Surrey’s public schools; (c) *that she was hostile toward gay people to the point that she would condone violence toward gay people*; (d) that she preaches hatred against gay people; (e) that she rants against gay people in a way that would influence someone to take the law into his own hands and do them harm; (f) that she would employ tactics against gay people similar to those used by Hitler and other bigots, such as former State Governor George Wallace, Governor Ross Barnett and Governor Orval Faubus; and (g) that she is a dangerous bigot apt to cause harm to gay people. At trial, Mair testified that no such imputations of

[8] La juge de première instance a également souligné que M^{me} Simpson défendait ses opinions par des moyens démocratiques et non par la violence. Elle encourageait ses sympathisants à exercer une influence en faisant pression sur les politiciens à tous les niveaux. Elle exhortait ses auditeurs [TRADUCTION] « à voter et à écrire au sujet de leurs valeurs et opinions, et à en parler » (par. 15). « En tant qu’individus, électeurs et contribuables, vous avez un énorme pouvoir. Ne sous-estimez pas la valeur d’un coup de téléphone » (d.a., p. 535). « Notre mandat [Citizens Research Institute] est de veiller à ce que l’électorat soit informé et participe de façon éclairée à la vie politique de la province » (d.a., p. 652). L’exhortation suivante constitue un élément récurrent de ses discours :

[TRADUCTION] Votre téléphone peut faire des merveilles pour réveiller les gens de l’Est, qui en ont bien besoin. Ils se croient politiquement évolués, là-bas, mais ils n’ont pas encore vraiment compris les règles du jeu. Ici, en Colombie-Britannique, c’est un sport. C’est pourquoi, ils veulent nous enlever nos fusils. Nous savons tirer.

(Discours prononcé à Prince George (mai 1997), p. 68-69; d.a., p. 646-647)

[9] M^{me} Simpson prétend que l’émission du 25 octobre comportait des termes diffamatoires, selon leur sens ordinaire et naturel. Elle allègue aussi que des passages de l’émission insinuaient de façon diffamatoire : a) qu’elle avait recommandé que les parents retirent leurs enfants des écoles lorsque leur professeur était homosexuel ou qu’elle était favorable à cette mesure; b) qu’elle prônait l’interdiction d’accès des homosexuels dans les écoles publiques de Surrey; c) *qu’elle était tellement homophobe qu’elle tolérerait la violence contre les homosexuels*; d) qu’elle prêchait la haine des homosexuels; e) qu’elle déblatérerait contre les homosexuels d’une façon qui pouvait inciter des gens à s’ériger en justiciers et à s’en prendre à eux; f) qu’elle employait contre les homosexuels des tactiques analogues à celles qu’utilisaient Hitler et d’autres fanatiques, comme les anciens gouverneurs George Wallace, Ross Barnett et Orval Faubus; g) qu’elle est une dangereuse fanatique susceptible de causer du tort aux homosexuels. Au procès, M. Mair a témoigné

violence were intended by him nor in fact made. He said:

I didn't say that Kari is — is a violent person or would want violence to happen. I don't think that — I think that would be the furthest thing from her mind. I think she's, in her own mind, at least, a gentle person. I'm not talking really about what Kari is. I'm talking about what the consequences of thinking that you're doing the right thing this way under these circumstances may well be. [A.R., at p. 340]

II. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court (Koenigsberg J.)* ((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 285, 2004 BCSC 754)

[10] The trial judge noted Mair's comparisons of Simpson in her public persona to Hitler, Wallace, Faubus, Barnett, the KKK and skinheads. The meaning to be ascribed to these comparisons is that Simpson "would condone violence" (para. 6); this imputation was found to be defamatory. Further, the following words, having regard to the comparisons, were also found to be defamatory:

Kari Simpson is, thank God, permitted in our free society to say what she wishes. But the other side of the free speech coin is a public decent enough to know a mean-spirited, power mad, rabble rousing and yes, dangerous bigot, when they see one. [para. 31]

[11] As to the defence of fair comment, the trial judge found that the facts stated in the editorial were true (para. 44). Kari Simpson had spoken on Bill Good's show, and at a rally the night before. On both occasions she was "on message". Other facts of the controversy were well known at the time though unstated in the editorial (e.g. that Simpson was an active promoter of the *Declaration of Family Rights* (para. 52)). The trial judge concluded:

[T]he defence has established that every element of the factual foundation was either stated or publicly known;

qu'aucune de ces imputations de violence n'avait été voulue ou faite :

[TRADUCTION] Je n'ai pas dit que Kari est — est une personne violente ou qu'elle voudrait que des actes de violence soient commis. Je ne pense pas que — je pense qu'elle ne voudrait cela pour rien au monde. Je pense que, dans sa tête du moins, elle est gentille. Je ne parle pas vraiment de ce qu'est Kari. Je parle des conséquences que peut fort bien entraîner la croyance qu'on fait ce qu'il convient de faire dans les circonstances. [d.a., p. 340]

II. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (la juge Koenigsberg)* ((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 285, 2004 BCSC 754)

[10] La juge de première instance a fait observer que M. Mair avait comparé M^{me} Simpson, dans l'image publique qu'elle projetait, à Hitler, Wallace, Faubus et Barnett, au KKK et aux skinheads. Elle a estimé que le sens à donner à ces comparaisons est que M^{me} Simpson [TRADUCTION] « tolérerait la violence » (par. 6). Elle a jugé cette imputation diffamatoire. Elle a également conclu que le passage suivant, compte tenu des comparaisons, était lui aussi diffamatoire :

[TRADUCTION] Dieu merci, Kari Simpson peut dire ce qu'elle veut dans notre société libre. Mais il y a, de l'autre côté de la médaille de la liberté d'expression, un auditoire assez honnête pour reconnaître une fanatique haineuse, assoiffée de pouvoir, agitatrice et, oui, dangereuse, lorsqu'il en voit une. [par. 31]

[11] Pour ce qui est de la défense de commentaire loyal, la juge de première instance a conclu à la véracité des faits énoncés dans l'éditorial (par. 44). Kari Simpson avait pris parole à l'émission de Bill Good et lors d'un rassemblement tenu la veille. À ces deux occasions, elle faisait « passer un message ». D'autres faits de la controverse étaient très connus à cette date, même s'il n'en était pas fait mention dans l'éditorial (p. ex. que M^{me} Simpson faisait activement la promotion de la *Declaration of Family Rights* (par. 52)). La juge de première instance a conclu :

[TRADUCTION] . . . la défense a établi que chaque élément du fondement factuel avait été divulgué ou qu'il

that Mair was aware of them all; and that they were all substantially true in the sense that they were true in so far as they go to the pith and substance of the opinion Mair expressed. [para. 61]

[12] The trial judge found that the editorial was directed to a matter of public interest. The issues underlying the broadcast such as tolerance, discrimination, and the place for discussion of homosexuality in public schools, were matters of widespread controversy. The trial judge found (at paras. 64-66) that there was no basis upon which to challenge that Mair honestly believed what he said. There was some evidence of intrinsic malice:

There is no question, in my view, that the language, tone of voice and characterizations utilized by Mair in both the editorial in issue and earlier editorials were a display of both personal animosity toward the plaintiff and contempt for her character and her ideas, as well as a desire to harm her reputation. [para. 70]

The trial judge also felt that Mair's editorial was a "display of both personal animosity toward the plaintiff . . . as well as a desire to harm her reputation" (para. 70). Nevertheless, she concluded that malice was not the dominant motive for the offending editorial and so did not defeat the defence of fair comment. Accordingly, Simpson's action was dismissed.

B. *British Columbia Court of Appeal (Southin, Prowse and Thackray JJ.A.)* ((2006), 55 B.C.L.R. (4th) 30, 2006 BCCA 287)

[13] The trial judgment was reversed. In the view of Southin J.A., speaking for herself and Thackray J.A., the trial judge had "failed to apply the test of honest belief in the defamatory imputation" (para. 34). The question, she said, was whether to succeed in the defence of fair comment, the defendant must honestly believe in the imputation (i.e. the innuendo that Simpson "would condone violence toward gay people", found by the trier of fact) or "need he only have an honest belief in what he himself subjectively intended by the words which he used?" (para. 37). *Subjectively*, Mair had intended to convey simply that Simpson is an intolerant bigot. If that

était de notoriété publique, que M. Mair les connaissait tous et qu'ils étaient tous véridiques en substance, en ce sens que leur véracité se rapportait à l'essentiel de l'opinion exprimée par M. Mair [par. 61]

[12] Selon la juge de première instance, l'éditorial portait sur un sujet d'intérêt public. Ses thèmes sous-jacents — la tolérance, la discrimination et la place de la question de l'homosexualité dans les écoles publiques — étaient des sujets de controverse généralisée. Elle a conclu (par. 64-66) que l'allégation que M. Mair ne croyait pas honnêtement ce qu'il disait était sans fondement, mais que des éléments de preuve indiquaient que ses propos dénotaient une certaine malveillance intrinsèque :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute, selon moi, que les termes et le ton de voix que M. Mair a employés dans l'éditorial en cause et dans de précédents éditoriaux, de même que la façon dont il a dépeint la demanderesse témoignent de son animosité personnelle envers elle et de son mépris pour elle et pour ses idées ainsi que d'un désir de ternir sa réputation. [par. 70]

Elle a aussi estimé que l'éditorial de M. Mair dénote une [TRADUCTION] « animosité personnelle envers [la demanderesse] [. . .] ainsi que d'un désir de ternir sa réputation » (par. 70). Elle n'en a pas moins conclu que le motif dominant de l'éditorialiste n'était pas la malveillance, de sorte qu'il pouvait se prévaloir de la défense de commentaire loyal. Elle a donc rejeté l'action de M^{me} Simpson.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Prowse et Thackray)* ((2006), 55 B.C.L.R. (4th) 30, 2006 BCCA 287)

[13] La Cour d'appel a infirmé le jugement de première instance. Selon la juge Southin, à l'opinion de laquelle a souscrit le juge Thackray, la juge de première instance [TRADUCTION] « n'avait pas appliqué le critère de la croyance ou conviction honnête à l'imputation diffamatoire » (par. 34). Il fallait, à son avis, se poser la question suivante : Faut-il que le défendeur croie honnêtement à l'imputation (c.-à-d. à l'insinuation que M^{me} Simpson « tolérerait la violence contre les homosexuels » dont le juge des faits avait reconnu l'existence), pour que sa défense de commentaire loyal soit reçue, ou [TRADUCTION] « suffit-il qu'il croie honnêtement à

was all he had said, he would be entitled to succeed because the facts indicate that this was his honest belief. However, Southin J.A. pointed out, the trial judge concluded, in para. 30 of her reasons, that the *objectively* reasonable meaning of Mair's words was that "the plaintiff would condone violence". She held this was an imputation of fact, not comment, and that there was "no evidentiary foundation for a finding that the appellant would condone violence" (para. 43). Prowse J.A. delivered brief concurring reasons. The case was therefore sent back to the trial judge for an assessment of damages.

III. Analysis

[14] In the almost 30 years since *Cherneskey*, courts across the common law world have re-examined the balance between freedom of expression and the protection of private reputation.

[15] The function of the tort of defamation is to vindicate reputation, but many courts have concluded that the traditional elements of that tort may require modification to provide broader accommodation to the value of freedom of expression. There is concern that matters of public interest go unreported because publishers fear the ballooning cost and disruption of defending a defamation action. Investigative reports get "spiked", the Media Coalition contends, because, while true, they are based on facts that are difficult to establish according to rules of evidence. When controversies erupt, statements of claim often follow as night follows day, not only in serious claims (as here) but in actions launched simply for the purpose of intimidation. Of course "chilling" false and defamatory speech is not a bad thing in itself, but chilling debate on matters of *legitimate* public interest raises issues of inappropriate censorship and self-censorship. Public controversy can be a

ce que lui-même voulait subjectivement dire par les termes qu'il a employés » (par. 37). *Subjectivement*, M. Mair voulait simplement dire que M^{me} Simpson était une fanatique intolérante. Si c'était effectivement tout ce qu'il avait dit, il aurait gain de cause parce qu'il ressort des faits que c'est ce qu'il croyait honnêtement. La juge Southin a toutefois souligné qu'au par. 30 de ses motifs la juge de première instance avait conclu que la signification *objectivement* raisonnable des propos de M. Mair était que [TRADUCTION] « la demanderesse tolérerait la violence ». Selon la juge Southin, il s'agissait d'une imputation factuelle non d'un commentaire, et [TRADUCTION] « aucun élément de preuve ne permettait de conclure que l'appelante tolérerait la violence » (par. 43). La juge Prowse a formulé de brefs motifs concordants. L'affaire a donc été renvoyée à la juge de première instance pour l'évaluation des dommages-intérêts.

III. Analyse

[14] L'arrêt *Cherneskey* a été rendu il y a près de 30 ans et, au cours de cette période, les tribunaux de common law de partout dans le monde ont réexaminé l'équilibre entre la liberté d'expression et la protection de la réputation.

[15] La fonction du délit de diffamation est de permettre le rétablissement de la réputation, mais de nombreux tribunaux ont conclu qu'il faudrait peut-être modifier les éléments constitutifs traditionnels de ce délit pour faire plus de place à la liberté d'expression. On redoute en effet que, par crainte des coûts de plus en plus élevés et des problèmes engendrés par les poursuites en diffamation, les diffuseurs passent sous silence des questions d'intérêt public. Selon la Coalition des médias, des reportages d'enquête sont mis à l'écart, en dépit de leur véracité, parce qu'ils sont fondés sur des faits difficiles à établir en fonction des règles de preuve. Inévitablement, lorsqu'il y a controverse, il y a souvent poursuite, non seulement pour des motifs sérieux (comme en l'espèce), mais simplement à des fins d'intimidation. Bien sûr, il n'est pas intrinsèquement mauvais que les propos faux et diffamatoires soient « réprimés », mais lorsque le débat sur des questions d'intérêt public *légitimes* est réprimé,

rough trade, and the law needs to accommodate its requirements.

[16] Canadian courts have frequently pointed to the need to develop the common law in accordance with *Charter* values, including the law of defamation:

Historically, the common law evolved as a result of the courts making those incremental changes which were necessary in order to make the law comply with current societal values. The *Charter* represents a restatement of the fundamental values which guide and shape our democratic society and our legal system. It follows that it is appropriate for the courts to make such incremental revisions to the common law as may be necessary to have it comply with the values enunciated in the *Charter*.

(*Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, *per* Cory J., at para. 92)

See also *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 603. Traditionally, the freedom of expression enjoyed by the media has been considered no greater than that of other members of the Canadian community (*Doyle v. Sparrow* (1979), 27 O.R. (2d) 206 (C.A.), *per* MacKinnon A.C.J.O., at p. 208, leave to appeal refused, [1980] 1 S.C.R. xii). Nevertheless, it is worth noting that s. 2(b) of the *Charter* specifically refers to “freedom of the press and other media of communication”, presumably to underline their importance in our public life.

A. *Imputations of Fact Versus Comment*

[17] The appellants claim that while the trial judge properly treated the imputation that Simpson would condone violence as a comment, the Court of Appeal mischaracterized it as a statement of fact, to which, of course, different defences apply. The reasons of the Court of Appeal are not altogether clear on this point. Southin J.A., after quoting at length from various court decisions, concluded without further discussion:

on peut se demander s’il n’y a pas censure ou auto-censure indues. La controverse publique a parfois de rudes exigences, et le droit doit respecter ses exigences.

[16] Les tribunaux canadiens ont maintes fois souligné la nécessité de faire évoluer la common law en fonction des valeurs exprimées dans la *Charte*, et cela vaut pour les règles relatives à la diffamation :

Historiquement, la common law a évolué grâce aux changements progressifs qu’y ont apportés les tribunaux afin que le droit corresponde aux valeurs sociales contemporaines. La *Charte* est une réaffirmation des valeurs fondamentales qui guident et façonnent notre société démocratique et notre régime juridique. Il convient donc que les tribunaux apportent progressivement à la common law des modifications qui permettent de la rendre compatible avec les valeurs énoncées dans la *Charte*.

(*Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, le juge Cory, par. 92)

Voir aussi *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 603. On a généralement considéré que les médias ne jouissaient pas d’une plus grande liberté d’expression que le reste de la société canadienne (*Doyle c. Sparrow* (1979), 27 O.R. (2d) 206 (C.A.), le juge en chef adjoint de l’Ontario MacKinnon, p. 208, autorisation d’appel refusée, [1980] 1 R.C.S. xii), mais il importe de noter que l’al. 2b) de la *Charte* mentionne expressément la « liberté de la presse et des autres moyens de communication », probablement pour souligner leur importance dans notre vie publique.

A. *Imputation factuelle et commentaire*

[17] Selon les appelants, la juge de première instance a eu raison de considérer comme commentaire l’imputation que M^{me} Simpson tolérerait la violence, mais la Cour d’appel l’a erronément qualifiée de déclaration de fait, ce qui, naturellement, appelle des moyens de défense différents. Les motifs de la Cour d’appel ne sont pas absolument clairs sur ce point. Après avoir cité de longs extraits de jurisprudence, la juge Southin a conclu sans élaborer davantage :

Applying these authorities, I come to the conclusion that the learned judge's conclusion, both as judge and jury, as to the defamatory meaning of these words, excludes any further consideration of fair comment because there is no evidentiary foundation for a finding that the appellant would condone violence. [Emphasis added; para. 43.]

Courts do not ordinarily refer to a comment as “a finding”, and Southin J.A.'s characterization persuades the appellants that the Court of Appeal wrongly reversed the trial judgment

on the basis that the statement in question required factual proof and therefore could not be defended as fair comment. They did so without any deference or indication of a palpable or overriding error by the trial judge in her finding that the words were comment. [Factum; para. 80]

Imputations of Fact

[18] The appellants argue that even if the Court of Appeal decided the appeal on the basis that the imputation “would condone violence” is a fact requiring a demonstration of truth, and even if the court was correct to do so, they are, nevertheless, entitled to succeed on the basis of a “responsible journalism” defence, based on developments in other common law jurisdictions. The appellants cite cases in Australia, New Zealand and the United Kingdom on this point.

[19] I do not propose to deal with this argument at length because, in my view, this is a case of comment, not imputation of fact. However, having regard to the full argument placed before us, I will briefly take note of the contending positions, which will have to await resolution for another appeal.

[20] In *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609, the House of Lords decided that the common law doctrine of qualified privilege has enough “elasticity” (p. 625) to accommodate freedom of the media in a manner consistent with the freedom of expression guaranteed

[TRADUCTION] Compte tenu de ces décisions, je conclus que celle de la juge de première instance, en tant que juge et jury, au sujet de la signification diffamatoire de ces mots, exclut la poursuite de l'examen de la défense de commentaire loyal, car aucun élément de preuve ne permet de conclure que l'appelante tolérerait la violence. [Je souligne; par. 43.]

Habituellement, les tribunaux n'assimilent pas les commentaires à des « conclusions », et cette qualification faite par la juge Southin convainc les appellants que la Cour d'appel a eu tort d'infirmier le jugement de première instance

[TRADUCTION] car la déclaration en cause doit reposer sur une preuve factuelle et ne saurait donc être défendue à titre de commentaire loyal. La cour a tenu ce raisonnement sans faire preuve de déférence et sans relever d'erreur manifeste et dominante dans la conclusion de la juge de première instance selon laquelle les propos en cause constituaient un commentaire. [mémoire, par. 80]

Imputations de fait

[18] Selon les appelants, même si la Cour d'appel a tranché l'affaire en tenant pour acquis que l'imputation — « tolérerait la violence » — est un fait dont il faut établir la véracité et même si ce raisonnement est juste, ils peuvent quand même être exonérés en invoquant en défense le « journalisme responsable », compte tenu de l'évolution de la jurisprudence dans d'autres ressorts de common law. Les appelants citent à cet égard des décisions de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni.

[19] Je ne m'étendrai pas sur cet argument parce qu'à mon avis il s'agit ici d'un commentaire et non d'une imputation de fait. Toutefois, vu l'ensemble de l'argumentation devant la Cour, j'aborderai brièvement les thèses avancées, qui ne pourront faire l'objet d'une décision que dans un autre pourvoi.

[20] Dans *Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609, la Chambre des lords a statué que la théorie de l'immunité relative reconnue en common law offrait la [TRADUCTION] « souplesse » (p. 625) voulue pour assurer à la liberté des médias l'étendue nécessaire pour

by Article 10 of the European *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. “[T]here are occasions when the public interest requires that publication to the world at large should be privileged” (p. 617), depending on such matters as the seriousness of the allegation, the nature of the information published, the extent to which the subject matter is a matter of public concern, the source of the information and the steps taken to verify its truth (p. 626). Where it applies, the “public interest defence of responsible journalism” protects the journalist even where he or she got material facts wrong. Later English authority has noted that the effect of the *Reynolds* test is to shift the qualified privilege from the “occasion” to the specific publication: *Loutchansky v. Times Newspapers Ltd. (Nos. 2-5)*, [2002] 2 W.L.R. 640, [2001] EWCA Civ 1805. See also *Bonnick v. Morris*, [2003] 1 A.C. 300, [2002] UKPC 31; *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] 4 All E.R. 1279, [2006] UKHL 44; *Cusson v. Quan* (2007), 231 O.A.C. 277, 2007 ONCA 771 (leave to appeal granted April 3, 2008, [2008] 1 S.C.R. xii; hearing pending).

[21] Reliance was also placed by the appellants on the decisions of the High Court of Australia which has accepted a more narrow “government or political matters” defence. In *Lange v. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 145 A.L.R. 96, at p. 117, it was held that “the reputations of those defamed by widespread publications will be adequately protected by requiring the publisher to prove reasonableness of conduct . . . [or] if the person defamed proves that the publication was actuated by common law malice”.

[22] As in England, the Australian adaptation of qualified privilege would put the onus on the media to prove reasonableness of conduct rather than on the plaintiff to prove lack of due diligence or negligence. Moreover, it is argued that this approach would effectively sideline the issue of malice because a finding that the media acted reasonably

qu’elle corresponde à la liberté d’expression garantie par l’article 10 de la *Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales* européenne. [TRADUCTION] « [I] existe des circonstances où l’intérêt public exige qu’une large diffusion bénéficie d’une immunité » (p. 617), compte tenu de facteurs comme la gravité des allégations, la nature de l’information publiée, sa qualité de renseignement d’intérêt public, sa source et les mesures prises pour en vérifier la véracité (p. 626). Lorsqu’elle s’applique, la « défense d’intérêt public du journalisme responsable » protège le journaliste, même s’il s’est trompé sur des faits substantiels. Les tribunaux anglais ont par la suite indiqué que le critère de l’arrêt *Reynolds* a pour effet d’axer l’immunité relative sur la diffusion en cause plutôt que sur les « circonstances » : *Loutchansky c. Times Newspapers Ltd. (Nos. 2-5)*, [2002] 2 W.L.R. 640, [2001] EWCA Civ 1805. Voir aussi *Bonnick c. Morris*, [2003] 1 A.C. 300, [2002] UKPC 31; *Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] 4 All E.R. 1279, [2006] UKHL 44; *Cusson c. Quan* (2007), 231 O.A.C. 277, 2007 ONCA 771 (autorisation d’appel accordée le 3 avril 2008, [2008] 1 R.C.S. xii; audition à venir).

[21] Les appelants ont aussi invoqué la jurisprudence de la Haute Cour de l’Australie acceptant le moyen de défense plus restreint des [TRADUCTION] « questions gouvernementales ou politiques ». Dans *Lange c. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 145 A.L.R. 96, p. 117, cette cour a statué que [TRADUCTION] « la réputation des personnes diffamées par des propos largement diffusés sera suffisamment protégée si le diffuseur est tenu de démontrer qu’il s’est conduit de façon raisonnable [. . .] [ou] si la personne diffamée établit que la diffusion était motivée par la malveillance au sens de la common law ».

[22] La défense d’immunité relative modifiée de la jurisprudence australienne, comme celle de la jurisprudence anglaise, oblige le média à démontrer que sa conduite était raisonnable au lieu d’imposer au demandeur l’obligation de prouver l’absence de diligence raisonnable ou la négligence. On soutient en outre qu’elle a pour

would potentially foreclose a concurrent finding of malice in respect of the same publication.

[23] Recent New Zealand authority approaches qualified privilege from a different perspective. In *Lange v. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385, the New Zealand Court of Appeal disagreed with both the House of Lords in *Reynolds* and the Australian High Court in *Lange*, that a “responsible journalism” or “reasonableness” requirement should be imposed as a condition precedent to an occasion being classified as one of “qualified privilege”:

We are not persuaded that in the New Zealand situation matters such as the steps taken to verify the information, the seeking of comment from the person defamed, and the status or source of the information, should fall within the ambit of the inquiry into whether the occasion is privileged. [para. 38]

A more appropriate control mechanism, in the New Zealand view, is to seek flexibility in the definition of malice, the proof of which lies on the plaintiff. Thus the privilege would be defeated if the plaintiff could show either that the publisher “knew he was not telling the truth or was reckless in that regard” (para. 51), citing *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3, at para. 79. In effect, the New Zealand doctrine rests on a public interest doctrine of proof of *irresponsible* journalism.

[24] While the legal position in both Australia and New Zealand was influenced by statutory provisions that have no direct counterpart in Canada, the Canadian law of qualified privilege will necessarily evolve in ways that are consistent with *Charter* values. At issue will be both the scope of the qualified privilege (*Reynolds* is broader) and whether the burden of proof of responsible journalism should lie on the defendant (*Reynolds*) or

effet d'écartier la question de la malveillance, car la conclusion que la conduite du média était raisonnable pourrait exclure une conclusion concomitante de malveillance à l'égard de la même publication.

[23] Un arrêt récent de la Nouvelle-Zélande aborde l'immunité relative sous un angle nouveau. Dans *Lange c. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a refusé de se ranger à l'opinion exprimée par la Chambre des lords dans *Reynolds* et par la Haute Cour de l'Australie dans *Lange*, selon laquelle la condition préalable du « journalisme responsable » ou de la « raisonabilité » doit être remplie pour qu'on puisse conclure que des circonstances donnent lieu à une « immunité relative » :

[TRADUCTION] On ne nous a pas convaincus qu'en Nouvelle-Zélande des éléments comme les mesures prises pour vérifier l'information, l'obtention de commentaires de la personne diffamée et le statut ou la source de l'information entrent dans l'examen visant à déterminer si les circonstances donnent lieu à une immunité relative. [par. 38]

Selon la jurisprudence de la Nouvelle-Zélande, il est plus indiqué d'appliquer un mécanisme de contrôle définissant avec souplesse la malveillance, laquelle doit être prouvée par le demandeur. Ainsi, le défendeur ne pourrait se prévaloir de l'immunité si le demandeur établit que le diffuseur [TRADUCTION] « savait qu'il ne disait pas la vérité ou a fait preuve d'insouciance à cet égard » (par. 51), citant *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3, par. 79. Le fondement du critère de l'intérêt public appliqué en Nouvelle-Zélande est en fait la preuve de journalisme *irresponsable*.

[24] Bien que des dispositions législatives dont il n'existe pas d'équivalent au Canada aient influé sur les positions juridiques prises en Australie et en Nouvelle-Zélande, l'évolution des règles appliquées ici en matière d'immunité relative devra nécessairement correspondre aux valeurs garanties par la *Charte*. Il s'agit en l'espèce de déterminer l'étendue de l'immunité relative (l'immunité prévue dans *Reynolds* est plus large) et de décider si le fardeau

irresponsible journalism on the plaintiff (*Lange v. Atkinson*).

[25] Despite the variations of the “responsible journalism” defence urged in argument, the fact is that Mair does not claim to have acted reasonably in relation to the publication of facts subsequently shown to be false. He says he editorialized on facts that were shown to be true. Commentators are allowed broad latitude under the existing law of fair comment. Despite some ambiguity about the basis of the majority decision of the B.C. Court of Appeal, as more fully discussed below, fair comment is the essence of his defence.

B. *Distinguishing Fact From Comment*

[26] The pleaded innuendo that Simpson was so “hostile toward gay people to the point that she would condone violence toward gay people” (trial reasons, at para. 19 (emphasis added; emphasis in original deleted)) is framed as an inference (“would condone violence”) from a factual premise, (i.e. was so “hostile toward gay people”). In *Ross v. New Brunswick Teachers’ Assn.* (2001), 201 D.L.R. (4th) 75, 2001 NBCA 62, at para. 56, the New Brunswick Court of Appeal correctly took the view that “comment” includes a “deduction, inference, conclusion, criticism, judgment, remark or observation which is generally incapable of proof”. Brown’s *The Law of Defamation in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)) cites ample authority for the proposition that words that may appear to be statements of fact may, in pith and substance, be properly construed as comment. This is particularly so in an editorial context where loose, figurative or hyperbolic language is used (Brown, vol. 4, at p. 27-317) in the context of political debate, commentary, media campaigns and public discourse. See also, R. D. McConchie and D. A. Potts, *Canadian Libel and Slander Actions* (2004), at p. 340.

de la preuve du journalisme responsable incombe au défendeur (*Reynolds*) ou si c’est au demandeur de faire la preuve du journalisme irresponsable (*Lange c. Atkinson*).

[25] Quelque forme que prenne la défense de « journalisme responsable » invoquée dans l’argument, il reste que M. Mair ne prétend pas avoir agi de façon raisonnable dans la diffusion de faits dont la fausseté aurait été démontrée par la suite. Il affirme avoir présenté un éditorial concernant des faits dont la véracité a été établie. Les règles régissant la défense de commentaire loyal accordent une grande latitude aux commentateurs. Bien que, comme il en sera question de façon plus détaillée, le fondement de la décision des juges majoritaires de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ne soit pas limpide, le moyen de défense invoqué est essentiellement celui du commentaire loyal.

B. *Distinction entre fait et commentaire*

[26] L’insinuation en cause selon laquelle M^{me} Simpson serait [TRADUCTION] « tellement homophobe qu’elle tolérerait la violence contre les homosexuels » (motifs de première instance, par. 19 (je souligne; soulignement dans l’original omis)) est présentée comme une déduction (« tolérerait la violence ») tirée d’une prémisse factuelle (« homophobe »). Dans *Ross c. New Brunswick Teachers’ Assn.* (2001), 201 D.L.R. (4th) 75, 2001 NBCA 62, par. 56, la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick a jugé à juste titre que le « commentaire » englobe [TRADUCTION] « les déductions, inférences, conclusions, critiques, jugements, remarques et observations, dont il est généralement impossible de faire la preuve ». Dans son traité *The Law of Defamation in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), l’auteur Brown cite une abondante jurisprudence à l’appui de la thèse que des mots qui semblent être des déclarations de faits puissent être véritablement considérés à juste titre comme des commentaires. C’est particulièrement vrai d’éditoriaux relatifs à des débats, commentaires, campagnes médiatiques et discours publics de nature politique, dont les propos sont exprimés dans un langage familier, figuré ou hyperbolique (Brown, vol. 4, p. 27-317). Voir aussi R. D. McConchie et D. A. Potts, *Canadian Libel and Slander Actions* (2004), p. 340.

[27] The respondent on this appeal did not challenge the view that Mair's imputation, that Simpson "would condone violence toward gay people", was a comment not an imputation of fact (Factum, at para. 40). I agree that the "sting" of the libel was a comment and it would have been understood as such by Mair's listeners. "What is comment and what is fact must be determined from the perspective of a 'reasonable viewer or reader'" (*Ross, per Daigle C.J.N.B.*, at para. 62). Mair was a radio personality with opinions on everything, not a reporter of the facts. The applicable defence was fair comment. On that point, I agree with the trial judge.

C. *The Test for Fair Comment*

[28] For ease of reference, I repeat and endorse the formulation of the test for the fair comment defence set out by Dickson J., dissenting, in *Cherneskey* as follows:

- (a) the comment must be on a matter of public interest;
- (b) the comment must be based on fact;
- (c) the comment, though it can include inferences of fact, must be recognisable as comment;
- (d) the comment must satisfy the following objective test: could any [person] honestly express that opinion on the proved facts?
- (e) even though the comment satisfies the objective test the defence can be defeated if the plaintiff proves that the defendant was [subjectively] actuated by express malice. [Emphasis added; emphasis in original deleted; pp. 1099-1100.]

(citing *Duncan and Neill on Defamation* (1978), at p. 62)

I note, parenthetically, that *Duncan and Neill* subsequently reformulated proposition (d) to say: "[C]ould any fair-minded man honestly express that opinion on the proved facts?"; *Duncan and Neill*

[27] L'intimée ne conteste pas en l'espèce l'opinion que l'imputation de M. Mair selon laquelle elle [TRADUCTION] « tolérerait la violence contre les homosexuels » relève du commentaire et n'est pas une imputation de fait (mémoire, par. 40). Je conviens que l'« affront » du libelle était un commentaire et que les auditeurs de M. Mair l'auraient perçu comme tel. [TRADUCTION] « Il faut déterminer, du point de vue "de l'observateur ou du lecteur raisonnable" ce qui constitue un commentaire et ce qui constitue un fait » (*Ross*, le juge en chef Daigle du N.-B., par. 62). M. Mair était un animateur de radio qui formulait des opinions sur tout, non un journaliste ayant pour mission de relater les faits. La défense applicable est celle du commentaire loyal. Sur ce point, je souscris à l'opinion de la juge de première instance.

C. *Le critère applicable à la défense de commentaire loyal*

[28] Je fais miens et, pour plus de commodité, je reproduis à nouveau les éléments de la défense de commentaire loyal énoncés par le juge Dickson, dissident, dans *Cherneskey* :

- a) le commentaire doit porter sur une question d'intérêt public;
- b) le commentaire doit être fondé sur des faits;
- c) le commentaire peut comprendre des conclusions de fait, mais doit être reconnaissable en tant que commentaire;
- d) le commentaire doit répondre au critère objectif suivant : pouvait-on exprimer honnêtement cette opinion vu les faits prouvés?
- e) même si le commentaire répond au critère objectif, la défense peut échouer si le demandeur prouve que le défendeur était [subjectivement] animé par la malice. [Je souligne; italiques dans l'original omis; p. 1099-1100.]

(citant *Duncan and Neill on Defamation* (1978), p. 62)

Soulignons en passant que la proposition d) a depuis été reformulée dans *Duncan and Neill* et veut maintenant qu'on se demande si [TRADUCTION] « un esprit juste pouvait-il exprimer honnêtement cette

on *Defamation* (2nd ed. 1983), at p. 63 (emphasis added). In my respectful view, the addition of a qualitative standard such as “fair minded” should be resisted. “Fair-mindedness” often lies in the eye of the beholder. Political partisans are constantly astonished at the sheer “unfairness” of criticisms made by their opponents. Trenchant criticism which otherwise meets the “honest belief” criterion ought not to be actionable because, in the opinion of a court, it crosses some ill-defined line of “fair-mindedness”. The trier of fact is not required to assess whether the comment is a reasonable and proportional response to the stated or understood facts.

D. *The Comment Must Be Based on Fact and Related to a Matter of Public Interest*

[29] The Canadian Civil Liberties Association (“CCLA”) argues that to bring the common law of defamation into compliance with the *Charter* requires “a presumption in favour of expressive activity”, so that a plaintiff ought to bear the initial onus of establishing that the defendant’s defamatory comment (i) is not a comment at all but a fact which must be proven or otherwise justified, or (ii) is not a comment on a question of public interest.

[30] I do not think a shift of onus on these points is required. In the first place, the *Charter* is about “expressive activity” but it also protects the dignity and worth of individuals, whose reputation may be their most valued asset. Plaintiffs must prove defamation to get their case on its feet. At that point, it is the media that seeks to excuse defamatory remarks on the basis that they are “comment” on a “matter of public interest”. Ordinary principles of litigation put the burden of proof on the party making the assertion (*Ontario Equitable Life and Accident Insurance Co. v. Baker*, [1926] S.C.R. 297). In any event, the onus on these two issues is relatively easy to discharge. The public interest is a broad concept. The cases establish that the notion of “comment” is generously interpreted. Putting the onus on the defendant in these respects is not too high a price

opinion vu les faits prouvés? » : *Duncan and Neill on Defamation* (2^e éd. 1983), p. 63 (je souligne). En toute déférence, j’estime qu’on ne devrait pas ajouter une norme qualitative comme celle d’un « esprit juste ». Ce qui est « juste » est souvent une question de perspective. En politique, les partisans d’un camp sont constamment abasourdis par l’« injustice » criante des critiques émanant de l’autre camp. Une critique acerbe qui satisfait par ailleurs aux critères de la « croyance honnête » ne devrait pas donner matière à procès parce que, de l’avis du tribunal, elle dépasse les bornes, mal définies, de ce qui est « juste ». Le juge des faits n’est pas tenu d’évaluer si le commentaire constitue une réponse raisonnable et proportionnelle aux faits tels qu’ils sont divulgués ou compris.

D. *Le commentaire doit être factuellement fondé et porter sur une question d’intérêt public*

[29] Selon l’Association canadienne des libertés civiles (« ACLC »), pour faire concorder le droit en matière de diffamation avec la *Charte*, il faut instituer [TRADUCTION] « une présomption en faveur de l’activité expressive » de sorte qu’il incombe d’abord au demandeur d’établir que le commentaire diffamatoire du défendeur (i) n’est pas du tout un commentaire mais un fait qui doit être prouvé ou autrement justifié, ou (ii) n’est pas un commentaire sur une question d’intérêt public.

[30] Je ne crois pas qu’il faille déplacer le fardeau de la preuve sur ces points. Premièrement, la *Charte* protège « l’activité expressive », mais elle garantit également la dignité et la valeur des individus, dont la réputation peut être l’élément le plus précieux. Pour établir le bien-fondé de son recours, le demandeur doit prouver qu’il y a eu diffamation, et il appartient alors au média de justifier les remarques diffamatoires en établissant qu’elles constituent un « commentaire » sur une « question d’intérêt public ». Selon les règles ordinaires régissant les litiges, la preuve d’une affirmation incombe en effet à la personne qui la fait (*Ontario Equitable Life and Accident Insurance Co. c. Baker*, [1926] R.C.S. 297). De toute manière, il est relativement facile de s’acquitter du fardeau quant à ces deux questions. Le concept d’intérêt public est large.

to pay for a defamer to avoid legal liability for an allegation already found to have wronged the plaintiff's reputation.

E. *Existence of a Factual Foundation*

[31] It is true that “[t]he comment must explicitly or implicitly indicate, at least in general terms, what are the facts on which the comment is being made”; Brown, vol. 2, p. 15-36, and *Gatley on Libel and Slander* (10th ed. 2004), at para. 12.12. What is important is that the facts be sufficiently stated or otherwise be known to the listeners that listeners are able to make up their own minds on the merits of Mair's editorial comment. If the factual foundation is unstated or unknown, or turns out to be false, the fair comment defence is not available (*Chicoutimi Pulp*, at p. 194).

[32] On this point, as mentioned, Southin J.A. concluded that there could be no “consideration of fair comment because there is no evidentiary foundation for a finding that the appellant would condone violence” (para. 43). Perhaps Southin J.A. meant that Mair's comment was too remote from the facts to which his listeners understood the comment related, or perhaps she concluded that Mair's factual premise that Kari Simpson was so deeply hostile to the gay community's initiative was unproven. Southin J.A. did not elaborate.

[33] In *Vander Zalm v. Times Publishers* (1979), 96 D.L.R. (3d) 172 (B.C.S.C.), the trial court gave judgment for the plaintiff, but the Court of Appeal, in reversing ((1980), 109 D.L.R. (3d) 531, at p. 536), observed that the trial judge held that the defence failed because the facts pleaded as the basis for the alleged comment “could not . . . fairly lead to the imputation arising from the cartoon” (emphasis added). The Court of Appeal held that on making this finding the judge applied the wrong test; the proper test being whether the comment made by

D'après la jurisprudence, la notion de « commentaire » doit recevoir une interprétation libérale. Le fardeau de preuve qui repose sur le défendeur ne constitue donc pas un prix démesuré à payer pour se dégager de la responsabilité juridique à l'égard d'une allégation diffamatoire jugée attentatoire à la réputation du demandeur.

E. *L'existence du fondement factuel*

[31] Il est vrai que [TRADUCTION] « le commentaire doit explicitement ou implicitement indiquer, du moins d'une manière générale, quels sont les faits sur lesquels le commentaire est fondé »; Brown, vol. 2, p. 15-36, et *Gatley on Libel and Slander* (10^e éd. 2004, par. 12.12. Ce qui importe, c'est que les faits soient suffisamment exposés ou soient autrement connus des auditeurs pour permettre à ceux-ci de se faire leur propre opinion de la valeur des commentaires éditoriaux de M. Mair. Si le fondement factuel n'est pas donné ou s'il est inconnu ou faux, la défense de commentaire loyal ne peut être invoquée (*Chicoutimi Pulp*, p. 194).

[32] Comme on l'a vu, la juge Southin a conclu, sur ce point, qu'on ne pouvait procéder à [TRADUCTION] « l'examen de la défense de commentaire loyal, car aucun élément de preuve ne permettait de conclure que l'appelante tolérerait la violence » (par. 43). Peut-être voulait-elle dire que le commentaire était trop éloigné des faits auxquels il se rapportait dans l'esprit des auditeurs, ou peut-être a-t-elle conclu que la prémisse factuelle de M. Mair — l'hostilité marquée de Kari Simpson à l'égard de l'initiative de la communauté homosexuelle — n'était pas démontrée, mais elle ne l'a pas précisé.

[33] Dans l'affaire *Vander Zalm c. Times Publishers* (1979), 96 D.L.R. (3d) 172 (C.S.C.-B.), le tribunal de première instance a rendu jugement en faveur de la demanderesse, mais la Cour d'appel a infirmé cette décision ((1980), 109 D.L.R. (3d) 531, p. 536), faisant observer que le juge de première instance a écarté le moyen de défense parce que les faits présentés comme fondement du commentaire allégué [TRADUCTION] « ne pouvaient [. . .] à juste titre mener à l'imputation suggérée par la caricature » (je souligne). La Cour d'appel a conclu que le juge ne

the cartoon met the test of fair comment, which the evidence indicated that it did. The trial judge spoke of facts “fairly” giving rise to the comment, thereby introducing an unwelcome requirement of reasonableness and proportionality. Southin J.A. in the present case more prudently spoke of “no evidentiary foundation” (para. 43 (emphasis added)).

[34] I agree with Southin J.A. that a properly disclosed or sufficiently indicated (or so notorious as to be already understood by the audience) factual foundation is an important objective limit to the fair comment defence, but the general facts giving rise to the dispute between Mair and Simpson were well known to Mair’s listening audience, and were referred to in part in the editorial itself. Simpson’s involvement in the *Declaration of Family Values* was familiar to Mair’s audience. Her repeated invitations to her followers to pick up the phone and call talk shows and politicians assured her views a measure of notoriety (*Barltrop v. Canadian Broadcasting Corp.* (1978), 25 N.S.R. (2d) 637 (C.A.)). The respondent has offered no persuasive reason to justify the Court of Appeal’s interference with the trial judge’s conclusion that

the defence has established that every element of the factual foundation was either stated or publicly known; that Mair was aware of them all; and that they were all substantially true in the sense that they were true in so far as they go to the pith and substance of the opinion Mair expressed. [para. 61]

This provides a sufficient launching pad for the defence of fair comment.

F. *The Honest Belief Requirement*

[35] The respondent Simpson relies on this Court’s judgment in *Cherneskey*, for the proposition, as stated by Ritchie J., at p. 1081, that

s’est pas posé la bonne question pour arriver à cette conclusion; il fallait se demander si le commentaire émanant de la caricature remplissait les conditions d’un commentaire loyal. Il ressortait de la preuve que c’était le cas. Le juge de première instance avait parlé de faits donnant « à juste titre » naissance au commentaire, introduisant ainsi intempestivement une exigence de raisonabilité et de proportionnalité. En l’espèce, la juge Southin a, plus prudemment, précisé qu’il n’existait [TRADUCTION] « aucun élément de preuve » (par. 43 (je souligne)).

[34] Je conviens avec la juge Southin que l’existence d’un fondement factuel correctement exposé ou mentionné avec suffisamment de précision (ou assez notoire pour être déjà compris par l’auditoire) constitue une limite objective importante de la défense de commentaire loyal, mais les faits généraux à l’origine du litige opposant M. Mair et M^{me} Simpson étaient bien connus des auditeurs de ce dernier et ils étaient mentionnés, du moins partiellement, dans l’éditorial lui-même. Les auditeurs de M. Mair savaient que M^{me} Simpson avait participé à l’élaboration de la *Declaration of Family Values*. Les appels répétés qu’elle lançait à ses sympathisants pour qu’ils se fassent entendre dans des émissions-débats ou qu’ils téléphonent aux politiciens avaient valu à ses opinions une certaine notoriété (*Barltrop c. Canadian Broadcasting Corp.* (1978), 25 N.S.R. (2d) 637 (C.A.)). L’intimée n’a présenté aucune raison convaincante justifiant l’infirmité par la Cour d’appel de la conclusion de la juge de première instance selon laquelle

[TRADUCTION] . . . la défense a établi que chaque élément du fondement factuel avait été divulgué ou qu’il était de notoriété publique, que M. Mair les connaissait tous et qu’ils étaient tous véridiques en substance, en ce sens que leur véracité se rapportait à l’essentiel de l’opinion exprimée par M. Mair. [par. 61]

Cela assure une assise suffisante à la défense de commentaire loyal.

F. *L’exigence de la croyance honnête*

[35] L’intimée invoque l’arrêt *Cherneskey* de la Cour et, plus particulièrement, l’affirmation suivante du juge Ritchie :

it is an essential ingredient to the defence of fair comment that it must be the honest expression of the writer's opinion

Simpson's argument on this point therefore runs as follows. Although the trial judge found Mair had an honest belief in the comment Mair *subjectively* thought he was making (that Simpson is a bigot), there was no evidence that he honestly believed the innuendo *imputed* to his words by the trial judge (that Simpson "would condone violence toward gay people"). On this view, if Mair had simply sworn that he honestly believed that Simpson condoned violence (leaving aside the debate about the ambiguity of the word "condoned"), he would have had a good defence. However, Mair undermined his own legal position (so goes the argument) by persisting at trial in talking about Simpson's alleged bigotry and intolerance with the result that he was never asked in chief or cross-examination about his honest belief in the pleaded innuendo that Simpson condoned violence. He stuck to his belief that "Kari Simpson is not a violent person". It seems to me that defamation proceedings will have reached a troubling level of technicality if the protection afforded by the defence of fair comment to freedom of expression ("the very lifeblood of our freedom") is made to depend on whether or not the speaker is prepared to swear to an honest belief in something he does not believe he ever said.

(1) Is There Still a Role for Honest Belief?

[36] Concern about the obvious anomalies in such a requirement has prompted the intervener CCLA to urge that "the honest belief requirement be eliminated" altogether (Factum, at para. 7), despite the description in *Cherneskey*, at p. 1082, of honesty of belief as the "cardinal test" of the defence of fair comment (Ritchie J. quoting Lord Denning in *Slim v. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497 (C.A.), at p. 503). I do not think abolition of the requirement of honest belief, however formulated,

. . . un élément essentiel de la défense fondée sur le commentaire loyal est qu'il doit s'agir de l'expression honnête de l'opinion de l'auteur . . . [p. 1081]

L'argument qu'elle développe sur ce point est donc le suivant : bien que la juge de première instance ait conclu que M. Mair croyait honnêtement les propos qu'il pensait *subjectivement* tenir (au sujet du fanatisme de M^{me} Simpson), rien ne prouve qu'il croyait honnêtement les insinuations que la juge lui a *imputées* du fait de ses propos (que M^{me} Simpson [TRADUCTION] « tolérerait la violence contre les homosexuels »). Par conséquent, si M. Mair avait simplement déclaré sous serment qu'il croyait honnêtement que M^{me} Simpson tolérerait la violence (sans entrer dans le débat relatif à l'ambiguïté du mot « *condone* » (tolérer)), il aurait disposé d'un moyen de défense valable, mais il a lui-même affaibli sa situation juridique (selon M^{me} Simpson) en persistant, au procès, à faire des allégations au sujet du fanatisme et de l'intolérance de M^{me} Simpson, si bien qu'on ne lui a posé aucune question en interrogatoire principal ou en contre-interrogatoire au sujet de sa croyance honnête dans l'insinuation que M^{me} Simpson tolérerait la violence. Il s'en est tenu à sa croyance que [TRADUCTION] « Kari Simpson n'est pas une personne violente ». Je pense que les instances en diffamation auront atteint un degré de formalisme inquiétant si la protection de la liberté d'expression (« l'élément vital de notre liberté ») par la défense de commentaire loyal doit dépendre du fait que l'auteur des propos doit être disposé à affirmer sous serment qu'il croit honnêtement une chose qu'il estime n'avoir jamais dite.

(1) La croyance honnête a-t-elle encore un rôle à jouer?

[36] Inquiète des anomalies évidentes d'une telle prétention, l'intervenante ACLC a préconisé [TRADUCTION] « la suppression pure et simple de l'exigence de la croyance honnête » (mémoire, par. 7), bien que l'honnêteté de la croyance ait été décrite, dans *Cherneskey*, p. 1082, comme le « principal critère » de la défense de commentaire loyal (le juge Ritchie citant la décision de lord Denning dans *Slim c. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497 (C.A.), p. 503). Je ne pense pas que l'abolition

would be “incremental”. In *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, the Court said, at p. 670:

The judiciary should confine itself to those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society.

Nor does the desire to evolve the common law to reflect *Charter* values require such a fundamental shift, in my opinion.

[37] The common law judges long ago decided that the *gravamen* of the defence of fair comment would not be the reasonableness or proportionality of the comment in relation to the facts (which would, of course, create stronger protection for the person defamed, but would depend in its application on the mental yardstick employed by a particular court) but whether the comment reflected honest belief. The intervener Media Coalition would substitute for honest belief the requirement that the relationship of the comment to the facts merely “be one of relevancy” (transcript, at p. 54). However, there is a world of difference between an attack made without honest belief and an attack whose relevance to the underlying facts may be disputed. By way of illustration, reference may be made to a famous exchange in the 1954 U.S. Senate Army-McCarthy Hearings when Joseph Welch, counsel to the U.S. army, denounced the scandal mongering Senator for a smear of one of Welch’s associates:

“. . . Let us not assassinate this lad further, Senator. You have done enough. Have you no sense of decency, sir, at long last? Have you left no sense of decency?” Welch then rose and walked from the room, which exploded in applause.

(G. R. Stone, “Free Speech in the Age of McCarthy: A Cautionary Tale” (2005), 93 *Cal. L. Rev.* 1387, at p. 1402)

The effect of Welch’s dramatic departure would have been very different had he exited with the cry: “Have you left no sense of relevance?”

de l’exigence de la croyance honnête, peu importe sa formulation, constitue un « changement progressif ». Dans *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670, la Cour a déclaré :

Le pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l’évolution et le dynamisme de la société.

Je ne pense pas non plus que le désir de faire évoluer la common law en fonction des valeurs exprimées dans la *Charte* exige un virage aussi fondamental.

[37] Il y a longtemps que les juges de common law ont décidé que le *fondement* de la défense de commentaire loyal serait non pas la raisonabilité ou la proportionnalité du commentaire par rapport aux faits (ce qui, naturellement, assurerait aux personnes diffamées une protection plus étendue, mais dont l’application dépendrait du système de référence de chaque tribunal), mais l’existence d’une croyance honnête. L’intervenante Coalition des médias substituerait à cette exigence celle de la simple [TRADUCTION] « pertinence » du commentaire par rapport aux faits (transcription, p. 54). Il y a toutefois un monde entre une attaque de mauvaise foi faite sans croyance honnête et une attaque dont la pertinence quant aux faits sous-jacents est contestable. Citons, à titre d’illustration, la scène célèbre survenue en 1954 au cours des audiences du sénat américain sur le conflit entre l’armée et le sénateur McCarthy, lorsque Joseph Welch, qui était l’avocat de l’armée, a dénoncé le sénateur comme un colporteur de ragots pour avoir dénigré un assistant de Welch :

[TRADUCTION] « . . . C’en est assez des attaques assassines contre ce jeune, Sénateur. Vous en avez assez dit. N’avez-vous plus aucun sens de la décence? Ne vous reste-t-il donc aucun sens de la décence? » Welch s’est alors levé et est sorti de la salle sous une salve d’applaudissements.

(G. R. Stone, « Free Speech in the Age of McCarthy : A Cautionary Tale » (2005), 93 *Cal. L. Rev.* 1387, p. 1402)

Cette sortie théâtrale de Welch aurait eu un tout autre effet s’il était parti en lançant : « Ne vous reste-t-il donc aucun sens de la pertinence? »

[38] The relevancy of the comment to the facts has long been part (but only part) of the fair comment test as is shown in paragraph (b) in Dickson J.'s list: see also *McQuire v. Western Morning News Co.*, [1903] 2 K.B. 100 (C.A.), at p. 113. As Gaynor J. put it in *Howarth v. Barlow*, 99 N.Y.S. 457 (App. Div. 1906), at p. 459:

That such opinions or inferences are farfetched, high-strung, or severely moral, or contrary to other opinions or inferences that seem more reasonable, does not matter so long as there be a basis for them in the acts or words of the person who is the subject of such criticism.

[39] Of course it is true that the comment must have “a basis” in the facts, but a requirement that the comment be “supported by the facts”, read strictly, might be thought to set the bar so high as to create the potential for judicial censorship of public opinion. Even the assessment of “relevance” has in the past misled courts into asking whether the facts “warranted” the comment, or whether the comment “fairly” arose out of the facts (*Vander Zalm*), or other such judgmental evaluations. Insistence on a court’s view of reasonableness and proportionality was thought to represent too great a curb on free expression, but it was not too much to ask a defamer to profess an honest belief in his or her defamatory comment. If the speaker, however misguided, spoke with integrity, the law would give effect to freedom of expression on matters of public interest.

[40] “Honest belief”, of course, requires the existence of a *nexus* or relationship between the comment and the underlying facts. Dickson J. himself stated the test in *Cherneskey* as “could any man honestly express that opinion on the proved facts” (p. 1100 (emphasis added)). His various characterizations of “any man” show the intended broadness of the test, i.e. “however prejudiced he may be, however exaggerated or obstinate his views” (p. 1103, citing *Merivale v. Carson* (1887), 20 Q.B.D. 275 (C.A.), at p. 281). Dickson J. also agreed with the comment in an earlier case that the operative

[38] La pertinence d’un commentaire compte tenu des faits constitue depuis longtemps un élément (sans en être le seul) de la défense de commentaire loyal, comme il ressort de l’al. b) de la liste établie par le juge Dickson : voir aussi *McQuire c. Western Morning News Co.*, [1903] 2 K.B. 100 (C.A.), p. 113. Comme le juge Gaynor l’a indiqué dans *Howarth c. Barlow*, 99 N.Y.S. 457 (App. Div. 1906), p. 459 :

[TRADUCTION] Il importe peu que ces opinions soient farfelues, véhémentes ou d’un rigorisme extrême, ou qu’elles soient contraires à d’autres opinions ou conclusions paraissant plus raisonnables, pourvu qu’elles aient une assise dans les actions ou les paroles de la personne qui en fait l’objet.

[39] Certes, il est vrai que le commentaire doit « se fonder » sur les faits, mais l’exigence que le commentaire soit « étayé par les faits », interprétée strictement, pourrait être perçue comme une norme tellement rigoureuse qu’elle rendrait possible la censure judiciaire de l’opinion publique. Même l’appréciation de la « pertinence » a, par le passé, induit les tribunaux en erreur en les amenant à se demander si les faits « justifiaient » le commentaire ou si celui-ci [TRADUCTION] découlait « à juste titre » des faits (*Vander Zalm*), ou à porter des jugements similaires. On croyait que l’insistance sur l’opinion d’un juge sur la raisonnabilité et la proportionnalité freinerait trop la liberté d’expression, mais il n’était pas exagéré de demander au difamateur de croire son commentaire diffamatoire. Si l’auteur des propos, si malavisé soit-il, a parlé avec intégrité, la loi donnerait effet à la liberté d’expression sur des questions d’intérêt public.

[40] La « croyance honnête » exige naturellement l’existence d’un *lien* ou d’une relation entre le commentaire et ses faits sous-jacents. Le juge Dickson a lui-même énoncé ce critère dans *Cherneskey* en ces mots : « pouvait-on exprimer honnêtement cette opinion vu les faits prouvés? » (p. 1100 (je souligne)). Les différents qualificatifs qu’il utilise pour décrire la personne visée par le pronom « on » témoignent de son intention de donner une portée étendue à ce critère, c.-à-d. [TRADUCTION] « quelle que soit la force de ses préjugés, de ses convictions ou de ses préventions » (p. 1103, citant *Merivale c.*

concept was “honest” rather than “‘fair’ lest some suggestion of reasonableness instead of honesty should be read in” (p. 1104).

[41] There is a further practical objection to the proposal of the CCLA and the Media Coalition to eliminate altogether the honest belief requirement. By way of explanation to a jury of what is meant by the test of whether the comment is based on relevant or true facts, the court would have to warn the jury not to embark on a reasonableness inquiry. An effective way of explaining to the jury how the necessary connection between the comment and the facts is to be established would be to tell them to ask themselves the question: Could any person honestly express that opinion on the proved facts? We would therefore be back at the point of departure.

(2) The Cherneskey Case

[42] Curiously, *Cherneskey* also involved a strange debate over the role and function of “honest belief”. In that case, a couple of law students had written a provocative letter to the editor of the Saskatoon *Star-Phoenix* which was found to have libelled a city alderman as a racist. The newspaper published the letter but its publisher testified at trial that he did not agree with its contents. The letter writers were not called to testify. In the absence of any evidence from anybody associated with its publication that the letter represented his, her or its “honest belief”, it was held in this Court by a 6-3 majority that the defence of fair comment was not available because the newspaper offered no proof that the defamatory opinions were “honestly held” by the actual writers. Dickson J., dissenting, pointed out with justice that

Newspapers will not be able to provide a forum for dissemination of ideas if they are limited to publishing opinions with which they agree. . . . The integrity of a newspaper rests not on the publication of letters with which it is in agreement, but rather on the publication of

Carson (1887), 20 Q.B.D. 275 (C.A.), p. 281). Le juge Dickson a également souscrit à l’observation formulée dans une décision antérieure, selon laquelle le terme déterminant devrait être « honnête » plutôt que « loyal » de crainte qu’on n’y trouve la notion du raisonnable plutôt que celle d’honnêteté » (p. 1104).

[41] Une autre considération pratique joue en défaveur de la proposition de l’ACLC et de la Coalition des médias de supprimer purement et simplement l’exigence de la croyance honnête. En expliquant au jury ce que signifie le critère voulant que le commentaire s’appuie sur des faits pertinents ou authentiques, le tribunal devrait l’avertir de ne pas entreprendre d’en apprécier la raisonabilité. Une explication efficace de la façon d’établir le lien nécessaire entre le commentaire et les faits consisterait à lui demander de déterminer si on pouvait exprimer honnêtement cette opinion vu les faits prouvés. On se retrouverait alors au point de départ.

(2) L’arrêt Cherneskey

[42] Curieusement, l’affaire *Cherneskey* avait elle aussi donné lieu à un étrange débat sur le rôle et la fonction de la « conviction honnête ». Deux étudiants en droit avaient envoyé au rédacteur du *Star-Phoenix* de Saskatoon une lettre provocante jugée diffamatoire, car on considérait qu’elle accusait un conseiller municipal de racisme. Le journal avait publié la lettre, mais l’éditeur avait témoigné qu’il ne souscrivait pas au contenu de celle-ci. Les auteurs de la lettre n’ont pas été appelés à témoigner. Dans un jugement rendu à 6 contre 3, la Cour a statué que, en l’absence de tout élément de preuve établissant que la lettre exprimait la « conviction honnête » d’une personne liée à sa publication, la défense de commentaire loyal ne pouvait être invoquée, car le journal n’avait pas prouvé que l’opinion diffamatoire exprimée était « honnêtement » celle de ses véritables auteurs. Dans ses motifs dissidents, le juge Dickson a signalé à juste titre :

Les journaux ne pourront servir de tribune pour la diffusion des idées s’ils ne peuvent publier que les opinions auxquelles ils souscrivent. [. . .] L’intégrité d’un journal repose non pas sur la publication de lettres avec lesquelles il est d’accord, mais plutôt sur la

letters expressing ideas to which it is violently opposed. [p. 1097]

[43] The Dickson J. test may be thought to marginalize the “honest belief” requirement, as it is possible to imagine most silly or ridiculous opinions finding a home somewhere in the minds of silly or ridiculous people. However, his dissent was really driven by an appreciation that the originator and the publisher of a defamatory comment play different roles. Nobody expects the newspaper publisher personally to have an honest belief in all of the contradictory opinions expressed on a “letters to the editor” page, much of it inspired by disagreement with something the newspaper itself has said in an editorial. Dickson J. was responding to the need to protect free expression on matters of public interest in a democratic society.

[44] Nevertheless, it remains true that an effective way to establish that somebody could “honestly express that opinion on the proved facts” is to call the defamer (if available) to establish that he or she *did* indeed express an honest belief. As the philosopher Bertrand Russell once observed with suitable gravity, the existence of a thing is absolute proof of its possibility.

[45] Other complexities of the “honest belief” requirement emerge in the present appeal. Mair’s editorial about Kari Simpson clearly defamed her. Attributing to Simpson bigotry of a type associated with Hitler and a couple of notoriously racist Governors in the Southern United States at the height of the desegregation crisis would, I think, tend to lower her in the opinion of right-thinking people (some might call it a “smear”), and the appellants were right to concede the point in this Court. That being the case, it was entirely proper to have Mair go into the witness box to affirm his honest belief in what he had said about her. Yet that was not the end of the issue.

[46] The trial judge found a difference between what Mair subjectively intended to say (Simpson

publication de lettres qui exposent des idées qu’il combat. [p. 1097]

[43] On peut penser que le critère formulé par le juge Dickson exclut l’exigence de la « conviction honnête », car il est possible d’imaginer que les opinions les plus stupides ou ridicules se retrouvent dans l’esprit de gens stupides ou ridicules. Ses motifs dissidents étaient toutefois réellement motivés par la reconnaissance que l’auteur et l’éditeur du commentaire diffamatoire jouent des rôles différents. Personne ne s’attend à ce que l’éditeur du journal croie honnêtement toutes les opinions contradictoires exprimées dans la rubrique des « Lettres au rédacteur », dont la plupart représentent le désaccord des lecteurs à l’égard de ce que le journal a dit dans un éditorial. Le juge Dickson réagissait à la nécessité de protéger la liberté de s’exprimer sur des questions d’intérêt public dans une société démocratique.

[44] Il reste qu’une façon efficace d’établir qu’une personne pouvait « exprimer honnêtement cette opinion vu les faits prouvés » consiste à demander au diffamateur (s’il est disponible) d’établir qu’il a *effectivement* exprimé une croyance honnête. Comme le philosophe Bertrand Russell l’a fait observer avec la gravité qui convient, l’existence d’une chose est la preuve absolue de sa possibilité.

[45] D’autres difficultés que présente l’exigence de la « croyance honnête » ressortent du présent pourvoi. Il est clair que l’éditorial de M. Mair sur Kari Simpson la diffamait. Je pense que le fait d’attribuer à M^{me} Simpson le type de fanatisme associé à Hitler et à quelques gouverneurs du sud des États-Unis notoirement racistes au plus fort de la crise de la déségrégation pouvait tendre à la diminuer dans l’estime des personnes sensées (certains pourraient appeler cela du dénigrement), et les appelants ont bien fait de le concéder devant la Cour. Ainsi, il était tout à fait légitime de demander à M. Mair de témoigner devant le tribunal qu’il croyait honnêtement ce qu’il avait dit au sujet de M^{me} Simpson. Pourtant ce n’était pas la fin du problème.

[46] La juge de première instance a constaté une différence entre ce que M. Mair voulait

is a bigot) and objectively what he is taken to have said (Simpson would condone violence). The gap between the intended meaning and what the court determined to be the effect Mair's words conveyed to reasonable members of the audience has important implications. On the test of *subjective* honest belief applied by the Court of Appeal, Mair would be robbed of his defence, even though on the public record someone could honestly express the view *imputed* to him that Simpson "would condone violence toward gay people"; and thus the objective honest belief test would be met.

[47] It may be noted that such circumstances are not uncommon. In much modern media, personalities such as Rafe Mair are as much entertainers as journalists. The media regularly match up assailants who attack each other on a set topic. The audience understands that the combatants, like lawyers or a devil's advocate, are arguing a brief. What is important in such a debate on matters of public interest is that all sides of an issue are forcefully presented, although the limitation that the opinions must be ones that could be "honestly express[ed] . . . on the proved facts" provides some boundary to the extent to which private reputations can be trashed in public discourse.

[48] Of course the law must accommodate commentators such as the satirist or the cartoonist who seizes on a point of view, which may be quite peripheral to the public debate, and blows it into an outlandish caricature for public edification or merriment. Their function is not so much to advance public debate as it is to exercise a democratic right to poke fun at those who huff and puff in the public arena. This is well understood by the public to be their function. The key point is that the nature of the forum or the mode of expression is such that the audience can reasonably be expected to understand that, on the basis of the facts as stated or sufficiently indicated to them, or so generally notorious as to be understood by

subjectivement dire (M^{me} Simpson est une fanatique intolérante) et la signification objective de ses propos (M^{me} Simpson tolérerait la violence). L'écart entre ce que M. Mair voulait dire et l'effet que, selon la cour, ses paroles ont eu sur les personnes sensées de son auditoire a des conséquences importantes. Selon le critère de la croyance honnête *subjective* appliquée par la Cour d'appel, M. Mair aurait été privé de son moyen de défense, même si d'après les faits connus on pouvait honnêtement exprimer l'opinion qui lui est *imputée*, soit que M^{me} Simpson « tolérerait la violence contre les homosexuels », ce qui satisferait au critère objectif de la croyance honnête.

[47] Il convient de noter que ces circonstances ne sont pas rares. Dans beaucoup de médias modernes, des personnalités comme Rafe Mair font autant de divertissement que de journalisme. Il arrive souvent que les médias présentent des joutes où s'affrontent les tenants de deux positions opposées concernant un sujet donné. L'auditoire comprend que les combattants, comme des avocats ou un avocat du diable, défendent une position dans une affaire. L'important dans un tel débat sur des sujets d'intérêt public est que tous les aspects de la question sont présentés avec force, bien que la restriction selon laquelle les opinions doivent être de celles qu'on pourrait « exprimer honnêtement [. . .] vu les faits prouvés » limite la mesure dans laquelle il est possible, dans un discours public, de ternir des réputations privées.

[48] Le droit doit bien sûr tenir compte de commentateurs comme le satiriste ou le caricaturiste, qui sautent sur un point de vue, lequel peut être seulement accessoire au débat public, et le gonflent hors de toute proportion dans une caricature outrancière pour informer ou faire rire le public. Leur fonction n'est pas tant de faire progresser le débat public que d'exercer le droit démocratique de se moquer des gens qui protestent dans l'arène publique. La population comprend parfaitement que c'est là leur fonction. L'essentiel c'est qu'on puisse raisonnablement s'attendre, de par la nature de la tribune ou le mode d'expression, que les membres de l'auditoire comprennent, vu les faits qui leur ont été exposés ou mentionnés avec suffisamment de

them, the comment is made tongue-in-cheek so as to lead them to discount its “sting” accordingly. In *Cherneskey*, Dickson J. emphasized that “the objective limits of fairness [i.e. fair comment] are very wide” (p. 1109). The accuracy of this observation is born out in *Vander Zalm* where the defendant, a political cartoonist, had drawn a cartoon of the plaintiff, a Cabinet Minister then holding the office of Minister of Human Resources in British Columbia, which appeared on the editorial page of the *Victoria Times*. The cartoon, which was uncaptioned, depicted the plaintiff William Vander Zalm with an evil grin on his face, seated at a table, and engaged in plucking the wings from a fly. Other flies, without wings, were shown moving around on the table. On the plaintiff’s lapel were inscribed the words “HUMAN RESOURCES”. The Court of Appeal found that both the cartoonist and the *Victoria Times* publisher had satisfied the “honest belief” test.

(3) The Test Is Whether Anyone Could Honestly Have Expressed the Defamatory Comment on the Proven Facts

[49] The test represents a balance between free expression on matters of public interest and the appropriate protection of reputation against damage that exceeds what is required to fulfill free expression requirements. The objective test is now widely used in common law jurisdictions as the “honest belief” component of fair comment, including the United Kingdom: *Telnikoff v. Matusevitch*, [1991] 3 W.L.R. 952 (H.L.), quoting with approval Dickson J.’s dissent, at p. 959. In Australia, the High Court recently affirmed a similar approach; see the observation of Gleeson C.J.:

The protection from actionability which the common law gives to fair and honest comment on matters of public interest is an important aspect of freedom of speech. In this context, “fair” does not mean objectively reasonable. The defence protects obstinate, or foolish, or offensive statements of opinion, or inference, or judgment, provided certain conditions are satisfied. The

précision ou assez notoires pour qu’ils les connaissent déjà, que ce commentaire est ironique et qu’ils ne doivent donc pas prendre « l’affront » vraiment au sérieux. Dans *Cherneskey*, le juge Dickson a souligné que « les limites objectives de la loyauté [c.-à-d. du commentaire loyal] sont très larges » (p. 1109). L’exactitude de cette affirmation s’est confirmée dans l’affaire *Vander Zalm* où le défendeur, caricaturiste politique, a dessiné une caricature du demandeur, alors ministre des Ressources humaines de la Colombie-Britannique, qui a été publiée à la page de l’éditorial du *Victoria Times*. On voyait sur la caricature, sans légende, le demandeur William Vander Zalm, arborant un large sourire, assis à une table, s’amusant à arracher les ailes à une mouche. D’autres mouches, sans ailes, bougeaient sur la table. Sur le revers du veston du demandeur figurait l’inscription « RESSOURCES HUMAINES ». La Cour d’appel a conclu que le caricaturiste et l’éditeur du *Victoria Times* satisfaisaient au critère de la « croyance honnête ».

(3) Le critère applicable consiste à déterminer si on pouvait honnêtement exprimer le commentaire diffamatoire vu les faits prouvés

[49] Ce critère concilie la liberté d’expression sur des questions d’intérêt public et une protection adéquate de la réputation contre le préjudice qui lui est causé en sus de ce qui est nécessaire au respect de la liberté d’expression. Ce critère objectif est maintenant largement utilisé dans les ressorts de common law comme la composante « croyance honnête » de la défense du commentaire loyal, notamment au Royaume-Uni : *Telnikoff c. Matusevitch*, [1991] 3 W.L.R. 952 (H.L.), p. 959, citant avec approbation la dissidence du juge Dickson. En Australie, la Haute Cour a récemment approuvé une démarche semblable; voir la remarque formulée par le juge en chef Gleeson :

[TRADUCTION] La protection contre la possibilité d’une poursuite offerte par la common law au commentaire loyal et honnête sur des questions d’intérêt public constitue un aspect important de la liberté d’expression. Dans ce contexte, le qualificatif « loyal » ne signifie pas objectivement raisonnable. Le moyen de défense protège une opinion, une déduction ou un jugement

word “fair” refers to limits to what any honest person, however opinionated or prejudiced, would express upon the basis of the relevant facts.

(Channel Seven Adelaide Pty. Ltd. v. Manock (2007), 241 A.L.R. 468, [2007] HCA 60, at para. 3 (emphasis added))

In New Zealand, the objective test at common law has now been replaced by a more subjective test in the *Defamation Act 1992* (N.Z.), 1992, No. 105, s. 10. See generally B. Marten, “A Fairly Genuine Comment on Honest Opinion in New Zealand” (2005), 36 *V.U.W.L.R.* 127; *Mitchell v. Sprott*, [2002] 1 N.Z.L.R. 766 (C.A.).

[50] Admittedly, the “objective” test is not a high threshold for the defendants to meet, but nor is it in the public interest to deny the defence to a piece of devil’s advocacy that the writer may have doubts about (but is quite capable of honest belief) which contributes to the debate on a matter of public interest.

[51] Of course, even the latitude allowed by the “objective” honest belief test may be exceeded. “Comment must be relevant to the facts to which it is addressed. It cannot be used as a cloak for mere invective”; *Reynolds*, at p. 615.

(4) “Malice” Does Not Provide an Adequate Substitute for the Honest Belief Component of the Fair Comment Defence

[52] As usual, the debate is about onus:

It is difficult to know whether malice is an element to be considered independently of the issue of fairness, and thus a matter which the plaintiff must prove to defeat the defence of fair comment, or to be treated as part of the issue of fairness, which the defendant must prove in order to establish that element of the defence. . . . [I]f the issue is treated as one which goes to the question of fairness, the defendant has the burden of showing it was

extrêmes, insensés ou offensants, pourvu que certaines conditions soient remplies. Le terme « loyal » renvoie aux limites de ce qu’une personne honnête, si entêtée soit-elle dans ses opinions et ses préjugés, exprimerait à partir des faits pertinents.

(Channel Seven Adelaide Pty. Ltd. c. Manock (2007), 241 A.L.R. 468, [2007] HCA 60, par. 3 (je souligne))

En Nouvelle-Zélande, le critère objectif de la common law a maintenant été remplacé par un critère plus subjectif établi à l’art. 10 de la *Defamation Act 1992* (N.Z.), 1992, No. 105. Voir en général B. Marten, « A Fairly Genuine Comment on Honest Opinion in New Zealand » (2005), 36 *V.U.W.L.R.* 127; *Mitchell c. Sprott*, [2002] 1 N.Z.L.R. 766 (C.A.).

[50] Il faut reconnaître que ce critère « objectif » n’oblige pas les défendeurs à satisfaire à une norme très sévère, mais il n’est pas non plus dans l’intérêt public de soustraire à ce moyen de défense les propos d’un avocat du diable à l’égard desquels il peut entretenir des doutes (tout en étant vraiment capable de les croire honnêtement) mais qui contribue au débat sur une question d’intérêt public.

[51] Même la latitude qu’offre le critère « objectif » de la croyance honnête n’est évidemment pas illimitée. [TRADUCTION] « Le commentaire doit être pertinent par rapport aux faits qu’il vise. Il ne peut servir à masquer la simple invective »; *Reynolds*, p. 615.

(4) La « malveillance » n’est pas un substitut approprié à l’élément de la défense de commentaire loyal que constitue la croyance honnête

[52] Comme d’habitude, le débat porte sur le fardeau de la preuve :

[TRADUCTION] Il est difficile de savoir si la malveillance doit s’examiner indépendamment du caractère loyal et si elle constitue, de ce fait, un élément que le demandeur doit prouver pour faire échouer la défense de commentaire loyal ou si elle doit être considérée comme un aspect du caractère loyal, que le défendeur doit démontrer pour établir cet élément de sa défense. [. . .] [S]i la question est vue comme un élément du

fair. This latter position appears to have gained some acceptance in Ontario.

(Brown, at p. 15-101)

At this point in the analysis, the comment will have been found to be defamatory and the defendant is scrambling for a defence. Interveners supporting the media suggested that “honest belief”, however formulated, should be pushed into the analysis of malice, where the plaintiff bears the onus of proof. Such an approach would disproportionately favour the media, in my view. Proof of malice on the part of the media is generally very difficult. The media are well-resourced, secretive about their inner workings and highly protective of their confidential sources. At the same time, as many in the U.S. media have come to learn since *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), putting the judicial spotlight on journalistic operations in a malice enquiry (that is now the fulcrum of a libel case against a public figure) may not be in *anyone’s* interest. I would therefore affirm the present allocation of proof whereby the defendant must prove the elements of the fair comment defence (including the objective honest belief requirement) before the onus switches back to the plaintiff to defeat the defence by establishing, if it can, malice on the part of the defendant(s).

[53] Some commentators have suggested that proof of honest belief negates the possibility of a finding of malice. This is not necessarily true. If a defendant relies on *objective* honest belief the defence can still be defeated by proof that *subjective* malice was the dominant motive of the particular comment.

G. *Applying the Law of Fair Comment to the Facts of This Case*

[54] In a lengthy and careful judgment, the trial judge dealt with the issues in an appropriate sequence:

caractère loyal, la preuve incombe au défendeur. Cette dernière position semble faire des adeptes en Ontario.

(Brown, p. 15-101)

À ce point de l’analyse, le commentaire aura été jugé diffamatoire, et le défendeur doit se trouver une défense. Les intervenants favorables aux médias ont avancé que, quelle que soit sa formulation, la « croyance honnête » doit être intégrée à l’analyse de la malveillance, dans le cadre de laquelle le fardeau de la preuve incombe au demandeur. Selon moi, cette approche favoriserait démesurément les médias. La malveillance des médias est généralement très difficile à établir. Les médias bénéficient de ressources importantes, ne dévoilent pas publiquement leurs rouages internes et protègent jalousement leurs sources confidentielles. Par ailleurs, comme beaucoup de médias américains l’ont appris depuis l’affaire *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), attirer l’attention des tribunaux sur les activités journalistiques à l’occasion d’une enquête sur la malveillance (qui est maintenant le pivot d’une action pour libelle contre un personnage public) ne sert peut-être l’intérêt de *personne*. Je suis donc d’avis de confirmer la répartition actuelle du fardeau de la preuve qui oblige le défendeur à prouver les éléments de la défense de commentaire loyal (y compris l’exigence de croyance honnête) avant de revenir au demandeur à qui il incombera d’écarter ce moyen de défense en établissant la malveillance du défendeur, lorsqu’il lui est possible de le faire.

[53] Selon certains commentateurs, la preuve de la croyance honnête écarte la possibilité de conclure à la malveillance. Ce n’est pas nécessairement vrai. Si le défendeur invoque la croyance honnête *objective*, la preuve que le commentaire en question était principalement motivé par une malveillance *subjective* peut encore faire échec à la défense.

G. *Application des principes de la défense de commentaire loyal aux faits de l’espèce*

[54] Dans un jugement étoffé et minutieux, la juge de première instance a examiné les questions dans l’ordre convenable :

(1) What Is the Defamatory Meaning of the Words Complained of, in Their Full Context?

[55] At common law, the judge is to make a legal determination “whether there is a case or an issue to go to the jury” by deciding if the words are “capable of being a statement of a fact or facts”. It is then “for the jury to decide as to what is fact and what is comment” (Court of Appeal reasons, at para. 42, citing *Jones v. Skelton*, [1963] 1 W.L.R. 1362 (P.C.), at pp. 1379-80). As pointed out by the intervener British Columbia Civil Liberties Association, “the judge’s role in that test is a response to concerns about freedom of expression” (Factum, at para. 34).

[56] The “full context” is important. While argument in this Court largely focussed on the innuendo that Simpson “would condone violence toward gay people”, the broader analysis of the trial judge left no doubt about her view of the “[u]nwholesome virulence” (para. 78) of the editorial taken as a whole. The appellants argue that in assessing meaning, the Court is to consider what reasonable and right-thinking listeners would understand. The Court is to avoid putting the worst possible meaning on the words: *Color Your World Corp. v. Canadian Broadcasting Corp.* (1998), 38 O.R. (3d) 97 (C.A.), at pp. 106-7, and *Scott v. Fulton* (2000), 73 B.C.L.R. (3d) 392, 2000 BCCA 124, at paras. 13-15. However, both courts below found that Mair’s editorial about Simpson was defamatory. This is a mixed question of law and fact. There is no reason to interfere with that conclusion. It is plainly correct.

(2) Do the Words Complained of Relate to a Matter of Public Interest?

[57] The public debate about the inclusion in schools of educational material on homosexuality clearly engages the public interest. As the Ontario Court of Appeal recognized over a century ago in words that apply equally to the case on appeal,

(1) Quel sens diffamatoire ont les mots reprochés, pris dans la totalité du contexte?

[55] En common law, le juge doit décider [TRADUCTION] « s’il soumet une preuve ou une question au jury » en déterminant si les mots « peuvent constituer un énoncé de faits ». Il appartient alors « au jury de décider ce qui constitue un fait et ce qui constitue un commentaire » (motifs de la Cour d’appel, par. 42, citant *Jones c. Skelton*, [1963] 1 W.L.R. 1362 (C.P.), p. 1379-1380). Comme l’a souligné l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association, [TRADUCTION] « le rôle du juge à l’égard de ce critère répond aux préoccupations concernant la liberté d’expression » (mémoire, par. 34).

[56] La « totalité du contexte » revêt de l’importance. Bien que, devant la Cour, le débat ait en grande partie porté sur l’insinuation que M^{me} Simpson « tolérerait la violence contre les homosexuels », l’analyse globale de la juge de première instance ne laisse subsister aucun doute sur son opinion que l’éditorial dans son ensemble était d’une [TRADUCTION] « virulence malsaine » (par. 78). Les appelants font valoir que, pour établir le sens, le tribunal doit tenir compte de ce que des auditeurs raisonnables et sensés comprendraient. Il doit également éviter de donner aux mots leur pire sens (*Color Your World Corp. c. Canadian Broadcasting Corp.* (1998), 38 O.R. (3d) 97 (C.A.), p. 106-107, et *Scott c. Fulton* (2000), 73 B.C.L.R. (3d) 392, 2000 BCCA 124, par. 13-15). Toutefois, les deux tribunaux d’instance inférieure ont conclu que l’éditorial sur M^{me} Simpson était diffamatoire. Il s’agit là d’une question mixte de droit et de fait. Il n’y a aucune raison d’intervenir. Il est clair que la conclusion est correcte.

(2) Les mots reprochés se rapportent-ils à un sujet d’intérêt public?

[57] Le débat public sur l’utilisation de matériel scolaire traitant de l’homosexualité relève clairement de l’intérêt public. Comme la Cour d’appel de l’Ontario l’a indiqué, il y a plus d’un siècle, en des termes qui s’appliquent aussi en l’espèce :

“[w]hoever seeks notoriety, or invites public attention, is said to challenge public criticism; and [s]he cannot resort to the law courts, if that criticism be less favorable than [s]he anticipated” (*Macdonell v. Robinson* (1885), 12 O.A.R. 270, at p. 272).

- (3) Are the Words and the Defamatory Meaning More Likely to Be Understood, in Context, as Comment Rather Than Fact?

[58] The trial judge, after reviewing the editorial as a whole, concluded:

The facts in those statements which are clearly facts are: 1) that Kari was on Bill Good’s show last Friday; and 2) that she did speak to a rally the night before. These facts were true. There is no other sentence or statement or phrase which would be understood to be a matter of fact, and the language in which it is couched is such that it is clearly opinion. [Emphasis added; para. 44.]

For reasons stated earlier, I agree with this conclusion.

- (4) Are the Facts Relating to the Comment Substantially True or Privileged?

[59] The law requires the comment be based on a sufficient substratum of facts to anchor the defamatory comment: *Vander Zalm*, Court of Appeal reasons, at p. 536; and *Ross*, at paras. 73, 78 and 83. This is another mechanism to prevent tenuous facts serving as a springboard for defamatory comment, which, in my view, would be the danger of the “relevance” test proposed by the CCLA. Simpson does not dispute the contents or tone of her speeches in the court record. In my view, as in the view of the trial judge, the factual substratum exists.

- (5) Did the Defendants Mair and WIC Radio Ltd. Satisfy the Honest Belief Requirement?

[60] Mair testified as to his subjective honest belief in what he intended to say, but acknowledged

[TRADUCTION] « Celui qui recherche la notoriété ou attire sur lui l’attention publique s’expose aux critiques publiques, et il ne peut recourir aux tribunaux si la critique est moins favorable qu’il ne l’escomptait » (*Macdonell c. Robinson* (1885), 12 O.A.R. 270, p. 272).

- (3) Les mots et leur sens diffamatoire, pris dans leur contexte, sont-ils plus susceptibles d’être perçus comme un commentaire et non comme un fait?

[58] Après avoir examiné tout l’éditorial, la juge de première instance a conclu :

[TRADUCTION] Les faits mentionnés dans ces déclarations qui sont clairement des faits sont : 1) Kari était à l’émission de Bill Good le vendredi d’avant; et 2) elle avait pris la parole à un rassemblement la veille. Ces faits sont vrais. Aucune autre phrase, déclaration ou expression ne serait perçue comme factuelle, et d’après les termes employés il s’agit clairement d’une opinion. [Je souligne; par. 44.]

Pour les motifs déjà exposés, je souscris à cette conclusion.

- (4) Les faits sur lesquels porte le commentaire sont-ils substantiellement vrais ou donnent-ils lieu à une immunité?

[59] Le droit exige que le commentaire diffamatoire repose sur un fondement factuel suffisant : *Vander Zalm*, motifs de la Cour d’appel, p. 536, et *Ross*, par. 73, 78 et 83. Il s’agit là d’un autre mécanisme visant à empêcher que des faits tenus servent de tremplin à un commentaire diffamatoire, ce qui serait, selon moi, le danger du critère de pertinence proposé par l’ACLC. M^{me} Simpson ne conteste pas la présentation faite du contenu ou du ton de ses discours dans le dossier de la cour. Comme la juge de première instance, j’estime qu’il existe un fondement factuel.

- (5) Les défendeurs M. Mair et WIC Radio Ltd. satisfont-ils à l’exigence de la croyance honnête?

[60] M. Mair a confirmé sa croyance honnête subjective en ce qu’il avait l’intention de dire, mais

that he did *not* honestly believe that Simpson would condone violence. Notwithstanding the absence of a subjective honest belief that Simpson would condone violence, Mair and WIC Radio, like the newspaper publisher in *Cherneskey*, were entitled to rely on the objective test, i.e. could any person honestly have expressed the innuendo that Simpson would condone violence toward gay people on the proven facts? As mentioned earlier, Simpson's public speeches were full of references to "war . . . [where] the spoils turn out to be our children", "militant homosexuals", "[w]ar, you shoot, they shoot" and so on. Simpson's use of violent images could support an honest belief on the part of at least some of her listeners that she "would condone violence toward gay people", even though Mair denied that he intended to impute any such meaning.

[61] The respondent, Simpson, emphasizes the distinction taken by the B.C. Court of Appeal between what Mair thought he was saying (that Simpson was a non-violent person whose loose words inadvertently opened the door to less peaceable individuals to resort to violence) and the specific defamatory imputation that was found to have arisen from the words Mair used (i.e. that Simpson "would condone violence toward gay people"). It makes little sense to deny the defence of fair comment to a speaker whose opinion has been misunderstood, even if carelessness in the use of words is the source of the misunderstanding. The Court of Appeal framed the issue as follows: "Is it the law that to succeed in the defence of fair comment, the defendant must honestly believe in the imputation, . . . or need he only have an honest belief in what he himself subjectively intended by the words which he used?" (para. 37). In its view, the former requirement applied. I do not think the "either/or" question of the Court of Appeal exhausts the possibilities. On the contrary, I think the proper question is whether the defamatory imputation that Kari Simpson "would condone violence toward gay people" is an opinion that could be held by an honest person in the circumstances.

il a reconnu *ne pas* croire honnêtement que M^{me} Simpson tolérerait la violence. Malgré l'absence de croyance honnête subjective que M^{me} Simpson tolérerait la violence, M. Mair et WIC Radio, comme l'éditeur du journal dans *Cherneskey*, avaient le droit de se fonder sur le critère objectif, à savoir pouvait-on exprimer honnêtement l'insinuation que M^{me} Simpson tolérerait la violence contre les homosexuels vu les faits prouvés? Comme je l'ai déjà indiqué, les discours de M^{me} Simpson étaient remplis de références à la guerre [TRADUCTION] « une guerre [. . .] Et le butin, ce sont nos enfants », « militants homosexuels », « C'est la guerre, vous tirez, ils tirent », et ainsi de suite. Les images violentes auxquelles elle avait recours pourraient fonder, du moins chez certaines personnes de son auditoire, la croyance honnête qu'elle « tolérerait la violence contre les homosexuels », même si M. Mair a nié avoir voulu dire une telle chose.

[61] L'intimée, M^{me} Simpson, insiste sur la distinction que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a établie entre ce que M. Mair pensait dire (que M^{me} Simpson était une personne non violente dont les propos inconsidérés pouvaient inciter par inadvertance des personnes moins paisibles à recourir à la violence) et l'imputation diffamatoire que les propos de M. Mair avaient fait naître, d'après la juge de première instance, (à savoir que M^{me} Simpson [TRADUCTION] « tolérerait la violence contre les homosexuels »). Il n'est pas très logique de refuser à l'auteur d'une opinion mal comprise le droit d'invoquer la défense de commentaire loyal, même si la méprise découle d'une imprudence dans le choix des mots. La Cour d'appel a formulé ainsi la question : [TRADUCTION] « Faut-il que le défendeur croie honnêtement à l'imputation pour que sa défense de commentaire loyal soit accueillie [. . .] ou suffit-il qu'il croie honnêtement à ce que lui-même voulait subjectivement dire par les termes qu'il a employés? » (par. 37). Selon elle, c'est la première exigence qui s'appliquait. Je ne crois pas que l'alternative formulée par la Cour d'appel épuise toutes les possibilités. Au contraire, je pense qu'il faut plutôt se demander si l'imputation diffamatoire selon laquelle Kari Simpson [TRADUCTION] « tolérerait la violence envers les homosexuels » est une opinion qui pouvait être honnêtement exprimée dans les circonstances.

[62] The trial judge concluded that Mair honestly believed what he thought he had said:

I consider that Mair was on a “campaign” to expose what Mair believed were Simpson’s “irresponsible” statements and speeches against the teaching of tolerance of a homosexual lifestyle in public schools. This, together with the overall content of the defamatory editorial, is evidence supporting a finding that the dominant motive for publishing the editorial was Mair’s honestly held opinion. [Emphasis added; para. 84.]

The trial judge did not explicitly apply the “objective honest belief” test to the imputation that Simpson “would condone violence”. In my view, however, having regard to the trial judge’s reasons as a whole, and considering both the content of some of Simpson’s speeches already mentioned, and the broad latitude allowed by the defence of fair comment, the defamatory imputation that while Simpson would not engage in violence herself she “would condone violence” by others, is an opinion that could honestly have been expressed on the proved facts by a person “prejudiced . . . exaggerated or obstinate [in] his views”. That is all that the law requires.

(6) Has the Respondent Proven Sufficient Malice on the Appellants’ Part to Defeat the Defence?

[63] The defence is defeated if the commentary was actuated by malice in the sense of improper motive, proof of which lay on the plaintiff. Simpson does not appeal against the trial judge’s conclusion that Mair’s fair comment defence was not vitiated by malice.

IV. Conclusion

[64] Applying the elements of the fair comment defence set out above, I conclude that the trial judge was correct to allow the defence.

[62] La juge de première instance a conclu que M. Mair croyait honnêtement ce qu’il pensait avoir dit :

[TRADUCTION] J’estime que M. Mair faisait campagne pour dénoncer ce qu’il considérait comme des déclarations et allocutions « irresponsables » de M^{me} Simpson contre l’enseignement, dans les écoles publiques, de la tolérance à l’endroit de l’homosexualité. Cet élément, joint à la teneur globale de l’éditorial diffamatoire, permet de conclure que le motif dominant de la diffusion de l’éditorial était l’opinion honnête de M. Mair. [Je souligne; par. 84.]

La juge de première instance n’a pas expressément appliqué le critère de la « croyance honnête objective » à l’imputation selon laquelle M^{me} Simpson [TRADUCTION] « tolérerait la violence ». Toutefois, compte tenu de l’ensemble de ses motifs, de la teneur de certaines des allocutions de M^{me} Simpson déjà mentionnées et de la grande latitude permise par la défense de commentaire loyal, l’imputation diffamatoire selon laquelle M^{me} Simpson ne commettrait pas elle-même d’actes de violence mais qu’elle [TRADUCTION] « tolérerait la violence » d’autrui est une opinion que, vu les faits prouvés, une personne aurait pu honnêtement exprimer [TRADUCTION] « quelle que soit la force de ses préjugés, de ses convictions ou de ses préventions ». C’est tout ce que la loi demande.

(6) L’intimée a-t-elle prouvé que les appelants ont fait preuve d’un degré de malveillance propre à faire échec à la défense?

[63] Le moyen de défense ne sera pas reçu si l’auteur du commentaire était animé par la malveillance, dans le sens de motif illégitime, dont la preuve incombe au demandeur. M^{me} Simpson n’a pas porté en appel la conclusion de la juge de première instance que la malveillance ne faisait pas obstacle au moyen de défense en l’espèce.

IV. Conclusion

[64] Me fondant sur les éléments de la défense de commentaire loyal énoncés ci-dessus, je conclus que la juge de première instance pouvait accueillir ce moyen de défense.

V. Disposition

[65] I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the trial judgment dismissing the action, with costs throughout.

The following are the reasons delivered by

[66] LEBEL J. — Although I agree with Binnie J. that the appellants are not liable in defamation, I arrive at this conclusion in a different way. In particular, I am not convinced that Mr. Mair’s comments were *prima facie* defamatory. Further, I disagree that the fair comment defence should include an element of honest belief. Rather, to establish fair comment, the defendant should simply have to show that the impugned words constituted comment, that they had a basis in fact and that they concerned a matter of public interest. I accept the facts as they are set out by the majority, and I agree that this case is one of comment rather than of fact. I will therefore proceed directly to an analysis of the defamatory nature of the comment and the requirement of honest belief. I will conclude with a brief review of the existing test for malice, which I endorse and apply.

(1) Whether Mair’s Comments Were Defamatory

[67] The issue of whether Mair’s comments were in fact *prima facie* defamatory was not raised on appeal to this Court, and I would therefore not interfere with the trial judge’s finding in this regard. However, I disagree with Binnie J.’s observations that the trial judge’s conclusion on this point was “plainly correct” (para. 56) and that the editorial “clearly defamed” Ms. Simpson (para. 45). Some discussion on this issue is warranted. Although defamation is not easily defined, one generally accepted test is the one from *Salmond on the Law of Torts* (17th ed. 1977), at pp. 139-40, which is

V. Dispositif

[65] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler le jugement de la Cour d’appel et de rétablir la décision de la juge de première instance de rejeter l’action, le tout avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

[66] LE JUGE LEBEL — Comme le juge Binnie, je conclus que les appelants n’ont pas engagé leur responsabilité civile pour diffamation. Cependant, je parviens à cette conclusion par un raisonnement différent. En particulier, je ne suis pas convaincu que les commentaires de M. Mair soient diffamatoires à première vue. De plus, je ne crois pas que la défense de commentaire loyal doive comporter un volet croyance honnête. À mon avis, pour établir l’existence d’une défense de commentaire loyal, il suffit que le défendeur démontre que les propos en question constituent un commentaire fondé sur des faits et portant sur une question d’intérêt public. J’accepte toutefois l’exposé des faits contenu dans les motifs de la majorité. Je conviens aussi que le présent pourvoi vise des problèmes relatifs à des commentaires plutôt qu’à des faits. En conséquence, j’analyserai immédiatement la nature diffamatoire du commentaire et l’exigence de la croyance honnête. Je terminerai par un bref examen de l’actuel critère de la malveillance, que j’accepte et applique.

(1) Les commentaires de M. Mair étaient-ils diffamatoires?

[67] Puisque la question de déterminer si les commentaires de M. Mair étaient diffamatoires à première vue n’a pas été soulevée dans le cadre du pourvoi devant la Cour, je ne modifierais pas la conclusion de la juge de première instance à cet égard. Toutefois, je ne souscris pas aux observations du juge Binnie selon lesquelles la conclusion de la juge de première instance sur ce point était « clairement correcte » (par. 56) et qu’il est « clair » que l’éditorial diffamait M^{me} Simpson (par. 45). Dans ce contexte, un examen de cette question s’impose. Bien que la diffamation ne se définisse pas

based on the test proposed by Lord Atkin in *Sim v. Stretch* (1936), 52 T.L.R. 669 (H.L.), at p. 671, and was approved by the B.C. Court of Appeal in *Vander Zalm v. Times Publishers* (1980), 109 D.L.R. (3d) 531, at p. 535:

A defamatory statement is one which has a tendency to injure the reputation of the person to whom it refers; which tends, that is to say, to lower him in the estimation of right-thinking members of society generally and in particular to cause him to be regarded with feelings of hatred, contempt, ridicule, fear, dislike, or disesteem.

[68] This test is often construed as setting a low threshold for establishing *prima facie* defamation. *Gatley on Libel and Slander* (10th ed. 2004) (“*Gatley*”), notes that “it may well be the case that the common law takes a rather generous line on what lowers a person in the estimation of others” (p. 18, footnote 32). Dickson J. made a similar point in *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067, in referring to the “low level of the threshold which a statement must pass in order to be defamatory” (p. 1095).

[69] The case law generally bears these opinions out. However, courts should not be too quick to find defamatory meaning — particularly where expressions of opinion are concerned. The test is not whether the words impute negative qualities to the plaintiff, but whether, in the factual circumstances of the case, the public would think less of the plaintiff as a result of the comment. Relevant factors to be considered in assessing whether a statement is defamatory include: whether the impugned speech is a statement of opinion rather than of fact; how much is publicly known about the plaintiff; the nature of the audience; and the context of the comment. I will demonstrate, based on the first two of these factors in particular, that Mair’s comments would likely not have led “right-thinking” members of the public to think less of Simpson.

facilement, l’un des critères généralement acceptés se retrouve dans *Salmond on the Law of Torts* (17^e éd. 1977), p. 139-140. Il se fonde sur le critère proposé par lord Atkin dans *Sim c. Stretch* (1936), 52 T.L.R. 669 (H.L.), p. 671, et que la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a approuvé dans *Vander Zalm c. Times Publishers* (1980), 109 D.L.R. (3d) 531, p. 535 :

[TRADUCTION] Une déclaration est diffamatoire lorsqu’elle a tendance à porter atteinte à la réputation de la personne qu’elle vise, c’est-à-dire lorsqu’elle tend en général à rabaisser cette personne dans l’estime des gens sensés et en particulier à la faire considérer avec haine, mépris, ridicule, crainte, hostilité ou mésestime.

[68] On considère souvent que ce critère est peu exigeant pour l’établissement de la diffamation à première vue. Dans *Gatley on Libel and Slander* (10^e éd. 2004) (« *Gatley* »), l’auteur note qu’[TRADUCTION] « il se peut bien que la common law adopte une approche plutôt libérale quand il s’agit de définir ce qui rabaisse une personne dans l’estime des autres » (p. 18, note 32). Le juge Dickson a exprimé un point de vue analogue dans *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067, à savoir que la « frontière qui marque une déclaration diffamatoire est vite franchie » (p. 1095).

[69] La jurisprudence confirme généralement ces opinions. Toutefois, les tribunaux ne devraient pas s’empressement de trouver un sens diffamatoire, surtout dans le cas d’expression d’opinions. Il ne s’agit pas de savoir si les propos attribuent des qualités négatives au demandeur, mais plutôt si, dans le contexte factuel de l’affaire, le commentaire donne au public une opinion moins favorable de celui-ci. On retient notamment les facteurs pertinents suivants pour apprécier le caractère diffamatoire d’une déclaration : le fait que les propos attaqués constituent ou non un énoncé d’opinion plutôt qu’un énoncé de fait, la mesure dans laquelle le public connaît bien le demandeur, la nature de l’auditoire et le contexte du commentaire. Je démontrerai, en me fondant en particulier sur les deux premiers facteurs, que les commentaires de M. Mair n’auraient probablement pas amené des gens « sensés » à entretenir une moins bonne opinion de M^{me} Simpson.

[70] It should go without saying that people evaluate statements of opinion differently than statements of fact. In discussing what constitutes a statement of fact as opposed to comment, Lord Herschell noted that

the distinction cannot be too clearly borne in mind between comment or criticism and allegations of fact, such as that disgraceful acts have been committed, or discreditable language used. It is one thing to comment upon or criticise, even with severity, the acknowledged or proved acts of a public man, and quite another to assert that he has been guilty of particular acts of misconduct.

(*Davis & Sons v. Shepstone* (1886), 11 App. Cas. 187 (P.C.), at p. 190)

[71] Although distinguishing facts from comment may sometimes be difficult, a comment is by its subjective nature generally less capable of damaging someone's reputation than an objective statement of fact, because the public is much more likely to be influenced in its belief by a statement of fact than by a comment. I therefore agree with the following observation by R. E. Brown:

If the expression of opinion by the defendant on facts which are true are reasonably understood by those to whom they are published as opinions, and nothing else, they say nothing derogatory about the plaintiff which does not already inhere in the facts that have been recited. It is those facts that are damning, either to the plaintiff because the opinion expressed is so consistent with the true facts which are recited and approximate the subjective opinion of those to whom they are published, or to the defendant because they are so inconsistent with the recited facts and with the subjective opinion of those to whom they are published. In the former case, the reputation of the plaintiff is not adversely affected by the publication of the opinion; in the latter case, it is the defendant who is defamed by his or her own foolish words rather than the plaintiff.

(*Defamation Law: A Primer* (2003), at p. 185)

[72] There is no doubt that a comment may be defamatory. It must simply be borne in mind that just because someone expresses an opinion does not

[70] Certes, le public évalue les énoncés d'opinion différemment des énoncés de fait. Dans une discussion sur la différence entre un énoncé de fait et un commentaire, lord Herschell souligne :

[TRADUCTION] . . . on n'insistera jamais assez sur l'importance d'établir clairement une distinction entre un commentaire ou une critique et une allégation de fait, comme l'affirmation que des actes honteux ont été commis ou que des propos indignes ont été tenus. C'est une chose de formuler des critiques ou commentaires, même s'ils sont durs, au sujet d'actes, reconnus ou prouvés, d'un homme public, mais c'en est une autre d'affirmer qu'il a commis certains actes d'inconduite.

(*Davis & Sons c. Shepstone* (1886), 11 App. Cas. 187 (C.P.), p. 190)

[71] Il devient parfois difficile de distinguer un fait d'avec un commentaire. Toutefois, la nature subjective du commentaire atténuée généralement l'atteinte à la réputation d'autrui par rapport à un énoncé de fait objectif. En effet, un énoncé de fait sera plus susceptible d'influencer le public qu'un commentaire. Je partage donc l'opinion suivante de R. E. Brown :

[TRADUCTION] Si les énoncés d'opinion du défendeur concernant des faits authentiques peuvent raisonnablement être perçus par l'auditoire auquel ils sont destinés comme étant des opinions, et rien d'autre, ils ne disent rien de désobligeant à l'égard du demandeur qui ne ressorte déjà des faits relatés. Ce sont ces faits qui sont accablants, soit à l'égard du demandeur parce que l'opinion exprimée est tellement fidèle aux faits authentiques relatés et qu'elle s'apparente à l'opinion subjective de l'auditoire auquel elle est destinée, soit à l'égard du défendeur parce que l'opinion exprimée est si peu fidèle aux faits relatés et à l'opinion subjective de l'auditoire auquel elle est destinée. Dans le premier scénario, la diffusion de l'opinion n'a pas de répercussions négatives sur la réputation du demandeur; dans le second, c'est le défendeur qui nuit à sa propre réputation plutôt qu'à celle du demandeur par ses propos ridicules.

(*Defamation Law : A Primer* (2003), p. 185)

[72] Un commentaire peut sans aucun doute être diffamatoire. Il faut simplement conserver à l'esprit que l'expression d'une opinion n'entraînera pas

mean that it will be believed and therefore affect its subject's reputation.

[73] This is all the more true in an age when the public is exposed to an astounding quantity and variety of commentaries on issues of public interest, ranging from political debate in the House of Commons, to newspaper editorials, to comedians' satire, to a high school student's blog. It would quite simply be wrong to assume that the public always takes statements of opinion at face value. Rather, members of the public must be presumed to evaluate comments in accordance with their own knowledge and opinions about the speaker and the subject of the comments.

[74] Members of the public will generally have a more solid basis on which to evaluate a comment about a public figure than one about someone who is unknown. Thus, although public figures are certainly more open to criticism than those who avoid the public eye, this does not mean that their reputations are necessarily more vulnerable. In fact, public figures may have greater opportunity to influence their own reputations for the better.

[75] People who voluntarily take part in debates on matters of public interest must expect a reaction from the public. Indeed, public response will often be one of the goals of self-expression. In the context of such debates (and at the risk of mixing metaphors), public figures are expected to have a thick skin and not to be too quick to cry foul when the discussion becomes heated. This is not to say that harm to one's reputation is the necessary price of being a public figure. Rather, it means that what may harm a private individual's reputation may not damage that of a figure about whom more is known and who may have had ample opportunity to express his or her own contrary views.

nécessairement la foi en celle-ci et qu'elle ne nuira donc pas toujours à la réputation de la personne visée.

[73] Cela demeure d'autant plus vrai à une époque où le public est exposé à une quantité et une variété phénoménales de commentaires sur des questions d'intérêt public, qu'il s'agisse par exemple de débats politiques à la Chambre des communes, d'éditoriaux de journaux, de satires des comédiens ou de blogues d'étudiants du secondaire. Nous aurions tout simplement tort de présumer que, dans tous les cas, le public accorde foi aux énoncés d'opinion. On doit plutôt penser qu'il évalue les commentaires d'après l'état de sa connaissance de l'auteur de l'énoncé et de la personne visée par les commentaires et selon son opinion à leur sujet.

[74] Le public se trouve généralement plus en mesure d'évaluer un commentaire sur un personnage public que sur un inconnu. Ainsi, bien que les personnages publics prêtent plus facilement le flanc à la critique que les personnes qui évitent la scène publique, cela ne signifie pas que leur réputation devient nécessairement plus vulnérable de ce fait. En réalité, les personnages publics sont peut-être plus capables d'influer favorablement sur l'opinion que l'on se fait d'eux.

[75] Les personnes qui participent aux débats sur des questions d'intérêt public doivent s'attendre à une réaction de la part du public. D'ailleurs, l'exercice du droit à la libre expression vise souvent à laisser place aux réactions du public. Dans le contexte de tels débats (et au risque d'associer plusieurs métaphores), on s'attend à ce que les personnages publics n'aient pas l'épiderme trop sensible et qu'ils ne crient pas facilement au scandale lorsque le débat s'enflamme. Je ne suggère pas que l'atteinte à la réputation doive être la rançon nécessaire d'une participation à la vie publique. Il s'agit plutôt de reconnaître que ce qui peut nuire à la réputation d'un simple citoyen n'aura pas nécessairement le même effet sur celle d'une personnalité mieux connue et qui a sans doute eu de nombreuses occasions d'exprimer une opinion contraire.

[76] Turning to the facts of this case, I agree that the impugned statement constituted comment rather than fact. As a result, Mair's audience would necessarily treat it differently than a statement of fact. In addition, both Mair and Simpson were public figures involved in an ongoing public debate on the issue of the introduction of materials dealing with gay issues in the classroom. That debate would have informed public opinion. Even those not familiar with the issue would have understood the comment in the context of this debate because Mair made reference to it in the impugned editorial. Further, Mair's "sizeable following" (trial reasons (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 285, 2004 BCSC 754, at para. 5) would have understood his comments in light of his well-known style, which involves strong opinions sometimes conveyed with colourful and provocative language.

[77] Thus, although associating the respondent's bigotry with Hitler would clearly be defamatory if taken at face value, the test for defamation is a contextual one and relates to what people would think in the circumstances of publication of the comments (*Gatley*, at pp. 108-10). In the context of this particular debate, I do not believe that Mair's audience would have taken his comments at face value. To paraphrase Professor Brown, Simpson's reputation was not adversely affected, either because Mair's opinions were consistent with the facts and approximated the subjective opinions of his listeners, or because Mair's opinion was not consistent with the facts and the subjective opinions of his listeners and only reflected badly on Mair himself.

[78] Triers of fact should be mindful of ensuring that the plaintiff's reputation is actually threatened by the impugned statements before turning to the available defences. I do not mean to imply that damage to reputation must be proved, since actual harm to reputation is not required to establish defamation. However, before a *prima facie* case can be made out, there must be a realistic threat that the statement, in its full context, would reduce a

[76] En l'espèce, je reconnais que la déclaration en cause constituait un commentaire plutôt qu'un énoncé de fait. Les auditeurs de M. Mair l'auraient donc nécessairement perçue différemment d'un énoncé de fait. De plus, tant M. Mair que M^{me} Simpson étaient des personnages publics qui participaient à un débat public permanent sur la question de l'utilisation en salle de classe de documents traitant de l'homosexualité. Le débat aurait aidé le public à former une opinion éclairée. Même les auditeurs qui n'étaient pas au fait de la question auraient situé le commentaire de M. Mair dans son contexte puisque son éditorial en faisait état. De plus, le [TRADUCTION] « large auditoire » de M. Mair (motifs de première instance (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 285, 2004 BCSC 754, par. 5) aurait jugé son intervention d'après le style qu'on lui connaît, en sachant qu'il émet des opinions fermes, parfois formulées dans des termes colorés et provocateurs.

[77] Ainsi, bien que l'association de l'intolérance de l'intimée à Hitler soit à première vue clairement diffamatoire, le critère applicable en matière de diffamation dépend du contexte et se rapporte à ce que les gens penseraient dans les circonstances de la diffusion des commentaires (*Gatley*, p. 108-110). Dans le contexte de ce débat particulier, je ne pense pas que les auditeurs de M. Mair auraient pris ses commentaires à la lettre. Pour paraphraser le professeur Brown, la réputation de M^{me} Simpson n'a pas été affectée pour deux raisons, soit parce que les opinions de M. Mair correspondaient aux faits et au point de vue subjectif de ses auditeurs, ou parce que ses propos donnaient à ses auditeurs une mauvaise impression de lui-même en raison de leur incompatibilité avec les faits et l'opinion subjective de ces auditeurs.

[78] Les juges des faits devraient s'assurer que les déclarations contestées compromettent effectivement la réputation du demandeur avant d'examiner les moyens de défense disponibles. Cependant, je ne suggère pas qu'il faille prouver un dommage réel à la réputation puisque la démonstration d'une telle atteinte n'est pas nécessaire pour établir l'existence d'un cas de diffamation. Toutefois, pour établir qu'il y a à première vue diffamation, il faut que

reasonable person's opinion of the plaintiff. In my view, Mair's comments posed no realistic threat to Kari Simpson's reputation, and I would therefore not have found them to be *prima facie* defamatory.

[79] If, however, the traditional test were so narrow as to catch the comments made in Mair's editorial, then in my opinion, it would be unduly restrictive and would need to be expanded to better reflect the values of modern Canadian society. The law of defamation — whose purpose is to protect reputation — exists as a limitation on freedom of expression, which is protected by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Reputation is an important element of human dignity and must be protected. However, even if a fair comment defence is available, it cannot be consistent with the *Charter* value of freedom of expression to treat spirited statements of opinion in a debate on matters of public interest as being *prima facie* defamatory.

[80] As I mentioned above, since the issue was not raised before us, I would not interfere with the lower courts' finding that the editorial was defamatory. Further, since I agree that the defence of fair comment applies, it is not necessary to the proper disposition of this appeal to resolve this issue. However, I consider it important to state my discomfort with the majority's assessment that the editorial "clearly defamed" Simpson (para. 45).

(2) Honest Belief as an Element of Fair Comment

[81] The majority would retain a requirement of honest belief in the fair comment defence primarily on the basis: (a) that to eliminate it would constitute more than an incremental change to the law (para. 36); and (b) that it provides additional and appropriate protection to reputation beyond that afforded

la déclaration, placée en contexte, risque effectivement de rendre moins favorable l'opinion qu'une personne raisonnable se forme du demandeur. À mon avis, les commentaires de M. Mair ne menaçaient pas réellement la réputation de Kari Simpson, et je n'aurais donc pas conclu à leur caractère apparemment diffamatoire.

[79] Si, toutefois, le critère traditionnel s'avérait restrictif au point de viser les commentaires exprimés dans l'éditorial de M. Mair, il le serait alors trop et il devrait être élargi de manière à mieux refléter les valeurs de la société canadienne moderne. Le droit en matière de diffamation — dont le but demeure la protection de la réputation — limite la liberté d'expression, que protège l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La réputation représente une composante importante de la dignité humaine qui doit être protégée. Toutefois, même s'il est possible d'invoquer la défense de commentaire loyal, on ne saurait, sans violer le droit à la liberté d'expression protégé par la *Charte*, considérer comme apparemment diffamatoires des opinions exprimées avec vivacité au cours d'un débat sur des sujets d'intérêt public.

[80] Comme je l'ai déjà mentionné, la question n'ayant pas été soulevée devant nous, je ne modifierais pas la conclusion des tribunaux d'instance inférieure sur le caractère diffamatoire de l'éditorial. De plus, parce que je conclus que la défense de commentaire loyal s'applique, il n'est pas nécessaire que cette question soit tranchée dans le cadre du présent pourvoi. J'estime toutefois important de souligner que je conserve des réserves à l'égard de la conclusion de la majorité qu'il est « clair » que l'éditorial diffamait M^{me} Simpson (par. 45).

(2) La croyance honnête comme élément de la défense de commentaire loyal

[81] La majorité retiendrait l'exigence de la croyance honnête dans la défense de commentaire loyal principalement pour les raisons suivantes : a) sa suppression constituerait plus qu'un changement progressif du droit (par. 36); b) elle assure à la réputation une protection supplémentaire suffisante

by the malice and “based on fact” inquiries (see para. 49). I disagree with both these propositions.

[82] The first proposition is based on the fact that honest belief is the “cardinal test” of fair comment in Canada (para. 36). This may be so, but a closer examination of fair comment reveals that it is subjective rather than objective honest belief that is considered the cardinal test of fair comment. Further, in Commonwealth countries such as the U.K., Australia and New Zealand, the requirement of a subjective honest belief exists only as an aspect of the malice inquiry in respect of which the burden of proof is on the plaintiff, not as an actual element of the defence. As for objective honest belief, although Commonwealth countries such as the U.K. and Australia retain an objective element in the defence, they have recognized that in the context of fair comment, there is no longer any justification for judging the reasonableness of the content of opinions. An objective honest belief requirement conflicts with the principle that even unreasonable comments should be protected in a democratic society. Thus, the common law in the U.K., Australia and Canada has gradually moved away from assessing comment in terms of reasonableness.

[83] I also disagree with the second proposition, which assumes that an honest belief requirement provides appropriate protection to reputation beyond that provided by other elements of the fair comment defence (including malice, which is, strictly speaking, not an element of the defence). I will begin by reviewing the U.K. decisions that established subjective honest belief as the “cardinal test” of fair comment. I will then discuss the history and the current role of the objective honest belief requirement. I will conclude by demonstrating that,

au-delà de celle qu’offrent les deux exigences du droit de la diffamation au sujet de la malveillance et de l’existence d’un fondement factuel pour le commentaire (voir par. 49). Je ne souscris à ni l’une ni l’autre de ces propositions.

[82] La première proposition se fonde sur le fait que la croyance honnête constitue le « principal critère » de l’application de la défense de commentaire loyal au Canada (par. 36). Cela reste peut-être vrai. Toutefois, un examen approfondi de la défense de commentaire loyal révèle que l’existence de la croyance honnête subjective et non celle de la croyance honnête objective est considérée comme le principal critère de la défense de commentaire loyal. De plus, dans des pays du Commonwealth comme le Royaume-Uni, l’Australie et la Nouvelle-Zélande, l’exigence d’une croyance honnête subjective constitue seulement un aspect de la discussion de la malveillance, pour laquelle le fardeau de la preuve revient au demandeur, et non un véritable élément de la défense de commentaire loyal. Par ailleurs, à propos de la question de la croyance objective honnête, des pays du Commonwealth, comme le Royaume-Uni et l’Australie, conservent un élément objectif de la défense, mais ils ont reconnu que, dans le contexte du commentaire loyal, l’appréciation de la raisonabilité du contenu des opinions n’est plus justifiée. L’exigence d’une croyance honnête objective contrevient alors au principe que même des commentaires déraisonnables méritent d’être protégés dans une société démocratique. Ainsi, la common law au Royaume-Uni, en Australie et au Canada a progressivement délaissé l’examen de la raisonabilité des commentaires.

[83] Je suis également en désaccord avec la seconde proposition. Celle-ci suppose que l’exigence de la croyance honnête assure à la réputation une protection utile qui complète celle fournie par les autres éléments de la défense de commentaire loyal (dont la malveillance, qui n’est pas, à proprement parler, un élément de la défense). J’examinerai d’abord la jurisprudence du Royaume-Uni établissant la croyance honnête subjective comme « principal critère » du commentaire loyal. J’étudierai ensuite l’évolution de l’exigence de la croyance

in any event, an objective honest belief requirement provides little or no additional protection to reputation.

[83a] In *Slim v. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497 (C.A.), Lord Denning stated:

The important thing is to determine whether or not the writer was actuated by malice. If he was an honest man expressing his genuine opinion on a subject of public interest, . . . he has a good defence of fair comment. His honesty is the cardinal test. [p. 503]

[84] Although it is not entirely clear from *Slim* who has the burden of proving or disproving subjective honest belief, it is settled law in the U.K. that this burden falls to the plaintiff once the elements of fair comment are proved:

[A] comment which falls within the objective limits of the defence of fair comment can lose its immunity only by proof that the defendant did not genuinely hold the view he expressed. Honesty of belief is the touchstone. Actuation by spite, animosity, intent to injure, intent to arouse controversy or other motivation, whatever it may be, even if it is the dominant or sole motive, does not *of itself* defeat the defence. However, proof of such motivation may be evidence, sometimes compelling evidence, from which lack of genuine belief in the view expressed may be inferred.

(*Cheng v. Tse Wai Chun* (2000), 3 H.K.C.F.A.R. 339, at pp. 360-61 (emphasis in original), *per* Lord Nicholls, cited in *Gatley*, at p. 310)

[85] Thus, the “cardinal test” of fair comment — at least in the U.K. — is subjective rather than objective honest belief, and it is the plaintiff who bears the burden of proof in the context of the malice inquiry. That being said, my colleague correctly notes that the requirement of an objective honest belief persists in the defence of fair comment in some common law countries, and he concludes that to excise it from Canadian law would constitute more than an incremental change. I disagree.

honnête objective afin de dégager son rôle actuel. Enfin, je démontrerai que, de toute manière, la protection supplémentaire que cette exigence apporte à la réputation est négligeable, voire inexistante.

[83a] Dans *Slim c. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497 (C.A.), lord Denning a écrit :

[TRADUCTION] L'important est de déterminer si l'auteur était animé par la malveillance. S'il s'agit d'une personne honnête qui exprime son opinion réelle sur un sujet d'intérêt public [. . .] cette personne dispose d'un bon moyen de défense fondé sur le commentaire loyal. Son honnêteté est le principal critère. [p. 503]

[84] Bien que l'arrêt *Slim* n'indique pas clairement à qui il incombe de prouver (ou de réfuter) la croyance honnête subjective, le droit applicable au Royaume-Uni établit bien que, lorsque les éléments de la défense de commentaire loyal sont démontrés, ce fardeau repose sur le demandeur :

[TRADUCTION] [U]n commentaire entrant dans les limites objectives de la défense de commentaire loyal ne perd son immunité que s'il est prouvé que le défendeur ne professait pas véritablement l'opinion qu'il a exprimée. L'élément fondamental est l'authenticité de la croyance. Que l'auteur du commentaire ait été animé par le dépit, l'animosité, l'intention de causer du tort ou de semer la controverse ou par un autre mobile, quel qu'il fût, même s'il s'agissait de sa motivation principale ou unique, n'anéantit pas *en soi* le moyen de défense. Toutefois, la preuve d'un tel mobile peut constituer un élément de preuve, parfois déterminant, permettant d'inférer l'absence de croyance véritable en l'opinion exprimée.

(*Cheng c. Tse Wai Chun* (2000), 3 H.K.C.F.A.R. 339, p. 360-361 (en italique dans l'original), lord Nicholls, cité dans *Gatley*, p. 310)

[85] Ainsi, le « principal critère » de la défense de commentaire loyal est — du moins au Royaume-Uni — la croyance honnête subjective et non objective, et il incombe au demandeur de l'établir dans le cadre de l'examen de la question de la malveillance. Cela dit, mon collègue observe avec justesse que, dans certains pays de common law, l'exigence d'une croyance honnête objective continue de faire partie de la défense de commentaire loyal et il conclut que sa suppression du droit canadien

Although this requirement does continue to exist in some common law countries, its influence and utility have been waning such that, in my opinion, it no longer offers anything of value in the exercise of balancing the right to comment fairly on matters of public opinion against the right to reputation. Doing away with it may constitute a significant change to the *form* of the test for fair comment, but the *effect* of doing so would not be to modify the scope of the defence in any significant way. The advantage of eliminating the objective honest belief requirement, on the other hand, is that this would constitute formal recognition of what some common law courts have been saying for decades: that it is no longer justifiable, for purposes of the fair comment defence, to judge a person's opinions on an objective basis other than to require that they have some basis in fact.

[86] In the U.K., fair comment is a “two stage” issue. At the first stage, the defendant establishes that the words are objectively capable of constituting comment. At the second stage, the plaintiff may attempt to prove malice, which will defeat the protection of the defence (*Gatley*, at p. 311). The objective stage incorporates both objective honest belief and relevance to the underlying facts. At one time, fair comment was limited to what was objectively “fair, reasonable and temperate” (*Soane v. Knight* (1827), M. & M. 74, 173 E.R. 1086, at p. 1086, cited in P. Mitchell, *The Making of the Modern Law of Defamation* (2005), at p. 174). Eventually, however, this view was held to be overly restrictive of speech on matters of public interest. In *Merivale v. Carson* (1887), 20 Q.B.D. 275 (C.A.), Lord Esher held that the correct test was whether any “fair man, however prejudiced” could hold the impugned opinion (p. 280). Later, even the word “fair”, which gave the defence of fair comment its name, was replaced by the word “honest” to eliminate any residual requirement of reasonableness (see Mitchell, at p. 181. See also Dickson J. dissenting in *Cherneskey*, at p. 1104.) The objective reasonableness of the opinion was held to be of no relevance in limiting fair comment. As early as 1863, the English courts held that the defendant's opinion need not be reasonable. Rather, in addition to subjective honest

dépasserait le cadre d'un changement progressif de ce dernier. Je ne suis pas de cet avis. Certes, cette exigence existe toujours dans certains pays de common law, mais son influence et son utilité se sont affaiblies au point que, selon moi, elle ne joue plus aucun rôle pratique dans la conciliation entre le droit de formuler un commentaire loyal sur des questions d'opinion publique et le droit à la réputation. Son élimination peut altérer substantiellement la *forme* du critère applicable en matière de commentaire loyal, mais elle ne modifierait pas fondamentalement la portée de la défense. Ce changement aurait cependant pour avantage de reconnaître explicitement l'opinion exprimée par les tribunaux de common law depuis des décennies, qu'il n'est plus justifiable, en matière de défense de commentaire loyal, de juger les opinions d'autrui sur un fondement objectif, sauf pour exiger qu'elles conservent une assise factuelle.

[86] Au Royaume-Uni, la défense de commentaire loyal comporte deux étapes. À la première étape, le défendeur établit que les termes en cause peuvent objectivement constituer un commentaire et à la seconde, le demandeur peut tenter de démontrer l'existence de malveillance, afin d'écarter la protection offerte par cette défense (*Gatley*, p. 311). La première étape incorpore à la fois la croyance honnête objective et la pertinence par rapport aux faits sous-jacents. Autrefois, le moyen de défense a été restreint au seul commentaire objectivement [TRADUCTION] « loyal, raisonnable et tempéré » (*Soane c. Knight* (1827), M. & M. 74, 173 E.R. 1086, p. 1086, cité dans P. Mitchell, *The Making of the Modern Law of Defamation* (2005), p. 174). Puis on a reconnu qu'une telle conception limitait indûment la liberté de s'exprimer sur des questions d'intérêt public. Dans *Merivale c. Carson* (1887), 20 Q.B.D. 275 (C.A.), lord Esher a affirmé qu'il fallait se demander si [TRADUCTION] « une personne loyale, quelle que soit la force de ses préjugés » pouvait professer l'opinion en cause (p. 280). Plus tard, on a même substitué l'adjectif « honnête » à « loyal », qui a donné son nom à la défense de commentaire loyal, afin d'éliminer les restes de l'exigence de raisonabilité (voir Mitchell, p. 181; voir aussi les motifs du juge Dickson, dissident, dans *Cherneskey*, p. 1104.) On a estimé que la raisonabilité objective

belief, a jury must simply find that the defendant's "belief was not without foundation" (*Campbell v. Spottiswoode* (1863), 3 B. & S. 769, 122 E.R. 288, at p. 290).

[I]f the language complained of is such as can be fairly called criticism, the mere circumstance that it is violent, exaggerated, or even in a sense unjust, will not render it unfair. It is at the most evidence that it was not an honest expression of real opinion, but was inspired by malice.

(*Gatley*, at p. 306, citing *McQuire v. Western Morning News Co.*, [1903] 2 K.B. 100 (C.A.), at p. 110.)

[87] This history is reflected in the words of Lord Nicholls in *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609, at p. 615:

Traditionally one of the ingredients of this defence is that the comment must be fair, fairness being judged by the objective standard of whether any fair-minded person could honestly express the opinion in question. Judges have emphasised the latitude to be applied in interpreting this standard. So much so, that the time has come to recognise that in this context the epithet 'fair' is now meaningless and misleading. Comment must be relevant to the facts to which it is addressed. It cannot be used as a cloak for mere invective. But the basis of our public life is that the crank, the enthusiast, may say what he honestly thinks as much as the reasonable person who sits on a jury. The true test is whether the opinion, however exaggerated, obstinate or prejudiced, was honestly held by the person expressing it: see Diplock J. in *Silkin v. Beaverbrook Newspapers Ltd.*, [1958] 2 All E.R. 516 at 518, [1958] 1 W.L.R. 743 at 747. [Emphasis added.]

[88] Some Canadian courts have cited this passage from *Reynolds* with approval. For example, in *Ross v. New Brunswick Teachers' Assn.* (2001), 201 D.L.R. (4th) 75, 2001 NBCA 62, the New Brunswick Court of Appeal quoted it and then went on to conclude:

de l'opinion ne pouvait constituer un facteur pertinent de limitation du commentaire loyal. Ainsi, dès 1863, les tribunaux anglais ont statué que l'opinion n'avait pas à être raisonnable et qu'il suffisait plutôt qu'après avoir conclu à l'existence d'une croyance honnête subjective, le jury soit d'avis que cette [TRADUCTION] « croyance n'était pas sans fondement » (*Campbell c. Spottiswoode* (1863), 3 B. & S. 769, 122 E.R. 288, p. 290).

[TRADUCTION] Si les propos à l'origine de la poursuite peuvent à juste titre être considérés comme une critique, ils ne perdront pas leur statut de commentaire loyal du seul fait qu'ils sont violents, exagérés ou même, en un sens, injustes. C'est tout au plus la preuve qu'ils n'exprimaient pas honnêtement une véritable opinion, mais étaient inspirés par la malveillance.

(*Gatley*, p. 306, citant *McQuire c. Western Morning News Co.*, [1903] 2 K.B. 100 (C.A.), p. 110.)

[87] Dans *Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609, p. 615, lord Nicholls évoque cette évolution historique :

[TRADUCTION] L'un des éléments de cette défense a toujours été que le commentaire doit être loyal, d'après son évaluation selon le critère objectif qui consiste à savoir si une personne juste pouvait honnêtement exprimer l'opinion en question. Les juges ont insisté sur la liberté dont doit s'accompagner l'interprétation de ce critère. À tel point que le moment est venu de reconnaître que, dans ce contexte, l'épithète « loyal » est aujourd'hui dénuée de sens et trompeuse. Le commentaire doit être pertinent par rapport aux faits qu'il vise. Il ne peut servir à masquer la simple invective. Notre vie publique repose sur le fait que le loufoque, l'enthousiaste, peut dire ce qu'il pense honnêtement au même titre que toute personne raisonnable qui siège comme juré. Le véritable critère consiste à savoir si l'opinion, si extrême, exagérée ou empreinte de préjugés soit-elle, était honnêtement celle de la personne qui l'a exprimée : voir le juge Diplock dans *Silkin c. Beaverbrook Newspapers Ltd.*, [1958] 2 All E.R. 516, p. 518, [1958] 1 W.L.R. 743, p. 747. [Je souligne.]

[88] Des tribunaux canadiens ont cité et approuvé cet extrait de *Reynolds*. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, par exemple, a repris ce passage dans *Ross c. New Brunswick Teachers' Assn.* (2001), 201 D.L.R. (4th) 75, 2001 NBCA 62, pour tirer ensuite la conclusion suivante :

Therefore, for a comment to be protected by a plea of fair comment, the comment must be relevant to the facts to which it is addressed, but it need not be reasonable nor one with which the trier of fact agrees. It need only be proven to be “fair” or “relevant” in the sense that the comment relates to the proven underlying facts on which the commentator relies and represents an honest expression of the real view of the person making the comment. [Emphasis added; para. 78.]

[89] These passages confirm that little is left of the objective “fairness” requirement other than that a comment must be “relevant to the facts to which it is addressed”. However, despite the waning role of the objective honest belief requirement, it seems that British law, like Canadian and Australian law, still requires a trier of fact to ask: “Would any [honest] man, however prejudiced he might be, or however exaggerated or obstinate his views, have written this criticism?” (*Gatley*, at p. 307). Alternately, in the words of Dickson J. in *Cherneskey*, at p. 1100, as endorsed by the majority in this case, “could any man honestly express that opinion on the proved facts?” What, then, does it mean that a person could honestly express that opinion on the proved facts?

[90] If the speaker’s prejudices or inclination toward exaggeration and obstinacy are irrelevant, it would similarly be irrelevant to consider the objective reasonableness of the comment aside from the requirement that it have a basis in fact. This is certainly consistent with the shift away from the idea that fairness amounts to reasonableness. For example, in *Cherneskey*, Dickson J. substituted the word “honest” for “fair” in the objective test “lest some suggestion of reasonableness instead of honesty should be read in” (p. 1104). In this context, then, “honest belief” must refer either to whether someone could express the comment with an honest motive or to whether someone could believe the comment if he or she were being honest with him or herself. In the former case, since a dishonest motive for publication can defeat a fair comment defence in the malice inquiry, it would seem redundant to inquire into the defendant’s motives at the honest belief stage of the defence. In the latter

[TRADUCTION] Par conséquent, pour être protégé par le plaidoyer de commentaire loyal, le commentaire doit être pertinent par rapport aux faits qu’il vise, mais il n’est pas nécessaire qu’il soit raisonnable ni accepté par le juge des faits. Il faut seulement prouver qu’il est « loyal » ou « pertinent », en ce sens qu’il se rapporte aux faits sous-jacents établis sur lesquels son auteur s’appuie et qu’il représente l’expression honnête de la véritable opinion de son auteur. [Je souligne; par. 78.]

[89] Ces extraits confirment qu’il subsiste peu de chose de l’exigence de « loyauté » objective, si ce n’est que le commentaire doit rester [TRADUCTION] « pertinent par rapport aux faits qu’il vise ». Il semble toutefois que, malgré le rôle de plus en plus faible de l’exigence de croyance honnête objective, le droit britannique, comme le droit canadien et le droit australien, demande toujours au juge des faits de vérifier si [TRADUCTION] « une personne [honnête], quelle que soit la force de ses préjugés, de ses convictions ou de ses préventions, aurait [. . .] pu écrire cette critique » (*Gatley*, p. 307). En d’autres termes, pour reprendre les propos du juge Dickson dans *Cherneskey*, p. 1100, auxquels souscrivent la majorité en l’espèce, « pouvait-on exprimer honnêtement cette opinion vu les faits prouvés? » Une personne pouvait-elle alors exprimer honnêtement l’opinion en cause sur la base des faits prouvés?

[90] Si les préjugés de l’auteur du commentaire ou ses penchants à l’exagération et son obstination sont dénués de pertinence, il ne serait pas pertinent non plus d’examiner la raisonnable objective du commentaire, sauf pour la vérification du fondement factuel des propos. Une telle approche reflète l’abandon graduel de la conception qu’un commentaire loyal et un commentaire raisonnable sont équivalents. Dans *Cherneskey*, par exemple, le juge Dickson a substitué « honnête » à « loyal » dans le critère objectif, « de crainte qu’on n’y trouve la notion du raisonnable plutôt que celle d’honnêteté » (p. 1104). Dans ce contexte, « croyance honnête » doit se rapporter soit à la question de déterminer si on peut exprimer un commentaire en conservant un motif honnête ou si un auditeur ou un lecteur pouvait donner foi au commentaire tout en restant honnête avec lui-même. Dans le premier cas, puisqu’un motif malhonnête pour la diffusion peut faire échec à la défense de commentaire loyal au

case, the “honest belief” label would also be redundant, since what one does not honestly believe, one does not believe at all. This relates to subjective honest belief, albeit to what someone could subjectively believe rather than to what the defendant subjectively believed. I take this to be the sense in which the majority, and the courts generally, use the expression “honest belief”.

[91] The requirement that someone be capable of believing the comment in light of the facts does not do away with the problem of assessing the objective reasonableness of the comment. It is not clear how — other than by requiring a simple basis in fact — the limits to what someone could subjectively believe can be determined without resorting to objective reasonableness. Admittedly, the threshold for establishing a factual basis for a comment remains low. However, the threshold for establishing that someone could believe the comment on the basis of the relevant facts is also low. The tests involve similar, if not identical, questions. Where a comment is objectively incapable of belief, this will presumably be because it does not have a basis in fact. If there is any difference between what is capable of belief and what is based in fact, it must relate to what is reasonable for a person to believe, given certain facts. As I mentioned above, common law courts, including those in Canada, have long rejected an approach that involves judging the objective reasonableness of a comment.

[92] The honest belief inquiry adopted by the majority, which is clearly not intended to assess the objective reasonableness of the comment, must therefore be an inquiry into whether the comment has a basis in fact. Binnie J. acknowledges as much by noting that a jury could be instructed to determine whether comment has a basis in fact by asking whether a person could honestly express

stade de l'étude de la malveillance, il deviendrait superflu de s'interroger sur les motifs du défendeur au moment de l'examen de la défense de la croyance honnête. Dans le second cas, le terme « croyance honnête » deviendrait également inutile, car une croyance malhonnête ne peut devenir la source d'une croyance effective. La croyance honnête subjective est toujours en cause, même s'il s'agit de ce que quelqu'un pouvait croire subjectivement plutôt que de ce que le défendeur croyait subjectivement. À mon avis, c'est dans ce sens que la majorité, et les tribunaux en général, utilisent l'expression « croyance honnête ».

[91] L'exigence qu'une personne puisse croire le commentaire devant les faits en cause ne règle pas le problème de l'appréciation de la raisonnable objective du commentaire. On ne saisit guère comment il serait possible, sans recourir au critère de la raisonnable objective, de déterminer les limites de ce qu'une personne peut croire subjectivement, sauf en exigeant un simple fondement factuel. Certes, la preuve du fondement factuel d'un commentaire demeure facile, mais la démonstration qu'une personne pouvait croire le commentaire au vu des faits pertinents ne présente pas plus de difficulté. Les critères impliquent des questions similaires, voire identiques. Lorsque le commentaire n'est pas objectivement digne de foi, on peut présumer qu'il en est ainsi parce qu'il ne repose pas sur des faits. S'il existe une différence entre ce qui peut être cru et ce qui repose sur des faits, elle tient nécessairement à ce qu'il est raisonnable pour une personne de croire devant certains faits. Or, comme je l'ai déjà rappelé, les tribunaux de common law, y compris les tribunaux canadiens, ont rejeté depuis longtemps l'approche qui évaluerait la raisonnable objective d'un commentaire.

[92] L'examen de la croyance honnête retenue par la majorité, qui n'a manifestement pas pour objet d'évaluer la raisonnable objective du commentaire, doit donc consister à vérifier si le commentaire repose sur un fondement factuel. Le juge Binnie le reconnaît en soulignant qu'un jury peut recevoir pour directive de déterminer si le commentaire repose sur des faits, lorsqu'il répond à la

the opinion on the proved facts (para. 41). I agree that this is a useful jury instruction regarding the “basis in fact” element. But what, then, is the additional benefit of a distinct element of honest belief? The defence of fair comment would include two elements — basis in fact and honest belief — that address exactly the same issue.

[93] Since the elements address the same issue, honest belief provides no additional protection for reputation. For example, an honest belief test would not protect against a bad faith attack made without honest belief, such as Senator McCarthy’s smear campaign of the 1950s. Such attacks would pass the majority’s honest belief test so long as they constituted comment that someone could believe. In the context of McCarthyism, someone could very well have believed defamatory allegations relating to communism. If no one could believe the allegations, it must be because they have no basis in fact, and the defamer could not rely on the fair comment defence. Further, even without an honest belief element, a plaintiff who is the victim of a bad faith attack may prevail by demonstrating malice.

[94] Thus, the only justifiable remnant of the former requirement that a fair-minded person be capable of holding the opinion is that the comment must be based on known facts. This is implied in the above-quoted observations of Lord Nicholls from *Reynolds*. In Canada, fair comment includes a based on true facts element that is independent of concerns about whether an honest person could hold the opinion. Thus, I see no reason to retain an objective honest belief element. Eliminating that element is an incremental change. This Court has the power, and indeed the responsibility, to make such changes when the common law falls out of step with its underlying principles and with

question de déterminer si on pouvait honnêtement exprimer une opinion au vu des faits prouvés (par. 41). Je conviens qu’il s’agit d’une directive utile à donner au jury sur la question du « fondement factuel ». Mais alors, quel autre avantage l’application du critère distinct de la croyance honnête entraînerait-elle? La défense de commentaire loyal inclurait deux éléments — fondement factuel et croyance honnête — axés exactement sur la même question.

[93] Comme ces éléments répondent à la même question, la croyance honnête n’offre aucune protection supplémentaire pour la réputation. Par exemple, le critère de la croyance honnête ne protège pas contre une attaque de mauvaise foi faite sans croyance honnête comme la campagne de dénigrement à laquelle s’est livré le sénateur McCarthy dans les années 50. De telles attaques seraient protégées par le critère de la croyance honnête retenu par la majorité puisqu’il s’agirait d’un commentaire qu’on pourrait croire. Dans le contexte du McCarthysme, on aurait très bien pu donner foi aux allégations diffamatoires au sujet du communisme. Si personne ne peut croire les allégations, ce sera nécessairement en raison de l’absence de fondement factuel à leur appui. Le diffamateur ne pourra alors bénéficier de la défense de commentaire loyal. De plus, même à défaut du critère de la croyance honnête, un demandeur qui est victime d’une attaque de mauvaise foi peut avoir gain de cause en prouvant la malveillance.

[94] Par conséquent, un seul élément de l’ancienne exigence qu’une personne juste puisse exprimer l’opinion en cause demeure justifiable, soit que le commentaire doit reposer sur des faits connus. Cette conclusion se dégage des commentaires de lord Nicholls, dans *Reynolds*, que je citais plus tôt. Au Canada, la défense de commentaire loyal inclut un critère selon lequel le commentaire doit être fondé sur des faits authentiques, indépendamment de la question de savoir si une personne honnête pouvait professer cette opinion. Je ne vois donc aucune raison de conserver l’élément de la croyance honnête objective. Son élimination constitue un changement progressif du droit. La Cour a le

modern values, and when a test has proven to be unworkable or to serve no useful purpose.

[95] Even though, in principle, I do not consider it appropriate to exclude from fair comment that which no honest person could believe, it is nevertheless true that in practice, such speech will rarely, if ever, be protected as fair comment even without an honest belief requirement. This is because in defamation law, reputation is already protected in three ways from comments that are not “fair” in the sense of being objectively capable of belief on the relevant facts.

[96] First, to the extent that, as discussed above, honest belief and basis in fact amount to the same inquiry, whatever has no basis in fact is not capable of belief, and *vice versa*. However, even if there were some difference between the two concepts, two other aspects of fair comment protect reputation against objectively unbelievable comment.

[97] For a comment to be *prima facie* defamatory, there must be a possibility that its audience will believe it; otherwise, it cannot harm the plaintiff’s reputation. The audience is presumed to consist of “ordinary, reasonable, fair-minded” people (*Charleston v. News Group Newspapers Ltd.*, [1995] 2 W.L.R. 450 (H.L.), at p. 454). The test is not whether any person, no matter how unreasonable or unfair, could think less of the plaintiff because of the comment. Therefore, the more disconnected the comment is from its underlying facts, the less likely it is to be defamatory. It follows that comments that are not capable of objective honest belief, given the relevant facts, will rarely be defamatory. For example, in a modern developed society, an imputation that someone practises witchcraft would not be defamatory, because it would not be believed and therefore would not harm the plaintiff’s reputation (*Loukas v. Young*, [1968] 3 N.S.W.R. 549 (S.C.)).

pouvoir, sinon la responsabilité, d’apporter de tels changements lorsque la common law ne s’accorde plus avec les principes qui la sous-tendent ni avec les valeurs modernes, et que l’inapplicabilité ou l’inutilité d’un critère a été démontrée.

[95] Même si, sur le plan des principes, je ne crois pas approprié d’exclure du commentaire loyal ce qu’aucune personne honnête ne pourrait croire, il demeure que, sur le plan pratique, ce type de discours ne sera que rarement, sinon jamais, protégé à titre de commentaire loyal, même sans l’exigence de la croyance honnête. En effet, le droit en matière de diffamation protège déjà la réputation de trois façons différentes contre les commentaires qui ne sont pas « loyaux », en ce sens qu’ils ne peuvent objectivement être crus compte tenu des faits pertinents.

[96] Premièrement, dans la mesure où le critère de la croyance honnête et celui du fondement factuel impliquent le même examen, comme je l’ai déjà expliqué, les propos qui ne reposent sur aucun fondement factuel ne peuvent être crus, et vice versa. Toutefois, même si ces deux concepts diffèrent parfois en partie, deux autres aspects de la défense de commentaire loyal protègent le droit à la réputation contre un commentaire qu’il est objectivement impossible de croire.

[97] Pour qu’un commentaire soit diffamatoire à première vue, il faut qu’il puisse être cru par ceux à qui il s’adresse. Autrement, il ne peut porter atteinte à la réputation du demandeur. En effet, l’auditoire est réputé être composé de personnes [TRADUCTION] « ordinaires, raisonnables et justes » (*Charleston c. News Group Newspapers Ltd.*, [1995] 2 W.L.R. 450 (H.L.), p. 454). On ne doit pas décider si une personne, si déraisonnable ou déloyale soit-elle, tiendra le demandeur en moindre estime en raison des propos en cause. En conséquence, plus le commentaire s’éloigne des faits sous-jacents, moins il devient susceptible d’être diffamatoire. Ainsi, les commentaires qui ne peuvent susciter de croyance honnête objective, compte tenu des faits pertinents, seront rarement diffamatoires. Par exemple, dans une société moderne et évoluée, l’accusation qu’une personne se livre à la sorcellerie ne serait pas diffamatoire, parce qu’elle ne serait pas crue et

Thus, the test for *prima facie* defamation, if correctly applied, will exclude from protection many situations involving comments that are not capable of objective honest belief.

[98] Further, it is difficult to imagine any situation in which a comment with a basis in true facts that would be incapable of belief could be made with a motive that is not predominantly malicious. By definition, the publisher of the comment would not believe the opinions he or she expressed. Why would someone publish a comment that he or she does not believe and that no one else could honestly believe, if not out of malice? The dominant motive could not be for the sake of argument, since no one could believe the comment. Nor could it be a desire to report on issues of public interest, because here again, no one could believe the comment.

[99] I am therefore of the opinion that the only additional protection for reputation afforded by a requirement of objective honest belief is an inappropriate one, in that it places a reasonableness restriction on the opinions a person may legitimately express. The common law courts in this country and in the U.K. have long been uncomfortable with the idea of limiting fair comment to what is reasonable, even in the broadest sense. The time has come to formally acknowledge that such a reasonableness requirement has outlived its purpose and that, in any event, in its present broad form, it provides little or no protection for reputation. In my opinion, therefore, the defence of fair comment should simply require the defendant to prove (a) that the statement constituted comment, (b) that it had a basis in true facts and (c) that it concerned a matter of public interest. On the facts of this case, there is no dispute that each of these requirements is met.

(3) Malice

[100] If the defendant is successful in establishing the elements of the fair comment defence, the

qu'elle ne pourrait donc pas nuire à la réputation du demandeur (*Loukas c. Young*, [1968] 3 N.S.W.R. 549 (S.C.)). Par conséquent, le critère servant à déterminer s'il y a diffamation à première vue, lorsqu'on l'applique correctement, exclura de la protection de nombreuses situations impliquant des commentaires qui ne peuvent pas susciter de croyance honnête objective.

[98] Ensuite, il est difficile d'imaginer une situation où la malveillance ne serait pas le motif principal de l'expression d'un commentaire fondé sur des faits authentiques que personne ne pourrait croire. Par définition, la personne qui diffuse le commentaire ne croirait pas les opinions qu'elle a exprimées. Pourquoi diffuser un commentaire qu'on ne croit pas et auquel personne d'autre ne pourrait honnêtement donner foi, sauf par malveillance? Le motif dominant ne saurait être de susciter la discussion puisque personne ne pourrait croire le commentaire. Ce ne pourrait pas non plus être le désir de parler de questions d'intérêt public car, encore une fois, personne ne pourrait croire le commentaire.

[99] J'estime donc que la seule protection supplémentaire que l'exigence de la croyance honnête objective apporte à la réputation est inopportune parce qu'elle subordonne l'expression d'opinions légitimes à leur raisonabilité. Or, ici comme au Royaume-Uni, les tribunaux de common law hésitent depuis longtemps à limiter le commentaire loyal à ce qui est raisonnable, même au sens le plus large. Il est temps de reconnaître officiellement qu'une telle exigence de raisonabilité ne se justifie plus et que, de toute manière, selon l'interprétation libérale qu'on lui attribue actuellement, elle ne protège que fort peu la réputation, sinon pas du tout. À mon avis, la défense de commentaire loyal devrait donc simplement exiger du défendeur qu'il démontre que les propos en cause a) constituent un commentaire, b) reposent sur des faits authentiques et c) portent sur une question d'intérêt public. En l'espèce, il ne fait aucun doute que ces trois exigences sont remplies.

(3) La malveillance

[100] Si le défendeur parvient à prouver les éléments de la défense de commentaire loyal, la

inquiry may turn to malice, which the plaintiff must prove if he or she alleges it. I see no reason to alter the existing burden of proof. To require the defendant to prove a lack of malice would amount to presuming malice. A society that seeks to promote healthy debate should require evidence of a malicious motive before restricting the expression of opinions based on true facts that concern matters of public interest. It would protect spirited — but not mean-spirited — speech. Proof of malice may be intrinsic or extrinsic: that is, it may be drawn from the language of the assertion itself or from the circumstances surrounding the publication of the comment. It may involve inferences and evidentiary presumptions.

[101] I also see no reason to alter the nature of the malice inquiry. In *Cherneskey*, Dickson J. described malice as follows:

Malice is not limited to spite or ill will, although these are its most obvious instances. Malice includes any indirect motive or ulterior purpose, and will be established if the plaintiff can prove that the defendant was not acting honestly when he published the comment. This will depend on all the circumstances of the case. Where the defendant is the writer or commentator himself, proof that the comment is not the honest expression of his real opinion would be evidence of malice. If the defendant is not the writer or commentator himself, but a subsequent publisher, obviously this is an inappropriate test of malice. Other criteria will be relevant to determine whether he published the comment from spite or ill will, or from any other indirect and dishonest motive. [p. 1099]

[102] I adopt this definition, although I wish to emphasize that while proof that the comment is not the honest expression of the publisher's real opinion may be evidence of malice, it is not determinative. Indeed, there may be non-malicious and valid reasons for publishing views one does not personally hold.

[103] I would not adopt the British malice test (reproduced here for convenience), which is based

question de la malveillance pourra entrer en jeu, et il incombera alors au demandeur de la démontrer s'il l'allègue. Je ne vois aucune raison de modifier l'attribution actuelle de la charge de la preuve. Obliger le défendeur à prouver l'absence de malveillance équivaudrait à présumer la malveillance. Une société soucieuse de favoriser des débats vigoureux devrait exiger la preuve d'un motif malveillant avant de restreindre l'expression d'opinions fondées sur des faits authentiques portant sur des questions d'intérêt public. Elle protégerait la vivacité du discours, mais non la malveillance. La preuve de la malveillance peut être intrinsèque ou extrinsèque selon qu'elle provient de la formulation même des propos ou des circonstances de la diffusion du commentaire. La preuve peut se faire par inférence ou par présomption.

[101] Je ne vois aucune raison de modifier la nature de l'analyse relative à la malveillance. Dans *Cherneskey*, le juge Dickson a décrit la malice en ces termes :

La malice n'est pas restreinte à l'animosité ou à l'inimitié, bien qu'elles en soient les exemples les plus évidents. La malice comprend tout motif indirect ou caché; elle est établie si le demandeur peut prouver que le défendeur n'a pas agi honnêtement en publiant le commentaire. Cela tient à toutes les circonstances de l'affaire. Lorsque le défendeur est lui-même l'auteur ou le commentateur, la preuve que le commentaire ne constitue pas l'expression honnête de sa véritable opinion fait foi de la malice. Si le défendeur n'est pas lui-même l'auteur ou le commentateur et n'a fait que publier le commentaire, il est évident que ce critère de la malice ne convient pas. Il faudra recourir à d'autres critères pour déterminer s'il a publié le commentaire par animosité ou inimitié ou pour tout autre motif indirect et malhonnête. [p. 1099]

[102] Je fais mienne cette définition, mais je tiens à souligner que, bien qu'elle puisse établir la malveillance, la preuve que le commentaire ne constitue pas l'expression honnête de la véritable opinion du diffuseur n'est pas déterminante. Il peut en effet exister des raisons valables, étrangères à la malveillance, de diffuser des opinions qui ne sont pas les nôtres.

[103] Je ne retiendrais pas le critère appliqué par les tribunaux britanniques relativement à la

on honesty of belief rather than the motive for publication.

[A] comment which falls within the objective limits of the defence of fair comment can lose its immunity only by proof that the defendant did not genuinely hold the view he expressed. Honesty of belief is the touchstone. Actuation by spite, animosity, intent to injure, intent to arouse controversy or other motivation, whatever it may be, even if it is the dominant or sole motive, does not *of itself* defeat the defence. However, proof of such motivation may be evidence, sometimes compelling evidence, from which lack of genuine belief in the view expressed may be inferred.

(*Cheng v. Tse Wai Chun*, at pp. 360-61 (emphasis in original); see also *Gatley*, at p. 310.)

[104] In the U.K., the motive for publication appears to be relevant only with respect to secondary publishers: malice will not be found where someone publishes the opinions of others without malicious intent (*Gatley*, at pp. 310-11). However, there are good reasons for maintaining a malice test that withholds protection from a comment expressed with a predominantly malicious motive. As Greer L.J. noted in *Watt v. Longsdon*, [1930] 1 K.B. 130 (C.A.), at pp. 154-55, quoted with approval by the B.C. Court of Appeal in *Christie v. Westcom Radio Group Ltd.* (1990), 75 D.L.R. (4th) 546, at p. 554, leave to appeal refused, [1991] 1 S.C.R. vii:

A man may believe in the truth of a defamatory statement, and yet when he publishes it be reckless whether his belief be well founded or not. His motive for publishing a libel on a privileged occasion may be an improper one, even though he believes the statement to be true. . . . I agree with the statement of the law contained in the late Mr. Blake Odgers' monumental book on libel and slander, which will be found at p. 354 of the 5th edition. . . .: "An angry man may often be led away into exaggerated or unwarrantable expressions; or he may forget where and in whose presence he is speaking, or how and to whom his writing may be published. Clearly this is often but faint evidence of malice; the jury will generally pardon a slight excess of righteous zeal. In some cases, however . . . such excess has secured the plaintiff the verdict . . .".

malveillance (que je reproduis ici par souci de commodité), qui se fonde sur la croyance honnête plutôt que sur le motif de la publication.

[TRADUCTION] [U]n commentaire entrant dans les limites objectives de la défense de commentaire loyal ne perd son immunité que s'il est prouvé que le défendeur ne professait pas véritablement l'opinion qu'il a exprimée. L'élément fondamental est l'authenticité de la croyance. Que l'auteur du commentaire ait été animé par le dépit, l'animosité, l'intention de causer du tort ou de semer la controverse ou par un autre mobile, quel qu'il fût, même s'il s'agissait de sa motivation principale ou unique, n'anéantit pas *en soi* le moyen de défense. Toutefois, la preuve d'un tel mobile peut constituer un élément de preuve, parfois déterminant, permettant d'inférer l'absence de croyance véritable en l'opinion exprimée.

(*Cheng c. Tse Wai Chun*, p. 360-361 (en italique dans l'original); voir aussi *Gatley*, p. 310.)

[104] Au Royaume-Uni, le motif de la diffusion ne semble pertinent qu'en ce qui a trait aux diffuseurs secondaires : on ne conclura pas à la malveillance lorsqu'il y a diffusion de l'opinion de tiers sans motif malveillant (*Gatley*, p. 310-311). Des raisons valables justifieraient le maintien d'un critère qui ne protège pas le commentaire principalement motivé par la malveillance. Comme le lord juge Greer l'a expliqué dans *Watt c. Longsdon*, [1930] 1 K.B. 130 (C.A.), p. 154-155, cité avec approbation par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Christie c. Westcom Radio Group Ltd.* (1990), 75 D.L.R. (4th) 546, p. 554, autorisation de pourvoi refusée, [1991] 1 R.C.S. vii :

[TRADUCTION] On peut croire à la véracité d'une déclaration diffamatoire, mais la publier sans se soucier que cette croyance soit fondée ou non. On peut diffuser un libelle pour un motif illégitime dans des circonstances où une immunité s'applique, même si on croit à la véracité de la déclaration. [. . .] Je souscris à l'exposé du droit qui se trouve à la p. 354 de la 5^e édition du monumental ouvrage de feu M. Blake Odgers sur le libelle et la diffamation [. . .] : « La colère peut souvent pousser quelqu'un à tenir des propos exagérés ou injustifiables; ou faire en sorte qu'il oublie où il se trouve et à qui il s'adresse ou comment ses écrits seront publiés et à qui ils seront destinés. De toute évidence, cela n'est souvent qu'une preuve ténue de malveillance; le jury absoudra généralement un léger excès de zèle vertueux. Dans certains cas, cependant, [. . .] de tels excès ont permis au demandeur d'obtenir gain de cause . . . ».

[105] Similarly, an Australian court has noted that “personal animosity may perfectly well consort with sincerity to produce a comment which is harmful and unfair” (*Renouf v. Federal Capital Press of Australia Pty. Ltd.* (1977), 17 A.C.T.R. 35 (S.C.), at p. 54). Australia maintains essentially the same test of malice as exists in Canada: whether malice was the dominant motive for publication (see M. Gillooly, *The Law of Defamation in Australia and New Zealand* (1998), at pp. 132-33).

[106] The requirement that malice be the *dominant* motive for expressing an opinion in order to defeat fair comment helps maintain a proper balance between protecting freedom of expression and reputation. Arguments between ideologically-opposed participants in a public debate often breed bitterness, but such debate remains valuable and worthy of protection in a democratic society. However, while it is not appropriate to judge the objective fairness of an opinion, the protection of reputation may justify judging the motive for expressing it. After all, the purpose of the fair comment defence is to protect and encourage free debate on issues of public importance. Opinions published with the primary intention of injuring another person (for example), rather than furthering public debate, are sufficiently far removed from the type of speech the defence was intended to protect that they may justifiably be excluded from the scope of its protection.

[107] The trial judge concluded that malice was not the dominant motivation for publication and, for the above reasons, I would allow the appeal and dismiss the action with costs throughout.

The following are the reasons delivered by

[108] ROTHSTEIN J. — I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues Binnie J. and LeBel J. I agree with Binnie J. that the statements in question were defamatory but that the defence of fair comment applies.

[105] De la même façon, un tribunal australien a souligné que [TRADUCTION] « l’animosité et la sincérité peuvent très bien coexister pour produire un commentaire préjudiciable et déloyal » (*Renouf c. Federal Capital Press of Australia Pty. Ltd.* (1977), 17 A.C.T.R. 35 (S.C.), p. 54). Le critère appliqué en Australie en matière de malveillance semble pratiquement identique à celui qui est employé ici : la malveillance était-elle le motif dominant de la diffusion? (voir M. Gillooly, *The Law of Defamation in Australia and New Zealand* (1998), p. 132-133).

[106] Le fait d’exiger que les propos soient *principalement* motivés par la malveillance pour écarter la défense de commentaire loyal contribue au maintien de l’équilibre entre la protection de la liberté d’expression et celle de la réputation. Les débats entre tenants d’idéologies opposées engendrent souvent de l’acrimonie, mais leur valeur dans une société démocratique n’en est pas diminuée pour autant et ils demeurent dignes de protection. Toutefois, bien qu’il ne convienne pas de déterminer si la teneur d’une opinion est objectivement juste, la protection de la réputation peut justifier l’examen des motifs d’une expression particulière d’opinion. Après tout, la défense de commentaire loyal entend protéger et encourager la libre discussion sur des questions d’importance publique. Les opinions dont la diffusion vise principalement à causer du tort à autrui (par exemple), au lieu de chercher à promouvoir le débat public, deviennent suffisamment étrangères au type d’expression que ce moyen de défense vise à protéger pour qu’elles soient exclues à bon droit de son champ d’application.

[107] La juge de première instance a conclu que la malveillance n’était pas la motivation principale de la diffusion, et, pour les motifs que je viens d’exposer, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rejeter l’action avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

[108] LE JUGE ROTHSTEIN — J’ai eu l’avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Binnie et LeBel. Je conviens avec le juge Binnie que les propos en cause sont diffamatoires, mais que la défense de commentaire loyal s’applique.

[109] However, I disagree that to satisfy the fair comment defence, there is a requirement to prove objective honest belief. On this issue, I am in agreement with the reasons and analysis of LeBel J. The defence of fair comment should only require the defendant to prove (a) that the statement constituted comment, (b) that it had a basis in true facts and (c) that it concerned a matter of public interest; and these requirements were met in this case. Although the issue of malice is not before the Court on this appeal, I also agree with LeBel J.'s discussion in respect of the element of malice.

[110] If objective honest belief means the honest belief of anyone, no matter how "prejudiced . . . exaggerated or obstinate" in his or her views, I cannot think of an example in which the test of objective honest belief could not be met once it is demonstrated that the comment has a basis in true facts. In my respectful view, the test of objective honest belief adds only an unnecessary complexity to the analysis of fair comment.

[111] I agree with Binnie J. that the trial judge's conclusion that the fair comment defence was not vitiated by malice was not appealed.

[112] Like both Binnie and LeBel JJ., I would allow the appeal with costs throughout and dismiss the action.

APPENDIX

Transcript of CKNW editorial broadcast of October 25, 1999

RAFE MAIR: And a very pleasant Monday, the 25th of October. Around the province of British Columbia on the WIC network I'm Rafe Mair broadcasting from the Pacific Centre in downtown Vancouver.

I really hate to give Kari Simpson any more publicity, something she soaks up like a blotter, but she's become

[109] Je ne pense toutefois pas que le critère de la croyance honnête objective doit être établie pour que la défense de commentaire loyal soit retenue. Sur cette question, je souscris aux motifs et au raisonnement du juge LeBel. Pour bénéficier de la défense de commentaire loyal, le défendeur doit seulement prouver que les propos en cause a) constituent un commentaire, b) reposent sur des faits authentiques et c) portent sur une question d'intérêt public. Or, ces éléments ont été démontrés en l'espèce. Bien que la question de la malveillance ne soit pas soulevée dans le pourvoi, je souscris également à l'analyse effectuée par le juge LeBel en ce qui a trait à la malveillance.

[110] Si la croyance honnête objective s'entend de la croyance honnête d'une personne quelconque, quelle que soit la force « de ses préjugés, de ses convictions ou de ses préventions », je ne peux imaginer un cas où il serait impossible de satisfaire au critère de la croyance honnête objective une fois qu'il aura été démontré que le commentaire repose sur des faits authentiques. J'estime, en toute déférence, que le critère de la croyance honnête objective a pour seul effet d'accroître inutilement la complexité de l'analyse du commentaire loyal.

[111] Quant à la conclusion du juge de première instance selon laquelle la défense de commentaire loyal n'est pas entachée par la malveillance, je crois, comme le juge Binnie, qu'elle n'a pas été portée en appel.

[112] À l'instar des juges Binnie et LeBel, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours et de rejeter l'action.

ANNEXE

[TRADUCTION]

Transcription de l'éditorial diffusé par CKNW le 25 octobre 1999

RAFE MAIR : Bonjour en ce lundi 25 octobre. Sur le réseau WIC, diffusant partout en Colombie-Britannique, c'est Rafe Mair qui vous parle du Pacific Centre, dans le centre-ville de Vancouver.

C'est vraiment à mon corps défendant que je fais encore de la publicité à Kari Simpson, qui l'absorbe comme

such a menace I really think something must be said. When I first knew Kari some 8 or 9 years ago she was involved in helping families whose children had been wrongfully taken by the authorities. She and I did a number of programmes on this, and this programme was nominated for a Michener Award as a consequence. Even more importantly the Ombudsman looked into the matter and changes were made. I felt very good about what Kari had done — she'd done excellent work — and what I'd been able to do by way of giving it some publicity. We worked together on other matters until it gradually became apparent to me that Kari was starting to become a little too uncritical of the causes she was taking. We both went overboard in the case of a lawyer's complaints against authorities. Although there was something in what he said, he went too far and he had to apologize. Then Kari got involved in a case where a Langley family didn't want their daughter to be forced to take essential medical treatment and the child died. There were other cases, one involving Munchausen's Syndrome, where Kari not only defied authority — nothing wrong with that — but she began to quarrel with experts, not based on another expert's opinion but on her own, offering as her qualifications that she was a mom. I began to wonder what had happened. Instead of well researched opinions Kari was now proceeding from a semi-religious base, and it was not long before the gay community was in her sights. The next thing I knew an editorial of mine stating my belief in the civil liberties of all including gays brought a letter from her claiming that I was in favour of grown men molesting young boys. To say the least I was taken aback, and after demanding an apology and not getting one told my producers that I no longer wish to have anything to do with her. Now, part of that I admit was personal. Who wouldn't be mortified of being accused of supporting paedophilia but most of it was that I could no longer trust her judgment, and I certainly couldn't judge what she presented as fact.

Then Kari got involved in the recall effort against Paul Ramsey in Prince George — Kari lives in Langley — on the basis that he was soft on the gay issue in the Surrey school system, those two harmless or three harmless books that the School Board and some of the parents had set their hair on fire all about. By this time in my view Kari had become unbalanced on the subject. I could only conclude and it's still my opinion that once her organization got a little bigger and got some funds it went to Kari's head, but that's just what I think. Whatever, she's become more than just a little hung up

un buvard, mais elle est devenue une telle plaie que je crois vraiment qu'il faut dire quelque chose. Quand j'ai fait sa connaissance, il y a 8 ou 9 ans, elle aidait des familles dont les enfants avaient été abusivement placés par les autorités. Elle et moi avions consacré quelques émissions à ce sujet, et cette émission avait été mise en nomination pour un prix Michener. Plus important encore, l'ombudsman avait examiné la question, et des changements avaient été faits. J'étais fier de ce que Kari avait accompli — elle avait fait de l'excellent travail — et j'étais très content de l'aide que j'avais pu lui apporter en lui faisant de la publicité. Nous avons travaillé sur d'autres sujets, jusqu'à ce que je me rende compte que Kari commençait à perdre son sens critique à l'égard des causes qu'elle défendait. Tous les deux, nous nous sommes emballés pour la cause d'un avocat qui a porté plainte contre les autorités. Bien qu'il ait eu raison sur certains points, il est allé trop loin et a dû s'excuser. Puis Kari s'est intéressée au cas d'une famille de Langley qui s'opposait à ce que leur fille reçoive des soins médicaux essentiels, et l'enfant est morte. Il y a eu d'autres cas, dont un au sujet du syndrome de Munchausen, où nous sommes contents de défier l'autorité — rien à redire là-dessus — Kari a commencé à contredire les experts non pas sur la base d'une autre opinion d'expert mais sur sa propre expérience, fondée sur son expérience de mère. J'ai commencé à me demander ce qui s'était passé. Au lieu de faire le tour d'une question, Kari agissait maintenant sur une base semi-religieuse et, très rapidement, elle a pris la communauté gaie pour cible. Ensuite, elle a répondu à un éditorial dans lequel je déclarais croire que les libertés civiles étaient pour tous, y compris les homosexuels, en affirmant dans une lettre que j'approuvais que des hommes abusent de jeunes garçons. Le moins qu'on puisse dire est que ça m'a sidéré et, après avoir demandé en vain des excuses, j'ai fait savoir à mes producteurs que je ne voulais plus rien savoir d'elle. Il y avait des raisons d'ordre personnel, je l'admets. Qui ne s'offenserait pas d'être accusé d'appuyer la pédophilie. Mais la principale raison était que je ne pouvais plus me fier à son jugement, et je ne pouvais certainement plus me faire une idée sur ce qu'elle présentait comme des faits.

Ensuite, Kari a pris part à la tentative de faire destituer Paul Ramsey dans Prince George — Kari vit à Langley — à cause de son attitude conciliante concernant la question gay dans le système scolaire de Surrey, ces deux ou trois manuels inoffensifs autour desquels s'agitaient le conseil scolaire et certains parents. J'estimais alors que Kari avait perdu toute mesure à ce sujet. Je ne pouvais que conclure — et je le pense encore — que plus son organisation prenait du poids et recueillait de fonds, plus cela lui montait à la tête, mais ce n'est que mon avis personnel. Quoi qu'il en soit,

on gays in the school system and more than just a little disingenuous when she claims that she doesn't really have anything against homosexuals. This latest business in Surrey is a disgrace. That parents would start taking children out of school because the teacher is a gay is beyond my comprehension. Everyone that I know had a gay teacher somewhere along the line. I had two that I know of. One was a man and he was a good teacher, no more nor less than that, but his sexual preferences had no impact whatever on either of us. The other, even though she is long dead, I will simply call Miss L. Miss L. was my music teacher in grades 3 and 4, and she was superb. I learned to read music at that young age thanks to her. What is fascinating about Miss L. was that in those days, the early 40's, she was living in an open lesbian relationship, unheard of and more than just a bit courageous and was bringing up a young boy who eventually became a distinguished professional having a happily married life and family. I didn't know Miss L. was a lesbian then although I did by the time I was in junior high school, and I can tell you she's one of the three or four teachers I've had who had a profoundly positive effect on my learning. I tell you this because I don't think that there are very many of you listening who didn't have a gay teacher somewhere, whether you knew it or not.

Before Kari was on my colleague Bill Good's show last Friday I listened to the tape of the parents' meeting the night before where Kari harangued the crowd. It took me back to my childhood when with my parents we would listen to bigots who with increasing shrillness would harangue the crowds. For Kari's homosexual one could easily substitute Jew. I could see Governor Wallace — in my mind's eye I could see Governor Wallace of Alabama standing on the steps of a schoolhouse shouting to the crowds that no Negroes would get into Alabama schools as long as he was governor. It could have been blacks last Thursday night just as easily as gays. Now I'm not suggesting that Kari was proposing or supporting any kind of holocaust or violence but neither really — in the speeches, when you think about it and look back — neither did Hitler or Governor Wallace or [Orval Faubus] or Ross Barnett. They were simply declaring their hostility to a minority. Let the mob do as they wished.

As I listened to Kari Simpson I wondered about her, but I also wondered what was the matter with those parents, and my colleague Bill Good said it all on Friday when he said he'd rather have a competent gay teacher teach

elle n'est pas qu'un peu obsédée par les homosexuels dans le système scolaire, et pas qu'un peu malhonnête lorsqu'elle clame qu'elle n'a rien contre les homosexuels. Ce qui vient de se passer à Surrey est déplorable. Je ne puis comprendre que des parents retirent leurs enfants des écoles parce que le professeur est homosexuel. Tous ceux que je connais ont eu un professeur homosexuel à un moment ou l'autre. Moi-même, j'en ai eu deux à ma connaissance. Un homme, et un bon professeur, ni plus ni moins, mais son orientation sexuelle n'a eu absolument aucune incidence sur nous. L'autre, que j'appellerai simplement M^{lle} L., même si elle est morte depuis longtemps, était ma professeure de musique en troisième et quatrième années, et elle était fantastique. C'est grâce à elle que j'ai appris à lire la musique aussi jeune. Ce qui est fascinant, c'est qu'à cette époque, au début des années quarante, elle vivait ouvertement sa relation homosexuelle, ce qu'on n'avait encore jamais vu et qui demandait un grand courage, et elle élevait un jeune garçon qui est devenu un professionnel estimé et qui vit heureux avec sa femme et ses enfants. Je ne savais pas alors que M^{lle} L. était lesbienne, même si je l'ai compris plus tard, à l'école secondaire, mais je peux vous dire qu'elle figure parmi les trois ou quatre professeurs dont l'influence sur mon apprentissage a été marquante. Je vous en parle parce que je ne crois pas qu'il y en ait beaucoup parmi vous qui n'aient pas eu de professeurs homosexuels, que vous l'avez su ou non.

Avant que Kari participe à l'émission de mon collègue Bill Good vendredi dernier, j'ai écouté l'enregistrement de la réunion de parents tenue la veille, au cours de laquelle Kari a harangué l'auditoire. Ça m'a ramené à mon enfance, lorsque mes parents et moi écoutions les discours de plus en plus stridents d'orateurs intolérants. On pourrait facilement substituer des juifs aux homosexuels de ses discours. Je pouvais voir le gouverneur Wallace — je pouvais, en esprit, voir le gouverneur Wallace de l'Alabama, debout sur le perron d'une école, hurlant à la foule qu'aucun nègre n'entrerait dans une école de l'Alabama tant qu'il serait gouverneur. Les propos de jeudi dernier auraient tout aussi bien pu viser des Noirs que des homosexuels. Je ne veux pas dire que Kari proposait ou appuyait tout genre d'holocauste ou de violence, mais quand on y pense ou qu'on y revient, ni Hitler, ni le gouverneur Wallace, [Orval Faubus] ou Ross Barnett ne l'ont vraiment fait non plus dans leurs discours. Ils déclaraient seulement leur hostilité à l'endroit d'une minorité. Laissons la foule faire comme elle l'entend.

En écoutant Kari Simpson, je me demandais ce qui lui arrivait, mais je me demandais aussi quelle mouche avait piqué les parents en question. Et je pense que mon ami Bill Good a bien résumé la situation, vendredi, lorsqu'il

his kids than a vicious gay-basher. Don't make any mistake on this score. There is no distinction between condemning the rights of blacks or Jews and condemning the civil rights of homosexuals. Whether she realizes it or not, Kari has by her actions placed herself alongside skinheads and the Ku Klux Klan. I'm not talking the violent aspects of those groups but the philosophical parallels to other examples of intolerance.

What's next on the agenda in Surrey? Will there be a 1999 version of the Scopes trial in Tennessee in the 20's whereafter the legal fight of the century between William Jennings Bryan and Clarence Darrow, a teacher named John Scopes was found guilty of teaching evolution? Or will it get even nastier with someone suitably impressed with the wisdom of Kari's rantings deciding to take the law into his own hands and do God's work? We all live under the law, my friends, and we live under a law which guarantees everyone rights, whatever their race, creed, sex, marital status or sexual preference, and the tactics of the bigot are the same no matter what the object of their venom happens to be. Kari Simpson is not a violent person. I in no way compare her to the violent people in the past that I spoke of and alluded to. The trouble is people who don't want violence often unwittingly provoke it, and Kari Simpson is thank God permitted in our society to say exactly what she wishes, but the other side of the free speech coin is a public decent enough to know a mean-spirited, power mad, rabble rousing and, yes, dangerous bigot when they see one.

When we come back we'll talk to Mike Smyth right after this.

(A.R., at pp. 389-90)

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Lianne W. Potter Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association: Osgoode Hall Law School of York University, North York.

a dit qu'il préférerait voir un professeur homosexuel compétent enseigner à ses enfants plutôt qu'un homophobe malveillant. Ne vous trompez pas. Il n'y a pas de différence entre priver les Noirs et les juifs de leurs droits civils et en priver les homosexuels. Qu'elle en soit consciente ou non, Kari s'est rangée, par ses actions, dans le camp des skinheads et du Ku Klux Klan. Je ne parle pas de l'aspect violent de ces groupes, mais je fais un parallèle avec la philosophie sous-tendant d'autres cas d'intolérance.

Quel est le prochain point à l'ordre du jour dans Surrey? Y aura-t-il une version 1999 du procès Scopes tenu au Tennessee dans les années 20, la bataille judiciaire du siècle que se sont livrée William Jennings Bryan et Clarence Darrow, à l'issue de laquelle un professeur du nom de John Scopes a été déclaré coupable d'avoir enseigné la théorie de l'évolution? Ou verrons-nous pire, quelqu'un, dûment pénétré de la sagesse des déclamations de Kari, qui décide de se faire justicier et d'accomplir la parole de Dieu? Nous sommes tous soumis aux lois, mes amis, et nous sommes tous soumis à une loi qui garantit les droits de tous, indépendamment de la race, de la croyance, du sexe, de l'état matrimonial ou de l'orientation sexuelle. Les tactiques des fanatiques sont les mêmes quel que soit l'objet de leur fiel. Kari Simpson n'est pas une personne violente. Je ne l'assimile d'aucune façon aux figures violentes du passé dont j'ai parlé ou auxquelles j'ai fait allusion. Le problème, c'est que les gens qui ne veulent pas la violence la provoquent souvent involontairement, et si, Dieu merci, Kari Simpson peut dire ce qu'elle veut dans notre société libre, il y a, de l'autre côté de la médaille de la liberté d'expression, un auditoire assez honnête pour reconnaître une fanatique haineuse, assoiffée de pouvoir, agitatrice et, oui, dangereuse, lorsqu'il en voit une.

Après la pause, nous parlons avec Mike Smyth.

(d.a., p. 389-390)

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants : Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Lianne W. Potter Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Osgoode Hall Law School of York University, North York.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Holmes & King, Vancouver.

Solicitor for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, the British Columbia Association of Broadcasters, RTNDA Canada/The Association of Electronic Journalists, the Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, the Canadian Association of Journalists and Canadian Journalists for Free Expression (Collectively "Media Coalition"): Brian MacLeod Rogers, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Holmes & King, Vancouver.

Procureur des intervenantes l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, British Columbia Association of Broadcasters, ACDIRT Canada/ Association des journalistes électroniques, Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, l'Association canadienne des journalistes et Journalistes canadiens pour la liberté d'expression (collectivement appelés « Coalition des médias ») : Brian MacLeod Rogers, Toronto.