

**Peter Grant and Grant Forest Products Inc.** *Appellants/Respondents on cross-appeal*

v.

**Torstar Corporation, Toronto Star Newspapers Limited, Bill Schiller, John Honderich and Mary Deanne Shears** *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

**Ottawa Citizen, Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/Association of Electronic Journalists, Magazines Canada, Canadian Association of Journalists, Canadian Journalists for Free Expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council, PEN Canada, Canadian Broadcasting Corporation, Canadian Civil Liberties Association and Danno Cusson** *Intervenors*

**INDEXED AS: GRANT v. TORSTAR CORP.**

**Neutral citation: 2009 SCC 61.**

File No.: 32932.

2009: April 23; 2009: December 22.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO**

*Torts — Defamation — Defences — Responsible communication on matters of public interest — Newspaper and reporter being sued for libel after article was published concerning proposed private golf course development — Whether traditional defences for defamatory statements of fact are inconsistent with values underlying freedom of expression — Whether law of defamation*

**Peter Grant et Grant Forest Products Inc.** *Appellants/Intimés à l'appel incident*

c.

**Torstar Corporation, Toronto Star Newspapers Limited, Bill Schiller, John Honderich et Mary Deanne Shears** *Intimés/Appellants à l'appel incident*

et

**Ottawa Citizen, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Magazines Canada, Association canadienne des journalistes, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council, PEN Canada, Société Radio-Canada, Association canadienne des libertés civiles et Danno Cusson** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : GRANT c. TORSTAR CORP.**

**Référence neutre : 2009 CSC 61.**

N° du greffe : 32932.

2009 : 23 avril; 2009 : 22 décembre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO**

*Responsabilité délictuelle — Diffamation — Moyens de défense — Communication responsable concernant des questions d'intérêt public — Action en libelle diffamatoire intentée contre un journal et un journaliste ayant publié un article sur un projet de terrain de golf privé — Les moyens de défense classiques applicables à l'égard d'énoncés de fait discriminatoires sont-ils incompatibles*

*should be modified to recognize defence of responsible communication on matters of public interest.*

*Torts — Defamation — Defences — Responsible communication on matters of public interest — Elements of defence — Respective roles of judge and jury.*

*Torts — Defamation — Defences — Fair comment — Newspaper and reporter being sued for libel after article was published concerning proposed private golf course development — Whether trial judge erred in his charge to jury on fair comment.*

G and his company brought a libel action against a newspaper and reporter after an article was published concerning a proposed private golf course development on G's lakefront estate. The story aired the views of local residents who were critical of the development's environmental impact and suspicious that G was exercising political influence behind the scenes to secure government approval for the new golf course. The article quoted a neighbour who said that "[e]veryone thinks it's a done deal" because of G's influence. The reporter, an experienced journalist, attempted to verify the allegations in the article, including asking G for comment, which G chose not to provide. At trial, without rejecting the possibility of an expanded qualified privilege defence based on a concept of public interest responsible journalism, the trial judge ruled that the defence would not apply in these circumstances and the case went to the jury essentially on the defences of truth and fair comment. The jury rejected these defences and awarded the plaintiffs general, aggravated and punitive damages. The Court of Appeal concluded that the trial judge had erred in failing to leave the new responsible journalism defence with the jury. It also concluded that the jury instructions were flawed, and ordered a new trial. G and his company appealed to reinstate the jury verdict. The newspaper defendants cross-appealed, asking the Court to apply the new defence in this case, and dismiss the action. In the alternative, they asked the Court to dismiss the action on the basis of fair comment.

*Held:* The appeal and the cross-appeal should be dismissed.

*avec les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression? — Convient-il de modifier le droit en matière de diffamation pour y inclure la défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public?*

*Responsabilité délictuelle — Diffamation — Moyens de défense — Communication responsable concernant des questions d'intérêt public — Éléments de la défense — Rôles respectifs du juge et du jury.*

*Responsabilité délictuelle — Diffamation — Moyens de défense — Commentaire loyal — Action en libelle diffamatoire intentée contre un journal et un journaliste ayant publié un article sur un projet de terrain de golf privé — Le juge du procès a-t-il bien instruit le jury au sujet de la défense de commentaire loyal?*

G et sa société ont intenté une action en diffamation contre un quotidien et un journaliste par suite de la parution d'un article traitant du projet d'aménagement d'un golf privé sur le terrain de G situé en bordure d'un lac. L'article présentait la position de résidents du secteur qui critiquaient les incidences environnementales du projet et qui soupçonnaient G d'avoir exercé des pressions politiques en coulisse pour obtenir l'approbation du gouvernement relativement au projet de construction du nouveau terrain de golf. L'article citait les propos d'une voisine qui avait dit : « Tout le monde pense que c'est un fait accompli » en raison de l'influence qu'exerce G. L'auteur de l'article, un journaliste expérimenté, a tenté de vérifier les allégations rapportées dans l'article et a notamment invité G à lui faire des commentaires, invitation qui a été déclinée. Au procès, sans écarter la possibilité d'appliquer une défense d'immunité relative élargie, fondée sur la notion de journalisme responsable concernant des questions d'intérêt public, le juge a déclaré que ce moyen de défense ne pourrait être retenu dans les circonstances, et les questions soumises au jury portaient essentiellement sur la défense de véracité et sur celle de commentaire loyal. Le jury les a toutes deux rejetées, et il a accordé aux demandeurs des dommages-intérêts généraux, majorés et punitifs. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait omis à tort de présenter la nouvelle défense de journalisme responsable au jury. Estimant en outre que les directives données au jury étaient viciées, la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès. G et sa société ont interjeté appel pour faire rétablir le verdict du jury. Les défendeurs ont formé un pourvoi incident, demandant à notre Cour d'appliquer le nouveau moyen de défense en l'espèce et de rejeter l'action. Subsidiairement, ils ont prié la Cour de rejeter l'action sur le fondement du commentaire loyal.

*Arrêt :* Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The law of defamation should be modified to provide greater protection for communications on matters of public interest. The current law with respect to statements that are reliable and important to public debate does not give adequate weight to the constitutional value of free expression. The first two rationales for the freedom of expression guarantee in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* — the proper functioning of democratic governance and getting at the truth — squarely apply to communications on matters of public interest, even those which contain false imputations. Freewheeling debate on matters of public interest is to be encouraged and the vital role of the communications media in providing a vehicle for such debate is explicitly recognized in the text of s. 2(b) itself. While the law must protect reputation, the current level of protection — in effect a regime of strict liability — is not justifiable. The law of defamation accords no protection for statements on matters of public interest published to the world at large if they cannot be proven to be true. To insist on court-established certainty in reporting on matters of public interest may have the effect not only of preventing communication of facts which a reasonable person would accept as reliable and which are relevant and important to public debate, but also of inhibiting political discourse and debate on matters of public importance, and impeding the cut and thrust of discussion necessary to discovery of the truth. Although the right to free expression does not confer a licence to ruin reputation, when proper weight is given to the constitutional value of free expression on matters of public interest, the balance tips in favour of broadening the defences available to those who communicate facts if it is in the public's interest to know. A consideration of the jurisprudence of other common law democracies also favours replacing the current Canadian law with a rule that gives greater scope to freedom of expression while offering adequate protection of reputation. A defence that would allow publishers to escape liability if they can establish that they acted responsibly in attempting to verify the information on a matter of public interest represents a reasonable and proportionate response to the need to protect reputation while sustaining the public exchange of information that is vital to modern Canadian society. The law of defamation should therefore be modified to recognize a defence of responsible communication on matters of public interest. [7] [52-54] [57-58] [65-66] [85-86]

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein et Cromwell : Il convient de modifier les règles relatives à la diffamation de façon à accorder une plus grande protection aux communications concernant des questions d'intérêt public. Les règles de droit actuelles en ce qui a trait aux énoncés fiables et importants pour le débat public n'accordent pas un poids suffisant à la valeur constitutionnelle de la liberté d'expression. Les deux premières raisons d'être de la protection de la liberté d'expression prévue à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* — la saine gouvernance en démocratie et la recherche de la vérité — sont tout à fait pertinentes en matière de communication concernant des questions d'intérêt public, même si la communication est entachée de fausses imputations. Il y a lieu d'encourager un débat ouvert sur les questions d'intérêt public et le libellé de l'al. 2b) lui-même reconnaît l'importance cruciale des médias pour la tenue d'un tel débat. Bien que la réputation doive recevoir une protection juridique, celle dont elle jouit actuellement — qui constitue en fait un régime de responsabilité stricte — n'est pas justifiable. Le droit en matière de diffamation n'accorde aucune protection aux énoncés portant sur des questions d'intérêt public publiés sans destinataire précis s'il est impossible d'en prouver la véracité. Exiger que la couverture des questions d'intérêt public atteigne à une certitude judiciaire peut aboutir non seulement à empêcher la communication de faits qu'une personne raisonnable tiendrait pour fiables et qui sont pertinents et importants pour le débat public, mais aussi à entraver le discours et le débat politiques sur des questions importantes pour le public et à empêcher les attaques et ripostes inhérentes aux discussions nécessaires à la découverte de la vérité. Certes, la liberté d'expression n'autorise pas à ternir les réputations, mais l'attribution du poids qui lui revient à la valeur constitutionnelle de la liberté d'expression relativement à des questions d'intérêt public fait pencher la balance pour l'élargissement de la gamme des moyens de défense dont disposent ceux qui communiquent des faits que le public a intérêt à connaître. L'examen de la jurisprudence d'autres pays démocratiques de common law favorise également le remplacement des règles appliquées actuellement au Canada par une règle qui donne plus de portée à la liberté d'expression tout en protégeant adéquatement la réputation. Un moyen de défense qui permettrait aux diffuseurs de s'exonérer en établissant qu'ils ont agi de façon responsable en s'efforçant de vérifier l'information communiquée au sujet d'une question d'intérêt public constitue une réponse raisonnable et proportionnelle à la nécessité de protéger les réputations tout en permettant l'échange public d'information fondamental pour la société canadienne moderne. Il convient donc de modifier les règles relatives à la diffamation pour y inclure la défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public. [7] [52-54] [57-58] [65-66] [85-86]

The proposed change to the law should be viewed as a new defence, leaving the traditional defence of qualified privilege intact. To be protected by the defence of responsible communication, first, the publication must be on a matter of public interest. Second, the defendant must show that publication was responsible, in that he or she was diligent in trying to verify the allegation(s), having regard to all the relevant circumstances. [95] [98-99]

In determining whether a publication is on a matter of public interest, the judge must consider the subject matter of the publication as a whole. The defamatory statement should not be scrutinized in isolation. To be of public interest, the subject matter must be shown to be one inviting public attention, or about which the public, or a segment of the public, has some substantial concern because it affects the welfare of citizens, or one to which considerable public notoriety or controversy has attached. Public interest is not confined to publications on government and political matters, nor is it necessary that the plaintiff be a “public figure”. [101] [105-106]

The judge determines whether the impugned statement relates to a matter of public interest. If public interest is shown, the jury decides whether on the evidence the defence of responsible communication is established. The following factors may aid in determining whether a defamatory communication on a matter of public interest was responsibly made: (a) the seriousness of the allegation; (b) the public importance of the matter; (c) the urgency of the matter; (d) the status and reliability of the source; (e) whether the plaintiff’s side of the story was sought and accurately reported; (f) whether the inclusion of the defamatory statement was justifiable; (g) whether the defamatory statement’s public interest lay in the fact that it was made rather than its truth (“reportage”); and (h) any other relevant circumstances. [110] [126] [128]

While the “repetition rule” holds that repeating a libel has the same legal consequences as originating it, under the reportage exception, the repetition rule does not apply to fairly reported statements whose public interest lies in the fact that they were made rather than in their truth or falsity. If a dispute is itself a matter of public interest and the allegations are fairly reported, the report will be found to be responsible even if some of the statements made may be defamatory and untrue, provided: (1) the report attributes the statement to a person, preferably identified, thereby avoiding total

Le changement proposé au droit crée un nouveau moyen de défense et laisse intacte celui classique d’immunité relative. Pour que la défense de communication responsable s’applique, premièrement, la communication doit concerner une question d’intérêt public; deuxièmement, le défendeur doit démontrer que la communication était responsable, en ce sens qu’il s’est efforcé avec diligence de vérifier les allégations, compte tenu de l’ensemble des circonstances pertinentes. [95] [98-99]

Pour décider si elle concerne une question d’intérêt public, le juge doit tenir compte de l’ensemble du contenu d’une communication. Il ne doit pas examiner l’énoncé diffamatoire isolément. Pour être d’intérêt public, une question doit être soit de celles qui éveillent l’attention publique de façon démontrable ou qui préoccupent sensiblement le public, ou une partie de la population, parce qu’elles concernent le bien-être de citoyens, soit de celles qui jouissent d’une notoriété publique considérable ou qui ont créé une controverse importante. L’intérêt public n’est pas confiné aux publications portant sur les questions gouvernementales et politiques; il n’est pas nécessaire non plus que le demandeur soit un « personnage public ». [101] [105-106]

Le juge décide si l’énoncé en cause concerne une question d’intérêt public. Si l’intérêt public est établi, le jury tranche la question de savoir si, compte tenu de la preuve, le moyen de défense de communication responsable est établi. Les facteurs suivants peuvent aider à déterminer si une communication diffamatoire concernant une question d’intérêt public a été faite de façon responsable : a) la gravité de l’allégation; b) l’importance de la question pour le public; c) l’urgence de la question; d) la nature et la fiabilité des sources; e) la question de savoir si l’on a demandé et rapporté fidèlement la version des faits du demandeur; f) la question de savoir si l’inclusion de l’énoncé diffamatoire était justifiable; g) la question de savoir si l’intérêt public de l’énoncé diffamatoire réside dans l’existence même de l’énoncé, et non dans sa véracité (« relation de propos »); et h) toute autre considération pertinente. [110] [126] [128]

Bien que, selon la « règle de la répétition », la répétition d’un libelle entraîne les mêmes conséquences juridiques que le libelle lui-même, suivant l’exception de la relation de propos, la règle de la répétition ne s’applique pas aux propos fidèlement rapportés, dont l’intérêt public réside dans le fait même qu’ils ont été tenus plutôt que dans leur fausseté ou leur véracité. Si un conflit est en soi une question d’intérêt public et que les allégations sont fidèlement rapportées, la relation de propos sera jugée responsable même si certaines des déclarations peuvent être diffamatoires et erronées,

unaccountability; (2) the report indicates, expressly or implicitly, that its truth has not been verified; (3) the report sets out both sides of the dispute fairly; and (4) the report provides the context in which the statements were made. [119-120]

The evidence in this case revealed a basis for three defences: justification, fair comment, and responsible communication on a matter of public interest. All three defences should have been left to the jury. It was open to the jury to consider the statement attributed to a neighbour that “[e]veryone thinks it’s a done deal” as a comment, or statement of opinion. This would raise the defence of fair comment. While the defence was left to the jurors, the trial judge failed to instruct them that since the reporter was the conduit for the comment and not its maker, the fact that he did not honestly believe it could not be used as a foundation for finding malice unless in the context of the article, he had adopted the comment as his own. Additionally, the “fair-minded” component of the traditional test should not form part of a charge on fair comment. These problems in the trial judge’s charge could have led the jury to wrongly conclude that the fair comment defence had been defeated by malice. It was also open to the jury to consider the critical “done deal” remark as a statement of fact. Read literally, this statement can be taken as an assertion that government approval for the development was actually already sealed, either formally behind closed doors or by tacit understanding. This raises the defence of responsible communication on a matter of public interest. The trial judge did not leave this defence or any similar defence to the jury. Taken together, the errors set out amount to a substantial wrong or miscarriage of justice and require a new trial pursuant to s. 134(6) of the Ontario *Courts of Justice Act*. [136-140]

*Per Abella J.*: The majority’s reasons for adding the “responsible communication” defence to Canadian defamation law were agreed with, as was their view that determining the availability of this defence entails a two-step analysis. However, the jury should not decide the second step. Deciding whether the applicable standard of responsibility has been met in a given case is, like the public interest analysis in the first step, a matter for the judge to determine. The responsible communication

à condition que : (1) la relation de propos attribue les dires à quelqu’un, préférablement identifié, pour éviter que personne n’assume de responsabilité; (2) la relation de propos indique, expressément ou implicitement, que la véracité des dires n’a pas été vérifiée; (3) la relation de propos expose équitablement les deux versions des faits; et (4) la relation de propos situe les dires dans leur contexte. [119-120]

La preuve en l’espèce permettait de fonder trois moyens de défense : la justification, le commentaire loyal et la communication responsable concernant une question d’intérêt public. C’est le jury qui aurait dû se prononcer sur ces trois moyens. Le jury pouvait considérer la déclaration attribuée à une voisine selon laquelle « [t]out le monde pense que c’est un fait accompli » — comme un commentaire ou comme un énoncé d’opinion, ce qui permettait d’invoquer la défense de commentaire loyal. La défense de commentaire loyal a été soumise au jury. Or, le juge de première instance a omis d’indiquer aux jurés que le journaliste ayant rapporté et non formulé le commentaire, l’absence de croyance honnête ne pouvait servir de fondement à la conclusion qu’il y avait eu malveillance à moins que, dans le contexte de l’article, il ait fait sien le commentaire. En outre, l’exposé du juge concernant le commentaire loyal ne devrait pas aborder le volet relatif à l’« esprit juste » du test traditionnel. Il est possible que ces failles relevées dans l’exposé du juge au jury aient amené ce dernier à conclure à tort que la malveillance faisait échec à la défense de commentaire loyal. Les jurés pouvaient aussi considérer la remarque cruciale concernant le « fait accompli » comme un énoncé de fait. Prise littéralement, en effet, elle peut être perçue comme l’affirmation que l’approbation gouvernementale était déjà chose faite, soit officiellement derrière des portes closes soit par accord tacite. Cela permettait d’invoquer la défense de communication responsable concernant une question d’intérêt public, mais le juge du procès n’a soumis au jury ni ce moyen de défense ni aucun autre moyen apparenté. Considérées ensemble, les erreurs recensées constituent un préjudice grave ou une erreur judiciaire fondamentale et imposent la tenue d’un nouveau procès en vertu du par. 134(6) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l’Ontario. [136-140]

*La juge Abella* : Les motifs des juges majoritaires justifiant d’ajouter la défense de « communication responsable » au droit canadien en matière de diffamation, ainsi que leur opinion selon laquelle il faut, pour juger de l’applicabilité de ce moyen de défense, procéder à une analyse en deux volets ne sont pas contestés. Cependant, le deuxième volet ne devrait pas être tranché par le jury. La décision quant à l’atteinte de la norme prescrite de responsabilité dans un cas donné,

analysis requires that the defendant's interest in freely disseminating information and the public's interest in the free flow of information be weighed against the plaintiff's interest in protecting his or her reputation. This exercise involves balancing freedom of expression, freedom of the press, the protection of reputation, privacy concerns, and the public interest. Weighing these often competing interests is a legal determination, thereby taking the defence beyond the jury's jurisdiction except for disputed facts, and squarely into judicial territory. [142-143] [145]

### Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Referred to:** *Cusson v. Quan*, 2007 ONCA 771, 231 O.A.C. 277, rev'd 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *Horrocks v. Lowe*, [1975] A.C. 135; *Toogood v. Spyring* (1834), 1 C.M. & R. 181, 149 E.R. 1044; *Ross v. New Brunswick Teachers' Assn.*, 2001 NBCA 62, 201 D.L.R. (4th) 75; *Douglas v. Tucker*, [1952] 1 S.C.R. 275; *Globe and Mail Ltd. v. Boland*, [1960] S.C.R. 203; *Banks v. Globe and Mail Ltd.*, [1961] S.C.R. 474; *Jones v. Bennett*, [1969] S.C.R. 277; *Parlett v. Robinson* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 26; *Grenier v. Southam Inc.*, [1997] O.J. No. 2193 (QL); *Leenen v. Canadian Broadcasting Corp.* (2000), 48 O.R. (3d) 656, aff'd (2001), 54 O.R. (3d) 612; *Young v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (2003), 66 O.R. (3d) 170, aff'd (2005), 77 O.R. (3d) 680; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Ballina Shire Council v. Ringland* (1994), 33 N.S.W.L.R. 680; *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967); *Lange v. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 145 A.L.R. 96; *Lange v. Atkinson*, [1998] 3 N.Z.L.R. 424; *Lange v. Atkinson*, [2000] 1 N.Z.L.R. 257; *Lange v. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385; *Du Plessis v. De Klerk*, 1996 (3) SA 850; *National Media Ltd. v. Bogoshi*, 1998 (4) SA 1196; *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609; *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] UKHL 44, [2007] 1

comme celui de l'analyse de l'intérêt public dans le premier volet, en fait une question qui doit être tranchée par le juge. L'analyse de la communication responsable exige que l'intérêt du défendeur de diffuser librement l'information et l'intérêt du public à ce que l'information circule librement soient mis en balance avec l'intérêt qu'a le demandeur à ce que sa réputation soit protégée. L'exercice suppose de mettre en balance la liberté d'expression, la liberté de la presse, la protection de la réputation, des préoccupations relatives à la protection de la vie privée et l'intérêt public. Mettre ces intérêts souvent opposés en balance consiste à tirer une conclusion de droit, ce qui fait du moyen de défense une question qui outrepassa la compétence du jury, confinée à celle de trancher les questions de fait, et qui la situe clairement dans le domaine qui relève du juge. [142-143] [145]

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

**Arrêts mentionnés :** *Cusson c. Quan*, 2007 ONCA 771, 231 O.A.C. 277, inf. par 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420; *Horrocks c. Lowe*, [1975] A.C. 135; *Toogood c. Spyring* (1834), 1 C.M. & R. 181, 149 E.R. 1044; *Ross c. New Brunswick Teachers' Assn.*, 2001 NBCA 62, 201 D.L.R. (4th) 75; *Douglas c. Tucker*, [1952] 1 R.C.S. 275; *Globe and Mail Ltd. c. Boland*, [1960] R.C.S. 203; *Banks c. Globe and Mail Ltd.*, [1961] R.C.S. 474; *Jones c. Bennett*, [1969] R.C.S. 277; *Parlett c. Robinson* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 26; *Grenier c. Southam Inc.*, [1997] O.J. No. 2193 (QL); *Leenen c. Canadian Broadcasting Corp.* (2000), 48 O.R. (3d) 656, conf. par (2001), 54 O.R. (3d) 612; *Young c. Toronto Star Newspapers Ltd.* (2003), 66 O.R. (3d) 170, conf. par (2005), 77 O.R. (3d) 680; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Ballina Shire Council c. Ringland* (1994), 33 N.S.W.L.R. 680; *Curtis Publishing Co. c. Butts*, 388 U.S. 130 (1967); *Lange c. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 145 A.L.R. 96; *Lange c. Atkinson*, [1998] 3 N.Z.L.R. 424; *Lange c. Atkinson*, [2000] 1 N.Z.L.R. 257; *Lange c. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385; *Du Plessis c. De Klerk*, 1996 (3) SA 850; *National Media Ltd. c. Bogoshi*, 1998 (4) SA 1196; *Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609; *Jameel c. Wall Street Journal Europe*

A.C. 359, rev'g [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356; *Seaga v. Harper*, [2008] UKPC 9, [2008] 1 All E.R. 965; *Charman v. Orion Publishing Group Ltd.*, [2007] EWCA Civ 972, [2008] 1 All E.R. 750; *Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1; *N.M. v. Smith*, [2007] ZACC 6, 2007 (5) SA 250; *Khumalo v. Holomisa*, [2002] ZACC 12, 2002 (5) SA 401; *Mthembu-Mahanyele v. Mail & Guardian Ltd.*, [2004] ZASCA 67, 2004 (6) SA 329; *Loutchansky v. Times Newspapers Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652; *London Artists, Ltd. v. Littler*, [1969] 2 All E.R. 193; *Simpson v. Mair*, 2004 BCSC 754, 31 B.C.L.R. (4th) 285; *Miller v. Associated Newspapers Ltd.*, [2005] EWHC 557 (QB) (BAILII); *Galloway v. Telegraph Group Ltd.*, [2004] EWHC 2786 (QB) (BAILII); “*Truth*” (*N.Z.*) *Ltd. v. Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997; *Al-Fagih v. H.H. Saudi Research & Marketing (U.K.) Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1634 (BAILII); *Prince Radu of Hohenzollern v. Houston*, [2007] EWHC 2735 (QB) (BAILII); *Roberts v. Gable*, [2007] EWCA Civ 721, [2008] 2 W.L.R. 129; *Bonnick v. Morris*, [2002] UKPC 31, [2003] 1 A.C. 300; *Pizza Pizza Ltd. v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1998), 42 O.R. (3d) 36; *Scott v. Fulton*, 2000 BCCA 124, 73 B.C.L.R. (3d) 392.

By Abella J.

**Referred to:** *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *Australian Broadcasting Corp. v. Reading*, [2004] NSWCA 411 (AustLII); *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b).  
*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 108, 134(6).  
*Jury Act*, R.S.A. 2000, c. J-3, s. 17(1).  
*Libel Act, 1792* (U.K.), 32 Geo. 3, c. 60.  
*Libel and Slander Act*, R.S.O. 1990, c. L.12, s. 14.  
*Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373, s. 1(1).  
*Privacy Act*, R.S.M. 1987, c. P125, s. 2(1).  
*Privacy Act*, R.S.N.L. 1990, c. P-22, s. 3.  
*Privacy Act*, R.S.S. 1978, c. P-24, s. 2.  
*Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, r. 39(27).

#### Authors Cited

Anderson, David A. “Is Libel Law Worth Reforming?” (1991-1992), 140 *U. Pa. L. Rev.* 487.

*SPRL*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359, inf. [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356; *Seaga c. Harper*, [2008] UKPC 9, [2008] 1 All E.R. 965; *Charman c. Orion Publishing Group Ltd.*, [2007] EWCA Civ 972, [2008] 1 All E.R. 750; *Theophanous c. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1; *N.M. c. Smith*, [2007] ZACC 6, 2007 (5) SA 250; *Khumalo c. Holomisa*, [2002] ZACC 12, 2002 (5) SA 401; *Mthembu-Mahanyele c. Mail & Guardian Ltd.*, [2004] ZASCA 67, 2004 (6) SA 329; *Loutchansky c. Times Newspapers Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652; *London Artists, Ltd. c. Littler*, [1969] 2 All E.R. 193; *Simpson c. Mair*, 2004 BCSC 754, 31 B.C.L.R. (4th) 285; *Miller c. Associated Newspapers Ltd.*, [2005] EWHC 557 (QB) (BAILII); *Galloway c. Telegraph Group Ltd.*, [2004] EWHC 2786 (QB) (BAILII); « *Truth* » (*N.Z.*) *Ltd. c. Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997; *Al-Fagih c. H.H. Saudi Research & Marketing (U.K.) Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1634 (BAILII); *Prince Radu of Hohenzollern c. Houston*, [2007] EWHC 2735 (QB) (BAILII); *Roberts c. Gable*, [2007] EWCA Civ 721, [2008] 2 W.L.R. 129; *Bonnick c. Morris*, [2002] UKPC 31, [2003] 1 A.C. 300; *Pizza Pizza Ltd. c. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1998), 42 O.R. (3d) 36; *Scott c. Fulton*, 2000 BCCA 124, 73 B.C.L.R. (3d) 392.

Citée par la juge Abella

**Arrêts mentionnés :** *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420; *Australian Broadcasting Corp. c. Reading*, [2004] NSWCA 411 (AustLII); *Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2(b).  
*Jury Act*, R.S.A. 2000, ch. J-3, art. 17(1).  
*Libel Act, 1792* (R.-U.), 32 Geo. 3, ch. 60.  
*Loi sur la diffamation*, L.R.O. 1990, ch. L.12, art. 14.  
*Loi sur la protection de la vie privée*, L.R.M. 1987, ch. P125, art. 2(1).  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 108, 134(6).  
*Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 373, art. 1(1).  
*Privacy Act*, R.S.N.L. 1990, ch. P-22, art. 3.  
*Privacy Act*, R.S.S. 1978, ch. P-24, art. 2.  
*Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, r. 39(27).

#### Doctrine citée

Anderson, David A. « Is Libel Law Worth Reforming? » (1991-1992), 140 *U. Pa. L. Rev.* 487.

- Beattie, Kate. “New Life for the *Reynolds* ‘Public Interest Defence’?” *Jameel v Wall Street Journal Europe*, [2007] *E.H.R.L.R.* 81.
- Boivin, Denis W. “Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation” (1997), 22 *Queen’s L.J.* 229.
- Bonnington, Alistair J. “Reynolds Rides Again” (2006), 11 *Comms. L.* 147.
- Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, vols. 2-4, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2008, release 3).
- Gatley on Libel and Slander*, 11th ed. by Patrick Milmo and W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 2008.
- Hooper, David. “The Importance of the Jameel Case”, [2007] *Ent. L.R.* 62.
- Kenyon, Andrew T. “Lange and Reynolds Qualified Privilege: Australian and English Defamation Law and Practice” (2004), 28 *Melb. U.L. Rev.* 406.
- New South Wales. Law Reform Commission. Report 75. *Defamation*, September 1995 (online: <http://www.lawlink.nsw.gov.au/lrc.nsf/pages/R75CHP3>).
- Smolla, Rodney A. “Balancing Freedom of Expression and Protection of Reputation Under Canada’s *Charter of Rights and Freedoms*”, in David Schneiderman, ed., *Freedom of Expression and the Charter*. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991, 272.
- Weaver, Russell L., et al. “Defamation Law and Free Speech: *Reynolds v. Times Newspapers* and the English Media” (2004), 37 *Vand. J. Transnat’l L.* 1255.
- Beattie, Kate. « New Life for the *Reynolds* “Public Interest Defence”?” *Jameel v Wall Street Journal Europe* », [2007] *E.H.R.L.R.* 81.
- Boivin, Denis W. « Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation » (1997), 22 *Queen’s L.J.* 229.
- Bonnington, Alistair J. « Reynolds Rides Again » (2006), 11 *Comms. L.* 147.
- Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, vols. 2-4, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2008, release 3).
- Gatley on Libel and Slander*, 11th ed. by Patrick Milmo and W. V. H. Rogers. London : Sweet & Maxwell, 2008.
- Hooper, David. « The Importance of the Jameel Case », [2007] *Ent. L.R.* 62.
- Kenyon, Andrew T. « Lange and Reynolds Qualified Privilege : Australian and English Defamation Law and Practice » (2004), 28 *Melb. U.L. Rev.* 406.
- Nouvelle-Galles du Sud. Law Reform Commission. Report 75. *Defamation*, September 1995 (online : <http://www.lawlink.nsw.gov.au/lrc.nsf/pages/R75CHP3>).
- Smolla, Rodney A. « Balancing Freedom of Expression and Protection of Reputation Under Canada’s *Charter of Rights and Freedoms* », in David Schneiderman, ed., *Freedom of Expression and the Charter*. Scarborough, Ont. : Thomson Professional Publishing Canada, 1991, 272.
- Weaver, Russell L., et al. « Defamation Law and Free Speech : *Reynolds v. Times Newspapers* and the English Media » (2004), 37 *Vand. J. Transnat’l L.* 1255.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Feldman and Simmons J.J.A.), 2008 ONCA 796, 92 O.R. (3d) 561, 301 D.L.R. (4th) 129, 243 O.A.C. 120, 61 C.C.L.T. (3d) 195, 71 C.P.R. (4th) 352, [2008] O.J. No. 4783 (QL), 2008 CarswellOnt 7155, setting aside a decision of Rivard J. and a jury award and ordering a new trial. Appeal and cross-appeal dismissed.

*Peter A. Downard, Catherine M. Wiley and Dawn K. Robertson*, for the appellants/respondents on cross-appeal.

*Paul B. Schabas, Erin Hoult and Iris Fischer*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

*Richard G. Dearden and Wendy J. Wagner*, for the intervener the Ottawa Citizen.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Rosenberg, Feldman et Simmons), 2008 ONCA 796, 92 O.R. (3d) 561, 301 D.L.R. (4th) 129, 243 O.A.C. 120, 61 C.C.L.T. (3d) 195, 71 C.P.R. (4th) 352, [2008] O.J. No. 4783 (QL), 2008 CarswellOnt 7155, qui a annulé une décision du juge Rivard et l’octroi de dommages-intérêts par le jury et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

*Peter A. Downard, Catherine M. Wiley et Dawn K. Robertson*, pour les appelants/intimés à l’appel incident.

*Paul B. Schabas, Erin Hoult et Iris Fischer*, pour les intimés/appelants à l’appel incident.

*Richard G. Dearden et Wendy J. Wagner*, pour l’intervenant Ottawa Citizen.



*Brian MacLeod Rogers and Blair Mackenzie*, for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/Association of Electronic Journalists, Magazines Canada, the Canadian Association of Journalists, the Canadian Journalists for Free Expression, the Writers' Union of Canada, the Professional Writers Association of Canada, the Book and Periodical Council, and PEN Canada.

*Daniel J. Henry*, for the intervener the Canadian Broadcasting Corporation.

*Patricia D. S. Jackson, Andrew E. Bernstein and Jennifer A. Conroy*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Ronald F. Caza and Jeff G. Saikaley*, for the intervener Danno Cusson.

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

THE CHIEF JUSTICE —

## I. Introduction

[1] Freedom of expression is guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is essential to the functioning of our democracy, to seeking the truth in diverse fields of inquiry, and to our capacity for self-expression and individual realization.

[2] But freedom of expression is not absolute. One limitation on free expression is the law of defamation, which protects a person's reputation from unjustified assault. The law of defamation does not forbid people from expressing themselves. It merely provides that if a person defames another, that person may be required to pay damages to the other for the harm caused to the other's reputation. However, if the defences available to a publisher are too narrowly defined, the result may be "libel chill", undermining freedom of expression and of the press.

*Brian MacLeod Rogers et Blair Mackenzie*, pour les intervenants l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Magazines Canada, l'Association canadienne des journalistes, les Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council et PEN Canada.

*Daniel J. Henry*, pour l'intervenante la Société Radio-Canada.

*Patricia D. S. Jackson, Andrew E. Bernstein et Jennifer A. Conroy*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Ronald F. Caza et Jeff G. Saikaley*, pour l'intervenant Danno Cusson.

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

LA JUGE EN CHEF —

## I. Introduction

[1] La liberté d'expression est garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle est essentielle au fonctionnement de notre démocratie, à la recherche de la vérité dans divers domaines d'enquête et à la capacité de chacun de s'exprimer et de s'épanouir.

[2] La liberté d'expression n'est cependant pas absolue. Elle est limitée notamment par le droit en matière de diffamation, qui protège la réputation personnelle contre les attaques injustifiées. Les règles relatives à la diffamation n'interdisent pas aux gens de s'exprimer. Elles posent simplement que quiconque porte atteinte à la réputation d'autrui pourra être tenu de réparer le tort causé. Cependant, si les moyens de défense à la disposition des diffuseurs sont définis trop étroitement, une « crainte paralysante du libelle » préjudiciable à la liberté d'expression et à la liberté de la presse pourrait en résulter.

[3] Two conflicting values are at stake — on the one hand freedom of expression and on the other the protection of reputation. While freedom of expression is a fundamental freedom protected by s. 2(b) of the *Charter*, courts have long recognized that protection of reputation is also worthy of legal recognition. The challenge of courts has been to strike an appropriate balance between them in articulating the common law of defamation. In this case, we are asked to consider, once again, whether this balance requires further adjustment.

[4] Peter Grant and his company Grant Forest Products Inc. (“GFP”) sued the *Toronto Star* in defamation for an article the newspaper published on June 23, 2001, concerning a proposed private golf course development on Grant’s lakefront estate. The story aired the views of local residents who were critical of the development’s environmental impact and suspicious that Grant was exercising political influence behind the scenes to secure government approval for the new golf course. The reporter, an experienced journalist named Bill Schiller, attempted to verify the allegations in the article, including asking Grant for comment, which Grant chose not to provide. The article was published, and Grant brought this libel action.

[5] The trial proceeded with judge and jury. The jury found the respondents (the “Star defendants”) liable and awarded general, aggravated and punitive damages totalling \$1.475 million.

[6] The Star defendants argue that what happened in this trial shows that something is wrong with the traditional law of libel: a journalist or publisher who diligently tries to verify a story on a matter of public interest before publishing it can still be held liable in defamation for massive damages, simply because the journalist cannot prove to the court that all of the story was true or bring it within one of the “privileged” categories exempted from the need to prove truth. This state of the law,

[3] Deux valeurs conflictuelles — la liberté d’expression et la protection de la réputation — sont en jeu. Bien que la liberté d’expression soit une liberté fondamentale protégée par l’al. 2b) de la *Charte*, les tribunaux ont reconnu depuis longtemps que la réputation mérite aussi d’être protégée par le droit. Pour eux, le défi a consisté à établir le juste équilibre entre ces deux valeurs lorsqu’il s’est agi de formuler les règles de common law relatives à la diffamation. En l’espèce, nous sommes de nouveau appelés à décider s’il y a lieu de rajuster cet équilibre.

[4] Peter Grant et sa société, Grant Forest Products Inc. (« GFP »), ont intenté une action en diffamation contre le *Toronto Star* par suite de la parution, le 23 juin 2001, d’un article traitant du projet d’aménagement d’un golf privé sur le terrain de M. Grant situé en bordure d’un lac. L’article présentait la position de résidents du secteur qui critiquaient les incidences environnementales du projet et qui soupçonnaient M. Grant d’avoir exercé des pressions politiques en coulisse pour obtenir l’approbation du gouvernement relativement au projet de construction du nouveau terrain de golf. L’auteur de l’article, M. Bill Schiller, un journaliste expérimenté, a tenté de vérifier les allégations rapportées dans l’article et a notamment invité M. Grant à lui faire des commentaires, invitation qui a été déclinée. L’article a été publié, et M. Grant a intenté la présente action en libelle diffamatoire.

[5] Le procès s’est tenu devant un juge et un jury. Le jury a conclu à la responsabilité des intimés (les « défendeurs Star ») et a accordé des dommages-intérêts généraux, majorés et punitifs totalisant 1 475 000 \$.

[6] Selon les défendeurs Star, ce qui s’est produit en l’espèce met en évidence une lacune du droit relatif au libelle : un journaliste ou un diffuseur qui s’emploient avec diligence à vérifier la teneur d’un reportage sur une question d’intérêt public avant de le publier peuvent malgré tout engager leur responsabilité pour diffamation et avoir à payer d’énormes dommages-intérêts, simplement parce qu’ils ne peuvent pas prouver, en cour, que tous les éléments de l’article sont véridiques ou invoquer à son

they argue, unduly curbs free expression and chills reporting on matters of public interest, depriving the public of information it should have. The Star defendants ask this Court to revise the defences available to journalists to address these criticisms, following the lead of courts in the United States and England. Mr. Grant and his corporation, for their part, argue that the common law now strikes the proper balance and should not be changed.

[7] For the reasons that follow, I conclude that the common law should be modified to recognize a defence of responsible communication on matters of public interest. In view of this new defence, as well as errors in the jury instruction on fair comment, a new trial should be ordered.

## II. Facts

[8] Peter Grant owns and operates a successful forestry business, GFP, in northern Ontario. GFP's executive offices and Grant's home are located on a lakefront estate on the Twin Lakes near New Liskeard, Ontario. In the mid-1990s, Grant decided to build a private three-hole golf course on the property, which he named Frog's Breath. In 1998, he began to host an annual charitable golf tournament and decided to expand the course to nine holes. For this he needed to purchase some adjacent Crown land and secure various government approvals.

[9] Neighbouring cottagers and local residents opposed the development, citing environmental impact on the lake and quality-of-life concerns. They sent letters of objection to the Ontario Ministry of Natural Resources ("MNR"), which had the ultimate say on approving Grant's plan, and retained an environmental consultant who evaluated the

égard l'une des catégories d'immunité dispensant de le prouver. Ils font valoir que l'état actuel du droit restreint indûment la liberté d'expression et paralyse la couverture de questions d'intérêt public, ce qui prive le public de l'information qu'il devrait recevoir. Pour corriger cette situation, les défendeurs Star demandent à notre Cour de réformer les moyens de défense dont disposent les journalistes en s'inspirant de la jurisprudence américaine et anglaise. Monsieur Grant et sa société soutiennent, quant à eux, que la common law établit actuellement le juste équilibre entre les droits en cause et qu'il n'y a pas lieu d'en changer les règles.

[7] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis qu'il convient de modifier la common law pour y inclure la défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public. En outre, compte tenu de la reconnaissance de ce nouveau moyen de défense et de l'existence d'erreurs entachant les directives données au jury au sujet de la défense de commentaire loyal, j'estime qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

## II. Les faits

[8] Monsieur Peter Grant possède et exploite, dans le Nord de l'Ontario, une entreprise forestière prospère, GFP. Il est propriétaire d'un domaine sur les rives des lacs Twin, près de New Liskeard, en Ontario, où il habite et où sont installés les bureaux administratifs de GFP. Au milieu des années 1990, M. Grant a décidé d'y aménager un parcours de golf privé de trois trous qu'il a baptisé Frog's Breath. En 1998, il a organisé le premier d'une série de tournois de golf de bienfaisance annuels, et il a décidé d'agrandir le parcours pour le porter à neuf trous. Il fallait pour cela qu'il acquière des terres publiques contiguës et obtienne diverses approbations gouvernementales.

[9] Les propriétaires de chalets voisins et les résidents de l'endroit se sont opposés au projet disant craindre ses incidences environnementales et ses effets sur leur qualité de vie. Ils ont communiqué leurs objections par lettre au ministère des Richesses naturelles de l'Ontario (« MRN ») à qui il revenait, en dernier ressort, d'approuver le projet

plan. The consultant substantiated their fears of a detrimental impact on the lake and its surroundings, disputing the positive claims made by Grant's own experts.

[10] On January 13, 2001, the Hudson Lakes Association (“HLA”) held a public meeting at which Grant's representatives explained the proposal and tried to assuage local concerns. Suspicion about the integrity of the approval process was already widespread, however. Grant was a long-time supporter of the Ontario Progressive Conservative Party, and a personal friend of Mike Harris, who was then the premier of the province. While he endeavoured to maintain a low public profile, his wealth and close ties to the government attracted the notice of watchers of the Ontario business and political scene.

[11] Coincidentally, on the same day as the HLA's public meeting on the Grant development, the *Toronto Star* had published an article by veteran reporter Bill Schiller headlined “Slicing through the rules: Genesis of a land deal — How Harris friends overcame fish habitat controls to build their dream”. The article told of how another of Harris's friends, Peter Minogue, had withstood MNR objections and secured approval for a golf course and resort development called Osprey Links after complaining at “political levels” about the delay. Though Peter Grant had nothing to do with the Osprey Links development, the reports of political interference in the approval of a comparable development also involving a Harris friend heightened local concerns and was the subject of much discussion at the HLA public meeting.

[12] A representative of the MNR was on hand at the meeting to assure the residents that the approval would go through normal bureaucratic channels

de M. Grant. Ils ont aussi chargé un consultant en environnement d'évaluer le projet. Le rapport de ce dernier a justifié les craintes des résidents au sujet des répercussions environnementales nuisibles pour le lac et son pourtour, et réfuté les arguments favorables formulés par les experts de M. Grant.

[10] Le 13 janvier 2001, la Hudson Lakes Association (« HLA ») a tenu une assemblée publique au cours de laquelle les représentants de M. Grant ont expliqué la proposition et essayé d'apaiser les craintes des résidents. L'intégrité du processus d'approbation était cependant déjà largement mise en doute. Monsieur Grant soutenait depuis longtemps le Parti progressiste-conservateur de l'Ontario. En outre, il était un ami personnel de Mike Harris, alors premier ministre de la province. Bien qu'il s'efforçait de ne pas attirer l'attention publique, sa fortune et les liens étroits qu'il entretenait avec le gouvernement n'avaient pas manqué d'attirer l'attention des observateurs de la scène politique et du monde des affaires de l'Ontario.

[11] Par pure coïncidence, le jour même où se tenait l'assemblée publique de la HLA concernant le projet Grant, le *Toronto Star* a publié un article du journaliste chevronné Bill Schiller intitulé [TRADUCTION] « Court-circuiter les règles : Genèse d'une opération foncière — Comment les amis de Mike Harris prennent le pas sur le contrôle de l'habitat des poissons pour construire leur rêve ». L'article décrivait comment Peter Minogue, un autre ami du premier ministre Harris, avait prévalu sur les objections du MRN et obtenu l'autorisation de construire un terrain de golf et un centre de villégiature appelé Osprey Links après s'être plaint aux « instances politiques » des retards subis par le projet. Même si Peter Grant n'avait rien à voir avec le projet Osprey Links, la nouvelle d'une ingérence politique dans l'approbation d'un projet d'aménagement analogue piloté par un autre ami du premier ministre Harris a avivé les préoccupations des résidents et suscité de longues discussions lors de l'assemblée de la HLA.

[12] Un représentant du MRN a participé à l'assemblée pour assurer aux résidents que le processus d'approbation suivrait la filière administrative

and that no final decision had yet been made. But given the appearance of the Osprey Links article that very day, this assurance was not well received by the assembled group. One resident, holding up the newspaper, demanded to know “whether, given today’s article in the *Toronto Star*, the final answer will come from North Bay or Queen’s Park”. In other words, whether the decision would be made by Ministry bureaucrats themselves or by their political masters in Toronto. Another resident expressed the concern that approval might already be a “done deal”.

[13] Dr. Lorrie Clark, a professor of English at Trent University in Peterborough who has a cottage on the Twin Lakes, attended the meeting. Following the meeting, Clark sent Bill Schiller an e-mail advising him that the Osprey Links story had “hit New Liskeard like a bombshell” and that the similarities between Osprey Links and the events surrounding Grant’s golf course development were “extraordinary”. She explained the situation giving rise to the public meeting and described the sentiments of local cottagers in the following manner:

Basically, the situation is this: Peter Grant, multimillionaire owner of Grant Forest Products in Englehart and Mike Harris supporter and crony, is trying to buy 40 acres of Crown Land behind his “cottage” on Twin Lakes, just west of New Liskeard, for a private golf course. . . . Everyone thinks it’s a done deal, because of Grant’s influence (he employs 10,000 people in Northern Ontario) but most of all his Mike Harris ties. . . .

There has been a constant sense from the beginning that this is, as one cottager put it last night, “a done deal,” and that nothing we can do to stop a development that is NOT in the public interest — but obviously only a very private one — will make any difference. Everyone suspects — although I do grant that this is perhaps all unfounded — that there may be political pressure on the MNR people to give Mr. Grant what he wants. [A.R., vol. X, at p. 78]

habituelle et qu’aucune décision n’était encore rendue. Or, l’article concernant Osprey Links étant paru le jour même, ces propos n’ont pas été bien reçus. Un résident, brandissant le journal, a exigé de savoir [TRADUCTION] « compte tenu de l’article du *Toronto Star* d’aujourd’hui, si la réponse finale viendra de North Bay ou de Queen’s Park ». Autrement dit, il demandait si la décision serait prise par les fonctionnaires du ministère eux-mêmes ou par leurs patrons politiques à Toronto. Un autre résident a dit craindre que l’approbation soit déjà un [TRADUCTION] « fait accompli ».

[13] Madame Lorrie Clark, une professeure d’anglais de l’Université Trent à Peterborough et propriétaire d’un chalet sur les bords des lacs Twin était présente à l’assemblée. À la suite de cette rencontre, elle a communiqué par courriel avec M. Bill Schiller, lui signalant que son article sur Osprey Links avait [TRADUCTION] « fait l’effet d’une bombe à New Liskeard » et que la ressemblance entre les faits entourant le projet de M. Grant d’aménagement d’un terrain de golf et ceux relatifs au projet d’Osprey Links était [TRADUCTION] « extraordinaire ». Elle lui a décrit ainsi la situation ayant mené à la tenue de l’assemblée publique et l’état d’esprit des propriétaires de chalets :

[TRADUCTION] Voici en gros la situation : M. Peter Grant, propriétaire multimillionnaire de l’entreprise Grant Forest Products d’Englehart, mais aussi ami et partisan de longue date de Mike Harris, essaie d’acquérir 40 acres de terres publiques contiguës à son « chalet » des lacs Twin, à l’ouest de New Liskeard, pour y aménager un golf privé. [. . .] Tout le monde pense que c’est un fait accompli en raison de l’influence qu’exerce M. Grant (il emploie 10 000 personnes dans le Nord de l’Ontario), mais plus encore en raison de ses liens avec Mike Harris. . .

Depuis le début, on sent que c’est « un fait accompli », comme l’a dit l’un des propriétaires de chalets hier soir, et qu’il n’y a rien à faire pour empêcher la réalisation d’un projet qui ne sert PAS l’intérêt public, mais, de toute évidence, uniquement un intérêt très privé. Tout le monde soupçonne que des pressions politiques sont peut-être exercées sur les fonctionnaires du MRN pour que M. Grant obtienne ce qu’il désire, bien qu’il puisse s’agir, je le concède, d’une rumeur non fondée. [d.a., vol. X, p. 78]

Schiller received other communications from cottagers critical of Grant's proposal and suspicious of his influence. The story captured his attention — in his words, it was a “classic public interest story” — and he decided to investigate.

[14] Schiller began by examining records from Elections Ontario, which confirmed a history of large political contributions by Grant and GFP to the provincial PC Party and Mike Harris. He then went to New Liskeard and met with several local residents. He received information about the proposed development, listened to the residents' concerns, and learned more about Peter Grant and his prominence in the community. He spoke with MNR representatives and collected an array of documents dealing with the project. Schiller also attempted on several occasions to interview Grant in order to “get both sides” of the story, but was repeatedly rebuffed. When, in June, Schiller again wrote to Grant, putting to him some of the cottagers' objections and asking for a response, Grant's lawyer responded by threatening a libel suit.

[15] In early June, the Star sent a photographer named Mike Slaughter to take photos of Grant's property for the newspaper article. Slaughter photographed Grant's property from a canoe in the lake. He also took photos of the golf course, parking by the side of a public road and walking a few steps on to the course in the process. Noticing the photographer and suspecting that he was from the Star, Grant instructed an employee, Ted Webster, to go and find out who the photographer was and try to detain him. Apparently, Grant wanted Webster to keep Slaughter there until the police responded to his trespass complaint. In any event, Webster parked his truck on the road in front of Slaughter's car in an attempt to block him in. Slaughter nonetheless drove around him, narrowly missing driving into a ditch. Webster followed him in his truck, with another Grant employee joining in the chase,

D'autres propriétaires de chalets, en désaccord avec le projet de M. Grant et suspectant que ce dernier usait de son influence, ont communiqué avec M. Schiller. L'affaire a éveillé son intérêt. Pour reprendre ses mots, il s'agissait d'un [TRADUCTION] « sujet classique d'intérêt public » — et il a décidé de faire enquête.

[14] Monsieur Schiller a commencé par examiner les dossiers d'Élections Ontario qui ont confirmé que M. Grant et GFP contribuaient généreusement aux caisses du PC ontarien et de Mike Harris. Il s'est ensuite rendu à New Liskeard et a rencontré plusieurs résidents de l'endroit. Il a recueilli des renseignements au sujet de l'aménagement proposé, a pris note des inquiétudes des résidents et en a appris davantage sur Peter Grant et sur la place importante qu'il occupe dans la collectivité. Il a parlé avec des représentants du MRN et rassemblé une série de documents se rapportant au projet. Il a également tenté à plusieurs reprises de rencontrer M. Grant pour connaître [TRADUCTION] « les deux côtés de la médaille ». Il s'est cependant constamment heurté à un refus. En outre, lorsqu'il a écrit de nouveau à M. Grant, au mois de juin, pour lui exposer certaines objections des propriétaires de chalets et lui demander une réponse, l'avocat de ce dernier lui a répondu en menaçant de le poursuivre pour libelle diffamatoire.

[15] Au début du mois de juin, le Star a dépêché un photographe du nom de Mike Slaughter pour rapporter des photos de la propriété de M. Grant afin d'illustrer l'article. Monsieur Slaughter a photographié la propriété vue du lac, à partir d'un canot. Il a également pris des photos du golf après avoir garé son véhicule sur le côté de la voie publique et avoir fait quelques pas sur le terrain. Monsieur Grant, qui avait remarqué la présence du photographe et qui se doutait qu'il était envoyé par le Star, a donné instruction à un employé, M. Ted Webster, d'aller voir de qui il s'agissait et d'essayer de l'empêcher de partir. Il semble que M. Grant voulait que le photographe reste où il était jusqu'à ce que la police réponde à sa plainte pour intrusion. Quoi qu'il en soit, M. Webster a garé son camion sur la voie, devant la voiture de M. Slaughter, pour tenter de lui bloquer le passage. Monsieur Slaughter a

but Slaughter escaped. Accounts of this event vary widely between the parties and became a significant issue at trial. According to Grant, the event constituted an egregious trespass by the Star; according to the Star, it demonstrated Grant's ruthless desire to suppress all scrutiny, and his aggressive posture toward the press.

[16] The article, headlined "Cottagers teed off over golf course — Long-time Harris backer awaits Tory nod on plan", was finally published on June 23, 2001. Its full text is reproduced in full in the Appendix to these reasons. (Two follow-up articles were also published, but they are not the subject of this action.) The June 23 article detailed Grant's ties to Harris and the PC Party, explained the background to the controversy and gave voice to the cottagers' concerns over the development itself and the possibility of political interference. It noted that Grant had refused to comment and mentioned that one of Grant's employees had "tried to drive the photographer's vehicle off a public road". The article included the following paragraph, which became the centerpiece of this litigation:

"Everyone thinks it's a done deal because of Grant's influence — but most of all his Mike Harris ties," says Lorrie Clark, who owns a cottage on Twin Lakes.

All in all, the article gave greater credence and prominence to the cottagers' side of the story than to Grant's. It did not paint Grant in a flattering light. However, its constituent facts were largely true, depending on whether the quote from Dr. Clark that "[e]veryone thinks it's a done deal" is seen as a statement of fact or opinion — a matter to which I will return.

quand même réussi à le contourner, manquant de peu de tomber dans un fossé. Monsieur Webster l'a suivi dans son camion. Un autre employé de M. Grant s'est joint à la poursuite, mais M. Slaughter a réussi à s'échapper. Les parties ont des versions très différentes de cet incident — qui a pris une grande importance au procès. Selon M. Grant, il s'agissait d'une intrusion manifeste du Star sur une propriété privée. Pour le Star, l'incident a plutôt fait la preuve de la volonté impitoyable de M. Grant d'empêcher toute enquête et de son attitude agressive envers la presse.

[16] L'article, intitulé [TRADUCTION] « Résidents verts de rage à propos d'un terrain de golf — un partisan de longue date de Mike Harris attend l'aval des conservateurs quant à son projet », a paru le 23 juin 2001. Il est reproduit en entier en annexe. (Deux autres articles lui ont fait suite, mais ils ne sont pas visés par la présente action.) L'article du 23 juin décrivait les liens de M. Grant avec Mike Harris et le parti conservateur, situait la controverse et exposait les préoccupations que l'aménagement lui-même et la possibilité d'une ingérence politique suscitaient chez les propriétaires de chalets. Il faisait état du refus de commenter opposé par M. Grant et de la tentative d'un des employés de ce dernier [TRADUCTION] « de faire quitter la voie publique au véhicule du photographe ». L'article comportait le paragraphe suivant, qui est au cœur du présent litige :

[TRADUCTION] « Tout le monde pense que c'est un fait accompli en raison de l'influence qu'exerce M. Grant, mais plus encore en raison de ses liens avec Mike Harris », affirme Lorrie Clark, propriétaire d'un chalet sur les bords des lacs Twin.

Somme toute, l'article accordait plus de crédit et d'importance à la position des propriétaires de chalets qu'à celle de M. Grant. Il ne peignait pas ce dernier sous un jour flatteur. Toutefois, les faits rapportés étaient en grande partie véridiques, selon que l'on considère la citation de M<sup>me</sup> Clark — « [t]out le monde pense que c'est un fait accompli » comme un énoncé de fait ou comme un énoncé d'opinion, une question sur laquelle je reviendrai.

[17] As promised, Grant and GFP sued Schiller, the Star and affiliates of the paper, and Lorrie Clark. Dr. Clark settled before trial.

### III. Judicial History

#### A. *Ontario Superior Court of Justice (Rivard J. sitting with a jury)*

[18] At trial, the principal focus was on the “done deal” statement attributed to Dr. Clark, which the plaintiffs said contained the core of the article’s defamatory import. The plaintiffs contended that the article effectively accused Grant of improperly using his influence to obtain government favours. The defendants countered that the article simply aired the real and legitimate concerns of local residents without actually levelling any allegation of impropriety against Grant.

[19] In the alternative, the defendants, relying on recent English jurisprudence, argued that an expanded qualified privilege defence based on a concept of public interest responsible journalism should apply. Without rejecting the possibility of such expansion, the trial judge ruled that the defence would not apply in these circumstances because the story was primarily one of local import and had a “very negative tone”.

[20] Accordingly, the case went to the jury essentially on the defences of truth and fair comment. The jury rejected these defences and awarded the plaintiffs general, aggravated and punitive damages totalling \$1.475 million. Punitive damages alone were assessed at \$1 million.

#### B. *Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Feldman and Simmons J.J.A.) (2008 ONCA 796, 92 O.R. (3d) 561)*

[21] Fortified by the intervening decision of the Ontario Court of Appeal in *Cusson v. Quan*, 2007 ONCA 771, 231 O.A.C. 277 (reasons on appeal in

[17] Les menaces de poursuite ont été mises à exécution. Monsieur Grant et GFP ont poursuivi M. Schiller, le Star et d’autres parties liées au journal ainsi que M<sup>me</sup> Lorrie Clark. Madame Clark a réglé avant le procès.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario (le juge Rivard, siégeant avec jury)*

[18] Au procès, l’accent a été mis sur la déclaration attribuée à M<sup>me</sup> Clark qu’il y avait « fait accompli » qui, pour les demandeurs, constituait le nœud de la diffamation. Ils ont soutenu que l’article accusait en fait M. Grant d’avoir abusé de son influence pour obtenir des faveurs du gouvernement, ce à quoi les défendeurs ont opposé que l’article se faisait simplement l’écho des préoccupations réelles et légitimes des résidents locaux, sans accuser M. Grant de s’être mal conduit.

[19] Puis, invoquant la jurisprudence anglaise récente, les défendeurs ont soutenu subsidiairement qu’il y aurait lieu d’appliquer une défense d’immunité relative élargie, fondée sur la notion de journalisme responsable concernant des questions d’intérêt public. Sans écarter la possibilité d’une telle extension, le juge du procès a déclaré que ce moyen de défense ne pourrait être retenu dans les circonstances en raison de la portée essentiellement locale de l’article et de son [TRADUCTION] « ton très négatif ».

[20] Par conséquent, les questions soumises au jury portaient essentiellement sur la défense de véracité et sur celle de commentaire loyal. Le jury les a toutes deux rejetées, et il a accordé aux demandeurs des dommages-intérêts généraux, majorés et punitifs totalisant 1 475 000 \$. Les dommages-intérêts punitifs à eux seuls se chiffraient à 1 000 000 \$.

#### B. *Cour d’appel de l’Ontario (les juges Rosenberg, Feldman et Simmons) (2008 ONCA 796, 92 O.R. (3d) 561)*

[21] Forts de la décision que la Cour d’appel de l’Ontario avait rendue entre-temps dans l’affaire *Cusson c. Quan*, 2007 ONCA 771, 231 O.A.C.



this Court released concurrently: *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712), which recognized a new defence of responsible journalism, the Star defendants appealed the jury verdict on both liability and quantum of damages.

[22] Writing for the Court of Appeal, Feldman J.A. affirmed the new responsible journalism defence elaborated in *Quan*, and concluded that the trial judge had erred in failing to leave this defence with the jury. Feldman J.A. held that the trial judge had applied an inappropriately narrow conception of the public interest: he should have found as a matter of law that the subject of the article was in the public interest and gone on to assess responsibility on that basis. On the issue of responsibility, Feldman J.A. took the view that the trial judge had inaccurately downplayed the extent to which Schiller actually attempted to verify the allegations. She also held that the jury should have been required to answer a preliminary question as to the meaning of the statement, since it could be interpreted in different ways.

[23] On the defence of fair comment, Feldman J.A. identified additional problems with the trial judge's charge to the jury. Because the trial took place prior to this Court's decision in *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420, the trial judge understandably instructed the jury that a fair comment must be one that a "fair-minded" person could hold — a proviso that was rejected in *WIC Radio*. Further, on the issue of malice which defeats fair comment, the trial judge instructed the jury that the key question was Schiller's honest belief in the defamatory statements, the "done deal" remark chief among them. But, as Feldman J.A. noted, this comment was attributed to Dr. Clark. Schiller's honest belief in it could only be relevant if he had adopted it as his own. This confusion meant that the jury may have found malice on improper grounds.

277 — et dont l'appel est tranché par les motifs de la Cour rendus concurremment : *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712 —, laquelle reconnaissait la nouvelle défense de journalisme responsable, les défendeurs Star ont interjeté appel du verdict du jury tant à l'égard de la question de la responsabilité que de celle du montant des dommages-intérêts.

[22] Rendant jugement pour la cour, la juge Feldman a confirmé la reconnaissance de la nouvelle défense de journalisme responsable élaborée dans *Quan*, et elle a conclu que le juge du procès avait omis à tort de la présenter au jury. Selon elle, le juge du procès a indûment rétréci la notion d'intérêt public : il aurait dû tirer la conclusion de droit que le sujet de l'article était d'intérêt public, puis en évaluer en conséquence le caractère responsable. Relativement à cette dernière question, la juge Feldman a estimé que le juge du procès avait réduit à tort l'importance des efforts effectivement déployés par M. Schiller pour vérifier les allégations. Elle a aussi statué que le juge aurait dû soumettre au jury la question préliminaire du sens de l'énoncé en cause, puisque celui-ci pouvait être interprété de diverses façons.

[23] La juge Feldman a aussi relevé des erreurs dans l'exposé au jury concernant la défense de commentaire loyal. Parce que le procès s'est tenu avant que notre Cour rende l'arrêt *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420, le juge du procès a naturellement indiqué au jury que le commentaire loyal devait pouvoir émaner d'un « esprit juste », condition qui a été rejetée dans *WIC Radio*. En outre, dans ses directives au jury sur la question de la malveillance qui fait échec à la défense de commentaire loyal, le juge Rivard a expliqué que la question fondamentale était de savoir si M. Schiller croyait honnêtement les énoncés diffamatoires, en particulier la remarque portant sur le « fait accompli ». Or, comme la juge Feldman l'a signalé, ce commentaire ayant été attribué à M<sup>me</sup> Clark, la croyance honnête de M. Schiller à son égard ne pouvait être pertinente que s'il l'avait fait sien. La confusion à cet égard peut avoir induit le jury à conclure, sur la foi de fondements erronés, qu'il y avait eu malveillance.

[24] Concluding that the jury instructions were flawed, the Court of Appeal ordered a new trial.

[25] Mr. Grant and his corporation appeal to this Court to reinstate the jury verdict. The Star defendants cross-appeal, asking the Court to apply the new defence in this case and dismiss the action. In the alternative, they ask the Court to dismiss the action on the basis of fair comment.

#### IV. Issues

[26] While both fair comment and public interest responsible communication remain live issues on appeal, the principal legal question before us is whether the protection accorded to factual statements published in the public interest should be strengthened and, if so, how. This suggests the following analytical framework:

1. Should the common law provide a defence based on responsible communication in the public interest?
2. If so, what are the elements of the new defence?
3. If so, what procedures should apply? In particular, what are the respective roles of the judge and jury?
4. Application to the case at bar
  - (a) Fair comment
  - (b) Responsible communication

#### V. Analysis

- A. *Should the Common Law Provide a Defence Based on Responsible Communication in the Public Interest?*

[27] I will first examine the current law, and then consider the arguments for and against change.

[24] Estimant que les directives données au jury étaient viciées, la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[25] Monsieur Grant et sa société se sont pourvus devant la Cour pour faire rétablir le verdict du jury. Les défendeurs Star ont formé un pourvoi incident, demandant à notre Cour d'appliquer le nouveau moyen de défense en l'espèce et de rejeter l'action. Subsidiairement, ils ont prié la Cour de rejeter l'action sur le fondement du commentaire loyal.

#### IV. Les questions en litige

[26] Bien que les défenses de commentaire loyal et de communication responsable faite dans l'intérêt public restent des questions en litige, la principale question juridique posée en l'espèce concerne l'opportunité de renforcer la protection accordée aux énoncés de fait diffusés dans l'intérêt public et, le cas échéant, la façon de le faire. Ces questions invitent à adopter le cadre analytique suivant :

1. La common law devrait-elle prévoir une défense fondée sur la communication responsable faite dans l'intérêt public?
2. Si oui, quels seraient les éléments du nouveau moyen de défense?
3. Si oui, quelle serait la procédure applicable? Plus particulièrement, quels seraient les rôles respectifs du juge et du jury?
4. Application à la présente espèce
  - a) le commentaire loyal
  - b) la communication responsable

#### V. Analyse

- A. *La common law devrait-elle prévoir une défense fondée sur la communication responsable faite dans l'intérêt public?*

[27] J'analyserai d'abord le droit actuel. Ensuite, j'examinerai les arguments invoqués en faveur ou à l'encontre du changement.

(1) The Current Law

[28] A plaintiff in a defamation action is required to prove three things to obtain judgment and an award of damages: (1) that the impugned words were defamatory, in the sense that they would tend to lower the plaintiff's reputation in the eyes of a reasonable person; (2) that the words in fact referred to the plaintiff; and (3) that the words were published, meaning that they were communicated to at least one person other than the plaintiff. If these elements are established on a balance of probabilities, falsity and damage are presumed, though this rule has been subject to strong criticism: see, e.g., R. A. Smolla, "Balancing Freedom of Expression and Protection of Reputation Under Canada's *Charter of Rights and Freedoms*", in D. Schneiderman, ed., *Freedom of Expression and the Charter* (1991), 272, at p. 282. (The only exception is that slander requires proof of special damages, unless the impugned words were slanderous *per se*: R. E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 3, at pp. 25-2 and 25-3.) The plaintiff is not required to show that the defendant intended to do harm, or even that the defendant was careless. The tort is thus one of strict liability.

[29] If the plaintiff proves the required elements, the onus then shifts to the defendant to advance a defence in order to escape liability.

[30] Both statements of opinion and statements of fact may attract the defence of privilege, depending on the occasion on which they were made. Some "occasions", like Parliamentary and legal proceedings, are absolutely privileged. Others, like reference letters or credit reports, enjoy "qualified" privilege, meaning that the privilege can be defeated by proof that the defendant acted with malice: see *Horrocks v. Lowe*, [1975] A.C. 135 (H.L.). The defences of absolute and qualified privilege reflect the fact that "common convenience and welfare of society" sometimes requires untrammelled communications: *Toogood v. Spyring* (1834), 1 C.M. & R. 181, 149 E.R. 1044, at p. 1050, *per Parke B.*

(1) Le droit actuel

[28] Celui qui intente une action en diffamation doit prouver trois éléments pour avoir gain de cause et obtenir des dommages-intérêts : (1) que les mots en cause sont diffamatoires au sens où ils tendent à entacher sa réputation aux yeux d'une personne raisonnable, (2) que ces mots visent bel et bien le demandeur et (3) qu'ils ont été diffusés, c'est-à-dire qu'ils ont été communiqués à au moins une personne autre que le demandeur. Si ces éléments sont établis suivant la prépondérance des probabilités, la fausseté et le préjudice sont présumés, en dépit du fait que cette règle a été vertement critiquée : voir, p. ex., R. A. Smolla, « Balancing Freedom of Expression and Protection of Reputation Under Canada's *Charter of Rights and Freedoms* » dans D. Schneiderman, dir., *Freedom of Expression and the Charter* (1991), 272, p. 282. (Cette règle ne connaît qu'une exception, qui exige la preuve d'un dommage spécial pour les cas de diffamation verbale, à moins que les mots en cause ne soient intrinsèquement diffamatoires : R. E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 3, p. 25-2 et 25-3). Le demandeur n'a pas à prouver que le défendeur avait l'intention de causer un préjudice ni même qu'il a été négligent. Il s'agit donc d'un délit de responsabilité stricte.

[29] Si le demandeur a établi les éléments nécessaires, le fardeau de la preuve est inversé et le défendeur doit invoquer un moyen de défense pour éviter d'être jugé responsable.

[30] Le défendeur peut invoquer la défense d'immunité tant à l'égard des énoncés d'opinion qu'à l'égard des énoncés de fait, selon les circonstances dans lesquelles ils ont été faits. Certaines « circonstances », comme les débats parlementaires ou les instances judiciaires, donnent lieu à une immunité absolue. D'autres, comme les lettres de recommandation ou les rapports de solvabilité, ne confèrent qu'une immunité « relative », au sens où elle peut être levée s'il est démontré que le défendeur a agi avec malveillance : voir *Horrocks c. Lowe*, [1975] A.C. 135 (H.L.). L'existence des défenses d'immunités absolue et relative témoigne du fait que [TRADUCTION] « l'intérêt et le bien-être communs

The law acknowledges through recognition of privileged occasions that false and defamatory expression may sometimes contribute to desirable social ends.

[31] In addition to privilege, statements of opinion, a category which includes any “deduction, inference, conclusion, criticism, judgment, remark or observation which is generally incapable of proof” (*Ross v. New Brunswick Teachers’ Assn.*, 2001 NBCA 62, 201 D.L.R. (4th) 75, at para. 56, cited in *WIC Radio*, at para. 26), may attract the defence of fair comment. As reformulated in *WIC Radio*, at para. 28, a defendant claiming fair comment must satisfy the following test: (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?; and (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. *WIC Radio* expanded the fair comment defence by changing the traditional requirement that the opinion be one that a “fair-minded” person could honestly hold, to a requirement that it be one that “anyone could honestly have expressed” (paras. 49-51), which allows for robust debate. As Binnie J. put it, “[w]e live in a free country where people have as much right to express outrageous and ridiculous opinions as moderate ones” (para. 4).

[32] Where statements of fact are at issue, usually only two defences are available: the defence that the statement was substantially true (justification); and the defence that the statement was made in a protected context (privilege). The issue in this case is whether the defences to actions for defamatory

de la société » exigent parfois que la communication puisse se faire sans entrave : *Toogood c. Spyring* (1834), 1 C.M. & R. 181, 149 E.R. 1044, p. 1050, le baron Parke. En formulant le principe de l’immunité circonstancielle, le droit reconnaît que des propos faux et diffamatoires peuvent parfois contribuer à l’atteinte de fins sociales souhaitables.

[31] À l’égard des énoncés d’opinion, comprenant [TRADUCTION] « les déductions, inférences, conclusions, critiques, jugements, remarques et observations, dont il est généralement impossible de faire la preuve » (*Ross c. New Brunswick Teachers’ Assn.*, 2001 NBCA 62, 201 D.L.R. (4th) 75, par. 56, cité dans *WIC Radio* au par. 26), un défendeur peut invoquer non seulement l’immunité, mais aussi la défense de commentaire loyal. Suivant la reformulation qui en a été faite dans *WIC Radio*, au par. 28, le défendeur qui invoque ce moyen doit satisfaire aux éléments suivants de la 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 : est-ce que n’importe qui pourrait honnêtement exprimer 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. *WIC Radio* a élargi la défense de commentaire loyal en modifiant l’exigence classique de l’opinion qui puisse honnêtement être exprimée par un « esprit juste » en exigeant voulant que l’opinion soit de celles qu’« on pouvait honnêtement exprimer » (par. 49-51) et qui permette les débats vigoureux. Pour reprendre les mots du juge Binnie : « [n]ous vivons dans un pays libre, où il est permis d’énoncer des opinions outrancières et ridicules tout autant que des vues modérées » (par. 4).

[32] Lorsque des énoncés de fait sont en cause, le défendeur n’a habituellement que deux moyens de défense à sa disposition : il peut faire valoir que l’énoncé est substantiellement vrai (justification) ou qu’il a été fait dans un contexte protégé (immunité). En l’espèce, il faut déterminer s’il convient

statements of fact should be expanded, as has been done for statements of opinion, in recognition of the importance of freedom of expression in a free society.

[33] To succeed on the defence of justification, a defendant must adduce evidence showing that the statement was substantially true. This may be difficult to do. A journalist who has checked sources and is satisfied that a statement is substantially true may nevertheless have difficulty proving this in court, perhaps years after the event. The practical result of the gap between responsible verification and the ability to prove truth in a court of law on some date far in the future, is that the defence of justification is often of little utility to journalists and those who publish their stories.

[34] If the defence of justification fails, generally the only way a publisher can escape liability for an untrue defamatory statement of fact is by establishing that the statement was made on a privileged occasion. However, the defence of qualified privilege has seldom assisted media organizations. One reason is that qualified privilege has traditionally been grounded in special relationships characterized by a “duty” to communicate the information and a reciprocal “interest” in receiving it. The press communicates information not to identified individuals with whom it has a personal relationship, but to the public at large. Another reason is the conservative stance of early decisions, which struck a balance that preferred reputation over freedom of expression. In a series of judgments written by Cartwright J. (as he then was), this Court refused to grant the communications media any special status that might have afforded them greater access to the privilege: *Douglas v. Tucker*, [1952] 1 S.C.R. 275; *Globe and Mail Ltd. v. Boland*, [1960] S.C.R. 203; *Banks v. Globe and Mail Ltd.*, [1961] S.C.R. 474; *Jones v. Bennett*, [1969] S.C.R. 277.

d’élargir la gamme des moyens de défense applicables en cas de poursuite pour énoncés de fait diffamatoires — comme cela a été fait pour les énoncés d’opinion — en raison de l’importance de la liberté d’expression dans une société libre.

[33] Pour que sa défense de justification soit reçue, le défendeur doit démontrer que l’énoncé était substantiellement vrai. Une telle preuve peut être difficile à faire. Un journaliste pourrait avoir vérifié ses sources et être convaincu qu’un énoncé est substantiellement vrai, mais avoir néanmoins de la difficulté à le démontrer en cour, peut-être des années après les faits. L’absence d’adéquation entre la vérification responsable et la capacité de prouver la véracité en cour beaucoup plus tard fait en sorte que, d’un point de vue pratique, la défense de justification s’avère souvent très peu utile aux journalistes et à ceux qui diffusent leurs reportages.

[34] Si la défense de justification est rejetée, le diffuseur ne pourra généralement échapper à la responsabilité résultant d’un énoncé de fait diffamatoire faux qu’en établissant que cet énoncé a été fait dans des circonstances conférant une « immunité ». La défense d’immunité relative n’a toutefois que rarement été utile aux médias. Cela tient notamment à ce que ce moyen est traditionnellement associé à l’existence de relations particulières caractérisées par un « devoir » de communiquer l’information et un « intérêt » correspondant à en recevoir communication. Or, la presse ne communique pas de renseignements à des personnes déterminées avec lesquelles elle entretient des rapports personnels, elle s’adresse plutôt au public en général. L’utilité restreinte de ce moyen de défense s’explique aussi par le conservatisme des premières décisions, qui ont résolu le conflit entre protection de la réputation et liberté d’expression en privilégiant la réputation. Dans une série de jugements rédigés par le juge Cartwright (plus tard Juge en chef), notre Cour a refusé de reconnaître aux médias un statut particulier qui aurait pu leur rendre la défense d’immunité plus accessible : *Douglas c. Tucker*, [1952] 1 R.C.S. 275; *Globe and Mail Ltd. c. Boland*, [1960] R.C.S. 203; *Banks c. Globe and Mail Ltd.*, [1961] R.C.S. 474; *Jones c. Bennett*, [1969] R.C.S. 277.

[35] In recent decades, courts have begun to moderate the strictures of qualified privilege, albeit in an *ad hoc* and incremental way. When a strong duty and interest seemed to warrant it, they have on occasion applied the privilege to publications to the world at large. For example, in suits against politicians expressing concerns to the electorate about the conduct of other public figures, courts have sometimes recognized that a politician's "duty to ventilate" matters of concern to the public could give rise to qualified privilege: *Parlett v. Robinson* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 26 (C.A.), at p. 39.

[36] In the last decade, this recognition has sometimes been extended to media defendants. For example, in *Grenier v. Southam Inc.*, [1997] O.J. No. 2193 (QL), the Ontario Court of Appeal (in a brief endorsement) upheld a trial judge's finding that the defendant media corporation had a "social and moral duty" to publish the article in question. Other cases have adopted the view that qualified privilege is available to media defendants, provided that they can show a social or moral duty to publish the information and a corresponding public interest in receiving it: *Leenen v. Canadian Broadcasting Corp.* (2000), 48 O.R. (3d) 656 (S.C.J.), at p. 695, *aff'd* (2001), 54 O.R. (3d) 612 (C.A.), and *Young v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (2003), 66 O.R. (3d) 170 (S.C.J.), *aff'd* (2005), 77 O.R. (3d) 680 (C.A.).

[37] Despite these tentative forays, the threshold for privilege remains high and the criteria for reciprocal duty and interest required to establish it unclear. It remains uncertain when, if ever, a media outlet can avail itself of the defence of qualified privilege.

[35] Au cours des dernières décennies, les tribunaux ont assoupli les règles régissant l'immunité relative, quoique de façon graduelle et ponctuelle. Il est arrivé aux tribunaux de reconnaître une telle immunité à des publications sans destinataire précis, lorsqu'un devoir et un intérêt impérieux semblaient le justifier. Par exemple, à l'occasion de poursuites visant des politiciens ayant fait part à l'électorat de préoccupations suscitées par la conduite d'autres personnages publics, les tribunaux ont parfois reconnu que le [TRADUCTION] « devoir qui incombe aux politiciens de faire circuler l'information » sur des sujets d'intérêt pour le public pouvait conférer une immunité relative : *Parlett c. Robinson* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 26 (C.A.), p. 39.

[36] Au cours de la dernière décennie, cette reconnaissance a quelquefois été étendue à des médias défendeurs. Dans *Grenier c. Southam Inc.*, [1997] O.J. No. 2193 (QL), par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario (dans une brève inscription) a confirmé la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'entreprise de presse défenderesse avait le [TRADUCTION] « devoir social et moral » de publier l'article en question. L'opinion voulant que les médias puissent invoquer l'immunité relative à la condition qu'ils démontrent l'existence d'un devoir social ou moral de diffusion et d'un intérêt correspondant à recevoir l'information a été adoptée dans d'autres décisions : *Leenen c. Canadian Broadcasting Corp.* (2000), 48 O.R. (3d) 656 (S.C.J.), p. 695, *conf. par* (2001), 54 O.R. (3d) 612 (C.A.), et *Young c. Toronto Star Newspapers Ltd.* (2003), 66 O.R. (3d) 170 (S.C.J.), *conf. par* (2005), 77 O.R. (3d) 680 (C.A.).

[37] En dépit de ces incursions limitées, les exigences relatives à l'immunité demeurent rigoureuses et les critères applicables au devoir et à l'intérêt correspondant nécessaires à son établissement demeurent nébuleux. On ne sait toujours pas avec certitude quand une entreprise médiatique peut se prévaloir de la défense d'immunité relative, si tant est qu'elle le puisse.

(2) The Case for Changing the Law

[38] Two related arguments are presented in support of broadening the defences available to public communicators, such as the press, in reporting matters of fact.

[39] The first argument is grounded in principle. It asserts that the existing law is inconsistent with the principle of freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. In the modern context, it is argued, the traditional rule has a chilling effect that unjustifiably limits reporting facts, and strikes a balance too heavily weighted in favour of protection of reputation. While the law should provide redress for baseless attacks on reputation, defamation lawsuits, real or threatened, should not be a weapon by which the wealthy and privileged stifle the information and debate essential to a free society.

[40] The second argument is grounded in jurisprudence. This argument points out that many foreign common law jurisdictions have modified the law of defamation to give more protection to the press, in recognition of the fact that the traditional rules inappropriately chill free speech. While different countries have taken different approaches, the trend is clear. Recent Canadian cases, most notably the decision of the Ontario Court of Appeal in *Quan*, have affirmed this trend. The time has arrived, it is argued, for this Court to follow suit.

(a) *The Argument From Principle*

[41] The fundamental question of principle is whether the traditional defences for defamatory statements of fact curtail freedom of expression in a way that is inconsistent with Canadian constitutional values. Does the existing law strike an appropriate balance between two values vital to Canadian society — freedom of expression on the one hand, and the protection of individuals' reputations on

(2) Les arguments militant en faveur d'une modification du droit

[38] La thèse préconisant d'élargir la gamme des moyens de défense dont peuvent se prévaloir les diffuseurs publics — telle la presse — relativement à la communication de faits repose sur deux arguments connexes.

[39] Le premier argument, fondé sur des considérations de principe, pose que le droit actuel n'est pas compatible avec la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Selon cet argument, les règles classiques, appliquées à l'ère moderne, produisent un effet paralysant qui limite indûment la couverture de faits et qui fait trop pencher la balance au profit de la protection de la réputation. Bien que le droit doive pourvoir à la réparation d'atteintes non fondées à la réputation, il faut éviter que les poursuites ou menaces de poursuite en diffamation servent d'arme permettant aux riches et aux puissants d'entraver la diffusion de l'information et le débat essentiels à une société libre.

[40] Le second argument, fondé sur la jurisprudence, renvoie aux modifications que plusieurs ressorts étrangers de common law ont apportées aux règles classiques applicables en matière de diffamation pour étendre la protection conférée aux médias, après avoir reconnu que ces règles restreignaient indûment la liberté d'expression. Toujours selon cet argument, en dépit de la diversité des approches retenues, la tendance est claire et elle a été confirmée par des décisions canadiennes récentes, plus particulièrement par l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Quan*, si bien que le temps est venu pour notre Cour d'emboîter le pas.

a) *L'argument de principe*

[41] La question de principe fondamentale qui se pose est celle de savoir si les moyens de défense classiques applicables à l'égard d'énoncés de fait discriminatoires imposent à la liberté d'expression des limites incompatibles avec les valeurs constitutionnelles canadiennes. Le droit existant établit-il un juste équilibre entre deux valeurs essentielles pour la société canadienne — la liberté

the other? As Binnie J. stated in *WIC Radio*, “[a]n 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” (para. 2).

[42] Freedom of expression and respect for vigorous debate on matters of public interest have long been seen as fundamental to Canadian democracy. Many years before the *Charter* this Court, in the *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, per Duff C.J., suggested that the Canadian Constitution contained an implied right of free expression on political matters. That principle, affirmed in cases like *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, and *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, has stood the test of time.

[43] In 1982, the *Charter*, through s. 2(b), confirmed and expanded constitutional protection for free expression, specifically extending it to the press: “Everyone has . . . freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication”.

[44] The constitutional status of freedom of expression under the *Charter* means that all Canadian laws must conform to it. The common law, though not directly subject to *Charter* scrutiny where disputes between private parties are concerned, may be modified to bring it into harmony with the *Charter*. As Cory J. put it in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 97, “*Charter* values, framed in general terms, should be weighed against the principles which underlie the common law. The *Charter* values will then provide the guidelines for any modification to the common law which the court feels is necessary.”

d’expression d’une part et la protection de la réputation personnelle d’autre part? Comme le juge Binnie l’a indiqué dans *WIC Radio*, « [i]l 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 » (par. 2).

[42] Il y a longtemps que la liberté d’expression et le respect des débats vigoureux sur les questions d’intérêt public sont considérés comme essentiels à la démocratie canadienne. Bien avant l’avènement de la *Charte*, notre Cour a indiqué, dans *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100 (le juge en chef Duff), que la Constitution canadienne comportait le droit implicite de s’exprimer librement sur des questions politiques. Ce principe, confirmé par des arrêts tels *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, et *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, a résisté à l’épreuve du temps.

[43] En 1982, la *Charte* a confirmé et élargi la protection conférée à la liberté d’expression, à l’al. 2b), en l’étendant expressément à la presse : « [c]haque a [la] [. . .] liberté de pensée, de croyance, d’opinion et d’expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ».

[44] Vu le statut de règle constitutionnelle conféré à la liberté d’expression par la *Charte*, il s’agit d’une norme à laquelle doivent se conformer toutes les règles de droit canadiennes. Même si la common law n’est pas directement sujette à un examen au regard de la *Charte* dans le cadre de litiges opposant des parties privées, des modifications peuvent y être apportées pour la rendre conforme à la *Charte*. Comme l’a déclaré le juge Cory dans *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 97, « [f]ormulées en termes généraux, les valeurs de la *Charte* devraient être pondérées en regard des principes qui inspirent la common law. Les valeurs de la *Charte* offriront alors des lignes directrices quant à toute modification de la common law que la cour estime nécessaire. »



[45] The argument that the *Charter* requires modification of Canadian defamation law was considered in *Hill*. Writing for a unanimous Court on this point, Cory J. declined to adopt the American “actual malice” rule from *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), which provides immunity for defamation of public officials except where malice is shown. Cory J. did, however, undertake a modest expansion of the recognized qualified privilege for reports on judicial proceedings.

[46] While *Hill* stands for a rejection of the *Sullivan* approach and an affirmation of the common law of defamation’s general conformity with the *Charter*, it does not close the door to further changes in specific rules and doctrines. As Iacobucci J. observed in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670, “[j]udges can and should adapt the common law to reflect the changing social, moral and economic fabric of the country.” It is implicit in this duty that the courts will, from time to time, take a fresh look at the common law and re-evaluate its consistency with evolving societal expectations through the lens of *Charter* values.

[47] The guarantee of free expression in s. 2(b) of the *Charter* has three core rationales, or purposes: (1) democratic discourse; (2) truth-finding; and (3) self-fulfillment: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 976. These purposes inform the content of s. 2(b) and assist in determining what limits on free expression can be justified under s. 1.

[48] First and foremost, free expression is essential to the proper functioning of democratic governance. As Rand J. put it, “government by the free public opinion of an open society . . . demands the

[45] Dans *Hill*, la Cour s’est penchée sur l’argument voulant que, vu l’existence de la *Charte*, il y ait lieu de modifier le droit canadien en matière de diffamation. Exprimant l’opinion unanime de la Cour sur ce point, le juge Cory a refusé d’adopter la norme de la « malveillance véritable » formulée dans la décision américaine *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) qui reconnaît l’existence d’une immunité à l’égard des propos diffamatoires visant des titulaires d’une charge publique, à moins que la malveillance ne soit établie. Le juge Cory a cependant élargi quelque peu le principe reconnu de l’immunité relative à l’égard des comptes rendus de procédures judiciaires.

[46] Bien que l’arrêt *Hill* ait écarté la solution retenue dans *Sullivan* et confirmé la conformité générale avec la *Charte* des règles de common law relatives à la diffamation, il n’a pas pour autant fermé la porte à tout changement visant des règles ou des principes particuliers. Comme l’a signalé le juge Iacobucci dans *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670, « [l]es juges peuvent et doivent adapter la common law aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays. » Cette obligation suppose que les tribunaux poseront à l’occasion un regard neuf sur la common law et réévalueront sa compatibilité avec les attentes sociales en mutation, à la lumière des valeurs affirmées dans la *Charte*.

[47] Les raisons d’être fondamentales ou objectifs de la garantie relative à la liberté d’expression prévue à l’al. 2b) de la *Charte* sont triples : (1) le débat démocratique, (2) la recherche de la vérité et (3) l’épanouissement personnel : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976; elles en déterminent le contenu et aident à définir les limites à la liberté d’expression qui peuvent se justifier au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’article premier.

[48] Premièrement et avant tout, la liberté d’expression est essentielle à la saine gouvernance en démocratie. Comme le juge Rand l’a affirmé, [TRADUCTION] « un gouvernement, par le libre jeu

condition of a virtually unobstructed access to and diffusion of ideas”: *Switzman*, at p. 306.

[49] Second, the free exchange of ideas is an “essential precondition of the search for truth”: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 803, per McLachlin J. This rationale, sometimes known as the “marketplace of ideas”, extends beyond the political domain to any area of debate where truth is sought through the exchange of information and ideas. Information is disseminated and propositions debated. In the course of debate, misconceptions and errors are exposed. What withstands testing emerges as truth.

[50] Third, free expression has intrinsic value as an aspect of self-realization for both speakers and listeners. As the majority observed in *Irwin Toy*, at p. 976, “the diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment not only for the sake of those who convey a meaning, but also for the sake of those to whom it is conveyed”.

[51] Of the three rationales for the constitutional protection of free expression, only the third, self-fulfillment, is of dubious relevance to defamatory communications on matters of public interest. This is because the plaintiff’s interest in reputation may be just as worthy of protection as the defendant’s interest in self-realization through unfettered expression. We are not talking here about a direct prohibition of expression by the state, in which the self-fulfillment potential of even malicious and deceptive expression can be relevant (*R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731), but rather a means by which individuals can hold one another civilly accountable for what they say. *Charter* principles do not provide a licence to damage another person’s reputation simply to fulfill one’s atavistic desire to express oneself.

de l’opinion publique dans une société libre, [. . .] exige comme conditions un accès à peu près libre aux idées et leur diffusion sans entraves » : *Switzman*, p. 306.

[49] Deuxièmement, la libre circulation des idées est « un préalable essentiel de la recherche de la vérité » : *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 803, la juge McLachlin. Cette raison d’être, quelquefois appelée le « marché des idées », dépasse la sphère politique pour englober tout débat axé sur la recherche de la vérité par l’échange d’information et d’idées. De l’information est propagée et des propositions sont débattues. Dans le cadre du débat, des idées fausses et des erreurs sont exposées. Ce qui subsiste au terme de cette épreuve a valeur de vérité.

[50] Troisièmement, la liberté d’expression est intrinsèquement précieuse en tant que facteur d’épanouissement personnel tant de ceux qui s’expriment que des membres de leur auditoire. Comme la majorité de notre Cour l’a fait remarquer dans *Irwin Toy*, p. 976, « la diversité des formes d’enrichissement et d’épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l’égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l’égard de ceux à qui il est destiné ».

[51] Des trois raisons d’être de la protection constitutionnelle de la liberté d’expression, seule la troisième, l’épanouissement personnel, a plus ou moins de pertinence en matière de communication diffamatoire concernant une question d’intérêt public. Cela tient à ce que la réputation du demandeur peut mériter d’être protégée tout autant que l’épanouissement personnel passant par l’expression exempte d’entraves. Il n’est pas question ici d’une interdiction de s’exprimer décrétée par l’État, où même l’épanouissement personnel par l’expression malveillante ou trompeuse peut entrer en ligne de compte (*R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731), mais d’un moyen par lequel une personne peut en rechercher une autre en responsabilité civile en raison des propos que cette dernière a tenus. Les principes de la *Charte* n’autorisent personne à ternir la réputation d’autrui pour le simple assouvissement du désir atavique de s’exprimer.

[52] By contrast, the first two rationales for free expression squarely apply to communications on matters of public interest, even those which contain false imputations. The first rationale, the proper functioning of democratic governance, has profound resonance in this context. As held in *WIC Radio*, freewheeling debate on matters of public interest is to be encouraged, and must not be thwarted by “overly solicitous regard for personal reputation” (para. 2). Productive debate is dependent on the free flow of information. The vital role of the communications media in providing a vehicle for such debate is explicitly recognized in the text of s. 2(b) itself: “freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication”.

[53] Freedom does not negate responsibility. It is vital that the media act responsibly in reporting facts on matters of public concern, holding themselves to the highest journalistic standards. But to insist on court-established certainty in reporting on matters of public interest may have the effect of preventing communication of facts which a reasonable person would accept as reliable and which are relevant and important to public debate. The existing common law rules mean, in effect, that the publisher must be certain before publication that it can prove the statement to be true in a court of law, should a suit be filed. Verification of the facts and reliability of the sources may lead a publisher to a reasonable certainty of their truth, but that is different from knowing that one will be able to prove their truth in a court of law, perhaps years later. This, in turn, may have a chilling effect on what is published. Information that is reliable and in the public’s interest to know may never see the light of day.

[54] The second rationale — getting at the truth — is also engaged by the debate before us. Fear of being sued for libel may prevent the publication of information about matters of public

[52] Les deux premières raisons d’être de la protection de la liberté d’expression, en revanche, sont tout à fait pertinentes en matière de communication concernant des questions d’intérêt public, même si la communication est entachée de fausses imputations. La première, la saine gouvernance en démocratie, a une profonde résonance dans ce contexte. Comme la Cour l’a indiqué dans *WIC Radio*, il y a lieu d’encourager un débat ouvert sur les questions d’intérêt public, et il ne faut pas « vouer à la réputation personnelle une déférence exagérée » propre à le freiner (par. 2). Or, la libre circulation de l’information est nécessaire à un débat productif, et le libellé de l’al. 2b) lui-même reconnaît l’importance cruciale des médias pour la tenue d’un tel débat : « liberté de pensée, de croyance, d’opinion et d’expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ».

[53] La liberté n’évacue pas la responsabilité. Il est capital que les médias se conduisent de façon responsable lorsqu’ils couvrent des faits concernant des questions d’intérêt public et qu’ils se conforment aux normes les plus exigeantes du journalisme. Toutefois, exiger que la couverture des questions d’intérêt public atteigne à une certitude judiciaire peut aboutir à empêcher la communication de faits qu’une personne raisonnable tiendrait pour fiables et qui sont pertinents et importants pour le débat public. Dans leur état actuel, les règles de common law font en sorte qu’une information ne peut être communiquée que si le diffuseur est certain de pouvoir en prouver la véracité devant le tribunal en cas de poursuite. Le diffuseur qui vérifie les faits et la fiabilité des sources peut parvenir à une certitude raisonnable quant à leur véracité, sans pour autant être assuré de pouvoir, peut-être des années plus tard, établir cette véracité en cour. Cette situation peut avoir un effet paralysant sur ce qui sera communiqué, et il est possible que des renseignements fiables et d’intérêt public ne soient ainsi jamais révélés.

[54] La question dont nous sommes saisis intéresse aussi la deuxième raison d’être de la garantie relative à la liberté d’expression : la recherche de la vérité. La crainte des poursuites en diffamation

interest. The public may never learn the full truth on the matter at hand.

[55] Against this, it is argued that false statements cannot advance the purposes of s. 2(b). This contention, however, is belied by the fact the existing defence of privilege concedes: sometimes the public interest requires that untrue statements should be granted immunity, because of the importance of robust debate on matters of public interest (e.g. Parliamentary privilege), or the importance of discussion and disclosure as a means of getting at the truth (e.g. police reports, employment recommendations).

[56] The argument also overlooks the fact that the *Charter's* s. 2(b) protection is not confined to statements that a person can ultimately prove are true. As Professor Boivin puts it:

Those who argue that false and defamatory publications have a weak claim to *Charter* protection omit to mention that it is only at trial, usually several years after publication, that a trier of fact determines whether a defence of justification is well founded. Moreover, it is only then that the defamatory nature of the publication is assessed. Surely freedom of expression encompasses more than statements which, after the fact, are either proven factually accurate or do not injure someone's reputation. [Emphasis added.]

(D. W. Boivin, “Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation” (1997), 22 *Queen's L.J.* 229, at p. 270)

[57] I conclude that media reporting on matters of public interest engages the first and second rationales of the freedom of expression guarantee in the *Charter*. The statement in *Hill* (at para. 106) that “defamatory statements are very tenuously related to the core values which underlie s. 2(b)” must be read in the context of that case. It is simply beyond debate that the limited defences available to press-related defendants may have the effect of inhibiting political discourse and debate on matters of public

peut empêcher la diffusion d'information concernant des questions d'intérêt public. Il se peut donc que le public ne sache jamais toute la vérité sur une question donnée.

[55] D'aucuns opposent que la fausseté ne saurait servir les fins de l'al. 2b). La défense d'immunité existante réfute toutefois cet argument puisqu'elle reconnaît que l'intérêt public exige parfois d'accorder une immunité à l'égard d'énoncés faux, en raison de l'importance de tenir des débats vigoureux sur les questions d'intérêt public (p. ex. l'immunité parlementaire) ou de l'importance de la discussion et de la divulgation en tant que moyens de parvenir à la vérité (p. ex. les rapports de police, les recommandations d'emploi).

[56] Cet argument fait également fi du fait que la protection conférée par l'al. 2b) de la *Charte* ne vise pas exclusivement les énoncés dont la véracité peut, à terme, être démontrée. Comme l'explique le professeur Boivin :

[TRADUCTION] Les tenants de l'opinion voulant que la protection conférée par la *Charte* aux publications fausses et diffamatoires est difficilement justifiable omettent de dire que ce n'est qu'au procès, habituellement plusieurs années après la diffusion, qu'un juge des faits statue sur le bien-fondé de la défense de justification. Qui plus est, ce n'est qu'à ce moment que la nature diffamatoire de l'énoncé est examinée. La liberté d'expression englobe assurément plus que les déclarations dont l'exactitude factuelle est démontrée plus tard ou qui ne portent atteinte à la réputation de personne. [Je souligne.]

(D. W. Boivin, « Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation » (1997), 22 *Queen's L.J.* 229, p. 270)

[57] Je conclus que la couverture de questions d'intérêt public par les médias relève des deux premières raisons d'être de la liberté d'expression garantie par la *Charte*. L'affirmation selon laquelle « les déclarations diffamatoires ont un lien très tenu avec les valeurs profondes qui sous-tendent l'al. 2b) » faite au par. 106 de l'arrêt *Hill* doit être replacée dans le contexte de cette affaire. Il ne fait pas l'ombre d'un doute que les moyens de défense limités dont dispose la presse peuvent entraver le

importance, and impeding the cut and thrust of discussion necessary to discovery of the truth.

[58] This brings me to the competing value: protection of reputation. Canadian law recognizes that the right to free expression does not confer a licence to ruin reputations. In assessing the constitutionality of the *Criminal Code*'s defamatory libel provisions, for example, the Court has affirmed that "[t]he protection of an individual's reputation from wilful and false attack recognizes both the innate dignity of the individual and the integral link between reputation and the fruitful participation of an individual in Canadian society": *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, at para. 48, *per* Cory J. This applies both to private citizens and to people in public life. People who enter public life cannot reasonably expect to be immune from criticism, some of it harsh and undeserved. But nor does participation in public life amount to open season on reputation.

[59] Related to the protection of reputation is a concern for personal privacy. This Court has recognized that protection of personal privacy is "intimately related" to the protection of reputation: *Hill*, at para. 121. While in other contexts privacy protection has been recognized as "essential for the well-being of the individual" (*R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427, *per* La Forest J.) and "an essential component of what it means to be 'free'" (*R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 113, *per* L'Heureux-Dubé J.), it does not figure prominently in defamation jurisprudence. One reason for this is that defamation law is concerned with providing recourse against *false* injurious statements, while the protection of privacy typically focusses on keeping *true* information from the public gaze. Legislation in several provinces provides a separate cause of action for the violation of privacy: see *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373, s. 1(1); *The Privacy Act*, R.S.S. 1978, c. P-24, s. 2; *The Privacy Act*, R.S.M. 1987, c. P125, s. 2(1); *Privacy Act*, R.S.N.L. 1990, c. P-22, s. 3. This said, protection

discours et le débat politiques sur des questions importantes pour le public et empêcher les attaques et ripostes inhérentes aux discussions nécessaires à la découverte de la vérité.

[58] Cela m'amène à la valeur opposée : la protection de la réputation. Le droit canadien reconnaît que la liberté d'expression n'autorise pas à ternir les réputations. Examinant, par exemple, la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* relatives au libelle diffamatoire, la Cour a affirmé que « [l]a protection de la réputation d'une personne contre les attaques mensongères délibérées reconnaît à la fois la dignité innée de la personne et le rapport intégral qui existe entre la réputation d'une personne et sa participation utile à la société canadienne » : *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 48, le juge Cory. Cette affirmation s'applique tant aux citoyens privés qu'aux personnalités publiques. Ceux qui entrent dans la sphère publique ne peuvent raisonnablement s'attendre à échapper aux critiques, dont certaines pourront être acerbes ou imméritées. La participation à la vie publique ne signifie pas pour autant que la chasse à la réputation est ouverte.

[59] Autre sujet de préoccupation, lié à la protection de la réputation : la vie privée. La Cour a reconnu que la protection de la vie privée est « étroitement liée » à la protection de la réputation : *Hill*, par. 121. Bien qu'il ait été reconnu, dans d'autres contextes, que la protection de la vie privée « est essentielle [au] bien-être [de la personne] » (*R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427, le juge La Forest) et constitue « un élément essentiel de ce que signifie être "libre" » (*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 113, la juge L'Heureux-Dubé), elle n'occupe pas une place prédominante dans la jurisprudence relative à la diffamation. Il en est notamment ainsi parce que le droit en cette matière vise à offrir des recours contre les énoncés diffamatoires *erronés* tandis que la protection de la vie privée vise généralement à soustraire des renseignements *exacts* aux regards du public. La législation de plusieurs provinces prévoit une cause d'action distincte en cas de violation du droit à la vie privée : voir, *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 373, par. 1(1); *The Privacy Act*, R.S.S. 1978, ch. P-24, art. 2; *Loi sur la*

of privacy may be a factor complementing the protection of reputation in the development of defamation law (see paras. 102 and 111 below).

[60] The Grant appellants argue that a defence based on the conduct of the defendant devalues the plaintiff's ability to vindicate reputation. A plaintiff's concern, it is said, is with the falsity of the libel, not the responsibility of the journalistic practices that led to its publication. To the extent that a revised defence shifts the focus of the litigation from the truth or falsity of the defamatory statements to the diligence of the defendant in verifying them, the plaintiff's very reason for bringing the suit is obscured.

[61] The answer to this argument lies in the fact that a balanced approach to libel law properly reflects both the interests of the plaintiff and the defendant. The law must take due account of the damage to the plaintiff's reputation. But this does not preclude consideration of whether the defendant acted responsibly, nor of the social value to a free society of debate on matters of public interest. I agree with Sharpe J.A. that the partial shift of focus involved in considering the responsibility of the publisher's conduct is an "acceptable price to pay for free and open discussion" (*Quan*, at para. 142).

[62] The protection offered by a new defence based on conduct is meaningful for both the publisher and those whose reputations are at stake. If the publisher fails to take appropriate steps having regard to all the circumstances, it will be liable. The press and others engaged in public communication on matters of public interest, like bloggers, must act carefully, having regard to the injury to reputation that a false statement can cause. A defence based on responsible conduct reflects the social concern that the media should be held accountable through the law of defamation. As Kirby P. stated in *Ballina*

*protection de la vie privée*, L.R.M. 1987, ch. P125, par. 2(1); *Privacy Act*, R.S.N.L. 1990, ch. P-22, art. 3. Cela étant dit, la protection de la vie privée peut servir de complément à la protection de la réputation pour l'élaboration du droit en matière de diffamation (voir par. 102 et 111 des présents motifs).

[60] Les appelants Grant soutiennent qu'un moyen de défense reposant sur la conduite du défendeur affaiblit la capacité du demandeur de laver sa réputation. Ce qui est en cause, du point de vue d'un demandeur, c'est la fausseté du libelle, non le caractère responsable des pratiques journalistiques ayant mené à sa diffusion. Un moyen de défense modifié qui donnerait davantage de poids à la diligence mise par le défendeur à vérifier les faits au détriment de l'examen de la véracité ou de la fausseté des énoncés diffamatoires obscurcirait la raison d'être même de l'action en diffamation.

[61] La réponse à cet argument réside dans le fait qu'une approche mesurée du droit relatif à la diffamation rend correctement compte tant des intérêts du demandeur que de ceux du défendeur. Le droit doit tenir compte du préjudice causé à la réputation du demandeur. Cela n'empêche toutefois pas l'examen du caractère responsable des actes du défendeur ni la prise en considération de la valeur sociale du débat sur des questions d'intérêt public pour une société libre. Je conviens avec le juge Sharpe que le changement d'orientation partiel que suppose l'examen du caractère responsable de la conduite du diffuseur est « un prix acceptable à payer en retour d'une discussion libre et ouverte » (*Quan*, par. 142).

[62] La protection offerte par un moyen de défense élargi reposant sur la conduite du défendeur est digne d'intérêt tant pour les diffuseurs que pour ceux dont la réputation est en jeu. Si le diffuseur ne prend pas les mesures qui s'imposent compte tenu de l'ensemble des circonstances, il engagera sa responsabilité. Étant donné les atteintes à la réputation qu'une fausse déclaration peut causer, la presse et ceux qui œuvrent dans la communication sur des questions d'intérêt public, comme les blogueurs, doivent faire preuve de prudence. Un moyen de défense fondé sur la conduite

*Shire Council v. Ringland* (1994), 33 N.S.W.L.R. 680 (C.A.), at p. 700: “The law of defamation is one of the comparatively few checks upon [the media’s] great power.” The requirement that the publisher of defamatory material act responsibly provides accountability and comports with the reasonable expectations of those whose conduct brings them within the sphere of public interest. People in public life are entitled to expect that the media and other reporters will act responsibly in protecting them from false accusations and innuendo. They are not, however, entitled to demand perfection and the inevitable silencing of critical comment that a standard of perfection would impose.

[63] It is also argued that a defence based on the conduct of the defendant may lead to costly and lengthy litigation over questions of journalistic practice about which claimants can have no advance knowledge: see A. T. Kenyon, “*Lange* and *Reynolds* Qualified Privilege: Australian and English Defamation Law and Practice” (2004), 28 *Melb. U.L. Rev.* 406, at p. 425. Of the relevant factors (see discussion of *Reynolds* below, at paras. 69-71) only the opportunity to respond to the allegation prior to publication is likely to lie within the plaintiff’s knowledge, making it hard for a potential plaintiff to judge the strength of her case, it is said.

[64] Again, the objection goes not so much to principle as to the particular test and procedures adopted. Whatever defence is accepted, it must be workable and fair to both plaintiff and defendant, as discussed in greater detail below. Procedural objections, however, do not negate the conclusion that the traditional test fails to protect reliable statements that are connected to the democratic discourse and truth-finding rationales for freedom of expression.

responsable est le reflet de la préoccupation sociale voulant que les médias devraient être tenus responsables grâce au droit en matière de diffamation. Comme l’a affirmé le président Kirby dans *Ballina Shire Council c. Ringland* (1994), 33 N.S.W.L.R. 680 (C.A.), [TRADUCTION] « [I]e droit en matière de diffamation est une des relativement rares mesures de contrôle du pouvoir considérable dont jouissent [les médias] » (p. 700). Exiger du diffuseur de propos diffamatoires qu’il agisse de façon responsable concorde avec les attentes raisonnables de ceux qui, par leurs actes, entrent dans la sphère de l’intérêt public et le responsabilise. En effet, les personnages publics ont le droit de s’attendre à ce que les médias et les autres diffuseurs agissent de façon responsable en les protégeant contre les fausses accusations et insinuations. En revanche, ils ne peuvent exiger ni la perfection ni la réduction au silence des commentaires critiques qui découlerait inévitablement de l’application d’une norme de perfection.

[63] On a aussi fait valoir qu’un moyen de défense fondé sur la conduite du défendeur peut mener à des litiges longs et coûteux sur des questions de pratique journalistique dont les demandeurs ne peuvent avoir aucune connaissance préalable : voir A. T. Kenyon, « *Lange* and *Reynolds* Qualified Privilege : Australian and English Defamation Law and Practice » (2004), 28 *Melb. U.L. Rev.* 406, p. 425. Le seul des facteurs applicables (voir l’analyse de la décision *Reynolds*, ci-après, aux par. 69-71) dont le demandeur est susceptible d’avoir connaissance est celui de la possibilité qui lui a ou non été offerte de répondre aux allégations avant leur diffusion, de sorte qu’il peut être difficile pour un demandeur potentiel d’évaluer la solidité de sa cause.

[64] Encore une fois, cette objection concerne moins les principes que les critères et la procédure retenus. Comme nous le verrons plus en détail ultérieurement, quel que soit le moyen de défense accepté, il doit être fonctionnel et équitable tant pour le demandeur que pour le défendeur. Les objections procédurales, toutefois, ne réfutent pas la conclusion que le test classique ne protège pas les énoncés fiables liés au débat démocratique et la recherche de la vérité, éléments fondateurs de la liberté d’expression.

[65] Having considered the arguments on both sides of the debate from the perspective of principle, I conclude that the current law with respect to statements that are reliable and important to public debate does not give adequate weight to the constitutional value of free expression. While the law must protect reputation, the level of protection currently accorded by the law — in effect a regime of strict liability — is not justifiable. The law of defamation currently accords no protection for statements on matters of public interest published to the world at large if they cannot, for whatever reason, be proven to be true. But such communications advance both free expression rationales mentioned above — democratic discourse and truth-finding — and therefore require some protection within the law of defamation. When proper weight is given to the constitutional value of free expression on matters of public interest, the balance tips in favour of broadening the defences available to those who communicate facts it is in the public's interest to know.

(b) *The Argument on the Jurisprudence*

[66] A consideration of the jurisprudence of other common law democracies favours replacing the current Canadian law governing redress for defamatory statements of fact on matters of public interest, with a rule that gives greater scope to freedom of expression while offering adequate protection of reputation. Different countries canvassed have taken different approaches. Most, however, give more weight to the value of freedom of expression and robust public debate than does the traditional Canadian approach.

[67] In *Sullivan*, the United States Supreme Court applied the First Amendment's free speech guarantee to hold that a "public official" cannot recover in defamation absent proof that the defendant was motivated by "actual malice", meaning knowledge

[65] Ayant examiné les arguments fondés sur des considérations de principe invoqués de part et d'autre, je conclus que les règles de droit actuelles en ce qui a trait aux énoncés fiables et importants pour le débat public n'accordent pas un poids suffisant à la valeur constitutionnelle de la liberté d'expression. Bien que la réputation doit recevoir une protection juridique, celle dont elle jouit actuellement — qui constitue en fait un régime de responsabilité stricte — n'est pas justifiable. Le droit en matière de diffamation n'accorde actuellement aucune protection aux énoncés portant sur des questions d'intérêt public publiés sans destinataire précis s'il est impossible, pour une raison ou pour une autre, d'en prouver la véracité. Or, ce type d'énoncés favorisent les deux raisons d'être de la liberté d'expression dont il a été question précédemment — le débat démocratique et la recherche de la vérité — et il est donc nécessaire que le droit en matière de diffamation leur accorde une certaine protection. L'attribution du poids qui lui revient à la valeur constitutionnelle de la liberté d'expression relativement à des questions d'intérêt public fait pencher la balance pour l'élargissement de la gamme des moyens de défense dont disposent ceux qui communiquent des faits que le public a intérêt à connaître.

b) *Les arguments tirés de la jurisprudence*

[66] L'examen de la jurisprudence d'autres pays démocratiques de common law favorise le remplacement des règles appliquées actuellement au Canada en matière de réparation pour énoncés de faits diffamatoires concernant des questions d'intérêt public par une règle qui donne plus de portée à la liberté d'expression tout en protégeant adéquatement la réputation. Les approches varient selon les pays dont la jurisprudence a été examinée, mais la plupart d'entre elles accordent plus de poids à la liberté d'expression et à la vigueur du débat public que ne le fait l'approche canadienne classique.

[67] Dans *Sullivan*, la Cour suprême des États-Unis a donné effet à la liberté d'expression garantie par le Premier amendement et statué qu'un [TRADUCTION] « titulaire d'une charge publique » ne peut obtenir de dommages-intérêts pour



of falsity or reckless indifference to truth. In subsequent cases, the “actual malice” rule was extended to apply to all “public figures”, not only people formally involved in government or politics: *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967). *Sullivan* and its progeny have made it extremely difficult for anyone in the public eye to sue successfully for defamation. In the contest between free expression and reputation protection, free expression decisively won the day.

[68] Commonwealth courts have rejected the precise balance struck in *Sullivan* between free expression and protection of reputation. However, the law has begun to shift in favour of broader defences for press defendants, most prominently in England, but also in Australia (*Lange v. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 145 A.L.R. 96 (H.C.)), New Zealand (*Lange v. Atkinson*, [1998] 3 N.Z.L.R. 424 (C.A.) (“*Lange v. Atkinson No. 1*”); *Lange v. Atkinson*, [2000] 1 N.Z.L.R. 257 (P.C.) (“*Lange v. Atkinson No. 2*”); *Lange v. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385 (C.A.) (“*Lange v. Atkinson No. 3*”), and South Africa (*Du Plessis v. De Klerk*, 1996 (3) SA 850 (CC); *National Media Ltd. v. Bogoshi*, 1998 (4) SA 1196 (SCA)).

(i) United Kingdom

[69] *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609, marked a decisive departure from the traditional pro-reputation orientation of defamation law in England. The case involved allegations of improper dealing by an Irish politician. The House of Lords, for the first time, recognized that “freedom to disseminate and receive information on political matters is essential to the proper functioning of the system of parliamentary democracy”, (p. 621) and that the news media plays a vital role in furthering that interest. It followed that the law of defamation should provide greater protection to

diffamation sans la preuve que le défendeur était animé d’une [TRADUCTION] « malveillance véritable », c’est-à-dire qu’il avait connaissance de la fausseté ou qu’il manifestait une insouciance téméraire à l’égard de la vérité. Dans des arrêts subséquents, la règle de la « malveillance véritable » a été élargie et appliquée à tous les personnages publics et non aux seuls membres du gouvernement ou politiciens : *Curtis Publishing Co. c. Butts*, 388 U.S. 130 (1967). Depuis l’arrêt *Sullivan* et ceux qui l’ont suivi, les poursuites en diffamation intentées par des personnes en vue sont très rarement accueillies. La liberté d’expression a ainsi remporté une victoire décisive dans la lutte qui l’oppose à la protection de la réputation.

[68] Les tribunaux du Commonwealth ont rejeté l’équilibre précis entre la liberté d’expression et la protection de la réputation établi dans *Sullivan*. Toutefois, le droit a commencé à favoriser l’élargissement de la gamme des moyens de défense dont disposent les médias. Le phénomène est plus perceptible en Angleterre, mais il s’observe aussi en Australie (*Lange c. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 145 A.L.R. 96 (H.C.)), en Nouvelle-Zélande (*Lange c. Atkinson*, [1998] 3 N.Z.L.R. 424 (C.A.) (« *Lange c. Atkinson n° 1* »); *Lange c. Atkinson*, [2000] 1 N.Z.L.R. 257 (C.P.) (« *Lange c. Atkinson n° 2* »); *Lange c. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385 (C.A.) (« *Lange c. Atkinson n° 3* »)), et en Afrique du Sud (*Du Plessis c. De Klerk*, 1996 (3) SA 850 (CC); *National Media Ltd. c. Bogoshi*, 1998 (4) SA 1196 (CSA)).

(i) Le Royaume-Uni

[69] L’arrêt *Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609, a marqué une rupture décisive du droit anglais relatif à la diffamation avec l’orientation traditionnelle, favorable à la réputation. Dans cette affaire portant sur des allégations de malversation reprochée à un politicien irlandais, la Chambre des lords a reconnu pour la première fois que [TRADUCTION] « la liberté de diffuser et de recevoir de l’information sur des questions politiques est essentielle au bon fonctionnement de la démocratie parlementaire » (p. 621) et que les médias jouent un rôle crucial dans la poursuite

publications made on matters of public interest. A new standard was pronounced — responsible journalism. Effectively, the House of Lords recognized a compelling duty on the press to publish such reports and a corresponding interest on the part of the public in receiving them.

[70] In order to determine whether a publication should be covered by responsible journalism, Lord Nicholls provided a list of considerations which have come to be known as the “*Reynolds* factors” (at p. 626):

(1) The seriousness of the allegation. The more serious the charge, the more the public is misinformed and the individual harmed, if the allegation is not true. (2) The nature of the information, and the extent to which the subject matter is a matter of public concern. (3) The source of the information. Some informants have no direct knowledge of the events. Some have their own axes to grind, or are being paid for their stories. (4) The steps taken to verify the information. (5) The status of the information. The allegation may have already been the subject of an investigation which commands respect. (6) The urgency of the matter. News is often a perishable commodity. (7) Whether comment was sought from the plaintiff. He may have information others do not possess or have not disclosed. An approach to the plaintiff will not always be necessary. (8) Whether the article contained the gist of the plaintiff’s side of the story. (9) The tone of the article. A newspaper can raise queries or call for an investigation. It need not adopt allegations as statements of fact. (10) The circumstances of the publication, including the timing.

Lord Nicholls made clear that the ultimate determination of responsibility would be a legal question for the judge, though he allowed that any dispute of “primary fact” would be decided by the jury (p. 626).

[71] *Reynolds* was quickly recognized as a “media-friendly” development. In practical terms, however, *Reynolds* only partially succeeded in changing the landscape. The ten *Reynolds* factors

de cet intérêt. La Chambre des lords a conclu en conséquence que les règles de droit applicables à la diffamation devaient protéger davantage les communications concernant des questions d’intérêt public et elle a formulé une nouvelle norme, celle du journalisme responsable. En fait, la Chambre des lords a reconnu l’existence d’un devoir impérieux qui incombe à la presse de publier de telles communications et d’un intérêt correspondant du public à recevoir l’information.

[70] Lord Nicholls a dressé une liste de points à prendre en compte pour déterminer si le journalisme responsable est applicable à la diffusion. Ces points ont par la suite été désignés sous le nom de « facteurs *Reynolds* » (p. 626) :

[TRADUCTION] (1) La gravité de l’allégation. Plus grave est l’accusation, plus le public est trompé et plus grand est le préjudice de la personne, si l’allégation est fautive. (2) La nature de l’information et la mesure dans laquelle le contenu est une affaire d’intérêt public. (3) La source de l’information. Certains informateurs n’ont pas une connaissance directe des événements. Certains travaillent pour leur intérêt personnel ou sont payés pour raconter l’affaire. (4) Les étapes à suivre pour vérifier l’information. (5) Le statut de l’information. L’allégation a déjà pu faire l’objet d’une enquête qui impose le respect. (6) L’urgence de l’affaire. Les nouvelles sont souvent des produits périssables. (7) Si l’on s’est renseigné auprès du requérant. Il peut disposer d’information que d’autres ne possèdent pas ou n’ont pas divulguées. Il n’est pas toujours nécessaire de se renseigner auprès du requérant. (8) Si l’article contenait l’essentiel de la version du requérant. (9) Le ton de l’article. Un journal peut soulever des questions ou demander une enquête. Il n’a pas besoin d’adopter les allégations comme des énoncés des faits. (10) Les circonstances de la publication, notamment le moment où elle paraît.

Lord Nicholls a clairement indiqué que, ultimement, l’appréciation du caractère responsable constituait une question juridique relevant du juge, et reconnu malgré tout que les différends relatifs aux [TRADUCTION] « faits principaux » seraient tranchés par le jury (p. 626).

[71] On a rapidement qualifié *Reynolds* de précédent « favorable aux médias ». En pratique toutefois, l’arrêt n’a pas entièrement réussi à changer le paysage. Les dix facteurs *Reynolds* se sont révélés

proved difficult to apply. Some courts saw them as merely an illustrative list of possible considerations, while others viewed them as a complete code for what constitutes responsible journalism. Journalists and publishers, for their part, found it difficult to anticipate what kind of conduct would satisfy the *Reynolds* criteria, applied with the benefit of judicial hindsight. (See, e.g., R. L. Weaver et al., “Defamation Law and Free Speech: *Reynolds v. Times Newspapers* and the English Media” (2004), 37 *Vand. J. Transnat’l L.* 1255, at pp. 1303-7.) As one commentator has observed:

... the *Reynolds* defence virtually never succeeded because the 10 pointers of responsible journalism were treated by the judges as hurdles to be surmounted. The judges applied a dollop of hindsight, finding something which *they*, as a responsible editor or journalist, would have done differently. The *Reynolds* defence spawned satellite litigation where, often for understandable reasons, the underlying facts could not be proved and much time and money had to be spent on analysing how the story was constructed. Anonymous sources tended to be viewed with suspicion and juries were given a complex list of factual issues to decide, sometimes with confusing directions as to the presumption of falsity which served to push them in the direction of disbelieving what the journalists said. [Emphasis in original.]

(D. Hooper, “The Importance of the Jameel Case”, [2007] *Ent. L.R.* 62, at p. 62. See also A. J. Bonnington, “Reynolds Rides Again” (2006), 11 *Comms. L.* 147.)

[72] The House of Lords addressed this uncertainty in *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359. The defendant Wall Street Journal Europe had published an article, shortly after September 11, 2001, revealing that the bank accounts of certain prominent Saudi Arabian businessmen, including the plaintiff, were being monitored for possible terrorist connections by Saudi authorities at the behest of the U.S. government, citing anonymous sources. The tone of the article was neutral and unsensational, and the article bore the indicia of responsible journalism. Nonetheless, the trial judge denied

difficiles à appliquer. Certains tribunaux n’y ont vu qu’une liste d’exemples pouvant être pris en considération, tandis que d’autres les ont perçus comme un code complet définissant le journalisme responsable. Les journalistes et diffuseurs, de leur côté, ont trouvé difficile de prévoir la conduite qui satisferait à la norme *Reynolds*, appliquée *a posteriori* par les tribunaux. (Voir, p. ex., R. L. Weaver et autres, « Defamation Law and Free Speech : *Reynolds v. Times Newspapers* and the English Media » (2004), 37 *Vand. J. Transnat’l L.* 1255, p. 1303-1307.) Comme l’a fait remarquer un commentateur :

[TRADUCTION] ... la défense *Reynolds* n’a presque jamais été reçue parce que les juges ont traité les dix indicateurs du journalisme responsable comme des obstacles à surmonter. Avec le recul dont ils bénéficiaient, ils ont relevé des choses qu’ils auraient faites différemment en tant que diffuseur ou journaliste responsable. La défense *Reynolds* a suscité des litiges satellites où, pour des raisons souvent faciles à comprendre, les faits sous-jacents ne pouvaient être prouvés et où il fallait consacrer beaucoup de temps et d’argent à l’examen de la genèse du reportage. Les sources anonymes ont été considérées avec suspicion, et les jurys se sont vu remettre des listes complexes de questions factuelles à trancher après avoir parfois reçu, concernant la présomption de fausseté, des directives embrouillées qui les poussaient à mettre en doute les dires des journalistes. [En italique dans l’original.]

(D. Hooper, « The Importance of the Jameel Case » [2007] *Ent. L.R.* 62, p. 62. Voir aussi A. J. Bonnington, « Reynolds Rides Again » (2006), 11 *Comms. L.* 147.)

[72] La Chambre des lords a levé cette incertitude dans *Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359, affaire qui portait sur un article publié peu après le 11 septembre 2001, par le journal défendeur, le Wall Street Journal Europe. Citant des sources anonymes, l’article révélait que, à la demande du gouvernement des États-Unis, les autorités saoudiennes surveillaient les comptes de banque d’hommes d’affaires saoudiens en vue (dont le demandeur), pour y déceler de possibles liens terroristes. L’article avait un ton mesuré et dénué de sensationnalisme et portait l’empreinte du journalisme responsable.

the defendants access to the *Reynolds* privilege, and the Court of Appeal upheld that denial on the sole ground that the paper had not waited long enough to hear back from the plaintiff before running the story.

[73] The House of Lords reversed the judgment of the Court of Appeal and held that the responsible journalism defence applied. It criticized the lower courts for applying the *Reynolds* factors restrictively as “a series of hurdles to be negotiated by a publisher” (para. 33, *per* Lord Bingham), rather than as an illustrative guide to what might constitute responsible journalism on the facts of a given case. Given that the defence was meant to foster free expression and a free press, its requirements should not be pitched so high as to make its availability all but illusory. The House of Lords also emphasized that the assessment of responsible journalism is not an invitation for courts to micro-manage the editorial practices of media organizations. Rather, a degree of deference should be shown to the editorial judgment of the players, particularly professional editors and journalists. For instance, a court should be slow to conclude that the inclusion of a particular defamatory statement was “unnecessary” and therefore outside the scope of the defence. As Lord Hoffmann put it:

The fact that the judge, with the advantage of leisure and hindsight, might have made a different editorial decision should not destroy the defence. That would make the publication of articles which are, *ex hypothesi*, in the public interest, too risky and would discourage investigative reporting. [para. 51]

The House of Lords also made clear that the defence is available to “anyone who publishes material of public interest in any medium”, not just journalists or media companies: *Jameel*, at para. 54, *per* Lord Hoffmann; *Seaga v. Harper*, [2008] UKPC 9, [2008] 1 All E.R. 965.

Le juge du procès a néanmoins refusé que les défendeurs se prévalent de l’immunité définie dans *Reynolds*, et la Cour d’appel a confirmé cette décision pour le seul motif que le journal n’avait pas attendu assez longtemps la réponse du demandeur avant de publier l’article.

[73] La Chambre des lords a infirmé le jugement de la Cour d’appel et statué que la défense de journalisme responsable était applicable. Elle a reproché aux tribunaux d’instances inférieures d’avoir appliqué les facteurs *Reynolds* de façon restrictive comme s’il s’agissait d’une [TRADUCTION] « série d’obstacles que le diffuseur devait franchir » (par. 33, lord Bingham) plutôt que d’un guide illustrant ce qui pouvait constituer du journalisme responsable compte tenu de faits donnés. En outre, elle a déclaré que, le moyen de défense visant à protéger la liberté d’expression et la liberté de la presse, il ne fallait pas l’assortir d’exigences rigoureuses au point d’en rendre l’application illusoire. La Chambre des lords a également souligné que les tribunaux ne devaient pas prendre prétexte de l’appréciation du caractère responsable du journalisme pour gérer de façon interventionniste les pratiques éditoriales des médias, mais qu’ils devaient plutôt en déférer au jugement des personnes en cause, en particulier des diffuseurs et des journalistes professionnels. Il faudrait, par exemple, qu’un tribunal fasse preuve de circonspection avant de conclure qu’un énoncé diffamatoire est [TRADUCTION] « inutile » et que, par suite, il n’est pas couvert par le moyen de défense. Comme l’a expliqué lord Hoffmann :

[TRADUCTION] Le fait qu’un juge, avec le temps de réflexion et le recul dont il jouit, puisse faire un choix éditorial différent ne devrait pas rendre la défense irrecevable. Cela ferait en effet de la publication d’articles qui sont, par hypothèse, d’intérêt public une entreprise trop risquée et découragerait le journalisme d’enquête. [par. 51]

La Chambre des lords a aussi clairement établi que [TRADUCTION] « quiconque diffuse du matériel d’intérêt public, quel que soit le média », peut invoquer le moyen de défense, pas seulement les journalistes ou les entreprises médiatiques : *Jameel*, par. 54, lord Hoffmann; *Seaga c. Harper*, [2008] UKPC 9, [2008] 1 All E.R. 965.

[74] *Jameel* has been welcomed as re-affirming the liberalizing tone of *Reynolds* and providing much-needed guidance for its application: see, e.g., K. Beattie, “New Life for the *Reynolds* ‘Public Interest Defence’? *Jameel v Wall Street Journal Europe*”, [2007] *E.H.R.L.R.* 81. But questions remain.

[75] One unresolved issue is whether the new defence is a species of privilege or a distinct defence. If the former, a further issue arises of whether it could be defeated by malice. The judges in *Jameel* discussed these issues but reached no consensus.

[76] Another unresolved issue is the status of so-called “reportage”. “Reportage” refers to defamatory statements clearly attributed to someone other than, and not adopted by, the defendant. On one view, reportage is simply the accurate reporting of facts — the fact of what someone said. Such reportage is essential, the media argue, to comprehensive coverage of public debate. Charges flung back and forth between contending factions in a dispute are themselves, it is argued, an essential part of the story, and will be understood by the public as such. However, the reporting of defamatory statements is barred by the “repetition rule” of defamation law, which holds that someone who repeats a defamatory statement is no less liable than the person who originated it. Recent cases suggest that this rule has been attenuated in the context of actions brought against media outlets, although whether as a distinct defence or as one of the factors to consider in applying the responsible journalism standard remains unclear: *Charman v. Orion Publishing Group Ltd.*, [2007] EWCA Civ 972, [2008] 1 All E.R. 750. I will return to this question below.

(ii) Australia

[77] Despite the absence of a constitutional bill of rights guaranteeing freedom of expression, the

[74] *Jameel* a été reçu comme une réaffirmation de la portée libérale de *Reynolds* apportant un éclairage fort utile quant à son application : voir, p. ex., K. Beattie, « New Life for the *Reynolds* “Public Interest Defence”? *Jameel v Wall Street Journal Europe* », [2007] *E.H.R.L.R.* 81. Il reste néanmoins des questions à trancher.

[75] Parmi elles figure celle de savoir si ce nouveau moyen de défense constitue un type d’immunité — auquel cas il faut ensuite se demander si la malveillance interdit de s’en prévaloir — ou un moyen de défense distinct. Ces questions ont été examinées dans *Jameel*, sans qu’il s’en dégage un consensus.

[76] Le statut de la « relation de propos » fait elle aussi partie des questions non résolues. La « relation de propos » vise des propos diffamatoires clairement attribués à un tiers et que le défendeur n’a pas faits siens. Certains considèrent la relation de propos comme un simple compte rendu exact de faits — soit le fait qu’une personne a tenu certains propos. Les médias font valoir pour leur part que la relation de propos est essentielle à la couverture exhaustive du débat public. Selon eux, les accusations que se lancent des factions opposées constituent en elles-mêmes un aspect essentiel des faits relatés, et le public les prendra pour ce qu’elles sont. Toutefois, la règle du droit de la diffamation dite de la « répétition » — suivant laquelle celui qui répète des propos diffamatoires n’est pas moins responsable que celui qui en est à l’origine — interdit de rapporter les déclarations diffamatoires. Il appert de décisions récentes que cette règle aurait été assouplie à l’égard des médias, mais sans qu’on sache clairement si la relation de propos constitue un moyen de défense distinct ou un des facteurs à prendre en considération dans l’examen de la défense de journalisme responsable : *Charman c. Orion Publishing Group Ltd.*, [2007] EWCA Civ 972, [2008] 1 All E.R. 750. Je me pencherai à nouveau sur cette question ultérieurement.

(ii) Australie

[77] En dépit de l’inexistence, en Australie, d’une charte des droits et libertés constitutionnelle

High Court of Australia has increased the protection afforded to the media on factual reports. In *Lange v. Australian Broadcasting Corp.*, a case involving a former prime minister of New Zealand, the High Court confirmed the existence of a qualified privilege for publications on “government and political matters”, established earlier in *Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1. The High Court held that “each member of the Australian community has an interest in disseminating and receiving information, opinions and arguments concerning government and political matters that affect the people of Australia [a category that, while broad, does not extend to all matters of public interest]. The duty to disseminate such information is simply the correlative of the interest in receiving it” (p. 115). *Lange* defined “government and political matters” relatively narrowly to cover matters within the sphere of electoral politics, whether at a local, state, or federal level, adding that “discussion of matters concerning the United Nations or other countries may be protected by the extended defence of qualified privilege” (p. 115).

[78] The burden rests on the defendant to show that publishing the information was reasonable in the circumstances. The defendant’s conduct “will not be reasonable unless the defendant had reasonable grounds for believing that the imputation was true, took proper steps, so far as they were reasonably open, to verify the accuracy of the material and did not believe the imputation to be untrue” (*Lange*, at p. 118). “Reasonableness” may also require the publisher to seek a response from the person being defamed.

[79] In its focus on reasonableness, *Lange* resembles *Reynolds* and *Jameel*. There are indications, however, that *Lange*’s reasonableness requirement has been applied more stringently than the

garantissant la liberté d’expression, la Haute Cour de ce pays a accru la protection accordée aux médias relativement aux comptes rendus factuels. Dans *Lange c. Australian Broadcasting Corp.*, une affaire mettant en cause l’ancien premier ministre de la Nouvelle-Zélande, la Haute Cour a confirmé l’existence d’une immunité relative quant aux publications portant sur les « questions gouvernementales et politiques » établie auparavant par *Theophanous c. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1. La Haute Cour a statué que [TRADUCTION] « chaque membre de la communauté australienne a intérêt à ce que l’information, les opinions et les points de vue concernant les questions gouvernementales et politiques qui affectent les Australiens [une catégorie qui, quoique large, n’englobe pas toutes les questions d’intérêt public] soient diffusés et reçus. Le devoir de diffuser cette information n’est que le corrélatif de l’intérêt à la recevoir » (p. 115). L’arrêt *Lange* a défini les « questions gouvernementales et politiques » relativement étroitement, de façon à ce qu’elles englobent les sujets qui appartiennent à la sphère de la politique électorale, aux échelons tant local, qu’étatique ou fédéral, ajoutant que [TRADUCTION] « les propos relatifs à des questions concernant les Nations Unies ou d’autres pays peuvent être protégés par le moyen de défense élargi d’immunité relative » (p. 115).

[78] Selon ce régime, il incombe au défendeur de démontrer que la diffusion de l’information était raisonnable dans les circonstances. Sa conduite [TRADUCTION] « ne sera pas jugée raisonnable à moins qu’il ait eu des motifs raisonnables de croire que l’allégation était véridique, qu’il ait pris les mesures nécessaires, si tant est qu’elles puissent raisonnablement être prises, pour vérifier l’exactitude de l’information et qu’il n’ait pas cru que les allégations étaient fausses » (*Lange*, p. 118). Pour qu’il soit possible de conclure à la « raisonabilité », il est possible qu’il faille exiger du diffuseur qu’il ait sollicité le point de vue de la personne diffamée.

[79] Du fait qu’il met l’accent sur la raisonabilité, l’arrêt *Lange* ressemble aux décisions *Reynolds* et *Jameel*. Il appert toutefois de certains indices que la norme du caractère raisonnable établie dans

responsibility test under its English counterparts: see Kenyon, at p. 432.

(iii) New Zealand

[80] New Zealand's courts have modified the common law defence of qualified privilege in a manner broadly similar to the Australian approach. Coincidentally, the leading New Zealand cases also involved former prime minister David Lange as plaintiff: see *Lange v. Atkinson Nos. 1, 2 and 3*. In *Lange v. Atkinson No. 1*, the Court of Appeal announced a qualified privilege for "generally-published statements which directly concern the functioning of representative and responsible government, including statements about the performance or possible future performance of specific individuals in elected public office" (p. 468), basing their decision largely on New Zealand's democratic traditions and the specific dictates of the *Bill of Rights Act 1990*. Contrary to the Australian position, however, the court imposed no reasonableness requirement on the *prima facie* availability of the defence. Rather, evidence of irresponsibility can be adduced by the plaintiff to show that the privilege has been misused.

[81] In *Lange v. Atkinson No. 3*, on remand from the Privy Council, the Court of Appeal re-affirmed its earlier decision, rejecting *Reynolds* as ill-suited to New Zealand's needs and realities. Among the court's criticisms of *Reynolds* was the view that it devalued the traditionally central role of the jury in libel trials by placing the key determination in the hands of the judge, a concern that also arises in the case at bar. More fundamentally, the court opined that "the *Reynolds* decision appears to alter the structure of the law of qualified privilege in a way which adds to the uncertainty and chilling effect almost inevitably present in this area of law" (para. 38). The Court of Appeal's solution was to reject

*Lange* a été appliquée plus rigoureusement que le critère de la raisonnable ne l'a été par les tribunaux anglais : voir Kenyon, p. 432.

(iii) Nouvelle-Zélande

[80] Les tribunaux néo-zélandais ont apporté, au moyen de la défense d'immunité relative reconnu par la common law, des modifications très similaires à celles adoptées par les tribunaux australiens. Par pure coïncidence, les arrêts de principe néo-zélandais concernaient aussi l'ancien premier ministre David Lange, à titre de demandeur : voir *Lange c. Atkinson nos 1, 2 et 3*. Dans *Lange c. Atkinson n° 1*, la Cour d'appel a annoncé la création d'une immunité relative pour [TRADUCTION] « les déclarations publiées à l'intention du public en général qui portent directement sur le fonctionnement des gouvernements représentatifs et responsables, y compris les déclarations relatives aux réalisations ou possibles réalisations futures d'individus titulaires de charges publiques électives » (p. 468). Cette décision était fondée en grande partie sur les traditions démocratiques de la Nouvelle-Zélande et sur les exigences du *Bill of Rights Act 1990*. Contrairement à la position adoptée par les tribunaux australiens, celle préconisée par la Cour d'appel n'a toutefois pas subordonné le recours au moyen de défense à la preuve de la raisonnable. Au contraire, elle prévoit que le demandeur peut présenter des éléments de preuve d'irresponsabilité pour démontrer que l'immunité a été utilisée à mauvais escient.

[81] Dans *Lange c. Atkinson n° 3*, après que la cause lui eût été renvoyée par le Conseil privé, la Cour d'appel a confirmé sa décision antérieure rejetant *Reynolds*, jugeant cette décision mal adaptée aux besoins et aux réalités de la Nouvelle-Zélande. La Cour d'appel a critiqué *Reynolds*, notamment parce qu'elle était d'avis que cette décision dévaluait le rôle central traditionnel du jury dans les procès pour libelle en conférant au juge le pouvoir de trancher le sujet-clé, une question qui se pose également dans le présent pourvoi. Plus fondamentalement, la Cour d'appel a émis l'opinion que [TRADUCTION] « la décision *Reynolds* semble modifier la structure du droit à l'immunité relative

any requirement of reasonableness or diligence in determining the scope of the privilege itself. In the result, the scope of privileged subject matter in New Zealand is narrower than in the United Kingdom, but within that domain New Zealand law may offer stronger protection.

(iv) South Africa

[82] Developments in South Africa have generally paralleled those in the other jurisdictions just discussed, the U.K. most particularly. In *Du Plessis*, the Constitutional Court of South Africa considered and rejected an argument that the common law of defamation should be liberalized and constitutionalized along the lines of *Sullivan*. The court held that s. 15 of the Constitution — the free expression guarantee — did “not mandate any particular rule of common law” (p. 885) because the guarantee does not apply directly to disputes between private litigants. However, echoing the Canadian “*Charter values*” approach, it held that the common law ought to be developed by courts in a manner consistent with constitutional values.

[83] The Supreme Court of Appeal subsequently adopted a responsible journalism defence in *Bogoshi*. Writing for the court, Hefer J.A. held that “the publication in the press of false defamatory allegations of fact will not be regarded as unlawful if, upon a consideration of all the circumstances of the case, it is found to have been reasonable to publish the particular facts in the particular way and at the particular time” (p. 1212). Approving of this approach in the Constitutional Court, Sachs J. recently commented that “[i]n *Bogoshi* the SCA developed in a way that was sensitive to contemporary concerns and realities, a well-weighted

de telle sorte qu’elle ajoute à l’incertitude et à l’effet paralysant presque inévitablement présent dans ce domaine du droit » (par. 38). La Cour d’appel a choisi de rejeter toute exigence de raisonabilité ou de diligence pour délimiter la portée de l’immunité en tant que telle. Par conséquent, l’étendue des sujets couverts par l’immunité est plus restreinte en Nouvelle-Zélande qu’au Royaume-Uni, mais ceux qui le sont peuvent jouir d’une plus grande protection en Nouvelle-Zélande.

(iv) Afrique du Sud

[82] Le courant jurisprudentiel en Afrique du Sud a suivi, pour l’essentiel, celui des autres juridictions dont je viens de traiter, et plus particulièrement celui du Royaume-Uni. Dans *Du Plessis*, la Cour constitutionnelle de l’Afrique du Sud a examiné, puis rejeté, un argument voulant que les règles de la common law relatives à la diffamation devraient être libéralisées et inscrites dans la Constitution conformément aux principes énoncés dans *Sullivan*. La Cour constitutionnelle a conclu que l’art. 15 de la Constitution — qui garantit la liberté d’expression — [TRADUCTION] « ne commandait pas l’énoncé d’une règle particulière de common law » (p. 885) parce que la garantie qui y figure ne s’applique pas directement aux litiges qui opposent des particuliers. En revanche, faisant écho à l’approche canadienne fondée sur les « valeurs consacrées par la *Charte* », la Cour constitutionnelle a conclu que les tribunaux devaient pouvoir faire évoluer la common law dans le respect des valeurs constitutionnelles.

[83] Ultérieurement, la Cour suprême d’appel a consacré l’existence d’une défense de journalisme responsable dans *Bogoshi*. S’exprimant au nom de la cour, le juge Hefer a conclu que [TRADUCTION] « la publication dans les médias d’allégations de fait diffamatoires erronées ne sera pas jugée illégale si, compte tenu de l’ensemble des circonstances de l’affaire, il est estimé qu’il a été raisonnable de diffuser les faits particuliers en cause, de la manière particulière et au moment particulier choisis pour le faire » (p. 1212). Souscrivant à cette approche pour la Cour constitutionnelle, le juge Sachs a affirmé récemment que [TRADUCTION] « [d]ans *Bogoshi*, la



means of balancing respect for individual personality rights with concern for freedom of the press”: *N.M. v. Smith*, [2007] ZACC 6, 2007 (5) SA 250, at para. 203. See also *Khumalo v. Holomisa*, [2002] ZACC 12, 2002 (5) SA 401; *Mthembi-Mahanyele v. Mail & Guardian Ltd.*, [2004] ZASCA 67, 2004 (6) SA 329.

[84] The effect of *Bogoshi* has been to establish in South African law a reasonableness defence resembling *Reynolds* in most respects, but naturally with its own distinctive features elaborated in the jurisprudence.

(c) *Conclusion*

[85] A number of countries with common law traditions comparable to those of Canada have moved in recent years to modify the law of defamation to provide greater protection for communications on matters of public interest. These developments confront us with a range of possibilities. The traditional common law defence of qualified privilege, which offered no protection in respect of publications to the world at large, situates itself at one end of the spectrum of possible alternatives. At the other end is the American approach of protecting all statements about public figures, unless the plaintiff can show malice. Between these two extremes lies the option of a defence that would allow publishers to escape liability if they can establish that they acted responsibly in attempting to verify the information on a matter of public interest. This middle road is the path chosen by courts in Australia, New Zealand, South Africa and the United Kingdom.

[86] In my view, the third option, buttressed by the argument from *Charter* principles advanced earlier, represents a reasonable and proportionate response to the need to protect reputation while sustaining the public exchange of information that is vital to modern Canadian society.

CSA a élaboré, en se souciant des préoccupations et des réalités contemporaines, une approche bien équilibrée pour mettre en balance le respect des droits individuels d’une part et les préoccupations relatives à la liberté de la presse d’autre part » : *N.M. c. Smith*, [2007] ZACC 6, 2007 (5) SA 250, par. 203. Voir aussi *Khumalo c. Holomisa*, [2002] ZACC 12, 2002 (5) SA 401; *Mthembi-Mahanyele c. Mail & Guardian Ltd.*, [2004] ZASCA 67, 2004 (6) SA 329.

[84] *Bogoshi* a eu pour effet de créer, dans le droit sud africain, une défense de raisonabilité semblable pour l’essentiel à celle établie par *Reynolds*, mais, bien entendu dotée de caractéristiques distinctes élaborées par la jurisprudence.

c) *Conclusion*

[85] Au cours des dernières années, des pays appliquant un régime de common law semblable au nôtre ont modifié les règles relatives à la diffamation applicables chez eux de façon à accorder une plus grande protection aux communications concernant des questions d’intérêt public. Ces initiatives nous placent devant un éventail de possibilités. La défense classique d’immunité relative reconnue par la common law, qui ne confère aucune protection en ce qui a trait aux publications qui n’ont pas de destinataire précis, se situe à une extrémité de l’éventail des possibilités. À l’autre extrémité de l’éventail, on retrouve l’approche américaine qui protège toute déclaration visant un personnage public sauf si le demandeur peut prouver qu’il y a eu malveillance. Entre ces deux extrêmes se situe un moyen de défense qui permettrait aux diffuseurs de s’exonérer en établissant qu’ils ont agi de façon responsable en tentant de vérifier l’information communiquée au sujet d’une question d’intérêt public. Cette voie mitoyenne est celle qu’ont choisie les tribunaux d’Australie, de Nouvelle-Zélande, d’Afrique du Sud et du Royaume-Uni.

[86] À mon avis, cette troisième option, étayée par l’argument fondé sur la *Charte* exposé précédemment, constitue une réponse raisonnable et proportionnelle à la nécessité de protéger les réputations tout en permettant l’échange public d’information fondamental pour la société canadienne moderne.

[87] What remains to be decided is how, consistent with *Charter* values, the new defence should be formulated.

B. *The Elements of the Defence of Responsible Communication*

(1) Preliminary Issues

[88] The first preliminary issue is whether the defence should be considered a new defence or an extension of the traditional defence of qualified privilege.

[89] In *Reynolds*, the House of Lords saw itself as extending the traditional law of qualified privilege in a manner appropriate to the realities of contemporary media and the imperative of free expression. Effectively, the Law Lords decided that the media has a “duty” to report on a matter of public interest and the public has a corresponding “interest” in receiving such a report. Whether the duty and interest had crystallized into a privilege in the particular case depended on whether the defendant had acted responsibly, having regard to Lord Nicholls’ non-exhaustive list of factors.

[90] The introduction of the *Reynolds* factors into the analysis, amounting in effect to a due diligence test, produced an uneasy fit with the traditional model of qualified privilege, which looked only to the occasion on which the communication was made. The conduct of the defendant was only relevant after the privilege had already been established, to show whether it was defeated by malice. By contrast, under *Reynolds*, the defendant’s conduct became the dominant focus of the inquiry.

[91] This led some courts and commentators to argue that *Reynolds* had introduced a substantially new defence into the law of defamation. For instance, in *Loutchansky v. Times Newspapers Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652, at para. 35, Lord Phillips, M.R. (as he then

[87] Il nous reste à présent à définir, en nous fondant sur les valeurs énoncées dans la *Charte*, le contenu de ce nouveau moyen de défense.

B. *Les éléments de la défense de communication responsable concernant des questions d’intérêt public*

(1) Les questions préliminaires

[88] Il nous faut premièrement déterminer si la défense doit être considérée comme un nouveau moyen de défense ou comme l’extension de l’immunité relative classique.

[89] Dans *Reynolds*, la Chambre des lords a estimé qu’elle élargissait les règles classiques de l’immunité relative pour les adapter à la réalité contemporaine des médias et aux impératifs de la liberté d’expression. De fait, les lords juges ont statué que les médias avaient, relativement aux questions d’intérêt public, un « devoir » de rendre compte auquel correspondait un « intérêt » du public à être ainsi renseigné. L’applicabilité, dans un cas donné, d’une immunité résultant de ce devoir et de cet intérêt dépendait du caractère responsable de la conduite du défendeur, compte tenu de la liste non exhaustive de facteurs dressée par lord Nicholls.

[90] Les facteurs *Reynolds* — équivalant en fait à un test de diligence raisonnable — ne se sont pas intégrés harmonieusement au modèle classique de l’immunité relative axé uniquement sur les circonstances de la communication. En effet, selon ce modèle, la conduite du défendeur ne devenait pertinente qu’une fois l’applicabilité de l’immunité établie, pour déterminer si la malveillance y faisait échec. Or, suivant *Reynolds*, la conduite du défendeur devenait plutôt le point central de l’examen.

[91] C’est pourquoi des tribunaux et des commentateurs en sont venus à considérer que *Reynolds* avait introduit un moyen de défense sensiblement nouveau en matière de diffamation. Par exemple, dans *Loutchansky c. Times Newspapers Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652,

was), opined that the *Reynolds* privilege is “a different jurisprudential creature from the traditional form of privilege from which it sprang”.

[92] The majority of the Law Lords in *Jameel* maintained the view that “*Reynolds* privilege” or “responsible journalism” rests at least notionally on the duty/interest analysis associated with qualified privilege. However, Lord Hoffmann, with the concurrence of Baroness Hale, insisted that responsible journalism could not be assimilated to traditional qualified privilege, adopting Lord Phillips’ view that it is “a different jurisprudential creature”. It is not the occasion which is protected by the new defence, but the published material itself. (See also Brown, vol. 4, at pp. 27-45 and 27-46, fn. 116.) Furthermore, it makes little sense to speak of an assertion of responsible journalism being defeated by proof of malice, because the absence of malice is effectively built into the definition of responsible journalism itself.

[93] Characterizing the change to the law as introducing a new defence is also supported by the fact that many forms of qualified privilege would not be well served by opening up the privilege to media publications. The duties and interests of people communicating and receiving job references or police reports are definable with some precision and involve a genuine reciprocity. The reciprocal duty and interest involved in a journalistic publication to the world at large, by contrast, is largely notional.

[94] The traditional duty/interest framework works well in its established settings of qualified privilege. These familiar categories should not be compromised or obscured by the addition of a broad new privilege based on public interest.

par. 35, lord Phillips, maître des rôles (maintenant président de la Cour suprême du Royaume-Uni), a exprimé l’opinion que l’immunité reconnue dans *Reynolds* est [TRADUCTION] « une créature jurisprudentielle différente de la forme traditionnelle d’immunité dont elle est issue ».

[92] La majorité des lords juges, dans *Jameel*, a réitéré l’opinion que « l’immunité *Reynolds* » ou le « journalisme responsable » reposaient à tout le moins théoriquement sur la correspondance devoir/intérêt associée à l’immunité relative. Cependant, lord Hoffmann, à l’opinion duquel a souscrit la baronne Hale, a affirmé avec force qu’il n’était pas possible d’assimiler le journalisme responsable à l’immunité relative classique et a fait sienne l’opinion de lord Phillips selon laquelle il s’agissait d’une [TRADUCTION] « créature jurisprudentielle différente ». Ce ne sont pas les circonstances que protège le nouveau moyen de défense, mais ce qui est communiqué. (Voir également Brown, vol. 4, p. 27-45 et 27-46, note 116.) Au surplus, il ne serait pas très logique d’affirmer que l’établissement de la malveillance fait échec à la défense de journalisme responsable, parce que l’absence de malveillance est inhérente à la définition même du journalisme responsable.

[93] Appliquer l’immunité aux communications médiatiques nuirait à plusieurs formes d’immunité relative. Voilà une raison de plus pour qualifier la modification apportée au droit d’introduction d’un nouveau moyen de défense. Les devoirs et les intérêts de ceux qui fournissent ou reçoivent des références professionnelles ou des rapports de police peuvent être définis avec une certaine précision et comportent une véritable réciprocité. En comparaison, la réciprocité entre les devoirs et les intérêts en jeu dans une communication journalistique sans destinataire précis est essentiellement théorique.

[94] Le cadre classique devoir/intérêt s’applique bien dans son contexte reconnu qu’est l’immunité relative. Ces catégories familières ne devraient pas être altérées ou embrouillées par l’ajout d’une nouvelle immunité importante fondée sur l’intérêt

Further, qualified privilege as developed in the cases is grounded not in free expression values but in the social utility of protecting particular communicative occasions from civil liability.

[95] I therefore conclude that the proposed change to the law should be viewed as a new defence, leaving the traditional defence of qualified privilege intact.

[96] A second preliminary question is what the new defence should be called. In arguments before us, the defence was referred to as the responsible journalism test. This has the value of capturing the essence of the defence in succinct style. However, the traditional media are rapidly being complemented by new ways of communicating on matters of public interest, many of them online, which do not involve journalists. These new disseminators of news and information should, absent good reasons for exclusion, be subject to the same laws as established media outlets. I agree with Lord Hoffmann that the new defence is “available to anyone who publishes material of public interest in any medium”: *Jameel*, at para. 54.

[97] A review of recent defamation case law suggests that many actions now concern blog postings and other online media which are potentially both more ephemeral and more ubiquitous than traditional print media. While established journalistic standards provide a useful guide by which to evaluate the conduct of journalists and non-journalists alike, the applicable standards will necessarily evolve to keep pace with the norms of new communications media. For this reason, it is more accurate to refer to the new defence as responsible communication on matters of public interest.

public. De plus, le concept d’immunité relative élaborée par la jurisprudence ne procède pas de valeurs liées à la liberté d’expression, mais de l’utilité sociale de ne pas tenir civilement responsables les auteurs de communications faites dans des circonstances particulières.

[95] Je conclus donc qu’il convient de considérer que le changement proposé crée un nouveau moyen de défense et laisse intacte celui classique d’immunité relative.

[96] La deuxième question préliminaire porte sur le nom à donner à ce nouveau moyen de défense. Dans les observations qui nous ont été soumises, on l’appelle le critère du journalisme responsable. Ce nom a le mérite d’exprimer succinctement l’essence du moyen de défense. Cependant, de nouveaux modes de communication (beaucoup d’entre eux en ligne) permettant de traiter de questions d’intérêt public et ne faisant pas appel à des journalistes se greffent rapidement aux médias traditionnels. À moins qu’il n’existe des motifs valables de les exclure, ces nouveaux propagateurs de nouvelles et d’information devraient être soumis aux mêmes règles juridiques que celles auxquelles sont soumis les médias établis. Je partage l’opinion de lord Hoffmann que le moyen de défense peut être [TRADUCTION] « invoqué par quiconque diffuse du matériel d’intérêt public, quel que soit le média » : *Jameel*, par. 54.

[97] Un examen de la jurisprudence récente relative à la diffamation permet de constater que de nombreux recours concernent désormais des articles de blogue ainsi que d’autres médias en ligne dont la portée est susceptible d’être à la fois plus éphémère et plus répandue que celle de la presse écrite. Même si les normes journalistiques établies constituent un guide utile pour évaluer la conduite tant des journalistes que des non-journalistes, les normes applicables évolueront forcément pour suivre l’évolution des nouveaux médias. Il est donc plus juste de désigner ce nouveau moyen sous le nom de défense de communication responsable concernant des questions d’intérêt public.

(2) Formulating the Defence of Responsible Communication on Matters of Public Interest

[98] This brings us to the substance of the test for responsible communication. In *Quan*, Sharpe J.A. held that the defence has two essential elements: public interest and responsibility. I agree, and would formulate the test as follows. First, the publication must be on a matter of public interest. Second, the defendant must show that publication was responsible, in that he or she was diligent in trying to verify the allegation(s), having regard to all the relevant circumstances.

(a) *Was the Publication on a Matter of Public Interest?*

[99] To be protected by the defence of responsible communication, the publication must be on a matter of public interest.

[100] This is a matter for the judge to decide. To be sure, whether a statement's publication is in the public interest involves factual issues. But it is primarily a question of law; the judge is asked to determine whether the nature of the statement is such that protection may be warranted in the public interest. The judge acts as a gatekeeper analogous to the traditional function of the judge in determining whether an "occasion" is subject to privilege. Unlike privilege, however, the determination of whether a statement relates to a matter of public interest focusses on the substance of the publication itself and not the "occasion". Where the question is whether a particular communication fits within a recognized subject matter of public interest, it is a mixed question of fact and law, and will therefore attract more deference on appeal than will a pure determination of public interest. But it properly remains a question for the trial judge as opposed to the jury.

(2) Définition de la défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public

[98] Cela nous amène à traiter des éléments du test applicable lorsqu'est invoquée la défense de communication responsable. Dans *Quan*, le juge Sharpe a conclu que la défense comporte deux éléments essentiels : l'intérêt public et le caractère responsable. Je partage son point de vue et je définirais ainsi le test applicable. Premièrement, la communication doit concerner une question d'intérêt public. Deuxièmement, le défendeur doit démontrer que la communication était responsable, en ce sens qu'il s'est efforcé avec diligence de vérifier les allégations, compte tenu de l'ensemble des circonstances pertinentes.

a) *La communication concerne-t-elle une question d'intérêt public?*

[99] Pour que la défense de communication responsable s'applique, l'énoncé diffusé doit porter sur une question d'intérêt public.

[100] Il appartient au juge de trancher à cet égard. Naturellement, des considérations factuelles entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer si la diffusion d'un énoncé est d'intérêt public, mais la question est principalement juridique. Ainsi, le juge est appelé à déterminer si, de par sa nature, l'énoncé peut justifier l'application d'une protection dans l'intérêt public. Le juge exerce à cet égard une fonction de gardien analogue à celle qu'il remplit lorsqu'il détermine si des « circonstances » donnent lieu à une immunité dans le modèle classique. Toutefois, l'examen visant à déterminer si l'énoncé porte sur une question d'intérêt public, contrairement à celui visant à juger de l'opportunité d'appliquer l'immunité, est axé sur la substance de la communication elle-même, et non sur les « circonstances » dans lesquelles elle s'inscrit. Déterminer si un énoncé en particulier porte sur un sujet reconnu comme étant d'intérêt public, consiste à trancher une question mixte de fait et de droit. En appel, il conviendra donc de faire preuve de davantage de déférence à l'égard de la réponse à une telle question qu'à l'égard du fruit du pur examen de l'intérêt public. Il n'en demeure pas moins que c'est une question qui continue à bon droit à relever du juge et non du jury.

[101] In determining whether a publication is on a matter of public interest, the judge must consider the subject matter of the publication as a whole. The defamatory statement should not be scrutinized in isolation. The judge's role at this point is to determine whether the subject matter of the communication as a whole is one of public interest. If it is, and if the evidence is legally capable of supporting the defence, as I will explain below, the judge should put the case to the jury for the ultimate determination of responsibility.

[102] How is "public interest" in the subject matter established? First, and most fundamentally, the public interest is not synonymous with what interests the public. The public's appetite for information on a given subject — say, the private lives of well-known people — is not on its own sufficient to render an essentially private matter public for the purposes of defamation law. An individual's reasonable expectation of privacy must be respected in this determination. Conversely, the fact that much of the public would be less than riveted by a given subject matter does not remove the subject from the public interest. It is enough that some segment of the community would have a genuine interest in receiving information on the subject.

[103] The authorities offer no single "test" for public interest, nor a static list of topics falling within the public interest (see, e.g., *Gatley on Libel and Slander* (11th ed. 2008), at p. 530). Guidance, however, may be found in the cases on fair comment and s. 2(b) of the *Charter*.

[104] In *London Artists, Ltd. v. Littler*, [1969] 2 All E.R. 193 (C.A.), speaking of the defence of fair comment, Lord Denning, M.R., described public interest broadly in terms of matters that may legitimately concern or interest people:

There is no definition in the books as to what is a matter of public interest. All we are given is a list of examples, coupled with the statement that it is for the judge and not for the jury. I would not myself confine it within narrow limits. Whenever a matter is such as to affect

[101] Pour décider si elle concerne une question d'intérêt public, le juge doit tenir compte de l'ensemble du contenu d'une communication. Il ne doit pas examiner l'énoncé diffamatoire isolément. À ce stade, le rôle du juge consiste à déterminer si le contenu de la communication, dans son ensemble, est d'intérêt public. S'il estime que c'est le cas et que la preuve permet de fonder juridiquement la défense, comme je l'expliquerai ultérieurement, le juge demande alors au jury de se prononcer en dernière analyse sur le caractère responsable.

[102] Comment établit-on qu'une question est d'« intérêt public »? Disons premièrement et fondamentalement que l'intérêt public n'est pas synonyme d'intérêt du public. La soif d'information du public sur un sujet donné — la vie privée de gens célèbres, par exemple — ne suffit pas en soi pour conférer un caractère public, au sens des règles régissant la diffamation, à ce qui est essentiellement privé. Pour trancher cette question, il faut respecter l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée. À l'inverse, le fait qu'un sujet donné soit loin d'intéresser une majorité de gens ne l'exclut pas de l'intérêt public; il suffit qu'un segment de la population ait un intérêt véritable à recevoir l'information s'y rapportant.

[103] La jurisprudence et la doctrine n'énoncent pas de « test » unique permettant de conclure à l'existence ou non d'un intérêt public, pas plus qu'elles ne dressent une liste établie de sujets relevant de l'intérêt public (voir, p. ex., *Gatley on Libel and Slander* (11<sup>e</sup> éd. 2008), p. 530). La jurisprudence relative au commentaire loyal ainsi qu'à l'al. 2b) de la *Charte* peut toutefois nous éclairer.

[104] Dans *London Artists, Ltd. c. Littler*, [1969] 2 All E.R. 193 (C.A.), lord Denning, maître des rôles, qui traitait de la défense de commentaire loyal, a décrit l'intérêt public de façon large, en parlant de sujets qui peuvent légitimement intéresser ou préoccuper les gens :

[TRADUCTION] Les ouvrages ne définissent pas ce qui est d'intérêt public. On n'y trouve qu'une liste d'exemples, et la mention que la question relève du juge et non du jury. Je pense, pour ma part, qu'il ne faut pas enfermer la notion dans des limites étroites. Dès qu'une

people at large, so that they may be legitimately interested in, or concerned at, what is going on; or what may happen to them or to others; then it is a matter of public interest on which everyone is entitled to make fair comment. [p. 198]

[105] To be of public interest, the subject matter “must be shown to be one inviting public attention, or about which the public has some substantial concern because it affects the welfare of citizens, or one to which considerable public notoriety or controversy has attached”: Brown, vol. 2, at pp. 15-137 and 15-138. The case law on fair comment “is replete with successful fair comment defences on matters ranging from politics to restaurant and book reviews”: *Simpson v. Mair*, 2004 BCSC 754, 31 B.C.L.R. (4th) 285, at para. 63, *per* Koenigsberg J. Public interest may be a function of the prominence of the person referred to in the communication, but mere curiosity or prurient interest is not enough. Some segment of the public must have a genuine stake in knowing about the matter published.

[106] Public interest is not confined to publications on government and political matters, as it is in Australia and New Zealand. Nor is it necessary that the plaintiff be a “public figure”, as in the American jurisprudence since *Sullivan*. Both qualifications cast the public interest too narrowly. The public has a genuine stake in knowing about many matters, ranging from science and the arts to the environment, religion and morality. The democratic interest in such wide-ranging public debate must be reflected in the jurisprudence.

[107] Care must be taken by the judge making this determination to characterize the subject matter accurately. Overly narrow characterization may inappropriately defeat the defence at the outset. For example, characterizing the subject matter in

question touche les gens en général, à tel point qu'ils peuvent légitimement s'intéresser à ce qui se passe ou à ce qui peut leur arriver à eux ou à ce qui peut arriver à d'autres personnes, ou s'en préoccuper, cette question en est une d'intérêt public sur laquelle tout le monde a le droit de faire un commentaire loyal. [p. 198]

[105] Pour être d'intérêt public, une question [TRADUCTION] « doit être soit de celles qui éveillent l'attention publique de façon démontrable ou qui préoccupent sensiblement le public parce qu'elles concernent le bien-être de citoyens, soit de celles qui jouissent d'une notoriété publique considérable ou qui ont créé une controverse importante » : Brown, vol. 2, p. 15-137 et 15-138. La jurisprudence relative au commentaire loyal [TRADUCTION] « fourmille d'exemples où le moyen de défense fondé sur le commentaire loyal a été accueilli à l'égard de sujets allant de la politique aux critiques de restaurants ou de livres » : *Simpson c. Mair*, 2004 BCSC 754, 31 B.C.L.R. (4th) 285, par. 63, la juge Koenigsberg. L'intérêt public peut découler de la notoriété de la personne mentionnée, mais la simple curiosité ou l'intérêt malsain sont insuffisants. Il faut que certains segments de la population aient un intérêt véritable à être au courant du sujet du matériel diffusé.

[106] L'intérêt public n'est pas confiné aux publications portant sur les questions gouvernementales et politiques, comme c'est le cas en Australie et en Nouvelle-Zélande. Il n'est pas nécessaire non plus que le demandeur soit un « personnage public » comme l'exige la jurisprudence américaine depuis *Sullivan*. Dans ces deux cas, l'intérêt public est défini de façon trop étroite. Le public a véritablement intérêt à être au courant d'un grand éventail de sujets concernant tout autant la science et les arts que l'environnement, la religion et la moralité. L'intérêt démocratique pour que se tiennent des débats publics sur une gamme de sujets de cette ampleur doit se traduire dans la jurisprudence.

[107] Le juge appelé à statuer sur cette question doit s'efforcer de définir le sujet avec justesse. Une définition trop étroite peut vouer d'emblée le moyen de défense à l'échec. Par exemple, définir le sujet en l'espèce comme les « relations d'affaires de Peter

this case simply as “Peter Grant’s business dealings” would obscure the significant public interest engaged by the article and thus restrict the legitimate scope of public interest. Similarly, characterizing the subject matter too broadly as “Ontario politics” might render the test a mere rubber stamp and bring unworthy material within the protection of the defence.

[108] The question then arises whether the judge or the jury should decide whether the inclusion of a particular defamatory statement in a publication was necessary to communicating on the matter of public interest. Is this question merely a subset of determining generally whether the publication is in the public interest? Or is it better treated as a factor in the jury’s assessment of responsibility? Lord Hoffmann in *Jameel* took the view that determining whether a defamatory statement was necessary to communicating on a matter of public interest is a question of law for the judge, conceding, however, that this may require the judge to second-guess editorial judgment, and must be approached in a deferential way (para. 51).

[109] In my view, if the publication, read broadly and as a whole, relates to a matter of public interest, the judge should leave the defence to the jury on the publication as a whole, and not editorially excise particular statements from the defence on the ground that they were not necessary to communicating on the matter of public interest. Deciding whether the inclusion of the impugned statement was justifiable involves a highly fact-based assessment of the context and details of the publication itself. Whereas a given subject matter either is or is not in law a matter of public interest, the justifiability of including a defamatory statement may admit of many shades of gray. It is intimately bound up in the overall determination of responsibility and should be left to the jury. It is for the jury to consider the need to include particular defamatory statements in determining whether the defendant acted responsibly in publishing what it did.

Grant » obscurcirait l’importante question d’intérêt public posée par l’article et réduirait ainsi la portée légitime de l’intérêt public. De même, une définition trop large, telle la « politique ontarienne », pourrait transformer l’application du moyen de défense en une simple formalité et aboutir à protéger ce qui n’est pas digne de l’être.

[108] Il faut ensuite se demander qui du juge ou du jury détermine si l’inclusion dans un reportage d’un énoncé diffamatoire était nécessaire à la communication concernant la question d’intérêt public. S’agit-il d’une simple sous-question intervenant dans l’appréciation générale de l’intérêt public de la communication ou d’un facteur dont le jury doit tenir compte en évaluant le caractère responsable? Dans *Jameel*, lord Hoffmann a considéré qu’il s’agissait d’une question de droit qui relevait du juge tout en concédant que son examen pouvait obliger le juge à se substituer après coup au diffuseur et qu’il fallait en conséquence faire preuve de déférence à l’égard du jugement éditorial (par. 51).

[109] À mon avis, si la communication, prise dans son ensemble et analysée de façon large, se rapporte à une question d’intérêt public, le juge doit soumettre le moyen de défense au jury à l’égard de la totalité de la communication et s’abstenir de soustraire par suite d’un choix éditorial certains passages à l’application de la défense pour cause de non-nécessité à la communication d’intérêt public. Pour décider s’il était justifié d’inclure l’énoncé en cause, il faut procéder à une évaluation largement factuelle du contexte et des détails de ce qui a été communiqué. Si, juridiquement, un sujet donné est d’intérêt public ou ne l’est pas, la question de la nécessité de l’inclusion d’un énoncé diffamatoire, elle, n’est pas aussi tranchée. Elle est intimement liée à l’appréciation globale du caractère responsable, et elle devrait être laissée à l’appréciation du jury. Ainsi, c’est au jury qu’il appartient d’examiner la nécessité de l’inclusion d’énoncés diffamatoires donnés pour déterminer si le défendeur a agi de façon responsable en diffusant la communication.



(b) *Was Publication of the Defamatory Communication Responsible?*

[110] Against this background, I turn to some relevant factors that may aid in determining whether a defamatory communication on a matter of public interest was responsibly made.

(i) The Seriousness of the Allegation

[111] The logic of proportionality dictates that the degree of diligence required in verifying the allegation should increase in proportion to the seriousness of its potential effects on the person defamed. This factor recognizes that not all defamatory imputations carry equal weight. The defamatory “sting” of a statement can range from a passing irritant to a blow that devastates the target’s reputation and career. The apprehended harm to the plaintiff’s dignity and reputation increases in relation to the seriousness of the defamatory sting. The degree to which the defamatory communication intrudes upon the plaintiff’s privacy is one way in which the seriousness of the sting may be measured. Publication of the kinds of allegations traditionally considered the most serious — for example, corruption or other criminality on the part of a public official — demand more thorough efforts at verification than will suggestions of lesser mischief. So too will those which impinge substantially on the plaintiff’s reasonable expectation of privacy.

(ii) The Public Importance of the Matter

[112] Inherent in the logic of proportionality is the degree of the public importance of the communication’s subject matter. The subject matter will, however, already have been deemed by the trial judge to be a matter of public interest. However, not all matters of public interest are of equal importance. Communications on grave matters of national security, for example, invoke different concerns from those on the prosaic business of everyday politics.

(b) *La communication des propos diffamatoires a-t-elle été faite de façon responsable?*

[110] Ce contexte étant défini, je me tourne vers certains des facteurs pouvant nous aider à déterminer si une communication diffamatoire concernant une question d’intérêt public a été faite de façon responsable.

(i) La gravité de l’allégation

[111] Suivant la logique de la proportionnalité, le degré de diligence mis à vérifier l’allégation devrait croître en proportion de la gravité des effets que celle-ci risque d’avoir sur la personne diffamée. Ce facteur reconnaît que toutes les imputations diffamatoires n’ont pas le même poids. En effet, l’élément d’« affront » d’un énoncé diffamatoire peut aller de l’irritation passagère au coup dévastateur pour la réputation et la carrière de la personne visée. Le tort susceptible d’être causé à la dignité et à la réputation du demandeur augmente en fonction de la gravité de l’affront diffamatoire. La gravité de l’atteinte au droit à la vie privée du demandeur est l’un des moyens qui peuvent permettre de mesurer la gravité de l’affront. Les allégations habituellement considérées comme les plus graves — par exemple, des allégations de corruption ou de perpétration d’une autre infraction par le titulaire d’une charge publique — commandent des vérifications plus approfondies que des insinuations moins graves. Il en va de même des allégations qui portent atteinte de façon importante aux attentes raisonnables du demandeur en matière de vie privée.

(ii) L’importance de la question pour le public

[112] Le degré d’importance du sujet de la communication pour le public est un facteur inhérent à la logique du principe de proportionnalité. Le juge du procès aura toutefois déjà jugé que le sujet est d’intérêt public. Cependant, tous les sujets d’intérêt public ne sont pas d’importance égale. Les communications sur les questions graves de sécurité nationale, par exemple, suscitent des préoccupations différentes de celles soulevées par des questions

What constitutes reasonable diligence with respect to one may fall short with respect to the other. Where the public importance in a subject matter is especially high, the jury may conclude that this factor tends to show that publication was responsible in the circumstances. In many cases, the public importance of the matter may be inseparable from its urgency.

(iii) The Urgency of the Matter

[113] As Lord Nicholls observed in *Reynolds*, news is often a perishable commodity. The legal requirement to verify accuracy should not unduly hamstring the timely reporting of important news. But nor should a journalist's (or blogger's) desire to get a "scoop" provide an excuse for irresponsible reporting of defamatory allegations. The question is whether the public's need to know required the defendant to publish when it did. As with the other factors, this is considered in light of what the defendant knew or ought to have known at the time of publication. If a reasonable delay could have assisted the defendant in finding out the truth and correcting any defamatory falsity without compromising the story's timeliness, this factor will weigh in the plaintiff's favour.

(iv) The Status and Reliability of the Source

[114] Some sources of information are more worthy of belief than others. The less trustworthy the source, the greater the need to use other sources to verify the allegations. This applies as much to documentary sources as to people; for example, an "interim progress report" of an internal inquiry has been found to be an insufficiently authoritative source in the circumstances: *Miller v. Associated Newspapers Ltd.*, [2005] EWHC 557 (QB) (BAILII). Consistent with the logic of the repetition rule, the fact that someone has already published a defamatory statement does not give another person licence to repeat it. As already explained, this principle is especially vital when defamatory

prosaïques qui constituent le quotidien de la vie politique. Ainsi, il se pourrait que ce qui constitue de la diligence raisonnable à l'égard d'une question ne suffise pas quant à une autre. Lorsqu'un sujet revêt une importance particulièrement élevée pour le public, le jury peut conclure que ce facteur tend à démontrer que la communication a été faite de façon responsable dans les circonstances. Souvent, l'importance de la question pour le public sera indissociable de son urgence.

(iii) L'urgence de la question

[113] Comme lord Nicholls l'a indiqué dans *Reynolds*, les nouvelles sont souvent des produits périssables. Ainsi, il ne faut pas que l'exigence légale de la vérification de l'exactitude empêche la diffusion en temps utile de nouvelles importantes. Il ne faut pas non plus que la course au « scoop » à laquelle prendrait part un journaliste (ou un blogueur) serve d'excuse à la diffusion irresponsable d'allégations diffamatoires. Il s'agit de décider si la nécessité d'informer le public commandait que le défendeur procède à la communication au moment où il l'a fait. Ce facteur, comme d'autres, s'examine à la lumière de ce que le défendeur savait ou devait savoir au moment de la diffusion. Si un délai raisonnable lui avait permis de découvrir la vérité et de corriger les erreurs diffamatoires sans nuire à l'actualité de la nouvelle, le facteur favoriserait le demandeur.

(iv) La nature et la fiabilité des sources

[114] Il existe des sources d'information plus dignes de foi que d'autres. Moins une source est fiable, plus il faudra se tourner vers d'autres sources pour vérifier les allégations. Cela vaut pour toutes les sources qu'il s'agisse de documents ou de personnes. Dans *Miller c. Associated Newspapers Ltd.*, [2005] EWHC 557 (QB) (BAILII), par exemple, la cour a jugé que le [TRADUCTION] « rapport d'étape provisoire » d'une enquête interne n'était pas suffisamment fiable dans les circonstances. Conformément à la logique de la règle de la répétition, le fait que quelqu'un ait déjà diffusé un énoncé diffamatoire n'autorise pas quelqu'un d'autre à le répéter. Comme je l'ai déjà expliqué, ce principe

statements can be reproduced electronically with the speed of a few keystrokes. At the same time, the fact that the defendant's source had an axe to grind does not necessarily deprive the defendant of protection, provided other reasonable steps were taken.

[115] It may be responsible to rely on confidential sources, depending on the circumstances; a defendant may properly be unwilling or unable to reveal a source in order to advance the defence. On the other hand, it is not difficult to see how publishing slurs from unidentified "sources" could, depending on the circumstances, be irresponsible.

(v) Whether the Plaintiff's Side of the Story Was Sought and Accurately Reported

[116] It has been said that this is "perhaps the core *Reynolds* factor" (*Gatley*, at p. 535) because it speaks to the essential sense of fairness the defence is intended to promote, as well as thoroughness. In most cases, it is inherently unfair to publish defamatory allegations of fact without giving the target an opportunity to respond: see, e.g., *Galloway v. Telegraph Group Ltd.*, [2004] EWHC 2786 (QB) (BAILII), at paras. 166-67, *per* Eady J. Failure to do so also heightens the risk of inaccuracy, since the target of the allegations may well be able to offer relevant information beyond a bare denial.

[117] The importance of this factor varies with the degree to which fulfilling its dictates would actually have bolstered the fairness and accuracy of the report. For example, if the target of the allegations could have no special knowledge of them, this factor will be of little importance: see *Jameel*, at paras. 35, and 83-85, where the House of Lords held that the plaintiff (whose group of companies had been put on a terrorism monitoring list) could not realistically have added anything material to

est d'autant plus vital lorsque les énoncés diffamatoires peuvent être reproduits électroniquement en aussi peu de temps qu'il ne le faut pour taper sur quelques touches du clavier. Cela étant dit, le fait que la source du défendeur ait agi dans son intérêt personnel ne prive pas nécessairement ce dernier de protection, à la condition qu'il ait pris d'autres mesures raisonnables.

[115] Se fier à des sources confidentielles peut, selon les circonstances, constituer une conduite responsable; un défendeur peut légitimement refuser de révéler l'identité d'une source pour se prévaloir de la défense ou en être incapable. Par contre, il n'est pas difficile de percevoir l'irresponsabilité qu'il pourrait y avoir, selon les circonstances, à diffuser des insultes proférées par des « sources » non identifiées.

(v) A-t-on demandé et rapporté fidèlement la version des faits du demandeur?

[116] On a dit qu'il s'agissait [TRADUCTION] « peut-être du facteur *Reynolds* fondamental » (*Gatley*, p. 535) parce qu'il se rapporte à la fois à l'esprit essentiel de justice que le moyen de défense vise à protéger et à l'exhaustivité. Dans la plupart des cas, il est intrinsèquement injuste de diffuser des allégations de fait diffamatoires sans donner à la personne visée la possibilité de répondre : voir, p. ex., *Galloway c. Telegraph Group Ltd.*, [2004] EWHC 2786 (QB) (BAILII), par. 166-167, le juge Eady. Lorsqu'on ne fournit pas cette occasion, on accroît en outre les risques d'inexactitude, car la personne visée peut fort bien être en mesure de fournir des renseignements pertinents et non une simple dénégation.

[117] L'importance de ce facteur varie en fonction du degré de justice et d'exactitude que son application aurait permis d'atteindre. Par exemple, si la cible des allégations ne pouvait rien savoir de particulier à leur sujet, ce facteur aurait peu d'importance : voir *Jameel*, par. 35 et 83-85, où la Chambre des lords a estimé peu réaliste de penser que le demandeur (dont le groupe de sociétés avait été inscrit sur une liste de surveillance pour terrorisme) aurait pu ajouter quoi que ce soit d'important parce

the story because the relevant actions of the Saudi and U.S. governments were secret and entirely beyond his control.

(vi) Whether Inclusion of the Defamatory Statement Was Justifiable

[118] As discussed earlier (paras. 108-9), it is for the jury to determine whether inclusion of a defamatory statement was necessary to communicating on a matter of public interest. Its view of the need to include a particular statement may be taken into account in deciding whether the communicator acted responsibly. In applying this factor, the jury should take into account that the decision to include a particular statement may involve a variety of considerations and engage editorial choice, which should be granted generous scope.

(vii) Whether the Defamatory Statement's Public Interest Lay in the Fact That It Was Made Rather Than Its Truth ("Reportage")

[119] The "repetition rule" holds that repeating a libel has the same legal consequences as originating it. This rule reflects the law's concern that one should not be able to freely publish a scurrilous libel simply by purporting to attribute the allegation to someone else. The law will not protect a defendant who is "willing to wound, and yet afraid to strike": *"Truth" (N.Z.) Ltd. v. Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997 (P.C.), at p. 1001, *per* Lord Denning. In sum, the repetition rule preserves the accountability of media and other reporting on matters of public interest. The "bald retailing of libels" is not in the public interest: *Charman*, at para. 91, *per* Sedley L.J. Maintaining the repetition rule is particularly important in the age of the Internet, when defamatory material can spread from one website to another at great speed.

[120] However, the repetition rule does not apply to fairly reported statements whose public interest

que les gestes pertinents des gouvernements saoudien et américain étaient secrets et échappaient totalement à son contrôle.

(vi) L'inclusion de l'énoncé diffamatoire se justifiait-elle?

[118] Comme on l'a vu (par. 108-109), il appartient au jury de déterminer si l'inclusion d'un énoncé diffamatoire était nécessaire à la communication concernant une question d'intérêt public. L'opinion du communicateur sur la nécessité d'inclure un énoncé particulier peut entrer en ligne de compte pour établir si ce dernier a agi de façon responsable. En appliquant ce facteur, le jury doit prendre en considération que la décision d'inclure un énoncé donné peut faire intervenir de nombreuses variables et relève de choix éditoriaux auxquels il convient d'accorder une grande portée.

(vii) L'intérêt public de l'énoncé diffamatoire réside-t-il dans son existence même, et non dans sa véracité? (« relation de propos »)

[119] Selon la « règle de la répétition », la réitération d'un libelle entraîne les mêmes conséquences juridiques que le libelle lui-même. Cette règle traduit le souci du droit d'empêcher qu'on puisse se livrer impunément à la diffamation simplement en attribuant les allégations calomnieuses à autrui. Le droit ne viendra pas en aide au défendeur [TRADUCTION] « cherchant à blesser, mais d'une main timide » : « *Truth* » (N.Z.) *Ltd. c. Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997 (C.P.), p. 1001, lord Denning. En somme, la règle de la répétition assure le maintien de la responsabilité des organes de presse et autres qui diffusent des renseignements sur des questions d'intérêt public. Le [TRADUCTION] « simple colportage de libelles » n'est pas d'intérêt public : *Charman*, par. 91, lord juge Sedley. En outre, il est particulièrement important de maintenir la règle de la répétition à l'époque d'Internet, où des propos diffamatoires peuvent se propager d'un site Web à un autre en un rien de temps.

[120] Toutefois, la règle de la répétition ne s'applique pas aux propos fidèlement rapportés, dont

lies in the fact that they were made rather than in their truth or falsity. This exception to the repetition rule is known as reportage. If a dispute is itself a matter of public interest and the allegations are fairly reported, the publisher should incur no liability even if some of the statements made may be defamatory and untrue, provided: (1) the report attributes the statement to a person, preferably identified, thereby avoiding total unaccountability; (2) the report indicates, expressly or implicitly, that its truth has not been verified; (3) the report sets out both sides of the dispute fairly; and (4) the report provides the context in which the statements were made. See *Al-Fagih v. H.H. Saudi Research & Marketing (U.K.) Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1634 (BAILII), at para. 52; *Charman; Prince Radu of Hohenzollern v. Houston*, [2007] EWHC 2735 (QB) (BAILII); *Roberts v. Gable*, [2007] EWCA Civ 721, [2008] 2 W.L.R. 129.

[121] Where the defendant claims that the impugned publication (in whole or in part) constitutes reportage, i.e. that the dominant public interest lies in reporting what was said in the context of a dispute, the judge should instruct the jury on the repetition rule and the reportage exception to the rule. If the jury is satisfied that the statements in question are reportage, it may conclude that publication was responsible, having regard to the four criteria set out above. As always, the ultimate question is whether publication was responsible in the circumstances.

(viii) Other Considerations

[122] As noted, the factors serve as non-exhaustive but illustrative guides. Ultimately, all matters relevant to whether the defendant communicated responsibly can be considered.

l'intérêt public réside dans le fait même qu'ils ont été tenus plutôt que dans leur fausseté ou leur véracité. Cette exception à la règle de la répétition est connue sous le nom de doctrine de la relation de propos. Si un conflit est en soi une question d'intérêt public et que les allégations sont fidèlement rapportées, le diffuseur ne devrait pas encourir de responsabilité même si certaines des déclarations peuvent être diffamatoires et erronées, à condition que : (1) la relation de propos attribue les dires à quelqu'un, préférablement identifié, pour éviter que personne n'assume de responsabilité; (2) la relation de propos indique, expressément ou implicitement, que la véracité des dires n'a pas été vérifiée; (3) la relation de propos expose équitablement les deux versions des faits; et (4) la relation de propos situe les dires dans leur contexte. Voir *Al-Fagih c. H.H. Saudi Research & Marketing (U.K.) Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1634 (BAILII), par. 52; *Charman; Prince Radu of Hohenzollern c. Houston*, [2007] EWHC 2735 (QB) (BAILII); *Roberts c. Gable*, [2007] EWCA Civ 721, [2008] 2 W.L.R. 129.

[121] Lorsque le défendeur soutient que la communication qu'on lui reproche constitue (en tout ou en partie) une relation de propos, c.-à-d. que l'intérêt public dominant réside dans le fait de relater ce qui a été dit dans le contexte d'un débat, le juge devrait donner au jury des directives sur la règle de la répétition et sur l'exception à cette règle qui entre en jeu dans le cas d'une relation de propos. Si le jury est convaincu que les énoncés en cause constituent une relation de propos, vu les quatre critères énoncés précédemment, il peut conclure que leur communication a été faite de façon responsable. Comme dans tous les cas, la question déterminante est celle de savoir si la communication a été faite de façon responsable dans les circonstances.

(viii) Autres considérations

[122] Je le répète, ces facteurs constituent un guide non exhaustif. En définitive, tous les éléments pertinents pour juger du caractère responsable de la communication peuvent être pris en considération.

[123] Not all factors are of equal value in assessing responsibility in a given case. For example, the “tone” of the article (mentioned in *Reynolds*) may not always be relevant to responsibility. While distortion or sensationalism in the manner of presentation will undercut the extent to which a defendant can plausibly claim to have been communicating responsibly in the public interest, the defence of responsible communication ought not to hold writers to a standard of stylistic blandness: see *Roberts*, at para. 74, *per* Sedley L.J. Neither should the law encourage the fiction that fairness and responsibility lie in disavowing or concealing one’s point of view. The best investigative reporting often takes a trenchant or adversarial position on pressing issues of the day. An otherwise responsible article should not be denied the protection of the defence simply because of its critical tone.

[124] If the defamatory statement is capable of conveying more than one meaning, the jury should take into account the defendant’s intended meaning, if reasonable, in determining whether the defence of responsible communication has been established. This follows from the focus of the inquiry on the conduct of the defendant. The weight to be placed on the defendant’s intended meaning is a matter of degree: “The more obvious the defamatory meaning, and the more serious the defamation, the less weight will a court attach to other possible meanings when considering the conduct to be expected of a responsible journalist in the circumstances” (*Bonnick v. Morris*, [2002] UKPC 31, [2003] 1 A.C. 300 (P.C.), at para. 25, *per* Lord Nicholls). Under the defence of responsible communication, it is no longer necessary that the jury settle on a single meaning as a preliminary matter. Rather, it assesses the responsibility of the communication with a view to the range of meanings the words are reasonably capable of bearing.

[125] Similarly, the defence of responsible communication obviates the need for a separate inquiry into malice. (Malice may still be relevant where other defences are raised.) A defendant who has

[123] Tous les facteurs n’ont cependant pas le même poids pour l’appréciation du caractère responsable d’une communication donnée. Il est possible, par exemple, que le « ton » de l’article (mentionné dans *Reynolds*) ne soit pas toujours pertinent. Bien que la déformation de faits ou le sensationnalisme puissent affaiblir la vraisemblance de l’affirmation d’un défendeur qu’il a communiqué les faits de façon responsable dans l’intérêt public, on ne doit pas faire de la platitude stylistique une condition d’application du moyen de défense : voir *Roberts*, par. 74, lord juge Sedley. Le droit ne doit pas non plus encourager la fiction selon laquelle on ne communique de façon juste et responsable qu’en reniant les points de vue ou en les dissimulant. Le journalisme d’enquête à son meilleur prend souvent une position incisive ou critique sur des questions d’actualité pressantes. Il ne faudrait pas que ce seul ton d’un article, responsable par ailleurs, empêche d’invoquer la défense de communication responsable.

[124] Si l’énoncé diffamatoire peut avoir plus d’un sens, le jury doit, pour décider si la défense de communication responsable a été établie, prendre en compte, s’il est raisonnable, le sens que le défendeur voulait exprimer. Cela découle de ce que l’examen est axé sur la conduite du défendeur. Le poids à attribuer au sens recherché par le défendeur est une question de degré : [TRADUCTION] « [p]lus la signification diffamatoire est évidente et plus la diffamation est grave, moins le tribunal attachera de poids aux autres sens possibles dans son examen de la conduite à attendre d’un journaliste responsable dans les circonstances » (*Bonnick c. Morris*, [2002] UKPC 31, [2003] 1 A.C. 300, par. 25, lord Nicholls). Il n’est plus nécessaire, pour l’application de la défense de communication responsable, que le jury se prononce de façon préliminaire sur un sens unique. Il évalue plutôt le caractère responsable de la communication en considérant l’éventail des sens que les mots peuvent raisonnablement exprimer.

[125] De la même façon, la défense de communication responsable rend inutile l’examen distinct de la question de la malveillance — qui peut cependant demeurer pertinente si d’autres moyens de défense

acted with malice in publishing defamatory allegations has by definition not acted responsibly.

### (3) Summary of the Required Elements

[126] The defence of public interest responsible communication is assessed with reference to the broad thrust of the publication in question. It will apply where:

- A. The publication is on a matter of public interest, and
- B. The publisher was diligent in trying to verify the allegation, having regard to:
  - (a) the seriousness of the allegation;
  - (b) the public importance of the matter;
  - (c) the urgency of the matter;
  - (d) the status and reliability of the source;
  - (e) whether the plaintiff's side of the story was sought and accurately reported;
  - (f) whether the inclusion of the defamatory statement was justifiable;
  - (g) whether the defamatory statement's public interest lay in the fact that it was made rather than its truth ("reportage"); and
  - (h) any other relevant circumstances.

### C. *Procedural Issues: Judge and Jury*

[127] As a general rule, the judge decides questions of law, while the jury decides questions of fact and applies the law to the facts. As is the case in other actions, for example negligence trials, issues of fact and law cannot be entirely disentangled. Nevertheless, it is possible to arrive at the following allocation of responsibility on the defence of responsible communication, having regard to

sont invoqués. En effet, par définition, un défendeur qui a publié par malveillance des allégations diffamatoires n'a pas agi de façon responsable.

### (3) Résumé des exigences

[126] La défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public s'évalue en fonction de l'ensemble de la communication en question. Elle s'applique aux conditions suivantes :

- A. La communication concerne une question d'intérêt public, et
- B. Le diffuseur s'est efforcé avec diligence de vérifier les allégations, compte tenu des facteurs suivants :
  - a) la gravité de l'allégation;
  - b) l'importance de la question pour le public;
  - c) l'urgence de la question;
  - d) la nature et la fiabilité des sources;
  - e) la question de savoir si l'on a demandé et rapporté fidèlement la version des faits du demandeur;
  - f) la question de savoir si l'inclusion de l'énoncé diffamatoire était justifiable;
  - g) la question de savoir si l'intérêt public de l'énoncé diffamatoire réside dans l'existence même de l'énoncé, et non dans sa véracité (« relation de propos »);
  - h) toute autre considération pertinente.

### C. *Questions procédurales : juge et jury*

[127] En règle générale, le juge statue sur les questions de droit tandis que le jury tranche les questions de fait et applique les règles de droit aux faits. Or, dans le type d'action dont nous sommes saisis en l'espèce, comme dans d'autres types d'actions — telles celles pour négligence —, les questions de fait et de droit ne peuvent pas être complètement départagées. Il n'en demeure pas moins

whether the issue is predominantly legal or factual, to the traditional allocations of responsibility in defamation trials, and to relevant legislation.

[128] The judge decides whether the statement relates to a matter of public interest. If public interest is shown, the jury decides whether on the evidence the defence is established, having regard to all the relevant factors, including the justification for including defamatory statements in the article.

[129] As in any trial by judge and jury, the judge may, upon motion, rule out the defence on the basis that the facts as proved are incapable of supporting the inference of responsible communication. This is consistent with the power of the judge in existing jurisprudence to withdraw the issue of malice from the jury where there is no basis for an inference of malice on the evidence.

[130] The defence of responsible communication does not require preliminary rulings from the jury on primary meaning, since it does not depend on the supposition of a single meaning. The jury should be instructed to assess the responsibility of the communication in light of the range of meanings the words are reasonably capable of bearing, including evidence as to the defendant's intended meaning.

[131] The division of responsibility proposed here accords with the general rule that matters of law are for the judge, and matters of fact are for the jury. In preserving a central role for the jury, it is consistent with Canadian tradition and statutory enactments. Traditionally, defamation actions have usually been tried by judge and jury, and many Canadian jurisdictions continue to have special rules for jury trials in defamation cases even as juries in most other kinds of civil actions have become less common: see, e.g., *British Columbia Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, r. 39(27);

qu'il est possible de répartir les tâches de chacun de la façon décrite ci-après en ce qui a trait à la défense de communication responsable, compte tenu de la nature principalement juridique ou factuelle de la question, de la répartition classique des tâches dans les instances en diffamation et des dispositions législatives applicables.

[128] Le juge décide si l'énoncé concerne une question d'intérêt public. Si l'intérêt public est établi, le jury tranche la question de savoir si le moyen de défense est établi, compte tenu de tous les facteurs pertinents, y compris la justification de l'inclusion de l'énoncé diffamatoire.

[129] Comme dans tout procès devant juge et jury, le juge peut, sur requête, écarter le moyen de défense s'il estime que les faits, tels qu'ils ont été prouvés, ne sauraient fonder la conclusion de communication responsable. Cela correspond au pouvoir que la jurisprudence reconnaît au juge de soustraire la question de la malveillance à l'examen du jury lorsque la preuve ne permet pas d'en étayer la présence.

[130] La défense de communication responsable ne requiert pas que le jury se prononce de façon préliminaire sur le sens principal de l'énoncé, car elle ne repose pas sur l'hypothèse d'une signification unique. Il faut cependant indiquer au jury qu'il doit évaluer le caractère responsable de la communication en tenant compte de l'éventail des sens que les mots peuvent raisonnablement exprimer ainsi que de la preuve du sens que voulait exprimer le défendeur.

[131] Le partage des tâches proposé en l'espèce obéit à la règle générale voulant que les questions de droit relèvent du juge et les questions de fait du jury. En préservant le rôle capital du jury, ce partage s'inscrit dans la tradition canadienne et respecte les dispositions législatives. Les procès pour diffamation se sont habituellement déroulés devant juge et jury. En outre, dans plusieurs ressorts canadiens, des règles particulières continuent à régir les procès par jury en matière de diffamation, même si la participation des jurys est désormais moins répandue dans la plupart des autres types d'actions



Alberta *Jury Act*, R.S.A. 2000, c. J-3, s. 17(1). In Ontario, where the case at bar arose, there is no longer any special right to a jury trial in defamation cases. However, s. 14 of the Ontario *Libel and Slander Act*, R.S.O. 1990, c. L.12, guarantees the right of a jury in a defamation action to render a general verdict (see also *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 108(5)). Courts have interpreted s. 14 to mean that the jury cannot be required to answer specific questions, and if they are asked to do so they must also be informed of their right to render a general verdict: *Pizza Pizza Ltd. v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1998), 42 O.R. (3d) 36 (Div. Ct.), at pp. 43-44, per Sharpe J. Finally, s. 108 of the Ontario *Courts of Justice Act* provides that in a defamation action tried by judge and jury, it is for the jury to decide questions of fact and to assess the quantum of damages.

[132] The plaintiffs argue against a central role for the jury. In their view, if a conduct-based defence is recognized, it should be for the judge alone to determine whether it lies and whether it is established on the facts. This, they contend, is the only way to safeguard the nuanced constitutional balance between free expression and the protection of reputation.

[133] This argument cannot be sustained. First, restricting the role of the jury in this manner may run afoul of the statutory rights accorded by s. 108 of the Ontario *Courts of Justice Act* (it is for the jury to decide questions of fact), and most certainly would violate s. 14 of the Ontario *Libel and Slander Act* (the jury cannot be required to decide preliminary questions, and must be permitted to render a general verdict). The argument is essentially a plea to the Court to amend the provisions of these Acts. This the Court cannot do.

civiles : voir, p. ex., les *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique, B.C. Reg. 221/90, r. 39(27), et la *Jury Act*, R.S.A. 2000, ch. J-3, par. 17(1) de l'Alberta. En Ontario, d'où provient la présente cause, il n'existe plus de droit particulier à un procès avec jury dans les instances en diffamation. Toutefois, l'art. 14 de la *Loi sur la diffamation*, L.R.O. 1990, ch. L.12, de l'Ontario garantit le droit du jury de rendre un verdict général dans une action en diffamation (voir également la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, par. 108(5)). Suivant l'interprétation jurisprudentielle de l'art. 14, les jurys ne peuvent être obligés de répondre à des questions particulières, et s'il leur est demandé de le faire, ils doivent être informés de leur droit de prononcer un verdict général : *Pizza Pizza Ltd. c. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1998), 42 O.R. (3d) 36 (C. div.), p. 43 et 44, le juge Sharpe. Enfin, l'art. 108 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario dispose que, dans une action en diffamation instruite devant juge et jury, il appartient au jury de trancher les questions de fait et d'évaluer le montant des dommages-intérêts.

[132] Les demandeurs contestent ce rôle primordial du jury. Selon eux, si l'existence d'un moyen de défense axé sur la conduite est reconnue, c'est le juge seul qui devrait statuer sur son applicabilité et déterminer s'il a été prouvé au vu des faits. Ce serait, pour eux, la seule façon de maintenir l'équilibre constitutionnel délicat entre la liberté d'expression et la protection de la réputation.

[133] On ne peut retenir cet argument. Premièrement, restreindre de la sorte le rôle du jury pourrait déroger aux droits qui lui sont conférés par l'art. 108 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario (qui prévoit qu'il revient à ce dernier de se prononcer sur les questions de fait) et contreviendrait assurément à l'art. 14 de la *Loi sur la diffamation* de l'Ontario (selon lequel le jury ne peut être tenu de statuer sur des questions préliminaires et doit être libre de rendre un verdict général). Cet argument ne constitue ni plus ni moins qu'un plaidoyer pour que la Cour modifie les dispositions de ces lois, ce qu'elle ne peut pas faire.

[134] Second, permitting the jury to have the ultimate say on whether or not the new defence applies, is consistent with the jury's role with respect to the defence of fair comment. The *Reynolds* model, where "primary facts" are determined by the jury but the decision on responsible journalism is made by the judge, entails a complex back and forth between judge and jury and may lead to interlocutory rulings, and in due course appeals from those interlocutory decisions. Moreover, confining the jury's role to preliminary fact-finding would entail seeking jury responses to numerous detailed questions, which may in turn "thwart many of the benefits sought through the doctrinal changes": Kenyon, at p. 433; see also Lord Phillips, M.R., in *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356, at para. 70, lamenting the division of roles that has taken shape in English courts under *Reynolds*.

[135] Third, it is not unusual for juries to render verdicts where constitutionally protected interests are at stake. They do so every day in criminal trials across the country. Sufficient safeguards exist in the proposed division of responsibility to ensure the appropriate constitutional balance is struck. The judge exercises a gatekeeper function in determining the legal issues and evidentiary sufficiency, and instructs the jury on all relevant factors, including the nature and importance of the *Charter* values of free expression and protection of reputation. The judge's decisions can be appealed for legal error.

#### VI. Application to the Facts of This Case

[136] The evidence revealed a basis for three defences: (1) justification; (2) fair comment; and (3) responsible communication on a matter of public interest. All three defences should have been left to the jury. It is unnecessary to deal further with the

[134] Deuxièmement, compte tenu du rôle du jury lorsque la défense de commentaire loyal est invoquée, il serait logique de lui permettre de décider de l'application du nouveau moyen de défense. Le modèle *Reynolds*, qui postule que le jury se prononce sur les « faits principaux », mais que le juge statue sur la défense de journalisme responsable, entraîne un va-et-vient complexe entre le juge et le jury susceptible de donner lieu à des décisions interlocutoires et peut, éventuellement, entraîner des appels des décisions interlocutoires en question. En outre, si le rôle des jurés se limitait à trancher des questions de fait préliminaires, il s'ensuivrait qu'il faudrait solliciter leurs points de vue sur un grand nombre de questions détaillées, points de vue qui, à leur tour, pourraient [TRADUCTION] « contre-carrer un grand nombre des avantages recherchés par les modifications doctrinales » Kenyon, p. 433; voir également lord Phillips, maître des rôles, dans *Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356, par. 70, qui déplore le partage des rôles mis en place par les tribunaux anglais en application de l'arrêt *Reynolds*.

[135] Troisièmement, il n'est pas rare que des jurys rendent des verdicts lorsque des droits jouissant d'une protection constitutionnelle sont en jeu. Cela se produit tous les jours, partout au Canada, dans des procès criminels. Le partage des tâches proposé comporte suffisamment de garanties pour assurer le maintien de l'équilibre constitutionnel requis. Le juge assume des fonctions de gardien en statuant sur les questions juridiques et sur la suffisance de la preuve, et il donne des directives au jury sur tous les facteurs pertinents, notamment sur la nature et l'importance des valeurs de la *Charte* que sont la liberté d'expression et la protection de la réputation. En outre, les décisions du juge peuvent être portées en appel pour erreur de droit.

#### VI. Application aux faits de la présente espèce

[136] La preuve permettait de fonder trois moyens de défense : (1) la justification, (2) le commentaire loyal, et (3) la communication responsable concernant une question d'intérêt public. C'est le jury qui aurait dû se prononcer sur ces trois moyens. Il n'est

defence of justification; no error is alleged in the trial judge's directions on this defence.

[137] Where the judge retains genuine doubt as to whether a given statement should be characterized as fact or opinion, the question should be left to the jury to decide: *Scott v. Fulton*, 2000 BCCA 124, 73 B.C.L.R. (3d) 392. In this case, it was open to the jury to consider the statement attributed to Dr. Clark that “[e]veryone thinks it’s a done deal” as a comment, or statement of opinion. The statement could be read as an idiomatic expression of an opinion about the *likelihood* of something, namely government approval, that had not yet come to pass. This would raise the defence of fair comment.

[138] The defence of fair comment was left to the jury at trial. However, I agree with the Court of Appeal, *per* Feldman J.A., that the trial judge erred in his charge to the jury on fair comment. He failed to instruct the jury that “since Mr. Schiller was the conduit for the comment and not its maker, the fact that he did not honestly believe it could not be used as a foundation for finding malice unless in the context of the article, he had adopted the comment as his own” (Feldman J.A., at para. 93). This recalls Binnie J.’s observation in *WIC Radio* 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” (para. 35). Additionally, as also held in *WIC Radio*, the “fair-minded” component of the traditional test should not form part of a charge on fair comment. For the reasons given by Feldman J.A., at paras. 83-94 of her reasons, these problems in the trial judge’s charge could have led the jury to wrongly conclude that the fair comment defence had been defeated by malice.

pas nécessaire d’ajouter quoi que ce soit au sujet de la défense de justification puisqu’aucune erreur dans les directives du juge à son sujet n’a été alléguée.

[137] Si le juge entretient un doute véritable quant à la question de savoir si l’objet de la communication devrait être caractérisé comme un énoncé de fait ou comme un énoncé d’opinion, la question devrait être laissée à l’appréciation du jury : *Scott c. Fulton*, 2000 BCCA 124, 73 B.C.L.R. (3d) 392. En l’espèce, le jury pouvait considérer la déclaration attribuée à M<sup>me</sup> Clark — « [t]out le monde pense que c’est un fait accompli » — comme un commentaire ou comme un énoncé d’opinion. L’énoncé pouvait être perçu comme la formulation, en termes courants, d’une opinion sur une *probabilité* — soit celle que le gouvernement donne son approbation — qui ne s’était pas encore réalisée, ce qui permettait d’invoquer la défense de commentaire loyal.

[138] Au procès, la défense de commentaire loyal a été soumise au jury. Je partage toutefois l’opinion de la Cour d’appel, exprimée par la juge Feldman, selon laquelle le juge du procès n’a pas bien instruit le jury au sujet de ce moyen de défense. Il a omis d’indiquer que [TRADUCTION] « M. Schiller ayant rapporté et non formulé le commentaire, l’absence de croyance honnête ne pouvait servir de fondement à la conclusion qu’il y avait eu malveillance à moins que, dans le contexte de l’article, il ait fait sien le commentaire » (la juge Feldman, par. 93). Ce passage rappelle l’observation du juge Binnie, dans *WIC Radio*, selon laquelle « 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 » (par. 35). En outre, comme la Cour l’a aussi indiqué dans *WIC Radio*, l’exposé du juge concernant le commentaire loyal ne devrait pas aborder le volet relatif à l’« esprit juste » du test traditionnel. Pour les motifs exposés par la juge Feldman aux par. 83 à 94 de ses motifs, il est possible que ces failles relevées dans l’exposé du juge au jury aient amené ce dernier à conclure à tort que la malveillance faisait échec à la défense de commentaire loyal.

[139] It was also open to the jury to consider the critical “done deal” remark as a statement of fact. Read literally, it can be taken as an assertion that government approval for the development was actually already sealed, either formally behind closed doors or by tacit understanding. This raises the defence of responsible communication on a matter of public interest. The trial judge did not leave this or any similar defence to the jury.

[140] In Ontario, an appellate court cannot order a new trial in a civil matter “unless some substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”: *Courts of Justice Act*, s. 134(6). Taken together, in my view, the errors I have described rise to this level and require a new trial. Since the facts and submissions on the new trial may differ from those on the first trial, detailed discussion of how the new trial should proceed would be inappropriate. However, on the assumption the evidence will mirror the evidence on the first trial, the following observations may be helpful.

1. The jury should be told that three defences may arise on the facts: (1) justification (truth); (2) fair comment, with respect to any statements of opinion; and (3) responsible communication on a matter of public interest, with respect to any statements of fact.
2. Since the statement most at issue (the “done deal” remark) can be viewed as opinion, the trial judge should instruct the jury on the defence of fair comment in accordance with this Court’s decision in *WIC Radio*.
3. Since the statement can also be viewed as a statement of fact, raising the defence of

[139] Les jurés pouvaient aussi considérer la remarque cruciale concernant le « fait accompli » comme un énoncé de fait. Prise littéralement, en effet, elle peut être perçue comme l’affirmation que l’approbation gouvernementale était déjà chose faite, soit officiellement derrière des portes closes soit par accord tacite. Cela permettait d’invoquer la défense de communication responsable concernant une question d’intérêt public, mais le juge du procès n’a soumis au jury ni ce moyen de défense ni aucun autre moyen apparenté.

[140] En Ontario, une cour d’appel ne peut pas ordonner la tenue d’un nouveau procès dans une cause civile « en l’absence d’un préjudice grave ou d’une erreur judiciaire fondamentale » : *Loi sur les tribunaux judiciaires*, par. 134(6). Considérées ensemble, j’estime que les erreurs que j’ai décrites sont de ce type et imposent d’ordonner la tenue d’un nouveau procès. Il ne convient pas de préciser comment la nouvelle instruction devrait se dérouler, puisque les faits et les arguments en jeu dans la nouvelle instance pourront différer de ceux présentés dans le cadre de la première instance. Toutefois, en supposant que la preuve soumise lors du deuxième procès ressemble à celle présentée lors du premier procès, les observations qui suivent pourraient être utiles.

1. Il faudrait dire au jury que le défendeur peut invoquer trois moyens de défense selon les faits en cause : (1) la justification (vérité); (2) le commentaire loyal, à l’égard des énoncés d’opinion; et (3) la communication responsable concernant une question d’intérêt public, à l’égard des énoncés de fait.
2. Puisque la principale déclaration en cause (la remarque sur le « fait accompli ») peut être considérée comme l’énoncé d’une opinion, les directives au jury concernant la défense de commentaire loyal devraient être conformes aux règles établies par la Cour dans *WIC Radio*.
3. Puisque cette affirmation peut également être considérée comme un énoncé de fait, ce qui

responsible communication on a matter of public interest, the trial judge should rule on whether communication of the statement was in the public interest. On the evidence in the first trial, the answer to this question is affirmative. The communication related to issues of government conduct is clearly in the public interest.

4. The jury should be instructed to determine whether publication of the defamatory material was responsible, having regard to the factors enumerated above.

## VII. Conclusion

[141] I would dismiss the appeal and the cross-appeal, and affirm the order for a new trial. The respondents should have their costs of the main appeal in this Court.

The following are the reasons delivered by

[142] ABELLA J. — I am in complete agreement with the Chief Justice’s reasons for adding the “responsible communication” defence to Canadian defamation law. I also share her view that determining the availability of this defence entails a two-step analysis: the first to determine whether a publication is on a matter of public interest; and the second to determine whether the standard of responsibility is met. Yet while I agree that the first question is a matter of law for the judge to decide, I do not, with great respect, share her view that the jury should decide the second step. I see very little conceptual difference between deciding whether a communication is in the public interest and whether it is responsibly made. While both inquiries engage questions of fact and law, both are nonetheless predominantly legal issues. As a result, in my view the legal character of deciding whether the applicable standard of responsibility has been met in a given case is,

permet d’invoquer la défense de communication responsable concernant une question d’intérêt public, le juge du procès devrait déterminer si la communication de l’énoncé était dans l’intérêt public. Suivant la preuve présentée lors du premier procès, la réponse à cette question est affirmative. La communication qui concernait des questions relatives à la conduite du gouvernement était manifestement d’intérêt public.

4. Le jury devrait recevoir comme directive de déterminer si la communication des propos diffamatoires a été faite de façon responsable, en tenant compte des facteurs que j’ai énumérés plus tôt.

## VII. Conclusion

[141] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi ainsi que le pourvoi incident et de confirmer l’ordonnance relative à la tenue d’un nouveau procès. Les intimés ont droit aux dépens relativement au pourvoi principal devant notre Cour.

Version française des motifs rendus par

[142] LA JUGE ABELLA — Je souscris entièrement aux motifs de la Juge en chef justifiant d’ajouter la défense de « communication responsable » au droit canadien en matière de diffamation. Je partage également son opinion selon laquelle il faut, pour juger de l’applicabilité de ce moyen de défense, procéder à une analyse en deux volets : le premier pour déterminer si la communication concerne une question d’intérêt public; et le deuxième pour déterminer s’il a été satisfait à la norme de la responsabilité. Cela étant dit, bien que je sois d’accord pour dire que la première question en est une de droit qui relève du juge, je ne partage pas, soit dit en tout respect, son opinion selon laquelle le deuxième volet devrait être tranché par le jury. J’estime qu’il n’existe qu’une infime différence conceptuelle entre le fait de décider si une communication est d’intérêt public et celui de déterminer si elle a été faite de façon responsable. Bien que les deux examens supposent de répondre à des questions de fait et de droit, il s’agit

like the public interest analysis, a matter for the judge.

[143] The responsible communication analysis requires that the defendant's interest in freely disseminating information and the public's interest in the free flow of information be weighed against the plaintiff's interest in protecting his or her reputation. This is true no less of the second and determinative step as of the first. The exercise as a whole involves balancing freedom of expression, freedom of the press, the protection of reputation, privacy concerns, and the public interest. Each of these is a complex value protected either directly or indirectly by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336; *Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, at p. 475; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 107; and *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420, at para. 2). Weighing these often competing constitutional interests is a legal determination. It is, therefore, a determination that the judge should undertake.

[144] I accept that the jury's participation in defamation cases is firmly entrenched in the psyche of defamation law and that authorizing judges to decide both steps of the responsible communication analysis leaves juries with a limited role. But I am unpersuaded that it is inconsistent with the statutory scheme to leave the legal issues at stake here with the judge and any disputed facts with the jury. It is worth remembering that such a potentially determinative role for the judge already exists when the defence of absolute or qualified privilege is engaged (Raymond E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at pp. 12-289, 13-405 and 16-136). It is also useful to bear in mind the historical basis

principalement de questions juridiques. En conséquence, je suis d'avis que le caractère juridique de la décision quant à l'atteinte de la norme prescrite de responsabilité dans un cas donné, comme celui de l'analyse de l'intérêt public, en fait une question qui doit être tranchée par le juge.

[143] L'analyse de la communication responsable exige que l'intérêt du défendeur de diffuser librement l'information et l'intérêt du public à ce que l'information circule librement soient mis en balance avec l'intérêt qu'a le demandeur à ce que sa réputation soit protégée. Cela n'est pas moins vrai relativement au deuxième volet déterminant du test qu'en ce qui a trait au premier volet. L'exercice, dans son ensemble, suppose de mettre en balance la liberté d'expression, la liberté de la presse, la protection de la réputation, des préoccupations relatives à la protection de la vie privée et l'intérêt public. Il s'agit dans tous les cas de valeurs complexes protégées directement ou indirectement par la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1336; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, p. 475; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 107; et *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420, par. 2). Mettre ces intérêts constitutionnels souvent opposés en balance consiste à tirer une conclusion de droit. Il s'agit donc d'une question qu'il appartient au juge de trancher.

[144] J'admets que la participation du jury dans les causes de diffamation est fermement ancrée dans l'esprit du droit en matière de diffamation et que d'autoriser les juges à trancher les deux volets de l'analyse de la communication responsable ne laisse qu'un rôle limité au jury. Je ne suis toutefois pas convaincue que cette approche est incompatible avec le régime législatif qui confie au juge la tâche de décider des questions juridiques et au jury celle de trancher les questions de fait. Il convient de se rappeler que les juges assument déjà un tel rôle potentiellement déterminant lorsque la défense d'immunité absolue ou d'immunité relative est invoquée (Raymond E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 12-289,

for the jury's preeminent role in defamation cases. It was an outgrowth of Britain's *Libel Act* of 1792 when juries were seen to be necessary as "watchdogs of democratic rights against unrepresentative governments" (New South Wales Law Reform Commission, Report 75, *Defamation* (1995), at para. 3.2, cited in *Australian Broadcasting Corp. v. Reading*, [2004] NSWCA 411 (AustLII), at para. 143). More than two centuries later, this rationale is difficult to sustain, as is the primacy of the jury's role (Brown, vol. 3, at p. 17-115; *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356, at para. 70, *per* Lord Phillips, M.R.; *Gatley on Libel and Slander* (11th ed. 2008), at p. 1241; and David A. Anderson, "Is Libel Law Worth Reforming?" (1991-1992), 140 *U. Pa. L. Rev.* 487, at p. 540).

[145] By adopting the responsible communication defence, we are recognizing the sophistication and constitutional complexity of defamation cases involving communications on matters of public interest. What is most important is protecting the integrity of the interests and values at stake in such cases. This defence is a highly complex legal determination with constitutional dimensions. That takes it beyond the jury's jurisdiction and squarely into judicial territory.

[146] Other than this concern over the proper division of labour between judge and jury, I agree with the Chief Justice's reasons and with her decision to order a new trial.

## APPENDIX

Cottagers teed off over golf course

Long-time Harris backer awaits Tory nod on plan

13-405 et 16-136). Il est également utile de garder à l'esprit le fondement historique du rôle prépondérant du jury dans les causes en matière de diffamation. Il découle de la *Libel Act* de 1792 britannique selon laquelle les jurys étaient perçus comme les nécessaires [TRADUCTION] « chiens de garde des droits démocratiques face aux gouvernements non représentatifs » (New South Wales Law Reform Commission, Rapport 75, *Defamation* (1995), par. 3.2, cité dans *Australian Broadcasting Corp. c. Reading*, [2004] NSWCA 411 (AustLII), par. 143). Plus de deux siècles plus tard, ce raisonnement est difficilement soutenable, tout comme la primauté du rôle du jury (Brown, vol. 3, p. 17-115; *Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356, par. 70, lord Phillips, maître des rôles; *Gatley on Libel and Slander* (11<sup>e</sup> éd. 2008), p. 1241; et David A. Anderson, « Is Libel Law Worth Reforming? » (1991-1992), 140 *U. Pa. L. Rev.* 487, p. 540).

[145] En adoptant la défense de communication responsable, nous reconnaissons la subtilité et la complexité constitutionnelle des causes en matière de diffamation relatives à des communications concernant des questions d'intérêt public. Il importe avant tout de protéger l'intégrité des intérêts et des valeurs en cause dans de tels litiges. L'application du moyen de défense dont il est question en l'espèce suppose de trancher une question de droit très complexe ayant des dimensions constitutionnelles. C'est ce qui en fait une question qui outrepassse la compétence du jury et qui la situe clairement dans le domaine qui relève du juge.

[146] Mis à part cette préoccupation quant au partage approprié des tâches entre le juge et le jury, je souscris aux motifs de la Juge en chef et à sa décision d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

## ANNEXE

[TRADUCTION]

Résidents verts de rage à propos d'un terrain de golf

Un partisan de longue date de Mike Harris attend l'aval des conservateurs quant à son projet

Bill Schiller

FEATURE WRITER

Saturday Special

NEW LISKEARD — During the past decade, millionaire lumber magnate Peter Grant — one of the most powerful business people in northern Ontario — has been generous with Mike Harris and the Conservatives.

In 1990, Grant, through his companies, gave Harris more than \$14,000 to help him win the Conservative leadership.

In 1999, Grant poured \$45,000 into Conservative pockets to speed their re-election, — followed by another \$21,000 last year.

Of this \$80,000, at least \$5,000 went to Natural Resources Minister John Snobelen and his Mississauga riding association.

But Peter Grant also wants something from the government.

Here, on a tiny peninsula on a cottage-speckled lake, where families have come for generations, Grant wants to take three small golf holes on his property and expand them into a 3,290-yard, nine-hole course.

To do so, he needs the Harris government — with the support of Snobelen's ministry — to sell him 10.5 hectares of crown land and approve the project.

The planned course will be private, so private in fact, it will be for Grant's own "personal use and enjoyment."

But in the minds of many who own cottages here on Twin Lakes, about 500 kilometres north of Toronto, Grant's dream of carving a course out of the northern wilderness for his own pleasure, is a nightmare.

"Herbicides, pesticides, fertilizers, will all wash into our lake," insists Bonnie Taylor, who might be forgiven for sounding a little proprietary. Her pioneering family first built on this spring-fed lake nearly 60 years ago.

Last winter, she wrote the province to say she's worried about the impact the course could have on lake and

Bill Schiller

JOURNALISTE D'ENQUÊTE

Reportage spécial

NEW LISKEARD — Au cours des dix dernières années, M. Peter Grant, richissime magnat de l'industrie du bois d'œuvre — un des plus puissants hommes d'affaires du Nord de l'Ontario — s'est montré généreux envers Mike Harris et les conservateurs.

En 1990, par l'intermédiaire de ses entreprises, M. Grant a donné plus de 14 000 \$ à M. Harris pour l'aider à devenir le chef du Parti progressiste-conservateur de l'Ontario.

En 1999, M. Grant a versé 45 000 \$ dans les coffres des conservateurs pour contribuer à leur réélection et, l'an dernier, il leur a donné 21 000 \$.

De ce total de 80 000 \$, au moins 5 000 \$ sont allés au ministre des Richesses naturelles, M. John Snobelen, et à son association de circonscription de Mississauga.

Mais M. Peter Grant attend aussi quelque chose en retour du gouvernement.

Ici, sur une petite presqu'île qui s'avance dans un lac aux rives parsemées de chalets, où des familles viennent depuis plusieurs générations, M. Grant veut agrandir le petit parcours de golf de trois trous situé sur sa propriété et en faire un parcours de neuf trous de 3 290 verges.

Toutefois, pour y arriver, il a besoin que le gouvernement Harris — avec l'appui du ministère de M. Snobelen — lui vende 10,5 hectares de terres publiques et approuve son projet.

Le parcours projeté sera privé, si privé en fait qu'il sera réservé « à l'usage et à l'agrément personnels » de M. Grant.

Cependant, pour de nombreuses personnes possédant des chalets sur les rives des lacs Twin, à quelque 500 kilomètres au nord de Toronto, le rêve de M. Grant d'aménager pour son propre agrément un terrain de golf dans les régions sauvages du Nord constitue plutôt un cauchemar.

« Les herbicides, les pesticides et les fertilisants ruisselleront dans notre lac », insiste M<sup>me</sup> Bonnie Taylor, dont on peut sans doute excuser les élans de possessivité. En effet, sa famille a été la première, il y a près de 60 ans, à s'établir sur les rives de ce lac alimenté par des sources.

L'hiver dernier, elle a écrit au gouvernement provincial pour faire part de son inquiétude à l'égard des



well water — especially, she said, “with Walkerton still fresh on everyone’s mind.”

For his part, Grant refuses to be interviewed.

“Our client . . . does not intend to discuss his personal affairs with you,” his lawyers informed *The Star* by letter.

When a *Star* photographer went to take pictures at the site this month, men the OPP believe were Grant employees, accused the photographer of trespassing. They then tried to drive the photographer’s vehicle off a public road, and finally followed the photographer out of town for almost 20 kilometres.

But for concerned cottagers back at lakeside — the issue is water.

Grant already has provincial permission to draw as much as 300,000 litres per day from the lake to water his three golf holes.

According to environment ministry guidelines, the same amount of treated water could support a community of 750 to 1,500 people.

And ratepayers worry that if Grant’s plan goes ahead, his need for water will grow.

It’s a worry not without foundation: some 18-hole golf courses in the north have provincial permits to take as much as 2.2 million litres of water per day.

Grant’s expanded course would also clear trees from almost 23.5 hectares in total: 10.5 hectares of crown land, and another 13 hectares of privately held land he also intends to buy for the project.

Perhaps most worrisome from the cottagers’ perspective, planning documents show the course will use \$20,000 worth of pesticides annually, including small amounts of Daconil, a highly effective pesticide that is also highly toxic to fish and invertebrates.

But locals aren’t the only ones concerned about Grant’s plans. Officials from the Ministry of Natural Resources are too. Currently conducting a limited environmental assessment, they’ve informed Grant of at least a dozen

répercussions que pourrait avoir le terrain de golf sur l’eau du lac et des puits, particulièrement, a-t-elle dit, « en raison du fait que les événements de Walkerton sont encore frais dans notre mémoire ».

Quant à M. Grant, il a refusé d’être interviewé.

« Notre client [. . .] n’a pas l’intention de discuter ses affaires personnelles avec vous », ont fait savoir les avocats de M. Grant dans une lettre adressée au *Star*.

Lorsqu’un photographe du *Star* s’est rendu aux lacs Twin ce mois-ci pour prendre des photos de l’endroit, il s’est fait accuser d’intrusion dans une propriété privée par des hommes que la Police provinciale de l’Ontario croit être des employés de M. Grant. Ces derniers ont alors essayé de faire quitter la voie publique au véhicule du photographe, après quoi ils ont suivi ce dernier à l’extérieur de la ville pendant près de 20 kilomètres.

Mais c’est la question de l’eau qui préoccupe les propriétaires des chalets bordant le lac.

En effet, M. Grant est déjà autorisé par le ministère provincial à puiser quotidiennement jusqu’à 300 000 litres d’eau dans le lac pour arroser son terrain de trois trous.

Selon les normes du ministère de l’Environnement, la même quantité d’eau traitée pourrait répondre aux besoins d’une collectivité de 750 à 1 500 personnes.

En outre, les contribuables craignent que, si le projet de M. Grant se concrétise, ses besoins en eau augmentent.

Cette inquiétude n’est pas sans fondement : certains terrains de golf dans le Nord de la province sont autorisés à puiser jusqu’à 2,2 millions de litres d’eau par jour.

Pour agrandir le terrain de golf de M. Grant, il faudrait également abattre des arbres sur une superficie totale de près de 23,5 hectares : 10,5 hectares de terres publiques, ainsi que 13 hectares de terres privées que M. Grant entend également acheter pour mener à bien son projet.

Mais ce qui inquiète peut-être encore davantage les propriétaires de chalet, c’est le fait que, selon les documents de planification, on prévoit utiliser annuellement 20 000 \$ en pesticides pour le terrain de golf, y compris de faibles quantités de Daconil, un pesticide très efficace, mais également hautement toxique pour les poissons et les invertébrés.

Les gens de l’endroit ne sont toutefois pas les seuls à être inquiets des projets de M. Grant. Les fonctionnaires du ministère des Richesses naturelles le sont eux aussi. Dans le cadre de l’évaluation environnementale

concerns they have about the project, from potential effects on water quality, to the impact on lake levels.

Grant's consultants are preparing a response.

But the ministry's concerns are small comfort to cottagers.

They know the expressed concerns of government officials don't always mean much when it comes to development projects led by supporters of the Premier.

“Everyone thinks it's a done deal because of Grant's influence — but most of all his Mike Harris ties,” says Lorrie Clark, who owns a cottage on Twin Lakes.

Earlier this year, the local cottagers' association invited Grant's consultants, as well as ministry officials to a meeting to discuss Grant's proposal. A number of cottagers brought copies of a Toronto Star article detailing how the Premier's best friend Peter Minogue complained “at political levels” to try to get his North Bay golf course and subdivision approved in the face of opposition from the Ministry of Natural Resources.

Minogue's partners in that venture, known as Osprey Links, included the president of Harris' riding association and a veritable Who's Who of Harris' North Bay friends. Ministry objections were overruled just 12 days after a senior bureaucrat warned by memo that Minogue had begun complaining.

With that experience in mind, lawyer Peter Ramsay, a ratepayer and cottager rose at the public meeting here and put his concerns bluntly.

“Is this (Grant) project going to be decided by the Ministry of Natural Resources?” he asked officials present. “Or is it going to be decided by Queen's Park?”

A ministry official at the meeting, Greg Gillespie, said he couldn't speak for what happens at Queen's Park.

restreinte à laquelle ils procèdent actuellement, ces derniers ont signalé à M. Grant au moins une douzaine d'inquiétudes que suscite selon eux le projet, inquiétudes allant de ses possibles répercussions sur la qualité de l'eau du lac jusqu'à son impact sur le niveau de celui-ci.

Les experts-conseils de M. Grant préparent leur réponse.

Mais les inquiétudes soulevées par le ministère sont loin d'apaiser celles des propriétaires de chalet.

Ces derniers savent que les inquiétudes exprimées par des fonctionnaires ne pèsent parfois pas bien lourd lorsqu'il est question de projets de développement menés par des partisans du premier ministre.

« Tout le monde pense que c'est un fait accompli en raison de l'influence qu'exerce M. Grant, mais plus encore en raison de ses liens avec Mike Harris », affirme Lorrie Clark, propriétaire d'un chalet sur les bords des lacs Twin.

Plus tôt cette année, l'association des propriétaires de chalet de l'endroit a invité à une réunion les experts-conseils de M. Grant, ainsi que des fonctionnaires du ministère, pour discuter du projet de M. Grant. Un certain nombre de propriétaires de chalet ont apporté des copies d'un article du Toronto Star relatant que le meilleur ami du premier ministre, M. Peter Minogue, s'était adressé « aux instances politiques » afin de tenter de faire approuver son projet de terrain de golf et de lotissement à North Bay devant l'opposition du ministère des Richesses naturelles.

Au nombre des partenaires de M. Minogue dans ce projet, appelé Osprey Links, figuraient le président de l'association de la circonscription de Mike Harris et le gratin des relations de ce dernier à North Bay. Les objections du ministère ont été écartées seulement 12 jours après qu'un haut fonctionnaire eût souligné dans une note de service que M. Minogue avait commencé à se plaindre.

Ayant sans doute cette situation à l'esprit, M<sup>c</sup> Peter Ramsay, contribuable et propriétaire d'un chalet dans la localité, n'a pas mâché ses mots lorsqu'il a fait part de ses inquiétudes lors de la réunion publique.

« Est-ce que ce sera le ministère des Richesses naturelles qui prendra la décision à propos de ce projet [de M. Grant]? » a-t-il demandé aux fonctionnaires présents, « Ou bien Queen's Park? »

Un fonctionnaire du ministère présent à la réunion, Greg Gillespie, a dit qu'il ne pouvait pas se prononcer sur ce qui se passe à Queen's Park.

“But we did our job,” he said of the Osprey experience.

Such suspicions and anxiety over the approval process have set the stage for a classic confrontation, which — in the cottagers’ view — pits the public good of ordinary Ontarians, many of whom are senior citizens, against a single, powerful, private interest: Peter Grant.

“This is a development that is not in the public interest,” cottage owner Clark emphasizes, “but only a very private one.”

For an outsider, however, looking at the history of the lake, one might think Grant is fighting an uphill battle.

After all, in 1985 the Ontario Municipal Board shut down a proposal to build a small subdivision on Twin Lakes out of concerns about potential environmental damage.

The board — a kind of court of appeal for developers and citizens who disagree on a development — sided with a consultant who argued that the lake was too sensitive, teetering on overdevelopment with 200 cottages, and any additional building might constitute an environmental hazard.

Those arguments won the day.

But Grant is undaunted.

Today, the same consultant who convinced the board to block that development more than 15 years ago, now consults for Grant.

Michael Michalski argues that Grant’s development can be built with minimum impact and that “everything feasible” will be done to keep contaminants on site.

Not to be outdone, local citizens have hired their own consultants, Gartner Lee. They say neither Michalski nor anyone else can guarantee the lake’s safety.

And so the scientific lines have been drawn in the sand.

But if politics and power were to have any bearing on the matter, some feel Grant would have the upper hand.

« Mais nous avons fait notre travail », a-t-il affirmé au sujet d’Osprey Links.

La méfiance et l’anxiété que suscite le processus d’approbation ont ouvert la voie à une confrontation typique, qui — de l’avis des propriétaires de chalet — oppose le bien-être d’Ontariens ordinaires, dont de nombreuses personnes âgées, aux intérêts privés d’une seule personne influente, Peter Grant.

« Ce projet de développement ne sert pas l’intérêt public », a insisté M<sup>mc</sup> Clark, propriétaire de chalet, « mais seulement des intérêts essentiellement privés. »

Toutefois, quelqu’un de l’extérieur pourrait considérer, vu l’histoire du lac, que le succès de la démarche de M. Grant est loin d’être acquis.

Après tout, en 1985, la Commission des affaires municipales de l’Ontario a rejeté un projet de petit lotissement aux lacs Twin, par crainte de possibles dommages environnementaux.

La Commission — sorte de tribunal d’appel à l’intention des promoteurs et citoyens qui s’opposent à l’égard d’un projet de développement — a retenu les arguments d’un expert-conseil qui affirmait que le lac était trop fragile, que la présence de 200 chalets frôlait déjà la surexploitation immobilière et que toute construction additionnelle pourrait constituer un risque pour l’environnement.

Ces arguments l’ont emporté.

Mais il en faut plus pour décourager M. Grant.

Aujourd’hui, le même expert-conseil qui a convaincu la Commission d’empêcher le lotissement il y a plus de quinze ans a maintenant été retenu par M. Grant.

En effet, Michael Michalski affirme que le projet de M. Grant peut être réalisé tout en réduisant au minimum ses répercussions et que « tous les moyens possibles » seront pris pour que les contaminants ne s’échappent pas du site.

Pour ne pas être en reste, les citoyens de la localité ont eux aussi retenu leurs propres experts-conseils, la société Gartner Lee, selon qui ni M. Michalski ni personne d’autre ne saurait garantir que le lac ne sera pas touché.

Les positions scientifiques respectives des parties sont donc bien arrêtées.

Mais certains estiment que, si les relations politiques et le pouvoir devaient jouer un rôle dans le dossier, c’est M. Grant qui aurait gain de cause.

In this rough and rugged stretch of northern Ontario, where local economies depend largely on timber and tourism, Grant is a powerful presence.

His company, Grant Forest Products, is an important local employer. The company's radio ads, which continually remind locals that Grant is "using our forests wisely," are part of public consciousness. And every autumn, a charity golf tournament Grant holds using two public courses — the tournament culminates at his mini-course — heralds the high point of this area's social season. It always makes front-page news.

So did the Premier's visit here last fall, when he attended a post-tournament reception for more than 600 at Grant's palatial home.

Grant, who has been running the event since 1998, proudly presented a cheque that day for \$300,000 to help build a local senior's home.

Press accounts note that he's raised about \$1 million for local causes, including area golf courses, over three years.

Up north, the charity event has distinguished him.

So has his selection of lobbyists down south at Queen's Park.

When it comes to looking after business interests there, Grant depends on North Bay lobbyist Peter Birnie. Records at Elections Ontario show Birnie is vice-president of Harris' riding association.

Meanwhile, on the personal front, Grant maintains a reputation for living large.

His home and corporate compound in the bush dwarfs the dozens of cottages that surround it.

His 14,500 square-foot house on 4.5 hectares of lavishly landscaped property, was once appraised at \$1.9 million. Neighbours note the occasional helicopter coming and going through the bush.

The seven-bedroom main house has an indoor squash court with viewing gallery, a fully equipped gymnasium, and a Jacuzzi that can accommodate 15 people.

Dans cette région sauvage du Nord de l'Ontario, où les économies régionales sont largement tributaires du bois d'œuvre et du tourisme, M. Grant est un homme puissant.

Son entreprise, Grant Forest Products, est un important employeur de la localité. Les publicités radiophoniques de la compagnie, qui rappellent sans cesse aux gens du coin que M. Grant « exploite sagement les ressources forestières », font partie de la conscience collective. En outre, chaque automne, le tournoi de golf de bienfaisance qu'organise M. Grant sur deux terrains de golf publics — et qui se termine sur son mini-parcours — constitue le point culminant des activités mondaines de la région. Cet événement fait inmanquablement la manchette.

La visite du premier ministre a également fait la une l'automne dernier, lorsque celui-ci a assisté à la réception donnée après le tournoi pour plus de 600 personnes à la somptueuse propriété de M. Grant.

Ce dernier, qui organise le tournoi depuis 1998, a fièrement remis ce jour-là un chèque de 300 000 \$ en vue d'aider à la construction d'une résidence pour personnes âgées dans la région.

Selon les médias, il a recueilli environ un million de dollars en trois ans pour appuyer certaines causes dans la région, notamment au profit de terrains de golf.

Dans le Nord de la province, c'est par cet événement caritatif qu'il se distingue.

Dans le Sud, à Queen's Park, c'est par son choix de lobbyistes.

En effet, pour y défendre ses intérêts commerciaux, M. Grant s'en remet au lobbyiste de North Bay, Peter Birnie. Selon les dossiers d'Élections Ontario, M. Birnie est vice-président de l'association de circonscription de M. Harris.

Par ailleurs, sur le plan personnel, M. Grant a la réputation de mener grand train.

Sa demeure et ses bureaux administratifs, construits en pleine nature, donnent un air lilliputien aux dizaines de chalets avoisinants.

Sa maison de 14 500 pieds carrés, bâtie sur un terrain de 4,5 hectares luxueusement aménagé, a déjà été évaluée à 1,9 million de dollars. De temps à autre, les voisins voient des hélicoptères s'y poser.

La résidence principale compte sept chambres, ainsi qu'un court de squash intérieur avec gradins, un gymnase tout équipé et un jacuzzi pouvant accueillir 15 personnes.

Outside, tennis courts are equipped with banks of lights that illuminate the night sky. And down on the water, there's a 1,500-square-foot boat house.

There is also his three-hole mini-course — that Grant calls Frog's Breath — which can be configured to play as a tiny five.

Records show these holes were built on almost three hectares of crown land, which the province sold to Grant in April, 1998 for \$20,000.

But records also show that two months earlier, in February, 1998, Grant had also applied to buy the 10.5 hectares he's still pursuing today.

These developments have residents up in arms.

"It's difficult living here and watching all this go on," says Nancy Kramp, a mother of four who, like Grant, lives permanently on Twin Lakes.

"It used to be dead silence out here. There was nothing but the sounds of wildlife. Now, there are always (golf course) machines running."

Kramp can't comprehend how the provincial government can think of selling 10.5 hectares of land so that one man may build a golf course for his own enjoyment.

She remembers a run-in she had with the Ministry of Natural Resources not so long ago over a sandbox.

"Around 1994, the ministry told us to move a sandbox we'd erected for our son," Kramp recalls, "four planks with sand in the middle, because it was on crown land. This sandbox seemed to be interfering with the natural habitat of the area. And now a nine-hole golf course is okay?"

It's not okay yet.

The Harris government has not sold the property to him.

Still, local politicians are preparing the way.

Today, five politicians who represent the people of Hudson Township here (population: 501), are scheduled to meet to discuss a motion to amend local zoning

À l'extérieur, les projecteurs des courts de tennis illuminent le ciel le soir tombé. Et, plus bas, sur les rives du lac, on trouve une remise à bateaux de 1 500 pieds carrés.

Le domaine compte également un parcours de golf de trois trous — appelé « Frog's Breath » par M. Grant — qui peut être aménagé en un petit parcours de cinq trous.

Il ressort de certains documents que ce parcours a été aménagé sur près de trois hectares de terres publiques, que la province a vendues à M. Grant en avril 1998 pour la somme de 20 000 \$.

Ces documents révèlent également que deux mois plus tôt, en février 1998, M. Grant avait aussi présenté une demande pour acheter les 10,5 hectares qu'ils cherchent toujours à acquérir aujourd'hui.

Ce sont ces démarches qui soulèvent l'ire des résidents.

« Ce n'est pas facile de vivre ici et d'être témoin de tout ça », affirme M<sup>me</sup> Nancy Kramp, qui est mère de quatre enfants et qui, tout comme M. Grant, vit toute l'année sur les rives des lacs Twin.

« Avant, c'était la tranquillité totale ici. On n'entendait que les sons de la nature. Maintenant, il y a toujours des bruits de machines (venant du terrain de golf). »

Madame Kramp n'arrive pas à comprendre comment le gouvernement provincial peut envisager de vendre 10,5 hectares de terrain à un particulier pour qu'il y construise un terrain de golf pour son usage personnel.

Elle se rappelle la prise de bec qu'elle a eu assez récemment avec un fonctionnaire du ministère des Richesses naturelles à propos d'un « carré de sable ».

« Aux alentours de 1994, se remémore M<sup>me</sup> Kramp, le ministère nous a demandé de déplacer un carré de sable — quatre planches et du sable — que nous avions construit pour notre fils, et ce, parce qu'il se trouvait sur des terres publiques. Ce carré de sable nuisait, semble-t-il, à l'habitat naturel dans la région. Mais aujourd'hui, un terrain de golf de neuf trous serait acceptable? »

Le projet n'a pas encore été jugé acceptable.

Le gouvernement Harris n'a pas vendu le terrain à M. Grant.

Toutefois, des politiciens de la région sont en train de frayer la voie.

Cinq politiciens représentant la population du canton de Hudson (501 habitants) doivent se rencontrer aujourd'hui pour discuter d'une motion visant à modifier

bylaws and, according to a published notice, “permit the construction of a personal golf course — for the personal use of the property owner.”

Local councillor Clinton Edwards says he doesn’t really want to say whether he’ll support it.

“I’m in a bit of a bind here,” he says, somewhat haltingly. “My wife works for him (Grant). Employment is very hard to get up here,” he adds.

News of impending zoning changes even before the government has sold Grant the land makes some cottagers distrustful about what might happen next.

“The people on this lake aren’t mega-millionaires,” says Alexandra Skindra, mother, grandmother and property owner.

“They’re just regular people. Hard-working people. This shouldn’t be happening.”

Skindra and her husband Arkadis, 68, a retired nuclear plant designer, were planning on spending their retirement on the lake.

“I grew up here,” explains Alexandra. “My kids grew up here. And I was hoping our five grandchildren could come here every summer.”

“We don’t have anything against Peter,” Arkadis offers, hammer in hand as he renovates the front room of their cottage overlooking the water.

“But I can’t see how this can go ahead and not damage the lake and the environment.”

Down the way, Ira and Marion Murphy have spent 56 years on a tiny stretch of land that joins Twin Lakes with neighbouring Frere Lake.

Looking trim at 75, Ira, a retired Hydro supervisor, can point to the shore where he built a two-storey tree house for his granddaughters 18 summers ago.

For him, lake life is a precious thing, something interwoven with family.

“You know, we’ve known Peter since he was 3 years old,” says Murphy, a handsome, gray-haired man with a taste for the outdoors.

le règlement de zonage local et, selon un avis public, « à permettre la construction d’un terrain de golf personnel — pour l’usage personnel du propriétaire ».

Le conseiller municipal Clinton Edwards dit qu’il ne tient pas vraiment à dire s’il appuiera ou non la motion.

« Je me sens un peu entre l’arbre et l’écorce sur cette question », dit-il avec une certaine hésitation. Puis il ajoute : « Mon épouse travaille pour lui [M. Grant]. Il est très difficile de se trouver un emploi dans la région. »

L’information selon laquelle on s’apprêterait à modifier de façon imminente le règlement de zonage, avant même que le gouvernement n’ait vendu le terrain à M. Grant, rend certains propriétaires de chalet méfiants au sujet de la suite des événements.

« Les gens qui habitent autour du lac ne sont pas des multimillionnaires », affirme M<sup>m</sup>c Alexandra Skindra, mère, grand-mère et propriétaire de chalet.

« Ce sont juste des gens ordinaires. Des gens qui travaillent fort. Ce genre de situation ne devrait pas se produire. »

Madame Skindra et son mari, M. Arkadis, concepteur de centrale nucléaire, âgé de 68 ans et maintenant à la retraite, avaient prévu couler paisiblement leur retraite au lac.

« J’ai grandi ici, explique M<sup>m</sup>c Skindra. Mes enfants ont grandi ici. Et j’espérais que mes cinq petits-enfants pourraient venir ici tous les étés. »

« Nous n’avons rien contre Peter », fait remarquer M. Arkadis, marteau à la main, pendant qu’il rénove la pièce qui donne sur le lac à l’avant de son chalet.

« Mais je ne vois pas comment ce projet peut être réalisé sans causer de dommages au lac et à l’environnement. »

Au bout du chemin, Ira et Marion Murphy ont passé 56 ans sur un lopin de terre qui relie les lacs Twin au lac voisin, le lac Frère.

Encore svelte à 75 ans, M. Murphy, ancien superviseur à Hydro Ontario, maintenant à la retraite, peut indiquer du doigt l’endroit sur la rive où il a construit dans un arbre, 18 étés plus tôt, une cabane de deux étages pour ses petites-filles.

Pour lui, la vie au lac est une chose précieuse, intimement liée à la vie familiale.

« Vous savez, nous connaissons Peter depuis qu’il a trois ans », affirme M. Murphy, un bel homme aux cheveux gris affectionnant la vie au grand air.

“We’ve got nothing against him. We’re just concerned about the lake, that’s all.”

Rudi Ptok, 71, says he’s worried about run-off, and not just with pesticides, he says, but with the 400 kilograms of fertilizers per year that will be needed to keep Grant’s course green too.

“They’re probably going to have to blast out rock to build too,” he says.

Ptok says Grant’s consultants have confirmed they may well have to dynamite.

Looking worriedly out at the lake, Ptok says, “I don’t even want to think about it.”

(A.R., vol. XI, at pp. 4-12)

*Appeal and cross-appeal dismissed, with costs of the appeal in this Court to the respondents.*

*Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Ottawa Citizen: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/ Association of Electronic Journalists, Magazines Canada, the Canadian Association of Journalists, the Canadian Journalists for Free Expression, the Writers’ Union of Canada, the Professional Writers Association of Canada, the Book and Periodical Council, and PEN Canada: Brian MacLeod Rogers, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Broadcasting Corporation: Canadian Broadcasting Corporation, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Torsys, Toronto.*

« Nous n’avons rien contre lui. C’est uniquement le sort du lac qui nous préoccupe, c’est tout. »

Monsieur Rudi Ptok, 71 ans, dit s’inquiéter des effets du ruissellement, et ce, non seulement des pesticides, mais également des 400 kilogrammes de fertilisants qui seront nécessaires chaque année pour maintenir vert le gazon du parcours de golf de M. Grant.

« De plus, ils devront probablement dynamiter du roc pour aménager le terrain », dit-il.

Monsieur Ptok affirme que les experts-conseils de M. Grant ont confirmé qu’il pourrait fort bien être nécessaire de recourir au dynamitage.

« Je ne veux même pas y penser », dit M. Ptok, en jetant un regard soucieux vers le lac.

(d.a., vol. XI, p. 4-12)

*Pourvoi et pourvoi incident rejetés, avec dépens relativement au pourvoi principal devant notre Cour en faveur des intimés.*

*Procureurs des appellants/intimés à l’appel incident : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Procureurs des intimés/appellants à l’appel incident : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureurs de l’intervenant Ottawa Citizen : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Procureurs des intervenants l’Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/ Association des journalistes électroniques, Magazines Canada, l’Association canadienne des journalistes, les Journalistes canadiens pour la liberté d’expression, Writers’ Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council et PEN Canada : Brian MacLeod Rogers, Toronto.*

*Procureur de l’intervenante la Société Radio-Canada : Société Radio-Canada, Toronto.*

*Procureurs de l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles : Torsys, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Danno Cusson:  
Heenan Blaikie, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant Danno Cusson :  
Heenan Blaikie, Ottawa.*